

早稲田大学審査学位論文（博士）

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

目次

序論

第1章 武力紛争の多様化と遂行目的

第1節 武力紛争の多様化

第1款 国際人道法への武力行使規制の影響

第2款 非国家主体の敵対行為の規制

第2節 武力紛争の遂行目的

第1款 武力紛争の遂行目的の分類

第2款 国際人道法の平等・差別適用論

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

第1節 自衛権の要件の継続適用

第1款 武力紛争時における *jus ad bellum* の適用

第2款 自衛権の比例性原則による敵対行為の制限

第2節 武力行使容認決議にもとづく敵対行為規制

第1款 リビア空爆における国際人道法の適用

第2款 安保理決議の比例性原則にもとづく人道の実現

第3章 非国家主体との武力紛争の規制

第1節 内戦の規制

第1款 敵対武装集団への国際人道法の適用の必要性

第2款 敵対武装集団への国際人道法の適用可能性

第3款 国家と敵対武装集団の間における相互主義の妥当性

第2節 対テロ戦争の規制

第1款 ビンラディン殺害に対する国連および諸国の反応

第2款 武力紛争の存在および性質

第3款 殺害するより捕捉する義務

第4章 軍事的必要性にもとづく敵対行為規制

第1節 軍事的必要性に対する認識の変遷

第1款 軍事的必要性の概念に関する見解の対立

第2款 19世紀における軍事的必要性

第3款 第2次世界大戦後の軍事的必要性の議論

第2節 ジュネーヴ諸条約第1追加議定書上の軍事的必要性

第1款 人道の考慮への関心の拡大

第2款 武力紛争時における軍事的必要性の機能

第3款 軍事的必要性の機能に関する各国の法認識

第3節 文化財に対する攻撃の規制

第1款 文化財保護規則上の軍事的必要性の解釈

第2款 軍事的必要性による人道の実現

結論

序 論

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¹。その法的基盤は人道の考慮と軍事的必要性にあり²、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³、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が許容されうる。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⁴。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

¹ 本論文では、「国際人道法」という用語を *jus in bello* と同義に用いる。「武力紛争法」の用語もしばしば用いられるが、この法を構成するハーグ法とジュネーヴ法のいずれも武力紛争における「人道」の実現を目的とするものであるため、本稿ではその目的をあらわす国際人道法の語を用いることとする。同様に、同法の目的の観点から国際人道法の語を用いるものとして、藤田久一『国際人道法〔新版（再増補）〕』（有信堂、2003年）3頁。

² 小寺彰・岩沢雄司・森田章夫編『講義国際法〔第2版〕』（有斐閣、2010年）505頁（森田章夫執筆担当）。

³ 真山全「自衛権行使と武力紛争法」村瀬信也編『自衛権の現代的展開』（東信堂、2007年）202-203頁。

⁴ D. Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (2nd edition, 2008), pp. 119-235.

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ことが認識されている⁵。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⁶。

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

⁵ クラスター弾による文民の付随的損害について、仲宗根卓「クラスター弾に関する条約の構造―事後措置重点化による武力紛争法への影響―」『国際安全保障』37巻4号（2010年）48頁。

⁶ *Legality of the Treat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 266, para. 105 (2) E.

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はあるのか、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年のジュネーヴ諸条約の共通3条にはその規定はなく、また1949年8月12日のジュネーヴ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っよう。

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いうるテロ集団が問題となってきた。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⁷。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、ジュネーヴ諸条約の共通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⁸。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⁹、条約上の要件が必ずしもその

⁷ 柳原正治・森川幸一・兼原敦子編『プラクティス国際法講義』（信山社、2010年）394頁（森川幸一執筆）。

⁸ 非国家主体への越境攻撃は国際的武力紛争にも非国際的武力紛争にも該当しないと結論づける見解として、川岸伸「非国家主体への越境攻撃と『武力紛争』の概念」『国際法外交雑誌』113巻1号（2014年）82-83頁。

⁹ 国際的武力紛争と非国際的武力紛争を分けずに、武力紛争を一元的にとらえる旧ユーゴ

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り、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。

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。

国際刑事裁判所 (ICTY) や赤十字国際委員会 (ICRC) の見解について、新井京「非国際的武力紛争に適用される国際人道法の慣習法規則 - 赤十字国際委員会『慣習国際人道法』研究の批判的考察 -」『同志社法学』60 卷 7 号 (2009 年) 1133-1136 頁。

第1章 武力紛争の多様化と遂行目的

第1節 武力紛争の多様化

第1款 国際人道法への武力行使規制の影響

従来、戦争を行うことは国際法上禁止されておらず、権利を侵害された国がその回復を図りまたは不利と考える国際法を変更するための究極の権利として認められてきた¹⁰。戦争開始の判断はそれぞれの国家が行い、ひとたび戦争が始まると、適用される国際法が平時国際法から戦時国際法へと転換するものとされてきた。戦争を行うことは違法ではなかったため、戦時という時間的適用範囲において適用される法として、戦争法（戦時国際法）は存在していた¹¹。

しかし、今日においては、国連憲章により戦争だけでなく武力行使そのものが禁止されている。そのため、戦時という時間は合法的に存在しえないこととなり、戦時・平時の二元的構造は崩れ去ることとなった。しかし、現実には武力紛争は絶えず存在しており、その事実状態に適用される法として、今日の国際人道法は存在している。この武力紛争時という時間は、平時と截然と区別されるものではないため、武力紛争が開始しても平時に適用されていた法の適用が遮断されるわけではない。そのため、平時に適用される法と国際人道法は、武力紛争時に同時に適用されることとなる。

たとえば、とりわけ1960年代以降において、国際人権法と国際人道法の関係性が問題にされるようになってきている¹²。国際人権法が原則としては平時に適用される法であるが、生命権を含む緊急事態においても逸脱できない権利については、武力紛争時においても継続適用されることになる。国際司法裁判所（ICJ）も、核兵器使用の合法性事件において、何が恣意的な生命の剥奪であるかは特別法たる国際人道法により決定されると述べ¹³、またパレスチナの壁建設事件において、両法分野に同時に属する権利が存在するとしたうえで、人権法と特別法としての人道法の双方を考慮する必要があると述べている¹⁴。

国際人権法のほか、武力行使の規制に関する法（*jus ad bellum*）も武力紛争時に継続して適用されることが主張されるようになってきている¹⁵。ラテン語の名称どおり、国際人道法（*jus in bello*）が戦争中に適用される法であったのに対し、*jus ad bellum* は当初は戦争に訴

¹⁰ 山本草二『国際法〔新版〕』（有斐閣、1994年）704頁。

¹¹ 石本泰雄『国際法の構造転換』（有信堂、1998年）6-7頁。

¹² 寺谷広司「人道・人権の理念と構造転換論 一人道法は人権法の特別法か」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』（東信堂、2004年）213頁。

¹³ *Legality of the Treat or Use of Nuclear Weapons, supra note 6, p. 240, para. 25.*

¹⁴ *Conséquences juridique de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004, pp. 177-178, paras. 105-106.*

¹⁵ C. Greenwood, "The Relationship of *Ius ad Bellum* and *Ius in Bello*", *Review of International Studies*, Vol. 9, No. 4 (1983), p. 223.

えるための法であった¹⁶。つまり、平時から戦時へと移行させる際の法であり、戦時へと移行した後は *jus ad bellum* の適用は考えられてこなかった。しかし、1928年の戦争放棄ニ関スル条約（不戦条約）で戦争が違法化され、さらに国連憲章により武力行使が禁止されたことにより、*jus ad bellum* の中核は、戦争に訴える権利から武力行使の禁止へと変化することとなった。そして今日では、*jus ad bellum* は原則としての武力行使禁止とともに、例外としての自衛権と国連憲章第7章にもとづく集団行動を規律する法と考えられている。この自衛権や集団行動は、極めて例外的に許容される武力行使であるため、厳格な要件が課されている。これらの要件は、武力行使の開始時だけでなく、武力紛争中にも継続的に国際人道法と重疊的に適用され、それが人道の実現に資することが考えられるが、この点については第2章で詳述することとする。

このように、平時の法が国際人道法と同時に適用されることにより、武力紛争に対してはより法の支配が及ぶようになってきているようにも思われる。さらに、武力紛争中の規制に関する主たる法である国際人道法自体も、多くの条約が作成されるに至り、徐々に発展を遂げている。とりわけ戦闘の外にある戦争犠牲者の保護に関するジュネーヴ法については、1949年のジュネーヴ諸条約および1977年の2つの追加議定書の採択等を経て、非常に完成度の高い規制が課されるようになってきている。国連憲章により武力行使が禁止されたことにより、*jus ad bellum* 自体により規制が課されるようになったことに加え、国家ではなく武力紛争中の個人の犠牲者に焦点が当てられるようになり¹⁷、それらの者の権利を保障するジュネーヴ法や国際人権法が発展してきたということができよう。

しかし、これらの法とは対照的に、敵対行為の規制に関するハーグ法に関しては、むしろ第2次世界大戦後に発展が停滞することとなる。武力行使が禁止された以上、国際人道法はもはや決闘のルールとして位置づけられることはできなくなったためである¹⁸。とりわけ、第2次世界大戦終了後間もない頃は、両大戦のような惨劇は二度と起こさないという深い反省をもとに、また戦争が起きた場合にいかなる武器が使用でき、どのような攻撃が許されるかといった議論は忌避されるようになっていた。ハーグ法の基底となる軍事的必要性についても同様であることについては、第4章で後述するとおりである。このように、ハーグ法は、主権国家の重要政策や存続それ自体にかかわるという理由に加え、そもそも議論すらされなかったことにより、ジュネーヴ法に比して大いに発展が遅れることとなる。そのため、今日に至っても、ハーグ法に関してはなお改善の余地が大きく残されているといえることができる。

このように、国連憲章の成立により、*jus ad bellum* の性格が大きく転換するとともに、その影響を受け *jus in bello* たる国際人道法も転換を迫られることとなった¹⁹。しかし、このよ

¹⁶ 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）5頁。

¹⁷ 石本「前掲書」（注11）16-17頁。

¹⁸ 「同上書」17頁。

¹⁹ 戦時国際法と武力紛争法（国際人道法）の非連続性について、真山全「前掲論文」（注3）

うに武力行使禁止原則の影響を大いに受けつつも、武力行使の合法性に伴う国際人道法の差別適用は支持されるに至らなかった。どのような形態の武力紛争においても、「人道の実現」という国際人道法の目的を達成するために、国際人道法は平等適用されることが今日においては通説的見解となっている²⁰。この平等適用については次節で詳述するが、たとえ一方当事者が明らかに侵略国であるような場合であっても妥当すると考えられている。

平等適用の根拠の 1 つに、どちらの紛争当事者が侵略国であるか判断できない場合が多くあることが挙げられる。現実にはそのとおりであるが、国連の設立以後における国際的武力紛争は、その武力行使の目的に応じて①侵略、②自衛権および③安保理の武力行使容認決議にもとづく集団行動の 3 つに大別することができる²¹。これらのいずれにおいても国際人道法はすべての紛争当事者に平等に適用されることになるが、武力行使が厳格に禁止されている今日において、最低限のルールである国際人道法にもとづく規制のみを遵守していればよいということには疑問の余地が残る。この点についても、上述の *jus ad bellum* の継続適用の観点から、改めて第 2 章で論じることとする。

第 2 款 非国家主体の敵対行為の規制

第 1 款で述べたことは、原則として国際的武力紛争に関する内容である。*jus ad bellum* は、国連憲章 2 条 4 項にいうように、基本的には国家間の関係において適用される法であり、その影響が及ぶのも基本的には国家間の武力紛争に限定されるためである²²。すなわち、国際的武力紛争に関しては、侵略、自衛権、安保理決議にもとづく集団行動に大別される一方で、国際人道法はいずれの武力紛争についても平等適用されることになるのである。

他方で、武力紛争が国際的武力紛争と非国際的武力紛争に大別されることは、今日では一般的な理解となっている。内戦や反乱は、古来存在するものであるが、それらが戦争法ないし国際人道法の俎上に乗るようになったのは、交戦団体承認が認められるようになってからである。この交戦団体承認を行うことで、敵対武装集団を国家に類するものとみなし、それにより戦争法を敵対武装集団との関係で適用することが考えられていた。ただし、

202-203 頁。

²⁰ 藤田『前掲書』(注 1) 44-45 頁、杉原高嶺『国際法学講義』(有斐閣、2008 年) 628 頁。

²¹ 本論文の限りにおいては、「侵略」の用語は、国際刑事裁判所 (ICC) 等で議論されているような厳格な意味では用いない。国際紛争の解決のためであれ、宗教的な理由であれ、武力行使が禁止されている今日において違法となる武力紛争をすべて侵略に含めて考えることとする。

²² 自決権等の観点から非国際的武力紛争における *jus ad bellum* について検討がなされることもある。西海真樹「武力不行使原則の現代的変容 — 民族解放戦争の位置づけをめぐって」『法学新報』91 卷 8・9・10 号 (1985 年) 372-373 頁、F. Bugnion, “*Jus ad Bellum, Jus in Bello and Non-International Armed Conflicts*”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 6 (2003), p. 169; Megret, Frédéric, “Causes Worth Fighting for : Is There a Non-State Jus ad Bellum?”, A. Constantinides and N. Zaikos (eds.), *The Diversity of International Law : Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa* (2009), pp. 185-187. 平等適用との関係については、次節第 2 款参照。

交戦団体承認が認められたのは非常にまれであり²³、実際に国際人道法の適用が議論を呼ぶようになるのは、「小型の条約」と謳われる 1949 年のジュネーヴ諸条約共通 3 条ができてからのことである。

先述の侵略や自衛権といった武力紛争の目的の違いが国際人道法の適用規則に差異をもたらさないと考えられているのに対し、武力紛争当事者の違いは適用規則に差異をもたらす。当事者が国家のみか非国家主体を含むかで異なるものとされ、後者の非国際的武力紛争の場合には、適用される規則は限定的となる。適用される一般条約は、共通 3 条とジュネーヴ諸条約第 2 追加議定書にとどまる。そのほか、1954 年のハーグ文化財保護条約や、2001 年に改正された特定通常兵器使用禁止制限条約等が挙げられるが²⁴、国際的武力紛争の場合に比べると、適用可能な条約は極めて少ない。そのため、慣習国際人道法の適用がより重要となるが、この点については第 3 章第 1 節で検討することとする。

さらに、とりわけ 9・11 テロ後において、「対テロ戦争」と呼ばれる新たな武力紛争のカテゴリーが登場した。そこにいかなる国際人道法が適用されるべきかについては、今日においても議論は集約されていない。伝統的な国際人道法においては、非国際的武力紛争としては一国内で発生する政府対敵対武装集団のいわゆる内戦が想定されてきた。そのため、共通 3 条や第 2 追加議定書においても、「一国の領域内の武力紛争」という場所的範囲が定められている。これに対し、対テロ戦争は、多くの場合国境を越えて武力紛争が行われる（越境武力紛争）。そのため、対テロ戦争には共通 3 条や第 2 追加議定書は適用されないと考えられる。他方で、一方当事者がテロ集団であり非国家主体であるため、国家間の武力紛争に適用されるジュネーヴ諸条約や第 1 追加議定書をはじめとした多くの条約も適用されないことになる²⁵。このように、国際人道法のほぼすべての条約が適用条件を満たさないこともあり、対テロ戦争には国際人道法は適用されないとの見解もみられる²⁶。

しかし、軍事的に必要なない行為を人道的観点から禁止する最低限のルールが国際人道法であり、慣習国際法も含め可能な限り適用されることが望ましい。こうした対テロ戦争の規制に関しては、とりわけ 9・11 テロ以降、標的殺害²⁷や敵対行為への直接参加概念²⁸等

²³ S. Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict* (2012), p. 17.

²⁴ そのほか、1999 年に採択されたハーグ文化財保護条約の第 2 議定書や、2000 年に採択された武力紛争における児童の関与に関する児童の権利に関する条約の選択議定書（児童の権利条約武力紛争選択議定書）が、非国際的武力紛争に適用可能である。しかし前者は、非国際的武力紛争に適用されることが明示されている一方で、敵対武装集団を名宛人とすると考える文言が存在しない。他方後者は、その適用が武力紛争中に限定される条約ではないことや、もともとなる児童の権利に関する条約（児童の権利条約）の性質から、国際人道法ではなく国際人権法に属する条約であると考えられる。

²⁵ 新井京『『新しい戦争』と武力紛争法』『国際問題』587号（2009年）7-8頁。

²⁶ たとえば、アルカイダへのジュネーヴ条約の適用を否定する見解として、“Statement by the Press Secretary on the Geneva Convention”, Office of the Press Secretary, 7 May 2003, available at < <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2003/05/20030507-18.html> >.

²⁷ N. Melzer, *Targeted Killing in International Law* (2008), pp. 262-269.

²⁸ H. H. Koh, “The Obama Administration and International Law”, Annual Meeting of the American

の観点からさまざまな議論が交わされている。そもそも対テロ戦争の性質はいかなるものか、またたとえテロリストであっても国際人道法上の何らかの保護を受けるかなどが問題とされるが、この点については第3章第2節で検討することとする。

以上で述べたように、武力紛争は、まず国際的武力紛争と非国際的武力紛争に分類される。さらに、前者は主に①侵略、②自衛権、③安保理決議にもとづく集団行動に分けられ、後者には①内戦と②対テロ戦争が含まれる。これらはすべて武力紛争である以上、国際人道法が適用されることが想定されうる。国際的武力紛争に関しては、①～③のいずれであれ国際人道法が適用されることにほぼ争いがない一方で、武力行使が禁止されているなかで現行の国際人道法のみを遵守していればそれだけでよいのかについては、改めて検討する必要がある。また非国際的武力紛争については、そもそも適用可能な条約上の規則が少ないなかで、それらの条約に規定され、あるいはそれ以上の実体規則をいかに適用するかが問題となる。

こうした問題点があるなか、いかに敵対行為を規制し、またいかに人道を実現するかを考えるにあたっては、上記の武力紛争の類型別に検討することが有用であると考えられる。そこで、第2章では自衛権（第1節）と安保理決議にもとづく集団行動（第2節）における敵対行為の規制のあり方について検討を行い、第3章では内戦（第1節）と対テロ戦争（第2節）における敵対行為の規制のあり方について検討を行うこととする。そのうえで、第4章において、あらゆる国際人道法に通底する軍事的必要性の観点から、敵対行為に関する規則の形成および適用について検討を行う。

第2節 武力紛争の遂行目的

第1款 武力紛争の遂行目的の分類

本論文で検討する敵対行為の規制は、武力紛争時における国家の主権を制限することとなる。そのため、その規制は、国家にとって説得的かつより主権の侵害の少ないかたちで行われることが求められる。このようななか、国家の意に反して制限を課すことは容易ではない。他方で、国家が武力紛争を行う目的を勘案し、その目的を害さない範囲で規制を行うのであれば、より受容されうる規制となる。そのため、前節末尾で述べた検討を行う前提として、本節ではまず武力紛争の遂行目的について整理し、そのうえで *jus ad bellum* 上の目的にもとづく平等・差別適用論について見解をまとめておくこととする。

前節では、国際的武力紛争を①侵略、②自衛権、③安保理決議にもとづく集団行動に大別したが、これらの武力紛争の目的 (ends) は各々異なる。その目的は、自衛権の場合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場合は国際の平和および安全の維持であるといえる。これらに該当する場合には、当該武力行使は合法となる。他方で、侵略の場合は、その目的は領土拡大や資源の獲得から国際紛争の解

Society of International Law, Washington, DC, 25 March 2010, available at < <http://www.state.gov/s/l/releases/remarks/139119.htm> >.

決に至るまで多岐にわたるが、いかなる目的であれその武力行使は違法となる。合法・違法の差異はあるものの、これらを包括的・抽象的にまとめると、これらの目的は「敵対国に戦勝国の意思に従わせること」であるといえる²⁹。

他方で、国際人道法においては、武力紛争を行う目的は上記のものとは異なる。この目的は、従来は戦争目的 (*purpose of war*) と呼ばれてきたが、戦争の違法化に伴い、軍事的目的と呼称されることも増えてきている。まず、1868年のサンクトペテルブルク宣言において、唯一の正当な戦争目的は「敵軍隊の弱体化」であると規定された。しかし、実際の武力紛争においては、敵軍隊の弱体化だけでなく、陸戦の場合には占領が必要になる場合もあるし、また海戦の場合には敵商船隊の破壊が必要になる場合もある。このような理由から、今日では国際人道法上の戦争目的は「敵の完全なまたは部分的な服従」であるとされるようになってきている³⁰。

この国際人道法上の戦争目的は、武力紛争を行うことの最終的な目的ではない。戦争目的は、いわば「戦争における目的」 (*but dans la guerre*) であり、最終目的を達成するための手段 (*but-moyen*) である³¹。ここにいう武力紛争の最終目的とは、自らの意思に敵に従わせることであり、侵略や自衛権等の目的として掲げたものである。最終目的が武力紛争に応じて可変的であるのに対し、戦争目的は常に固定的である。たとえば、最終目的が領土拡大であっても、あるいは自国の防衛であっても、最終目的を達成するための戦争（における）目的は、常に敵の服従となるのである。

見方を変えると、武力紛争の最終目的は *jus ad bellum* 上の軍事的目的であり、戦争目的は *jus in bello* 上の軍事的目的であるといえる。 *jus ad bellum* 上の目的は、自衛権や安保理の集団行動において適用される比例性原則 (*principle of proportionality*) のなかで重要な役割を果たし、また *jus in bello* 上の軍事的目的は、軍事的必要性にもとづく敵対行為の規制の文脈において中核を担うこととなる。両者の相違として、前者の目的は可変的であるため、比例性原則にもとづく制限も可変的となるのに対し、後者の目的は固定的であるため、軍事的必要性にもとづく制限は不変的である。確かに、いわゆる限定戦争においては、必ずしも敵の服従まで要せず、潜在産業の損壊や海洋通信の妨害等で済む場合もありうる³²。しかし、国際人道法はいかなる場合にも遵守しなければならない最低限のルールであるため、敵を服従という目的があらゆる武力紛争の基準となり、その基準に従って敵対行為の規制が考えられるのである。

このように、2つの軍事的目的は、比例性原則と軍事的必要性という異なる原則のなかで敵対行為の規制に資することになる。その詳細については、第2章 (*jus ad bellum* 上の目的、

²⁹ H. Meyrowitz, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre* (1970), p. 198.

³⁰ L. Oppenheim (H. Lauterpacht (ed.)), *International Law: A Treatise*, Vol. II: Disputes, War and Neutrality (7th edition, 1952), pp. 225, 336, 457-458. また、本論文第4章第1節参照。

³¹ Meyrowitz, *supra* note 29, p. 198.

³² *Ibid.*, pp. 198-199.

比例性原則) および第4章 (*jus in bello* 上の目的、軍事的必要性) で論じることとする。

第2款 国際人道法の平等・差別適用論

(1) 国際的武力紛争における平等適用の必要性

以上で述べたように、武力紛争の規制に関する *jus ad bellum* も *jus in bello* も独自の目的を設定しており、本論文ではその各々の目的にもとづく敵対行為の規制について考察を行う。次の第2章においては、*jus ad bellum* 上の目的にもとづく敵対行為規制について検討を行うが、敵対行為の規制を行うのは第一義的には国際人道法 (*jus in bello*) である。そのため、ある特定の敵対行為を規制するにあたり、適用法規としての両法の関係が問題となりうる。

jus ad bellum 上の目的の *jus in bello* への影響については、以前から国際人道法の平等適用・差別適用の文脈で論じられてきた³³。*jus ad bellum* に違反して武力行使が行われた場合、違反した側の国 (侵略国) は *jus in bello* 上の利益を享有しないとするのが差別適用であり、被害国と同様に享有するとするのが平等適用である。差別適用が妥当するのであれば、*jus ad bellum* が武力紛争中に継続適用されるか否かにかかわらず、侵略か自衛権か安保理決議にもとづく集団行動かによって、適用される *jus in bello* が異なることになる。そのため、*jus in bello* の差別適用が部分的にでも認められるのであれば、*jus ad bellum* 上の目的にもとづく敵対行為規制も、*jus in bello* の修正を通じて課されることになることが考えられる。そこで本款では、平等・差別適用論の基本的認識について整理を行うこととする。なお、本論文の検討対象は敵対行為の規制であることから、複雑な問題を含む中立法規の平等・差別適用論については検討の射程から外すこととする³⁴。

今日では、*jus ad bellum* の合法性や正当性にかかわらず、*jus in bello* は平等適用されるとされるのが通説的見解となっている。しかし、国連憲章が採択されてから1960年代にかけては、「不法から権利は生じない」という法諺³⁵や復讐³⁶等を根拠に、差別適用を支持する主張が多くみられた。とりわけ、いわゆる国連軍を優遇する差別適用論が強く主張されたが³⁷、当時は、国連の集団安全保障を実現するために、朝鮮国連軍 (1950年) やコンゴ国連軍 (ONUC) (1960年) が派遣された時期とも重なる。これらは、いずれも国連側優位に進められた作戦とはいえ、それゆえに国連側が勝利を収めやすくするために主張されたこと

³³ 平等適用論に関する代表的な著書として、*ibid.*, pp. 1-401.

³⁴ 国連の集団安全保障体制下における中立法の平等適用について、石本泰雄「国際連合と中立」田畑茂二郎編集代表『国際連合の研究 (田岡良一先生還暦記念論文集)』第1巻 (有斐閣、1962年) 80-83頁、藤田『前掲書』(注1) 47-48頁。

³⁵ H. Lauterpacht, “The Limits of the Operation of the Law of War”, *British Year Book of International Law*, Vol. 30 (1953), p. 208. 国家の権利義務と個人の権利義務を詳細に分類し、国家に関する規則にのみ差別適用を主張する見解として、Q. Wright, “The Outlawry of War and the Law of War”, *American Journal of International Law*, Vol. 47, No. 3 (1953), pp. 370-375.

³⁶ G. Schwarzenberger, “Legal Effects of Illegal War”, F. A. Frhr. V. D. Heydte, I. Seidel-Hohenveldern, ST. Verosta und K. Zemanek (Hrsg.), *Völkerrecht und rechtliches Weltbild : Festschrift für Alfred Verdross* (1960), pp. 251-252.

³⁷ Wright, *supra* note 35, p. 375.

が考えられる³⁸。警察と泥棒とが、どうして同じ手段に限定されて格闘せねばならないのであるかという疑問も³⁹、国連を警察に見立てての見解であることがうかがえる⁴⁰。

また、国連体制下において侵略国を制裁するという立場を維持する以上、不法者の差別は国際人道法のいずれかで行わなければならない、そのため人道主義ではなく正当な側の勝利にこそ最高の地位が与えられなければならないとも考えられる。正当な側が敗北した場合、新たな勝利者によってそれまでの法体制が根本的に変革されることが予想されるからである⁴¹。こうした見解には、正義と人道を天秤にかけ、正義を優先する思考を看取することができる。

しかし、こうした差別適用の主張があった一方で、現実の国家実行は概して平等適用に依拠している。1936年のイタリアによるエチオピア侵攻に際しては、連盟により侵略と認定されたにもかかわらず、双方に戦争行動に関する条約の尊重が要請されていた⁴²。また、第2次世界大戦時の戦争犯罪に関する軍事裁判においても⁴³、朝鮮戦争や湾岸戦争においても⁴⁴、平等適用は維持されてきた。このように平等適用が支持されてきたのには、複数の理由がある。まず、平時・戦時二元論が妥当しなくなり、武力紛争中に同時に両法が適用されるようになったとはいえ、*jus ad bellum* の評価と *jus in bello* の評価は、別個に与えられるものである⁴⁵。この意味で両法の関係は切断されており、不法から権利は生じないとの法諺は妥当しないことになる⁴⁶。また、復讐による差別適用の理論も、戦時復讐が国際人道法のなかでのみ妥当することに反する⁴⁷。さらに、国際社会においては、必ずしもどちらの紛争当事者が侵略者かを判断することができないことが多いため、差別適用を認めると、相互に相手を侵略者と主張することで、新たな無差別戦争観が生まれてしまうことが危惧される。

差別適用の主張の背景には、正義を人道に優先させるとの考えがある。しかし、そもそも武力紛争が禁止されているなかで、ある種の矛盾をきたしてでもあえて武力紛争のルールたる国際人道法の適用を認め続け、さらに新たな条約も順次作成されてきているのは、

³⁸ ライトは、不正な側が勝利することを妨げるために差別適用を主張する。 *Ibid.*, pp. 366-367.

³⁹ 石本泰雄「戦争と現代国際法」高野雄一編『現代法と国際社会（岩波講座現代法 12）』（岩波書店、1965年）96頁。

⁴⁰ 国連の集団安全保障体制下における国連の活動を国際警察活動ととらえる見解として、宮崎繁樹「今日における『戦争法規』の役割」『ジュリスト』337号（1965年）79頁。

⁴¹ 筒井若水『現代国際法論 一国際法における第三状態一』（東京大学出版会、1972年）163-164頁。

⁴² 藤田『前掲書』（注1）49-50頁。

⁴³ 『同上書』50頁。

⁴⁴ 真山全「前掲論文（注3）212頁、Security Council Resolution 670, U.N. Doc. S/RES/670 (1990), 25 September 1990, para. 13.

⁴⁵ 真山全「前掲論文」（注16）7頁。

⁴⁶ Lauterpacht, *supra* note 35, pp. 211-212.

⁴⁷ 藤田『前掲書』（注1）39頁。

武力紛争において人道を実現するためである。正義の実現は *jus ad bellum* に委ねるべきであり、その目的を *jus in bello* にまで持ち込むべきではない。両法は切り離して適用できるだけでなく、切り離して適用すべきであるといえる。侵略の場合と自衛および安保理決議にもとづく集団行動の場合とで、適用される *jus ad bellum* の規則が異なりうることは次章で述べるが、*jus in bello* はいずれの場合であっても平等適用されるのである。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。

(2) 非国際的武力紛争における平等適用の妥当性

国際的武力紛争の際には国際人道法が平等適用される一方で、非国際的武力紛争について平等・差別適用論が論じられることは少ない。紛争当事者たる政府と敵対武装集団は対等な関係にないため、国際的武力紛争の場合と異なり差別適用が妥当するようにも思われる。しかし、結論から述べると、非国際的武力紛争の場合であっても、平等適用が妥当するものと考えられる。

そもそも国際人道法上の権利・義務は政府側のみが享受し、敵対武装集団側は権利も義務も享有しないとの見解にもとづけば⁴⁸、国際人道法の適用は片務的なものとなる。しかし、この場合 *jus ad bellum* の合法性にもとづいて適用関係が決まっているわけではないため、確かに差別的に適用されることになるが、国際法上の差別適用とはならない。同様に、当事者間の軍事能力に大きな隔たりのある非対称戦争 (*asymmetrical war*) において、実質的に適用される法が異なることがあるが、この場合も差別適用ではない。たとえば、クラスター弾を保有している国と保有していない国（または敵対武装集団）の間では、実質的にクラスター弾条約にもとづくクラスター弾使用禁止義務を負うのは保有国側だけとなる。しかし、条約の適用それ自体は両当事者に平等になされているため、差別適用とはならない。さらに、この場合も *jus ad bellum* は関係していない⁴⁹。非国際的武力紛争の場合、紛争当事者間の相互主義は問題となりうるが（第3章第1節参照）、相互主義と平等適用を混同してはならない⁵⁰。

平等・差別適用は、*jus ad bellum* が当事者間に適用されることが前提となる。従来、自決権の問題を除き、非国際的武力紛争においては *jus ad bellum* は問題とされてこなかったため、そもそも平等・差別適用は観念されてこなかったのである。しかし近年、非国家主体に対して自衛権が認められるか否かが国際法上の主要な問題の一となっている。本論文ではその問題に結論を出すことはできないが、仮に認められるのであれば、自衛権に関する法、

⁴⁸ 樋口一彦「1977年ジュネーヴ諸条約追加議定書と慣習国際人道法—国際立法の観点から」坂元茂樹編『国際立法の最前線（藤田久一先生古稀記念）』（有信堂、2009年）403-404頁。

⁴⁹ 平等適用論の再考に際して、非国際的武力紛争における捕虜資格の問題や遵守意思の問題が取り上げられることがあるが、これらは *jus ad bellum* とは直接関係がないため、平等適用の問題とはならない。A. Roberts, “The Equal Application of the Laws of War : a Principle under Pressure, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 872 (2008), pp. 948-950.

⁵⁰ 藤田『前掲書』（注1）44頁。

すなわち *jus ad bellum* が国家と非国家主体の間にも適用されることになる。そのような状況においては、*jus in bello* が平等適用されるか否かは問題となりえよう。しかし、その場合に平等適用と差別適用のいずれを選択すべきかの判断は、国際的武力紛争の場合と同じ論理に依拠できるものと考えられる。人道の実現を目的とする *jus in bello* は、*jus ad bellum* 上の合法性の問題とは切り離して平等に適用されるべきであろう。

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

第1節 自衛権の要件の継続適用

第1款 武力紛争時における *jus ad bellum* の適用

武力紛争時に敵対行為を規制するのは、第一義的には国際人道法の役割である。ただし、敵対行為はまさに武力紛争という非常事態において国家の目的を達成するために用いられる手段であるため、その規制は容易ではない。国際人道法は、武力紛争が生じてしまっていることを前提とする法であるため、敵対行為が一定程度行われることは許容せざるを得ないのである。こうしたなか、無差別攻撃の禁止や個別兵器の禁止・制限等により、敵対行為による被害の緩和が図られている⁵¹。しかし、軍事目標に対する攻撃は禁止されず、また軍事目標を攻撃した際に付随的に生じる損害についても、その損害が軍事的目的に比して過度でない限り許容されることになる。

このように、国際人道法による敵対行為の規制には一定の限界があるが、武力紛争を規律する法は国際人道法 (*jus in bello*) だけではない。しばしばラテン語で併記されるように、*jus ad bellum* が武力行使を規律する。本章では、この *jus ad bellum* が *jus in bello* の穴を埋めることについて、とりわけ自衛権および安保理決議の比例性原則の観点から検討することとする。

国連の集団安全保障下において、自衛権と安保理決議にもとづく集団行動の2つの例外を除いて⁵²、あらゆる武力行使が禁止されるに至った。そのため、武力紛争の形態としては、合法的な自衛権および集団行動の場合と、違法な侵略の場合とに大別されることになったことは先述した。この合法性の判断は、原則として武力紛争の開始時に行われる。そのため、*jus ad bellum* は、武力紛争の開始を規律する法とも考えられてきた。このことは、従来国際法は平時国際法と戦時国際法の二元的構造を有していたこととも関係する。たとえば自衛権については、平時法の一部であるため、ひとたび戦争状態になると適用されないと考えられてきた。当時は、戦争は国策追及の手段として合法的に認められていたため、開戦の宣言を行うことで *jus ad bellum* 上の制限からは解放されたのである⁵³。そして、戦時に入っ

⁵¹ 藤田『前掲書』(注1) 82-126頁、鈴木和之『実務者のための国際人道法ハンドブック』(内外出版、2013年) 80-161頁。

⁵² 実際には、領域国の同意または要請によっても武力行使の違法性は阻却されると考えられるが、本論文においては *jus ad bellum* 上の問題に限定して考察することとする。同意による合法的な武力行使について、I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (1963), p. 317. 近年の対テロ戦争の文脈においても、イエメンやイラクなどがアメリカ等による武力行使への同意を表明している。イエメンについて、Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism, A/68/389 (18 September 2013), p. 15, para. 52. イラクについて、「軍事参加各国に温度差 一対『イスラム国』主権侵害を懸念」『朝日新聞』(2014年9月26日) 朝刊13頁。

⁵³ C. Greenwood, "The Effects of the United Nations Charter on the Law of Naval Warfare", W. H. von Heinegg (ed.), *Visits, Search, Diversion and Capture: The Effect of the United Nations Charter*

てからは、戦争法が支配的に適用されるものと考えられてきたのである。

このように、平時・戦時の二元論が妥当していた時代には、平時法から戦時法に移行するにあたり、適用法規も戦争に訴えるための法 (*jus ad bellum*) から戦争における法 (*jus in bello*) へと切り替わるものとされてきた。しかし、戦争に訴えることのみならず、武力行使一般が禁止される国連憲章体制下においては、二元論的な理解は再考を迫られており、*jus ad bellum* が適用されえない戦争状態はもはや存在しないと主張される⁵⁴。そのため、*jus ad bellum* が武力紛争開始後に適用されないという積極的な理由は消滅することとなった。

こうして、武力紛争中にも *jus ad bellum* が継続的に適用されることが、自衛権を中心に主張されるようになる。その代表的論者であるグリーンウッドは、国連憲章により武力行使が一般に禁止されているため、いかなる武力行使も自衛権で正当化できない場合には、戦闘開始後であっても禁止されると述べる。そして、自衛権は危険に対して合理的に必要なかつ比例した武力行使のみを許容し、そのうちの比例性の要件が武力紛争中を通して継続的に武力行使を規律すると述べるのである⁵⁵。なお、ここでいう比例性原則ないし均衡性原則 (*principle of proportionality*) の内容については、原因行為との均衡性を求める見解と自衛の目的との比例性を求める見解とがあるが⁵⁶、この点については次款で述べる。こうしたグリーンウッドのような主張は、国際司法裁判所 (ICJ) の核兵器使用の合法性事件 (1996 年) やオイル・プラットフォーム事件 (2003 年) 等においても踏襲されるようになっており⁵⁷、自衛権の比例性原則が継続的に適用されることは、今日有力な考え方となっている⁵⁸。この自衛権の比例性原則が敵対行為にいかなる規制を及ぼしうるかについては、款を改めて検討することとする。

他方で、武力紛争は自衛権だけでなく、侵略や安保理決議にもとづく集団行動によっても行われうる。国連の集団安全保障体制下においては、武力紛争を含めた国際の平和と安全の維持・回復を担う第一義的な役割を果たすのは国連であり、自衛権はその間隙を埋めるために個々の国家に認められている⁵⁹。平和を脅かす事態が生じた場合には、国連が国連憲章第 7 章にもとづいて行動することが予定されている。そのため、武力行使の規律に関

on the Law of Naval Warfare (1995), p. 136.

⁵⁴ 田中佐代子「自衛権行使における均衡性原則の射程」『国家学会雑誌』123 巻 9・10 号 (2010 年) 106 頁。

⁵⁵ Greenwood, *supra* note 15, p. 223.

⁵⁶ 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』50 巻 1 号 (2006 年) 80-81 頁。

⁵⁷ *Legality of the Treat or Use of Nuclear Weapons*, *supra* note 6, p. 245, para. 41; *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports* 2003, p. 198, para. 76.

⁵⁸ ただし、今日でもこの継続適用説に否定的な見解は根強く残っている。自衛戦争について同説を否定する見解として、Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence* (5th edition, 2011), pp. 262-267.

⁵⁹ 自衛権はある意味では国際社会全体の利益を擁護する国連機能の代替的意義を持つとする見解として、広瀬善男『力の行使と国際法』(信山社、1989 年) 209 頁。

する *jus ad bellum* は、国連の集団行動にも適用されることになる。この集団行動についても、まずは武力紛争の開始時点において当該武力行使が合法か否か判断されることになり、憲章第 7 章にもとづき容認されたのであれば合法ということになる。こうしたなか、とりわけ自衛権の比例性原則が武力紛争中にも継続適用されると考えられていることは前述したが、平時・戦時二元論が崩壊した今日、このことは国連の集団行動についても同様である。そうであるならば、国連の集団行動に関する *jus ad bellum* も、もはや開始時点のみを規律するものにとらえるのは妥当ではないように思われる。そこで、第 2 節では、安保理決議に固有の比例性原則に焦点をあて、同原則にもとづく敵対行為規制について検討を行うこととする。

最後に、侵略の場合についてであるが、侵略に関する *jus ad bellum* が、武力行使開始後にいかなる意義を有するかについては、あまり議論がなされることはない。自衛権や国連の集団行動は、武力行使禁止原則の例外として許容される行為であるからこそ、厳格な要件を満たすことが求められ、行動に制限が課されることになるのであるが⁶⁰、侵略はそもそも違法であり、何らかの要件を満たせば合法になるという性質ものではない。そのため、武力紛争開始後における比例性原則の継続適用は妥当しないことになる。

ただし、そもそも違法行為である侵略は、国連憲章 39 条に規定される平和に対する脅威、平和の破壊または厳格な意味での侵略に該当しえ、それに対しては国連憲章第 7 章にもとづく強制行動が予定されている。当初は停戦を要請されるにとどまるかもしれないが、敵対行為を重ねるごとにその強制行動を強化することが検討され、非軍事的措置だけでなく軍事的措置の対象ともなりうることになる⁶¹。侵略による武力紛争にも国際人道法は適用され、*jus in bello* 上合法的な敵対行為はありうるが、その場合でも *jus ad bellum* 上は違法であり続ける。侵略の場合、比例性原則のように個別の敵対行為の合法・違法を判断する基準は提供されない。他方で、あらゆる敵対行為が *jus ad bellum* 上違法と判断され、国連の集団安全保障措置の対象となるのである。

第 2 款 自衛権の比例性原則による敵対行為の制限

(1) 比例性原則と均衡性原則

自衛権については、これまで非常に多くの実行や学説が積み重ねられてきたが、それでもなお不明確な点が少なくない。たとえば、その行使要件についてもさまざまな見解が呈され、本質的要件とされる必要性原則や比例性原則についてもその内容に一致をみない。

⁶⁰ 自衛権の例外的性格について、B.-O. Bryde, “Self-Defence”, *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 4 (1982), pp. 213-214.

⁶¹ たとえば 1990 年の湾岸戦争の際には、イラクに対してまず決議 660 でクウェートから即時かつ無条件に撤退するよう要請し、決議 661 により全面禁輸が決定され、決議 678 により国連加盟国による武力行使が容認されている。Security Council Resolution 660, U.N. Doc. S/RES/660 (1990), 2 August 1990, para. 2; Security Council Resolution 661, U.N. Doc. S/RES/661 (1990), 6 August 1990, para. 3; Security Council Resolution 678, U.N. Doc. S/RES/678 (1990), 29 November 1990, para. 2.

必要性原則については、①他にとりうる措置がないこと、②脅威が差し迫っていること、または③自衛の目的の達成のために必要であることなどと解釈される⁶²。また、比例性原則についても、①原因行為との均衡性を求める見解と②自衛の目的との比例性を求める見解とがある。本論文では、こうしたすべての扱うことはできないので、武力紛争中の敵対行為規制に関する限りにおいて考察を行う。必要性原則についても、他にとりうるより平和的な紛争解決手段が存在するかという観点や、なお急迫性が継続しているかという観点から、敵対行為中にも一定の意義を有することが考えられる⁶³。ただし、本款では、より直接的に敵対行為の規制に関する原則として、比例性原則について検討を行うこととする⁶⁴。

自衛権の行使要件としての *proportionality* の原則は、比例性原則または均衡性原則と邦訳される⁶⁵。この用語法についてであるが、「原因行為と自衛行為との『相互的な』均衡を前提として、『生じた被害や損害、規模』に基づき均衡を計測する」*proportionality*（上記①：原因行為との均衡性）は⁶⁶、刑法上の正当防衛や過剰防衛の概念に親和性があるが、そこで *proportionality* の用語は用いられていない。国際法上は、復讐や対抗措置の文脈で同様の要件が課される。ここではまさに、先行違法行為とそれへの対応措置とが均衡していることが求められることになる。他方で、「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」という意味での、プロイセン行政法の領域において発展してきた *proportionality*（上記②：自衛の目的との比例性）は、概して比例（性）原則と呼称されている⁶⁷。この意味での *proportionality* は、国際法上では国際人権法においてみることができ。また、国際人道法上の *proportionality* も、軍事的利益ないし軍事的目的との比較において過度な文民または民用物の付随的損害を起こす攻撃禁止する原則である（ジュネーヴ諸条約第1追加議定書 51条5項（b））。こうした観点から、本

⁶² ①～③のような相違は、カロライン号事件の際に、アメリカのウェブスター長官が、自衛の必要性すなわち「差し迫っており、圧倒的で、手段の選択の余地がなく、熟慮する時間のない」場合に防衛行動をとりうるとし、また「たとえ必要性が存在する場合にも、自衛により正当化される行為はその必要性によって制限され、かつ明らかにその範囲内に保たなければならない」と述べていることに起因するものと考えられる。“Mr. Webster to Mr. Fox, Washington, April 24, 1841”, *British and Foreign State Papers*, Vol. 29 (1840-1841), pp. 1137-1138.

⁶³ 強制的対応（自衛権）の継続的有効性の問題は比例性原則に委ねられるとしつつも、そのことは必要性の原則がその後の敵対行為中に完全に意義を失うことを意味するわけではないとする見解として、J. Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States* (2004), p. 155.

⁶⁴ 自衛権の比例性原則の継続適用について詳細に検討したものとして、田中「前掲論文」（注54）105-132頁。

⁶⁵ 均衡性の訳語を用いる文献が多いが、比例性の訳語を用いる文献もある。後者のものとして、山本『前掲書』（注10）734頁、酒井啓亘・寺谷広司・西村弓・濱本正太郎『国際法』（有斐閣、2011年）536-537頁（酒井啓亘執筆）。

⁶⁶ 根本「前掲論文」（注56）79頁。

⁶⁷ 村田齊志「行政法における比例原則」藤山雅行・村田齊志編『行政訴訟（新・裁判実務大系25）〔改訂版〕』（青林書院、2012年）83頁。

論文の限りにおいては、前者の原因行為との *proportionality* を「均衡性」と訳し、後者の目的との *proportionality* を「比例性」と訳すこととする。

このように、*proportionality* の原則は原因行為との均衡性と目的との比例性の 2 つの意味で用いられるが、自衛権の要件としては、両者を含むとする説と、原因行為との均衡性を否定する説とに大別できるとされる⁶⁸。本論文ではそれぞれの説の妥当性・正当性の問題にまで踏み込むことはできないが、比例性原則が自衛権の *proportionality* の原則に含まれることにはほぼ異論がないようである。そこで、以下では主に比例性原則による敵対行為規制について検討を行うこととする。

(2) 自衛権の比例性原則にもとづく敵対行為の意義

この比例性原則が武力紛争中を通して適用されることがグリーンウッドにより提唱されたことは前款で述べたとおりであり、それは敵対行為終了後 (*post bellum*) にまで及ぶと考えられる⁶⁹。そして、自衛の目的に比例しない敵対行為は、自衛権の要件を満たさず *jus ad bellum* 違反となる。ここで問題となるのが、自衛の目的とは何であるかが不明瞭な点である。一般に、その目的は武力攻撃を撃退し自国を防衛することであるといわれるが、そのためにいかなる反撃が許容されるかについては見解が分かれる。自衛権の行使目的を国家の安全の回復ととらえると、相手国領域への侵攻も含む多様な反撃が許容されることとなる⁷⁰。他方で、目的は攻撃の中止・撃退であるととらえれば⁷¹、敵が攻撃をやめ自国から撤退するために必要のない反撃は許されないことになる。たとえば、1990 年の湾岸戦争の際に、多国籍軍がイラクによる侵略を中止・撃退する以上の軍事行動を行ったことについて、前者の見解に従えば集団的自衛権により正当化されうるが⁷²、後者の見解に従えば正当化されないことになる⁷³。この自衛の目的には解釈の余地があり、その解釈次第では、比例性原則を認めつつも、その実際的な制限の効果は限定的なものとなる。

また、いずれの解釈に従ったとしても、敵対行為の規模が大きくなればなるほど、比例性原則による制限の意義は小さくなる。大規模な攻撃に対して自国の反撃が比例していると主張することは容易となるからである⁷⁴。そのため、第 2 次世界大戦規模の武力紛争においては、*jus ad bellum* の継続適用が実際上の何らかの意義を有することは考えにくい⁷⁵。

ただし、こうした限界があるからといって、自衛権の比例性原則が武力紛争中における

⁶⁸ 田中「前掲論文」(注 54) 100 頁。

⁶⁹ 広瀬『前掲書』(注 59) 55, 212 頁。

⁷⁰ Gardam, *supra* note 63, pp. 157, 164.

⁷¹ R. Ago, Addendum to the Eighth Report on State Responsibility, *Yearbook of the International Law Commission 1980*, Vol. 2, Part 1 (1982), p. 69, para. 121; 藤田久一『国連法』(東京大学出版会、2000 年) 294 頁。

⁷² E. V. Rostow, “Until What? Enforcement Action or Collective Self-Defense?”, *American Journal of International Law*, Vol. 85, No. 3 (1991), p. 514.

⁷³ 多国籍軍の作戦は自衛の限界を超える危険があったからこそ安保理の武力行使容認決議が必要であったとする見解として、藤田『前掲書』(注 1) 309-310 頁。

⁷⁴ Greenwood, *supra* note 53, pp. 150-151.

⁷⁵ Greenwood, *supra* note 15, p. 223.

敵対行為の規制機能を何ら果たさないということにはならない。まず、反撃を行う国家が自衛権行使の目的を武力行使の中止・撃退であると解釈し、先行する武力攻撃が小規模であるような場合には、反撃国が行える敵対行為は極めて限定的となる。たとえば、敵国領域からミサイル攻撃のみを受けているような場合には、反撃として行える敵対行為は、ミサイル攻撃に関係する軍事目標を攻撃することに限定されることになる。国際人道法上は、軍事目標主義自体は確立しているが、直接攻撃に関係していない軍事目標に対して攻撃することも許容されている。そのため、このような場合には *jus ad bellum* の継続適用にもとづく制限が重要な役割を果たすこととなる。

また、武力紛争中の敵対行為規制を司るのは第一義的には国際人道法である一方で、いかなる武力紛争にいかなる国際人道法が適用されるか必ずしも明確ではない。そのようななか、いかなる国際人道法が適用されるにせよ、自衛権の比例性原則による制限は課され続けるという点に意義がある。とりわけ、対テロ戦争のような国家対非国家主体のいわゆる越境武力紛争について、アメリカなどは、国際人道法の適用に消極的である一方で⁷⁶、非国家主体に対する自衛権については積極的に認めている⁷⁷。非国家主体に対する自衛権が認められるかについては熟考が必要であるが⁷⁸、実行上アメリカがそのように主張している以上、アメリカは比例性原則の制限に従うことを拒否することはできないであろう⁷⁹。また、2006年にイスラエルがレバノン内のヒズボラに対して攻撃を行った際、多くの国が比例性原則に依拠してそれを逸脱するイスラエルの攻撃を非難したが⁸⁰、イスラエルが行ったミサイル攻撃自体は、国際人道法上は違法となるものではない。

このように、国際人道法上禁止されていない敵対行為について、自衛権の比例性原則が武力紛争中に継続適用されることにより制限を課す場合があり、*jus ad bellum* が *jus in bello* の限界を補っていることをみてとることができる。ただし、反対に比例性原則を守っていることを前面に出して主張することで、国際人道法の適用が曖昧にされる懸念も払拭することはできない⁸¹。しかし、第一義的に敵対行為を規制するのは国際人道法であり、比例性

⁷⁶ 森田桂子「タリバン『不法戦闘員』としての地位 —破綻国家との国際武力紛争—」『防衛研究所紀要』10巻3号（2008年）51-52頁。

⁷⁷ Letter Dated 7 October 2001 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations Addressed to the President of the Security Council, S/2001/946 (7 October 2001).

⁷⁸ 非国家主体に対する自衛権については、以下の文献で詳述される。川岸伸「非国家主体と国際法上の自衛権 —九・一一同時多発テロ事件を契機として— (1) ~ (3・完)」『法学論叢』167巻4号（2010年）、168巻2号（2010年）、168巻4号（2011年）。

⁷⁹ 非国家主体に対する自衛権についても、必要性および比例性の要件を満たす必要があることについて、A. S. Deeks, “Unwilling or Unable: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52, No. 3 (2012), pp. 487-488.

⁸⁰ 田中「前掲論文」（注54）103頁。

⁸¹ 比例性原則が、大規模な武力行使の正当化の道具とされる危険をはらむことについて、「同上論文」127頁。武力行使が比例したものである限り、いかなる時・場所においても武力の行使は可能であるという結論に陥ってしまうと指摘するものとして、O. Schachter,

原則はそれを補完するものである。人道の実現という観点からは、武力紛争が生じてしまった場合には、まず国際人道法の適用関係を明らかにすることが重要であることはいうまでもないであろう。

第2節 武力行使容認決議にもとづく敵対行為規制

今日、国連憲章により、戦争のみならず武力行使を行うことが一般に禁止されている。そのようななか、例外的に武力行使が認められるのが、自衛権の場合および安保理決議にもとづく集団行動の場合である。とりわけ後者の場合、武力行使を禁じる国連が自ら例外的に武力行使を容認する武力紛争であるため、厳格な軍事行動を行うことが求められる。そのため、当該武力紛争における敵対行為の規制にあたり、最低限のルールである既存の国際人道法だけを遵守していればよいのかについては疑問の余地がある。

ここで実際の国連の実行をみてみると、国連憲章第7章にもとづく非軍事的措置に関しては、安保理決議が加盟国のとりうる措置を極めて詳細に決定することにより限定している。しかし、軍事的措置を行う際には、「必要なあらゆる措置を容認する」という抽象的な文言が用いられ、いかなる軍事行動を行うかは加盟国の裁量に委ねられているようにも思われる。ただし、加盟国の実行をみてみると、決議にもとづき軍事行動を行う加盟国は、極めて厳格な交戦規則（ROE）に則って作戦行動を展開している。たとえば、2011年に安保理決議1973にもとづきリビアにおいて軍事行動を行ったNATOは、文民に対する付随的損害をゼロにするための予防措置をとり、また文民に対する攻撃に関与しない戦闘員に対しては攻撃を行わない作戦を実行している。確かにNATOは軍事大国の同盟であるため、国際的な基準よりも高いハードルを自らに課して行動しているとも考えられる。しかし、後述するように、国連の集団安全保障にもとづく措置であるからこそ課される制限に従って行動していることが、NATOの実行からみてとることができる。

そこで、本節では、リビアにおけるNATOによる空爆の事例を主たる素材として、安保理決議にもとづく多国籍軍の軍事行動に、いかなる根拠にもとづきいかなる制限が課されるかについて明らかにすることを目的とする。その検討にあたっては、まずリビアにおける*jus in bello*の適用法規について確認し、そのうえで安保理決議上の*jus ad bellum*が継続適用されることにもとづく敵対行為の制限について検討を行うこととする。

結論から述べると、集団行動を行う国家に国際人道法以上の制限を課す主たる根拠は、安保理決議に固有の比例性原則であると考えられる。ここでいう比例性原則とは、「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」とする原則をいう。この比例性原則は、しばしば公秩序の実現を担う機関に対して課される。本節では、安保理により公的目的を達成するために武力行使を容認された多国籍軍の敵対行為に課される比例性原則について検討する。なお、ここでは人に対する

“Armed Force, Peaceful Settlement, and the U.N. Charter : Are There Alternatives to a New International Anarchy?”, *ASIL Proceedings of the 77th Annual Meeting*, (1983), p. 46.

攻撃に焦点をあて、物に対する攻撃に関しては、必要な範囲で言及するにとどめることとする。

第1款 リビア空爆における国際人道法の適用

(1) 安保理決議 1973 第4項による武力行使の容認

2011年2月、反政府デモが武力衝突に発展し、内戦に突入する⁸²。国連は、まず安保理決議 1970により、リビアに対して武器の禁輸等の非軍事的措置を課したうえで、暴力の即時中止を要求した。しかし、それでもカダフィ政権による文民に対する空爆等が継続されたため、安保理は3月17日に武力行使を容認する決議 1973を採択する。同決議にもとづき、各国が3月19日から軍事行動を開始し、3月31日にはNATO主導のユニファイド・プロテクター作戦が開始する。同作戦においては、2万5000回以上航空機が出動し、約8000回の空爆が行われたが、10月20日に反政府勢力によりカダフィが殺害され、10月31日に安保理決議 2016にもとづき空爆が終了した。

このNATOによる軍事行動は、安保理決議 1973にもとづき容認されている⁸³。同決議では、第4項において加盟国に対し「リビアにおいて攻撃の脅威の下にある文民および文民居住地域を保護するために」必要なあらゆる措置をとることを容認している。ただし、外国占領軍は除外しており、このことは地上軍の派遣を禁止することを含意すると解釈されている。他方で、第6項において、文民の保護を援助するためにリビア上空の飛行禁止が決定され、第8項において飛行禁止の遵守を強制するためにも必要なあらゆる措置をとることが容認されている。

(2) 国際人道法の適用法規

以上が決議 1973の骨子であるが、同決議にもとづく武力紛争の構図としては、一方のNATOは地上軍を派遣できず、他方のカダフィ軍は上空飛行を禁止されているため、NATOの空爆に対しカダフィ軍が地上で応戦するという構図になる。そのため、本武力紛争における敵対行為を規律する適用法規は、第一義的には空戦法規となる。今日では、ジュネーヴ諸条約第1追加議定書49条3項が、文民の保護に関する第1部すなわち48～67条の諸規定が空戦にも適用されることを明示しており、それらの規則が適用される。その第1部の規則の中核は、区別原則ないし軍事目標主義と比例性原則、それから予防措置であるといえる。そして、これらの規則は今日では慣習法化しているため、アメリカ等の非締約国に対しても同内容の義務が課されることになる。

リビアにおいては、このNATO対カダフィ軍の国際的武力紛争と並行して、リビア政府対反政府勢力の内戦も生じていた。その内戦においては文民に対する攻撃や拷問等が多くみられたため、その調査のため、内戦発生10日後の2月25日に、国連人権理事会がリビ

⁸² M. C. Bassiouni, (ed.), *Libya: From Repression to Revolution: A Record of Armed Conflict and International Law Violations, 2011-2013* (2013), p. 199.

⁸³ Security Council Resolution 1973, U.N. Doc. S/RES/1973 (2011), 17 March 2011.

ア国際調査委員会を設立した。調査の主眼は、カダフィ軍と反政府軍による行為におかれていたが、NATOによる戦闘行為についても調査が行われた。本調査は、区別原則、比例性、予防措置等を含む、国際人道法の諸原則に照らして行われた⁸⁴。これらは、おおむね先述の空戦法規と合致するものである。そして、結論として、NATOは広範な予防措置をとっており、大多数の空爆は軍事目標に対して行われた一方で、文民被害の生じた4件の事例については証拠が不十分であり、NATOが実行可能なすべての予防措置をとったか否か判断することはできないとする⁸⁵。

同報告書では、4件の事例について国際人道法上の予防措置違反の可能性があることを示唆しているが、実際にNATOの戦闘行為のなかで文民ないし民用物の被害が出た事例は20件に及ぶとされる⁸⁶。すなわち残りの16件については、比例性原則にもとづく付随的損害として許容されると判断されたものと考えられる。また、当然そのほかに戦闘員の殺傷も行われている。国際人道法は、完璧な法規ではなく、武力紛争の存在を前提とするため、戦闘員の殺傷は禁止されず、また付随的に文民の損害が生じることも許容する。この戦闘員の殺傷と文民の付随的損害という2つの点が、国際人道法が内包する最も大きなジレンマであり、法による規律が及んでいないところとなっている。

そのため、通常の武力紛争の場合には、リビア国際調査委員会の結論のように、予防措置を講じたうえで軍事目標を攻撃するのであれば、戦闘員を殺害しても、また文民の付随的損害を出したとしても、それは合法的な行為の範囲にとどまることになる。しかし、同委員会にNATOが提出した書簡をみると、文民の被害予測ゼロを確保するための厳格な手続がとられ、またたとえ軍人であれ特定の個人を意図的に標的にしないなど、NATOは国際人道法上の要請を超える基準に従って行動していたことがわかる⁸⁷。NATOはいかなる理由にもとづきこのような軍事行動をとったのであろうか。この点を考察するため、第2款では、まずNATOの同書簡の検討を行い、そのうえでNATOの軍事行動を制限した国際法上の根拠について検討する。

第2款 安保理決議の比例性原則にもとづく人道の実現

(1) リビアにおけるNATOの軍事行動

第1款で述べたように、NATOはリビア国際調査委員会に宛てた書簡のなかで、既存の国際人道法の規則よりも厳格な基準に従って行動していたことを記している。同書簡では、「必要なあらゆる措置の行使を容認する安保理のマンデートの中核的な目的、すなわち不可欠の軍事的目的が、攻撃または攻撃の脅威から文民を保護することそれ自体であるユニ

⁸⁴ Report of the International Commission of Inquiry on Libya : Advance Unedited Version, A/HRC/19/68, 2 March 2012, para. 613.

⁸⁵ *Ibid.*, paras. 649, 654.

⁸⁶ *Ibid.*, para. 607.

⁸⁷ Letter from P. Olson, Legal Adviser of NATO, to Judge P. Kirsch, International Commission of Inquiry on Libya, United Nations, OLA(2012)006, 23 January 2012.

ファイド・プロテクター作戦のような場合には、国際人道法の厳格な遵守が明らかに重要である」と述べたうえで、「実際には国際人道法の要請を超える基準に従って行動することで、文民の被害を極めて少なくすることができた」と述べる⁸⁸。その基準については、同作戦の標的政策が参考になる⁸⁹。同作戦の標的はすべて、究極的には安保理決議 1973 に由来する軍事的目的を進めるために選定された。攻撃された標的は、主に文民を攻撃の脅威にさらす軍隊および施設であり、その軍事的目的を達成するために明確な軍事的利益をもたらさない施設や資源は標的とされなかった。同作戦の標的政策は、「攻撃の脅威の下にある文民の保護」という安保理決議のマンデートを中核に据えて起草され実施された⁹⁰。この作戦行動における最も重要な目的は文民への危害を避けることであり、文民に対する被害が生じる証拠ないし理由がある場合には、いかなる標的への攻撃も許可されなかった。さらに、たとえ軍人であれ、特定の個人は意図的に標的にされることはなかった。こうした標的政策に則り、使用する武器はその軍事的目的を達成するために必要最小限であり、かつ「文民の被害予測ゼロ」に合致するものに限定されていた⁹¹。つまり、NATO は安保理決議 1973 により設定された「攻撃の脅威の下にある文民の保護」という軍事的目的を達成するために必要最小限の軍事行動を行い、そのため、文民の付随的損害の予測がゼロになる予防措置をとり、また戦闘員や軍事関連施設であっても当該目的の達成のために必要がないのであれば標的としなかったのである。

NATO のこうした見解は、リビア国際調査委員会への書簡以外にもみられる。たとえば、イギリス議会に提出された文書では、国連のマンデートにもとづき軍事行動が行われるのは、(1) 文民に対するすべての攻撃が終了し、(2) カダフィ政権が軍隊を基地に撤退させ、(3) カダフィ政権が人道支援へのアクセスを認めるまでであるとされる⁹²。これは、当該軍事行動が「敵の服従」という通常の国際人道法の戦争目的よりも狭い範囲で展開されたことを示している。また、NATO の報道官による声明では、軍隊および軍事施設は文民に対する攻撃に関与している場合にのみ攻撃されたと説明され、文民を脅威にさらさない軍隊は標的としなかったとされる⁹³。さらに、NATO のホームページでは、NATO の軍事作戦は 3 つの要素、すなわち武器禁輸の強制、飛行禁止区域の強制および文民への攻撃に関与する軍隊に対する爆撃で構成されるとし、文民の攻撃に関与しない軍隊に対しては攻撃を行わないことを示唆している⁹⁴。

⁸⁸ *Ibid.*, p. 2.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 2-4.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 3.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 3, 5.

⁹² *Accidental Heroes: Britain, France and the Libya Operation, Interim RUSI Campaign Report, September 2011; Libya Crisis: National Security Adviser's Review of Central Co-ordination and Lessons Learned* (2011).

⁹³ Statement by the NATO spokesperson on Human Rights Watch report (Last updated : 28 March 2012), at <http://www.nato.int/cps/en/natolive/news_87171.htm>.

⁹⁴ NATO and Libya (Last updated : 28 March 2012), at <http://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_71652.htm>.

このように、NATOは国際人道法では規制しきれていない文民の付随的損害と戦闘員に対する攻撃について、それらを可能な限り生じさせない厳格な軍事行動をとっていたことがわかる。そして、そうした軍事行動の制限は、安保理決議により設定された文民の保護という目的に起因するとNATOが考えていたことがわかる。そこで(2)では、こうした制限的なNATOの軍事行動が、国際法上のいかなる根拠にもとづき行われていたかについて検討を行う。

(2) 安保理決議上の *jus ad bellum* の継続適用

リビア国際調査委員会では、専ら国際人道法に依拠して調査が行われたが、武力紛争を規律する法は、国際人道法だけではない。ラテン語で *jus in bello* と表現される国際人道法がある一方で、*jus ad bellum* と表現される武力行使の規律に関する法が他方にある。*jus ad bellum* は、武力行使を禁止する国連憲章2条4項を中核に据え、その例外としての自衛権と安保理による武力行使の容認も規律する。*jus ad bellum* においては、*jus cogens* ともいわれる武力行使の禁止が大前提であるため、その例外として許容される自衛権と憲章第7章の集団的措置は、厳格に制限されることが求められる。この点、自衛権に関しては、先述のとおり、その要件たる必要性原則および均衡性原則が武力行使の開始時だけでなく武力紛争中にも継続して適用されることが、グリーンウッドにより明らかにされている⁹⁵。他方で、憲章第7章にもとづく集団行動については、いかなる制限が課されるかは必ずしも明らかではない。

この点について、グリーンウッドは、比例性原則、すなわち「目的の達成のために必要な手段に限定される」とする原則が、国連軍にも適用されると簡潔に説明する⁹⁶。また、イギリスの軍事マニュアルにおいても、「武力行使はその全体的目的に比例したものでなければならないということは一般に受け入れられている」と規定されている⁹⁷。ただし、こうした国連の集団行動における比例性原則に関する見解の多くは、その実効性について消極的な見方をする。国連の集団行動の目的は「国際の平和と安全の維持または回復」であるため、その目的を達成するために必要な措置に限定したとしても、意義のある制限は課されないとの見解である⁹⁸。確かに、湾岸戦争の際に武力行使を容認した決議678は、国際の平和と安全の維持または回復のために必要な措置を容認し、その結果実際に大規模な軍事行動が展開されている⁹⁹。しかし、同様に「必要なあらゆる措置」を容認する決議は、その後旧ユーゴ諸国やアフリカ諸国等の事態について数多く採択されていくことになる。それらの決議のなかでは、強制措置の目的たる「国際の平和および安全の維持または回復」が、事例に即してより具体的に記されるようになってきている。その最たる例としては、「攻撃

⁹⁵ Greenwood, *supra* note 15, p. 223.

⁹⁶ Greenwood, *supra* note 53, p. 175.

⁹⁷ UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (2004), pp. 26, 348-349.

⁹⁸ たとえば、O. Schachter, *International Law in Theory and Practice* (1991), p. 399; Greenwood, *supra* note 53, p. 175

⁹⁹ Security Council Resolution 678, U.N. Doc. S/RES/678 (1990), 29 November 1990, para. 2.

の脅威の下にある文民の保護」に目的を限定した先述のリビアに関する決議 1973 が挙げられる。NATO は、この目的の達成のために必要のない戦闘員に対する攻撃は行わず、この目的に反する文民の付随的損害はゼロとなるよう予防措置をとった。こうした現実に鑑みると、比例性原則が拘束力ある法的義務として課されるのであれば、それは重要な制限となる。

湾岸戦争以降のその他の同様の決議としては、たとえば 1993 年の決議 816 がある¹⁰⁰。同決議は、ボスニア上空に設定された飛行禁止の遵守を確保する目的で武力行使を容認したが、それは「特定の状況や戦闘の性質に比例した」措置であることを明示的に要求している¹⁰¹。つまり、セルビア軍が飛行禁止義務に違反する行動をとらない限り、国連加盟国は武力行使を行えないことになる。この 1993 年の時点では、安保理決議にもとづく集団行動に比例性原則が適用されることが必ずしも明確ではなかったため、明示的に言及したことが考えられる。

また、コンゴに関する決議 1592 では、リビアのケースと同様に、文民保護目的で武力行使が容認されている¹⁰²。ただし、「差し迫った物理的暴力の脅威の下にある文民の保護」という限定が付されており、まさに攻撃を受けようとしている文民を保護するためにのみ武力行使が容認されていることになる。このように極めて限定的な目的のためにのみ武力行使が容認されていたため、リビアの場合のような規模の軍事行動が実際に展開されることはなかった。

このように多くの決議が採択されているにもかかわらず、実際に軍事行動が展開された事例はごくわずかである¹⁰³。その理由は比例性原則が機能し、決議が出された目的を達成するために軍事行動が必要なかったためであると考えられる。

(3) 安保理決議に固有の比例性原則の法的基盤

こうした安保理決議の目的を限定する傾向とそれに従い軍事行動を制限する国家実行がある一方で、比例性原則が適用される法的基盤はどこに求めることができるであろうか。この点について、他の多くの法分野にも認められる比例性原則は法の一般原則となっており、それゆえに国連の集団行動にも適用されるとするレーマン等の見解がある¹⁰⁴。その根拠は、憲章 24 条 2 項が、安保理は国連の目的に従って行動しなければならないことを規定する点に求められる。その目的を規定する同 1 条 1 項は、国際の平和と安全の維持を第 1 の目的として掲げ、その目的の実現は、正義および国際法の原則に従って行うことを明記

¹⁰⁰ Security Council Resolution 816, U.N. Doc. S/RES/816 (1993), 31 March 1993.

¹⁰¹ *Ibid.*, para. 4.

¹⁰² Security Council Resolution 1592, U.N. Doc. S/RES/1592 (2005), 30 March 2005, para. 7.

¹⁰³ 実際に安保理決議にもとづき一定の規模で軍事行動が展開されたのは、この容認方式が採用されるようになった 1990 年代以降では、湾岸戦争とボスニアの空爆とリビアの空爆の 3 つの事例にとどまる。

¹⁰⁴ J. M. Lehmann, “All Necessary Means to Protect Civilians : What the Intervention in Libya Says about the Relationship between the *Jus in Bello* and the *Jus ad Bellum*”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 17, No. 1 (2012), p. 132.

している。この国際法の原則に、比例性原則が含まれるため、安保理決議にもとづく集団行動にも比例性原則が適用されるとするのである¹⁰⁵。

他方で、比例性原則は、法の一般原則という外在的制約要因に求めなくとも、第 7 章の集団行動に内在的に求められるように思われる。国連憲章 42 条は、「安全保障理事会は…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」と規定している。この条文に、国連憲章のコメンタリにおいてクリシュが主張するように¹⁰⁶、国際の平和と安全という目的の達成のために必要な行動のみをとりうるという比例性原則が含意されていると解釈できるものと考えられる。確かに、安保理の容認決議にもとづく集団行動は 42 条で想定される国連軍と同一ではない。しかし、両者の達成すべき目的は同一であるため、目的にもとづく比例性原則は前者の集団行動にも適用されることが考えられる。そして、国際の平和と安全の維持または回復という目的は、個々の決議においてより詳細かつ具体的になるが、目的が限定的になるほど 42 条に内在する比例性原則にもとづく制限の意義も、より大きくなることになる。

確かに、安保理決議で *proportionality* や *proportionate* という用語は明示的にはほとんど規定されていない。また、ハイレベル・パネル報告書「より安全な世界」などにおいても、「安保理により容認された軍事行動は、手段の比例性、すなわち問題となる脅威に対処するために必要最小限なものであるかを常に考えるべきである」とし、*should* を用いた慎重な表現が用いられている¹⁰⁷。そのため、安保理決議の比例性原則が確立した原則であると断言するためには、さらなる実行の蓄積を待つ必要があるかもしれない。しかし、少なくとも講学上は、安保理に容認された集団行動の目的にもとづく制限が比例性原則とみなされて議論されており、NATO も単に政策上の理由から制限的な軍事行動を行ったのではなく、そのような法認識のもとで行動してきたと解釈することができるのではないかと考えられる。

なお、この比例性原則は *jus ad bellum* 上の規制であるが、*jus in bello* とは別個重疊的に課されるため、*jus in bello* の平等適用を侵害するものではない。しかし、実際上は、決議にもとづき行動する NATO の側だけに制限が課されることになるため、当事者間の義務のバランスの観点からはやや不当であるようにも思われる。しかし、安保理決議は、武力行使の容認に伴い *jus ad bellum* 上の制限しか当事者に課せないものではない。決議 1973 は、第 6 項および第 8 項により、実際上カダフィ軍の側だけに飛行禁止ひいては空爆の禁止を課しており、両当事者に異なる敵対行為の制限を課すことによりバランスを確保している。本件においては軍事行動の制限に関するさらなる決議が採択されることはなかった。しかし、決議の目的が国連の集団行動を行う側に過度に制限を課すようであれば、安保理は追加的

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 133.

¹⁰⁶ B. Simma, D.-E. Khan, G. Nolte and A. Paulus (eds.), *The Charter of the United Nations : A Commentary* (3rd edition, 2012), pp. 1260, 1341.

¹⁰⁷ *A More Secure World : Our Shared Responsibility*, Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change, U.N. Doc. A/59/565, 2 December 2004, para. 207.

な制限を対象国に対して課す新たな決議を採択することも可能である。こうした点に鑑みると、目的にもとづく敵対行為の制限は不当なものとはいえず、むしろ武力行使を厳格に禁止し、極めて例外的に許容される軍事行動に課される *jus ad bellum* 上の条件として、適切な規制であると考えられる。

以上で述べたように、国連の集団行動においては、安保理決議上の *jus ad bellum* の比例性原則が、*jus in bello* と重疊的に適用され、實際上国際人道法の要請を超える制限が多国籍軍に課されると考えられるものと結論づけられる。攻撃の脅威の下にある文民の保護に目的を限定したりビアの事例においては、その目的と相いれない文民の付随的損害は一切生じさせないための予防措置がとられ、文民の攻撃に関与しない戦闘員に対する攻撃は回避された。この比例性原則によりどの程度まで厳格な義務が課されるかは、自衛権の場合と同様に必ずしも明確にはならない。しかし、それでも多くの場合において、既存の国際人道法以上の制限が多国籍軍の敵対行為に課されることとなる。

この比例性原則にもとづく制限は、湾岸戦争の際の決議 678 においては、目的が広範であるためほとんど機能していなかった。そのため、いかなる軍事行動を行うかの判断は、ほぼ国家の判断に委ねられていたものといえる。しかし、その後より具体的かつ詳細な目的が安保理により決議に規定されるようになり、それによりとりうる軍事行動に関する国家の判断権が、相当程度安保理に移行されたと考えることができる。このように、比例性原則の意義は、武力紛争に適用される実体規則が厳格化される点のみならず、とりうる軍事行動が客観的に定められるという点にも見いだすことができる。

国連の集団安全保障体制下においては、厳格に武力行使が禁止されている。こうしたなかで、極めて例外的に武力行使が許容されるのが、自衛権と国連の集団行動の場合である。こうした場合に、戦闘員に対する攻撃を許容し、文民の付随的損害を甘受する国際人道法だけに従って行動すれば足りるというのであれば、国連憲章によって武力行使ひいては武力紛争が厳格に禁止されている趣旨と相いれないことになる。例外的に武力紛争を許容するのであれば、厳格な規制に従って行われることが求められる。この規制について、今後国際人道法の規則もさらに発展することが望ましいが、今日においても、*jus ad bellum* 上の比例性原則が重疊的に適用されることにより、武力紛争における人道の実現が促進されているものといえることができるであろう。

第3章 非国家主体との武力紛争の規制

第1節 内戦の規制

第1款 敵対武装集団への国際人道法の適用の必要性

今日、「人間化 (humanization)」と呼ばれる現象が国際法全体に広がってきている¹⁰⁸。これは、伝統的な国家を主体として国際法の権利義務を論じる体系から、個人に直接に権利を付与し義務を課す体系へと国際法が変化してきている状況を示したものである。この現象の発端は、第2次世界大戦後の国際人権法と国際刑事法の発展にあると言えるが、その影響が最も色濃く及んでいるのが、国際人道法の分野であることは間違いない。この影響により、焦点が国家から個人へと移され、犠牲者保護の観点から国際人道法の必要性が論じられるようになるとともに、国家責任とは区別される個人の国際人道法上の責任が国際刑事法廷で問われる時代となってきている。

この傾向は、非国際的武力紛争に適用される国際人道法においても同様に見られる。昨今においては、政府側か敵対武装集団側かを問わず、(少なくとも形式的には一律に) 戦争犯罪を犯した個人に対して刑事罰が科されている。このように、国際人道法が刑事化(裁判規範化)することにより「個人」を義務の名宛人とできることが明確になったため、あえて敵対武装「集団」に義務を課して、当該集団に国家と同等の法的地位を付与する結果を導くようなことは敬遠される傾向にある。さらに、国際人道法とりわけ慣習国際人道法が敵対武装集団に適用される根拠が明確ではないことも相まって、敵対武装集団に国際人道法を「適用」することは不要であるとの見解もみられるようになってきている¹⁰⁹。

しかし、こうした人間化の動きが、集団としての敵対武装集団を国際人道法の平面で議論することを無意味にしたと結論づけることは早計であろう。たとえば、実際の戦闘行為において人道法を遵守するよう指示・監督するのは、指揮命令系統をもった集団(組織)であることは否定できない。このような集団としての法的義務や権利は、いかに人間化が進んだところで完全に無くなるわけではない。

さらに、人間化に伴う国際人道法の発展に、敵対武装集団がどのように関与するのかという点も看過できない。国家を国際法の主体と考え、その枠内で人道法の適用を考えている場合には、国際法の生成・発展に関与するのにもまた国家であるという前提に立てば済む。しかし、国際法が他の主体(entity)に権利義務を与える体系へと変化すれば、それらの規範体系の「形成」に携わる主体にもまた一定の影響が及ぶものと考えられる。今日においても、条約の作成能力をもつのが国家(および限定的に国際機構)であることに大きな変化はないし、それは国際人道法の分野においても同様である。しかし、慣習法の成立過程において、なお「国家」の実行や法的確信だけを考慮の対象とすればよいのかは、検討す

¹⁰⁸ T. Meron, *The Humanization of International Law* (2006), Introduction.

¹⁰⁹ 樋口「前掲論文」(注48)399-402頁参照。

る余地があるだろう。たとえば、大規模な内戦において、もし相互主義にもとづいて政府側と同等の立場で敵対武装集団にも慣習国際人道法が適用されるとするならば、そうした位置づけにある敵対武装集団の実行をその規則に関する慣習法の形成要因として考慮するか否かの判断は、人道法の性格づけとの関係においても極めて重要になってくるであろう。

人間化は、焦点を個人にあてるため、集団の存在を見えにくいものとする。しかし、むしろこのように人間化が進んできているからこそ、国際人道法を個人の観点からどこまで語り尽くせるのか、あるいは逆に敵対武装集団を国際人道法上の「集団」としてどこまで位置づけることができるのかについて、改めて再確認する必要があるものと考えられる。そこで本節では、まず国際人道法上の敵対武装集団の位置づけの歴史の変遷を追った上で、近年の旧ユーゴ国際刑事裁判所（ICTY）の戦時復讐に関する判例を素材として、慣習法の認定と適用に関する問題点を浮き彫りにし、慣習国際人道法の適用・形成という確立過程における敵対武装集団の位置づけに関する考察を行う。

(1) 敵対武装集団の史的系譜

(a) 第2次世界大戦以前の交戦団体としての位置づけ

非国際的武力紛争に適用される条約が、第2次世界大戦後によりやく作成されたのに対し、その慣習法の歴史は決して新しくはない。古くは、1758年のヴァattelの著書において、非国際的武力紛争の両当事者による慣習法の遵守義務が論じられている¹¹⁰。しかし、慣習法の適用が現実的になるのは、事実上の交戦団体承認が行われた、1860年代の南北戦争以降においてであろう。

交戦団体承認は、紛争当事者間で交戦法規を適用し、また第三国との関係で中立法規を適用するために行われる¹¹¹。敵対武装集団の支配する地域における人民保護や通商を確保することを目的として、いわば国家の利益保護のために設けられた制度である。当時は、国家のみが国際法上の主体であり、また相互主義が国際法の根幹をなしていた。こうした時代において、交戦団体承認により「国家に準ずる集団」として位置づけられることで、敵対武装集団は国際法の舞台へと引き上げられたのである。とりわけ中立法規の適用は、政府と敵対武装集団を同等に扱う証左となろう。交戦団体承認は、伝統的国际法の主体論に合致するもので、理論的に整合性のある制度であったと言える。

しかし、理論的整合性と実用性は一致をみななかった。交戦団体であることの承認は、敵対武装集団に政府と並ぶ国際法上の地位、ひいては実際上の正当性を与えることを意味するものと考えられたため¹¹²、紛争当事者の一方である政府は、この承認を行うことに難色を示すようになった。そのため、後述するジュネーヴ諸条約の起草過程においては、交戦団体承認を介さずに国際人道法を適用する方法が試行錯誤されることになる。

(b) ジュネーヴ条約における敵対武装集団の地位の不明確化

¹¹⁰ E. de Vattel, *Le droit des gens; ou, Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758), livre III, para. 294.

¹¹¹ 林久茂「交戦団体承認についての一考察」『法学論叢』61巻6号（1956年）97頁

¹¹² 藤田『前掲書』（注1）（有信堂、2003年）212-213頁。

(i) ジュネーヴ諸条約共通 3 条における法的地位の付与の問題

スペイン内戦の惨禍を目の当たりにし、国際社会では、交戦団体承認に代わる新しい規則が求められていた。その要請を受け、1949 年のジュネーヴ諸条約においては、交戦団体承認の有無にかかわらず各紛争当事者に人道的保護を義務づける共通 3 条が設けられた。この条文の名宛人は「各紛争当事者」であり、政府と敵対武装集団の双方を含むものであると考えられる。その一方で、共通 3 条の 2 項においては、「前記の規定の適用は、紛争当事者の法的地位に影響を及ぼすものではない。」と規定されている。この規定は、平等に条約を適用することで、敵対武装集団が国家（政府）と対等な関係にあると黙示的に認めることになることを回避するために設けられた条文である。

しかし、「法的地位に影響を及ぼすものではない」という文言の意味するところは、十分に明確ではない。共通 3 条のコメンタリは、法的地位の付与を「交戦者の地位」の付与に置き換えた上で、「3 条を適用するという事実それ自体は、敵対当事者が何らかの権限を有するということの合法政府による承認を構成するわけではない。」と説明する¹¹³。他方、学説においては多様な見解が見られるが¹¹⁴、その細部こそ異なれ、共通 3 条の適用は交戦団体承認を意味するものではないとする点については一致をみている。

このように、法的地位に関する文言が導入された結果、敵対武装集団の国際人道法上の位置づけが複雑になったものの、ここで適用対象として念頭に置かれているのは、個々の構成員（反徒）ではなく、集団としての敵対武装集団である。このことは、草案にあった「敵対当事者が同様に条約を遵守するという条件の下で」という文言が削除されたとしても変わるものではない¹¹⁵。国家に準ずる集団としての敵対武装集団の位置づけには揺らぎが見られるものの、ここではまだ人間化の影響はあまり及んでいないと考えられる。

(ii) ジュネーヴ諸条約第 2 追加議定書からの「紛争当事者」の削除

敵対武装集団の位置づけの不明確化は、第 2 追加議定書において一層拡大する。条約が採択される直前までは、5 条に「この議定書から生ずる権利及び義務は、すべての紛争当事者に平等に適用される。」とする規定があり、敵対武装集団への条約適用の意図が明確に確保されていた¹¹⁶。しかし、民族解放団体の第 1 追加議定書への格上げとともに、第 2 追加議定書に対する批判的空氣が濃くなったため、その採択を確保するために、何らかの法的地位を付与しうる「紛争当事者」の文言を含む条文は、すべて削除されることとなった。こうして、5 条の削除にとどまらず、「紛争当事者」の文言が完全に姿を消したため、条約

¹¹³ J. Pictet (dir.) (J. de Preux (ed.)), *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, Vol. III (1960), p. 43.

¹¹⁴ たとえば、藤田久一「内戦と 1949 年ジュネーヴ条約 — 捕えられた戦闘員の法的保護を中心に」『国際法外交雑誌』71 卷 2 号 (1972 年) 37-38 頁。

¹¹⁵ *Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949* (1949), Tome I, pp. 72, 111, Tome II-B, pp. 11, 116, 120, 124.

¹¹⁶ *Actes de la Conférence Diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève (1974-1977)* (1978) (ci-après, *Actes de la Conférence*), Vol. I, p. 34.

上の義務の名宛人が誰であるのかが一層不明確になってしまった¹¹⁷。

ただし、このことは、敵対武装集団が第 2 追加議定書ないし国際人道法における位置づけを完全に失ったことを意味するわけではない。第 2 追加議定書は、共通 3 条を「発展させかつ補完するものであり」(1 条)、共通 3 条を廃するものではないため、少なくとも共通 3 条の範囲では敵対武装集団は義務の名宛人となり続けている。また、第 2 追加議定書においても、その 1 条 1 項は敵対武装集団の議定書遵守能力を求めているため、敵対武装集団への適用が前提とされているととらえられる。さらに、6 条は敵対武装集団を義務の名宛人としていることを推定させる。たとえば、有罪判決を下しうる裁判所について、共通 3 条では「正規に構成された裁判所」とされていたにもかかわらず、第 2 追加議定書 6 条 2 項でわざわざ「独立性及び公平性を有する裁判所」に変更されているのは、敵対武装集団側の構成する裁判も念頭に入れたからであるとされる¹¹⁸。また、同 5 項で、恩赦を付与する努力義務を負う名宛人が、「政府」や「当事国」ではなく、「権限のある当局」である点も、敵対武装集団に義務を課している証拠とされる¹¹⁹。

このように、共通 3 条のときよりもさらに敵対武装集団の位置づけが不明確になっているとはいえ、第 2 追加議定書上想定されているのは「集団」としての敵対武装集団であり、敵対武装集団はなお一定の国際人道法上の地位を保ち続けていると言える。

(c) 国際人道法の個人化と敵対武装集団概念の排除

国際人道法における敵対武装集団、さらには国家をも含む「集団」の地位が大きく揺らぐのは、1990 年代以降のことである。1993 年に ICTY が設置されて以来、多くの国際的な刑事法廷が設置され、1998 年には常設的な国際刑事裁判所を設置するローマ規程 (ICC 規程) が採択された。これらの裁判所では、「個人」が国際人道法上の義務の名宛人とされており、その個人がいかなる集団に属していたかは問題とされない。ここには、集団間の行為規範から、個々人に対する裁判規範への変質を遂げた国際人道法の姿をみることができ

る。これらの裁判所では、共通 3 条は具体性に欠け、第 2 追加議定書は適用の敷居が高いとの理由から、しばしば慣習国際人道法が適用されてきている。こうして、国際刑事法廷における慣習国際人道法の適用が脚光を浴びることになるが、ここでは個人のみが対象となるため、「集団」としての敵対武装集団はほぼ議論に登場しないことになるのである。なお、本論文の問題意識からは、「集団」に適用される慣習法と「個人」に適用される慣習法とが同じものであるのかという点も問題となるが、この点については III 章以下で言及することとする。

本章でみてきたように、非国際的武力紛争に適用される国際人道法の黎明期においては、敵対武装集団は、政府および外国の権益や自国民の生命・財産の保護のために、国内法上

¹¹⁷ 竹本正幸『国際人道法の再確認と発展』(東信堂、1996 年) 259-262 頁。

¹¹⁸ 藤田『前掲書』(注 1) 231 頁。

¹¹⁹ A. Cassese, “The Status of Rebels under the 1977 Geneva Protocols on Non-International Armed Conflict”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, No. 2 (1981), pp. 424-428.

の反逆者の地位から国際法上の交戦団体の地位へと引き上げられた。しかし、その後、諸国が敵対武装集団の法的地位を黙示に認めることを懸念し始めたため、共通 3 条や第 2 追加議定書においては漸次敵対武装集団の国際法上の地位が不明確化していった。そして、種々の国際刑事法廷が設立される 90 年代に至ると、個人に焦点があてられるようになり、国家と個人の間団体たる敵対武装集団は、主要な国際法上の議論から姿を消すこととなった。

こうした流れが生じた背景には、本節の冒頭で述べた人間化の影響があることは間違いない。ところで、この人間化には、①人道化 (humanitarianism) と②個人化 (individualism) の 2 つの要素が含まれると考えられる。前者の人道化は、国際人権法の発展の影響を大きく受けたものである。特に 1968 年のテヘラン会議以降においては、国際人権法と国際人道法の関係の議論が活発化することとなる¹²⁰。共通 3 条はそれ以前に作成されたものであるが、平和の実現と基本的人権の尊重とが結びついて結実した世界人権宣言と同様の理念を有するものであり、ここにも一定程度の人間化の影響はみられよう。こうした流れの中に、交戦者間の戦争法から、犠牲者保護の国際人道法への移行を看取することができる。一方で、後者の個人化に関しては、国際人権法に加え、国際刑事法の発展の影響が大きい。抽象的な集団概念を用いるだけでは犠牲者の保護は十分に達成されえないとの認識から、実際に被害を受けている個人と侵害行為を行っている個人に焦点があてられるようになっていく。

このように、意図的または無意識に、敵対武装集団の概念が国際人道法から排除されつつある。このような敵対武装集団の位置づけの流動化は、明文化されていない慣習法において、より顕著に生じやすいものである。そのため、以下では、今日において慣習法上敵対武装集団がどのような位置づけにあるのか検討することとする。その検討にあたっては、戦時復讐を素材とすることが有用であると考えられる。戦時復讐 (belligerent reprisals) は、集団としての交戦者 (belligerent) を名宛人とする規範であって、他の多くの規則と異なり、戦闘員等の個人に還元することのできない規範であるからである。さらに、戦時復讐は相互主義に基盤を有するため、一方当事者 (政府) への適用が、間接的に他方当事者 (敵対武装集団) への適用を示唆する。したがって、次章では、ICTY の戦時復讐の慣習法に関する一連の判例に着目することで、この点に関する問題点を整理し直すこととする。

(2) ICTY による戦時復讐に関する慣習法性判断

(a) ICTY による判断の動揺と帰結

ICTY が初めて戦時復讐に関する判断を下したのは、1996 年のマルティッチ事件規則 61 手続命令においてである¹²¹。被告人マルティッチは、クロアチア共和国の領域内にある、クライナ共和国と呼ばれるセルビア人自治地域の大統領であった。1995 年 5 月 2 日、クラ

¹²⁰ 寺谷「前掲論文」(注 12) 213-214 頁。

¹²¹ *Prosecutor v. Milan Martić, Review of Indictment Pursuant to Rule 61*, IT-95-11-R61 (8 March 1996), *International Law Reports*, Vol. 108 (1998), paras. 12, 15-17.

イナ共和国は、クロアチアの首都ザグレブに爆撃を行い、多くの文民の死傷者を出した。そして、この爆撃の命令を行ったのがマルティッチであるとされる。

ICTY は、この爆撃が、前日のクロアチアによる攻撃に対する戦時復仇として正当化されるか否かを検討している。そして、①ジュネーブ諸条約共通 1 条（すべての場合における諸条約の遵守）、②国連総会決議 2675（武力紛争における文民たる住民の保護に関する基本原則。7 項「文民……は、復仇の対象とされるべきではない」）、③第 1 追加議定書 51 条 6 項（文民に対する復仇禁止）、および④第 2 追加議定書 4 条（敵対行為に直接参加しない者の基本的保障）を証拠として、文民に対する復仇の禁止が、国際的武力紛争にも非国際的武力紛争にも適用可能な慣習法となっているとの判断が下されている。

この判断を踏襲し、文民に対する復仇禁止の慣習法性をより詳細に検討したのが、2000 年のクプレシュキッチ事件第 1 審判決である。本件は、ボスニア・ヘルツェゴビナ国内にあるクロアチア防衛評議会（HVO）という敵対武装集団の 6 名の構成員に関する判決である。ICTY は、国際人道法の人間化の傾向に触れた上で、慣習法の証拠としてまず米国とオランダの軍事マニュアルに言及し、さらに非国際的武力紛争にも適用される根拠として、総会決議 2675、マルティッチ事件、共通 3 条に関する ILC の議論を挙げている。このように証拠の数は限られているが、ICTY は「マルテンス条項の結果として法的または必要信念が実行に上回る役割を果たす」とし、その結果、「国家実行が乏しかったり一致していなくとも」慣習法は形成されうると述べ、結論として「上述の諸要素が、（マルテンス条項が）慣習法の形成をもたらしたとする主張の証拠となるように思われる」と述べている¹²²。

しかし、各方面から多くの批判を受けてであろうか¹²³、2007 年のマルティッチ事件第 1 審判決では、文民に対する復仇禁止の慣習法性に言及することなく、戦時復仇の要件論に依拠することで、マルティッチによる戦時復仇の主張が斥けられている¹²⁴。さらに、2008 年の上訴審判決でも同様の要件論が展開され、新たに出された自衛権の主張についても、被告人は第 1 審裁判部の結論のいかなる錯誤も立証していないため、これ以上検討する必要はないとされ、斥けられている¹²⁵。

この一連の ICTY の判決を顧みると、当初は非国際的武力紛争における文民に対する復仇は慣習法上禁止されているとの見解が示されていたが、2007 年になると、その慣習法性の判断を撤回するような要件論を展開することで落ち着いている。このように、文民に対する復仇の慣習法性に関する判断は動揺をみせているが、終始貫徹している点もある。それは、

¹²² *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al., Judgement in the Trial Chamber*, IT-95-16-T (14 January 2000), pp. 202, 207-212, paras. 518, 527-536.

¹²³ たとえば、吉田脩「《武力規制法》の規範的構造と『戦時復仇』の諸相 -1977 年のジュネーブ第一追加議定書における『復仇』禁止諸条項についての考察を中心に」『筑波法政』33 卷（2002 年）50 頁参照。

¹²⁴ *Prosecutor v. Milan Martić, Judgement in Trial Chamber I*, IT-95-11-T (12 June 2007), pp. 113-120, 166-168, paras. 302-322, 464-468.

¹²⁵ *Prosecutor v. Milan Martić, Judgement in the Appeals Chamber*, IT-95-11-A (8 October 2008), pp. 95-97, paras. 263-269.

非国際的武力紛争においても戦時復仇それ自体は禁止されていないとする立場である。この点、「非国際的武力紛争の当事者は、戦時復仇に訴える権利を有しない」と判断した、『慣習国際人道法』と題される2005年の赤十字国際委員会（ICRC）の研究書の見解¹²⁶とは異なる。マルティッチ事件においては、戦時復仇に関してICRCの見解への言及はないが、財産の略奪に関するところでは言及がなされている¹²⁷。したがって、戦時復仇に関しても、ICTYがICRCの研究をまったく参照していないとも考えがたい。それにもかかわらず異なる見解が維持されている点には、どちらが正しいかの判断は別にしても、非国際的武力紛争における戦時復仇に関する議論がなお成熟していないという事実が垣間見られる。

(b) ICTYの判断における敵対武装集団の性格への考慮の欠如

ICTYにおける戦時復仇の慣習法性の判断につき、慣習法の実体的な内容に関して議論の余地があることについてはICTYも認めていると考えられる一方で¹²⁸、判決において見落とされている重要な論点が3つある。まず、①被告人の属する集団について、続いて②集団と個人の識別について、それから、③敵対武装集団の実行についてである。

第1の点に関して、マルティッチもクプレシュキッチも、国家（政府側）の機関ではない。両者とも敵対武装集団の構成員である。それにもかかわらず、戦時復仇の標的や要件の議論が展開されているという事実は、ICTYが国家（政府側）のみでなく、敵対武装集団側にも戦時復仇の行使を許容していることを示唆している。確かに、国際人道法とりわけハーグ法の根幹をなす相互主義が非国際的武力紛争においても妥当するのであれば、戦時復仇の行使を両当事者に同様に認めることは不自然ではない。しかし、第2追加議定書の起草過程におけるいくつかの国の見解にもみられるように、戦時復仇を行使できるのは「国家」のみであるとするも考え方も少なくない¹²⁹。そうである以上、戦時復仇の標的や要件の詳細を論じる前に、敵対武装集団による戦時復仇の行使可能性を説明する必要があると考えられる。

第2の点として、集団と個人の識別の問題が挙げられる。確かにICTYは個人を訴追する裁判所であるため、個人の義務および責任のみが対象とされるのは当然である。しかし、国際人道法上のすべての義務が、集団と個人双方に同様に課されているわけではない点に留意する必要がある。両事件で取り上げられた戦時復仇は、前述のとおり戦闘員（個人）ではなく交戦者（集団）を名宛人とする規範である。戦時復仇の要件である先行違法行為についても、その行為者は交戦者であるため、戦時復仇は集団間に適用される法規則であると言える¹³⁰。そのため、個人責任の文脈において、マルティッチらの行った攻撃が、戦

¹²⁶ J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law* (2005), Vol. 1 : Rules, p. 526.

¹²⁷ *Prosecutor v. Milan Martić*, *supra* note 124, pp. 37-38, para. 102.

¹²⁸ ICTY が判例の内容を変更しているほか、以下の判決内容を参照。 *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, *supra* note 122, pp. 211-212, paras. 533-536.

¹²⁹ *Actes de la Conférence*, *supra* note 116, Vol. VII, CDDH/SR.51, p. 110, Vol. VIII, CDDH/I/SR.32, p. 359, Vol. IX, CDDH/I/SR.64, p. 337.

¹³⁰ 戦時復仇の主体・客体につき、田中誠「戦時復仇の機能・要件再考」『防衛学研究』36

時復仇の抗弁によって正当化されることは通常であればないと考えられる¹³¹。

このように、戦時復仇が個人の領域で主張されえないと考えられる一方で、集団としての敵対武装集団がその行為者たりうるかについては、別途検討を要する。敵対武装集団は、国家と異なり、当然に国際人道法上の権利・義務の名宛人となっているわけではないからである。II章で述べたように、条約により義務が課されていると考えられる場合があるとしても、条約の枠を超えて、慣習法上も敵対武装集団が義務の名宛人となっているかについては、一層明確性を欠いている。

第3に、敵対武装集団（の構成員）に適用される戦時復仇に関する義務の慣習法性を判断するにあたって、ICTYがその証拠として依拠した実行は、国家の実行のみである。確かにこの手法は伝統的な理論に合致するものであるが、敵対武装集団による遵守が問題となっているのに、国家の実行のみにもとづいて議論を進めうるのか疑問の生じるところである。

これらの問題意識にもとづき、次章以下では敵対武装集団が慣習国際人道法の確立過程においてどのように位置づけられているかに関する考察を行う。それに際しては、まず敵対武装集団への慣習法の「適用」の観点からその可能性および意義を検討し、さらに慣習法の「形成」の観点から、敵対武装集団の実行の位置づけについての検討を行う。

(3) 慣習国際人道法の確立過程における敵対武装集団の位置づけ

(a) 慣習法の「適用」対象としての敵対武装集団

(i) 慣習国際人道法における戦時復仇の許容性

敵対武装集団になぜ国際人道法が適用可能であるかという問題は、これまで共通3条や第2追加議定書についてしばしば論じられてきた¹³²。これらの問題の解決のためには、条約の文理解釈や起草過程の議論の検討などが中心的に行われる。一方で、明文をもたない慣習法に関しては、こうした方法論をとることもできず、条約以上に敵対武装集団の拘束性が不明瞭である。そこで以下では、II章の最後で述べたとおり、戦時復仇を素材として、敵対武装集団への慣習法の適用可能性についての検討を行う。そしてそれに際しては、特定の要件や標的に関する具体的な規則を対象とするのではなく、非国際的武力紛争において戦時復仇の行使それ自体を許容する慣習法が存在するのかという視点から考察を行う。

なお、ここでの主眼は慣習法の敵対武装集団への適用可能性であり、慣習法認定プロセスの詳述はできないが、本論文では一般慣行と法的確信という伝統的な二要件論に依拠して慣習法性の判断を行うこととする。確かに、人道法規範には、人間としての共通の価値理念の実現に向けて国家主権が制約される側面があり、他の法分野と異なるアプローチが

号（2006年）57-63頁。

¹³¹ なお、マルティッチ事件においては、戦時復仇の要件を満たしていないことを理由に抗弁が退けられている。Prosecutor v. Milan Martić, *supra* note 124, p. 168, para. 468.

¹³² たとえば、樋口一彦「ジュネーブ諸条約第二追加議定書における反徒の地位」『関西大学法学ジャーナル』50号（1988年）1-38頁。

とられるとされることもある¹³³。しかし、特に戦時復仇については人道の文脈で論じ尽くせるのか疑問があり、また慣習国際人道法の判断を行っている ICRC の研究やシベリア抑留訴訟でも二要件論が採用されているため¹³⁴、本論文でもこの手法に則って議論を進めることとする。

そこでまず条約慣行に着目すると、非国際的武力紛争における戦時復仇に関する条約として、ハーグ文化財保護条約（1954 年）と特定通常兵器使用禁止制限条約の改正地雷議定書（1996 年）がある。前者においては、19 条で非国際的武力紛争への適用が明示されるとともに、4 条 4 項で文化財に対する復仇の禁止が規定されている。また後者においては、1 条 2 項・3 項において非国際的武力紛争における適用が、3 条 7 項において復仇の手段として文民に対して地雷を用いることの禁止が規定されている。

こうしたすべての国に開かれた条約がある一方で、より実際的な必要性にもとづき締結された、敵対武装集団を一当事者とする合意の慣行もある。旧ユーゴスラビア紛争についてみると、クロアチア共和国、ユーゴスラビア連邦共和国およびセルビア共和国の間で締結された 1991 年了解覚書や、ボスニア・ヘルツェゴビナ共和国、セルビア民主党、民主行動党およびクロアチア民主共同体の間で締結された 1992 年合意が、国際人道法の遵守を目的として作成されている¹³⁵。これらの法文書では、ジュネーヴ条約の諸規定を当事者間で適用することが意図されている。そして、その適用する規定の中には、戦時復仇の制限を規定する第 1 条約 46 条、第 2 条約 47 条、第 3 条約 13 条、第 4 条約 33 条および第 1 追加議定書 51 条～56 条が含まれている。そのほか、1999 年には、NATO のコソボ治安維持部隊（KFOR）と敵対武装集団であるコソボ解放軍（UCK）との間で、コソボ解放軍武装解除再編合意が締結されている¹³⁶。その 11 項においては、「コソボ解放軍は、いかなる復仇…も行わないことに同意する」ことが規定されている。

これらの一連の法文書は、いずれも戦時復仇に一定の禁止または制限を課すものである。これらの制限がそのまま慣習法となっていると言うことはできないが、こうした特別合意が必要とされるのは、慣習法上戦時復仇が許容されているとの認識が合意の当事者にあるからこそであると考えられよう。

こうした法文書上の実行に限らず、実際の実行としても、非国際的武力紛争において戦

¹³³ 広瀬善男「核兵器使用の違法性に関する考察 —国際慣習法の立場から—」『明治学院論叢 法学研究』60 号（1996 年）4-5 頁（戦時復仇につき 11 頁参照）。 cf. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986 (hereinafter, Nicaragua Case)*, pp. 97-98, 113-114, paras. 183-186, 218.

¹³⁴ Henckaerts *et al.*, *supra* note 126, Vol. 1, p. xxxii; 東京地判 1989 年 4 月 18 日『判例時報』1329 号（1990 年）53 頁。なお、ICTY では罪刑法定主義の観点から保守的なアプローチがとられる。Meron, *supra* note 108, p. 399。また、田中則夫「慣習法の形成・認定過程の変容と国家の役割」『国際法外交雑誌』100 巻 4 号（2001 年）14-17 頁参照。

¹³⁵ Letter Dated 9 March 1993 from the Permanent Representative of Canada to the United Nations Addressed to the Secretary-General, UN Doc. S/25392, 10 March 1993, pp. 27-29, 30-35.

¹³⁶ Undertaking of Demilitarisation and Transformation by the UCK, signed on 20 June 1999, available at < <http://www.nato.int/kfor/docu/docs/pdf/uck.pdf> >.

時復仇が繰り返し行使されている。たとえばアフガニスタンの内戦においては、たびたび紛争当事者により戦時復仇の実行が繰り返されていたため、復仇行為から文民を保護するよう要請する国連総会決議や、文民に対する復仇に懸念を示す国連人権委員会決議、国連要員に対する復仇を差し控えるよう要請する国連安全保障理事会決議などが出されている¹³⁷。また、2008年には、ケニア国内の選挙に伴い民族間の内紛が生じた際、紛争両当事者により復仇が行使されている¹³⁸。他のアフリカ・南米諸国でもかなりの頻度で戦時復仇が行使されており、内戦の当事者となっている多くの国が、非国際的武力紛争においても戦時復仇が許容されることを認識して行動していることがうかがえる。

一方で、ICRCにより、「非国際的武力紛争の当事者は、戦時復仇に訴える権利を有しない。敵対行為に直接参加しない者または参加することをやめた者に対する他の対抗措置は禁止される。」(規則148)との見解が示されている¹³⁹。この規則の第1文は、一見すると非国際的武力紛争においては戦時復仇に関する慣習法は存在しないということを表しているようにも思われる。しかし、ICRCは続いて「国家実行は、非国際的武力紛争に適用される慣習国際法の規範としてこの規則を証明 (establish) している」と説明している。つまり、ICRCは戦時復仇を禁止する慣習法が存在していることを示しているものと考えられる。証拠不足や内容の不明確性のために、この規則の慣習法性には辛辣な批判が寄せられているところであるが¹⁴⁰、上記説明と合わせて読めば、少なくともICRCは、戦時復仇に関する慣習法が敵対武装集団に課されていると考えているものにとらえることができる。

以上のように、批判の対象となっているICRCの見解こそ異なれ、現実にはさまざまな法文書や各国の実際の行動において、非国際的武力紛争における戦時復仇が許容されていることを証明する実行や法的確信が確認される。こうした事実からは、戦時復仇の行使が慣習法上許容されていると想定することができよう。したがって、先述の戦時復仇の集団的・相互主義的性格に鑑みると、敵対武装集団は慣習法の名宛人となりうるものと考えられる。

(ii) 個人責任による敵対武装集団の責任の代替

従来、国際法上個人行為は国家行為へと解消されるとの論理が展開されてきた。近年に至っては、国際刑事法の発展とともに個人の義務・責任が問われるようになってきているが、依然として国家責任が原則であることには変わりなく、個人責任はそれを補完する役割を担うことが期待されているにとどまる。一方、非国際的武力紛争の文脈においては、

¹³⁷ UN General Assembly Resolution 48/152, UN Doc. A/RES/48/152, 20 December 1993, para. 8; UN Commission on Human Rights Resolution 1995/74, 8 March 1995, preamble; UN Security Council Resolution 1378, UN Doc. S/RES/1378 (2001), 14 November 2001, para. 2. これらは主に文民 (または国連要員) に対する復仇に関する決議であり、戦時復仇そのものの違法性や非難をあらわすものではない。cf. *Nicaragua Case*, *supra* note 133, p. 98, para. 186.

¹³⁸ “Kenya : spirale des attaques et des représailles”, Communiqué de presse 08/16, 30 janvier 2008, disponible à l’adresse < <http://www.icrc.org/web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/kenya-news-300108?openDocument> >.

¹³⁹ Henckaerts *et al.*, *supra* note 126, Vol. 1, pp. 526-529, Vol. 2 : Practice, Part 2, pp. 3488-3506.

¹⁴⁰ たとえば、新井京「前掲論文」(注9) 1131-1133頁。なお、ICRCの集積した証拠は、いずれも文民に対する復仇の禁止に関するものである。

それとは反対の力学、すなわち集団行為を個人行為へと解消する力学がはたらいているように思われる。敵対武装集団の責任を追及する国際法上のメカニズムがないことに加え、仮に完全に代替できるのであれば、敵対武装集団に国際法を適用することによる法的地位の付与の懸念を払拭できるからである。さらに、刑事裁判という形式をとるため、相互主義に依拠しない犯罪抑止の視点で、国際人道法を適用することができることになる。

しかし、集団責任と個人責任は、完全なゼロサムの関係にあるわけではない。国家を經由した国際法の実現が必ずしも実効的でない場合に、個人責任が国家責任を代替するものとして主張されるのであり¹⁴¹、この関係は、敵対武装集団の責任とその構成員たる反徒の責任との関係についても同様にあてはまる。ジェノサイド条約適用事件では、ジェノサイド行為の実行者が敵対武装集団たるスルプスカ共和国であると考えられる一方で、その責任を追及するフォーラムが存在しないという問題点が浮き彫りにされている¹⁴²。このように、ICJにおいて敵対武装集団の責任を追及することは困難であるが、ICTYで代替的に個々の構成員たる反徒の責任を追及することは可能である。しかし、こうした代替的措置をとりうることは、集団としての敵対武装集団に義務・責任がないことを意味するものではない。

個人の義務と国家（集団）の義務は、二重に併存しうるものである。仮に両者を分けるとしても、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。確かに、上官責任の広範な承認によって、集団責任と個人責任の区分は、さらに相対化されてきている¹⁴³。しかし、国内法においても、元首や大臣の責任を問えば政府の責任は問われなとか、使用者の責任を問えば会社の責任は問われなという構図にはなっていない。上官は常に同じ人間であるわけではなく、違反行為時の上官が、責任追及の時点では当該集団に属していない可能性すらある。その上官の責任を問うことが、当該集団による違法行為の抑止にどれほど有用であろうか。こうした点を考慮すると、上官責任の概念が導入されたからといって、集団責任がまったく問われなくなるということにはならないはずである。

また、義務や責任が重複する部分についてはある程度個人のそれへと代替しうる一方で、重複しない部分については当然代替しえない。戦時復仇がまさに集団にしか妥当しえない規範であり、その意味でも敵対武装集団が慣習国際人道法上の義務の名宛人として存続することに意義がある。また、戦時復仇のみならず、公正な裁判を行う義務や、適切な軍事目標・攻撃地域の設定なども、個人を特定しにくい国際人道法上の規則であると考えられる。これらの義務は、集団に課されなければ十分な意義を果たさない。

¹⁴¹ 古谷修一「国際法上の個人責任の拡大とその意義－国家責任法との関係を中心として」『世界法年報』21号（2002年）92-93頁。

¹⁴² *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, fond, arrêt, 26 février 2007, paras. 413-415, disponible à l'adresse < <http://www.icj-cij.org> >.

¹⁴³ 古谷「前掲論文」（注141）89-90頁。

人間化の潮流により、国際法上の義務の個人化が進んでいることは前述したとおりであるが、その主目的は「人道化」の方であり、「個人化」はその目的達成のための手段にすぎない。にもかかわらず、個人化の新奇性が目を引くため、あたかもそれが目的であるかのように扱われがちである。しかし、個人の義務が増えた分だけ敵対武装集団の義務が減るというわけではない。反徒の訴追が可能になったからといって、敵対武装集団に義務を課すことをやめることは、国際人道法の人間化の趣意に反することになる。敵対武装集団に義務を課すことは、人道的見地から不可欠であり、政府の政策的判断により排除されるべきではない。非国際的武力紛争に適用される条約の規制が十分な段階に達していない今日において、慣習法上の義務を政府側のみならず敵対武装集団にも課す意義が過小評価されてはならないであろう。

(b) 慣習法の「形成」における敵対武装集団の実行の意義

国際法の形成にあたっては、今日なお国家が第一義的な主体であるということに異論はない。特に条約に関しては、国家の排他的地位はゆるぎないものである。確かに、対人地雷禁止条約やクラスター弾条約等、特に国際人道法に関する条約に関しては、その起草に携わる NGO の貢献は看過しえないレベルに達している。ICRC も NGO の一であることに鑑みれば、その主導的役割は一層重要性を帯びる。しかし、条文を最終的に決定し、条約の採択を行うのは、まぎれもなく国家である。いかに優れた草案が NGO により提起されたとしても、国家がそれを認めなければ、その草案は条約とはならない。このように、殊に多数国間条約の形成主体としては、なお国家がその地位を独占していると言える。

この国家の第一義的な位置づけは、慣習法に関しても同様である。北海大陸棚事件で示されたように、一般に慣習法の成立のためには一般慣行と法的確信が必要であるとされる¹⁴⁴。前者は国家による実行が中心となるが、国際機構の実行が含まれるとされることも少なくない¹⁴⁵。法的確信についても、国家によるものがほぼ独占的な地位を占めており、その意味で国家（および限定的に国際機構）が慣習法の形成主体として位置づけられている。確かに、従来は慣習法上の義務を負うのは国家のみであったため、慣習法へとつながりうる国家の実行と法的確信を検討することが、理論上当然の帰結であった。

ところが今日においては、個人も企業も国際機構も国際法上の義務を負っている。そうである以上、慣習法の形成にあたり考慮されるのが国家の実行のみでよいのかという点は、再考に値する問題であると考えられる。ICJ 規程 38 条は、「法として認められた一般慣行の証拠としての国際慣習」という表現を用いており、慣行を国家実行に限定していない。また、リビア・マルタ大陸棚事件では、「慣習国際法の素材は、第一義的に国家の実際の実行および法的確信の中に求められるべきである」と述べられており¹⁴⁶、他の主体の実行を考慮しうる含みが残されている。こうしたなか、特に敵対武装集団は、非国際的武力紛争に

¹⁴⁴ *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, pp. 34-36, 41, 44, paras. 50-55, 70-71, 77.

¹⁴⁵ 山本『前掲書』(注 10) 53 頁。

¹⁴⁶ *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya / Malta), I.C.J. Reports 1985*, pp. 29-30, para. 27.

関する国際人道法に関する限りにおいては、国家と同等の立場で適用を受ける主体である。そこで以下では、実行論の見地から、この限定された法分野において、敵対武装集団の実行をどのようにとらえるべきかについて考察を行う¹⁴⁷。

国際刑事法廷において個人に適用される慣習国際人道法に関しても、成立要件とされているのは一般に国家の実行であり、個人の実行ではない¹⁴⁸。ここでなぜ個人の実行が考慮の対象とならないのかというと、個人は国家の実効的支配の下にあり、国家の定める権利・義務に従う者であるからであると考えられる¹⁴⁹。すなわち、国家の一部として解消される個人の行為は、完全に国家の行為へと読み替えられるのであり、読み替えられない行為は、基本的に国際法の平面には上がってこないのである。そのため、国際刑事法廷で個人の実行が国家の実行と別個に計上されないことには、一定の合理性があると考えられる。

その一方で、なぜ国際機構の実行は考慮されうるかという点、それは国際機構が国際法人格を有するからであるとの理由づけがしばしばなされる¹⁵⁰。この主体論にもとづく議論に則れば、敵対武装集団にも国際法人格が認められるのであれば、その実行は慣習法の形成に考慮されうることになる¹⁵¹。国際法人格が認められるための要件は明確ではないが、損害賠償事件において国連の国際人格を認めるにあたっては、特に条約締結の実行を中心として、憲章の目的達成のための必要性、国家への決定および勧告、特権免除の享受、法律行為能力などが挙げられ、国連が国家とは独立した位置づけにあることが強調されている¹⁵²。

国際機構以外の主体としては、ICRCが国際法人格を認められている。その理由は、国際共同体により委任権限を与えられたからであるとされるが、具体的には条約上に明確に義務が規定され、また実際に紛争地における関連する実行を行っているからである¹⁵³。しか

¹⁴⁷ 法的確信については、別途検討を要する。本論文では慣習法の形成一般にまで踏み込むことはできないが、少なくとも一般国際法を検討するための出発点にはなるものと考えられよう。なお、非国家主体の行為につき行為帰属論の観点からとらえ直し、法実証主義にもとづく伝統的な主体論からの脱却を図るものとして、兼原敦子「行為帰属論の展開にみる国家責任法の動向」『立教法学』74号（2007年）1-41頁。

¹⁴⁸ *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a "Dule", Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, IT-94-1-AR72, 2 October 1995, paras. 100-127.

¹⁴⁹ 漁民等の行動は海洋法の慣習法の発展に寄与しうるが、重要なのは誰の行動が実行に寄与するかではなく、誰に実行が帰属するかであるとされる。K. Wolfke, *Custom in Present International Law* (1964), pp. 65-66.

¹⁵⁰ Henckaerts *et al.*, *supra* note 126, Vol. 1, p. xxxv.

¹⁵¹ 国際法人格を有する主体のみが慣習法プロセスに参加できるとする見解として、M. Byers, *Custom, Power and the Power of Rules : International Relations and Customary International Law* (1999), p. 75.

¹⁵² *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif : C.I.J. Recueil* 1949, pp. 178-179.

¹⁵³ *Prosecutor v. Blagoje Simić et al., Decision on the Prosecution Motion under Rule 73 for a Ruling concerning the Testimony of a Witness*, IT-95-9-PT, 27 July 1999, paras. 35, 46. ICRCは国際法人格の保持を自認しており、自らの実行を慣習法形成に関連する実行と位置づけている。Henckaerts *et al.*, *supra* note 126, Vol. 1, p. xxxv.

し、ICRCは損害賠償事件で示された諸要件をほとんど満たしていない。それに比べ、敵対武装集団は、少なくとも中心的な根拠である条約（協定）締結能力を有しており（共通3条2項）¹⁵⁴、またICRC以上に条約上の義務を負っている。このようななか、ICRCの実行が、国際法人格を有しているとの理由で慣習国際人道法の形成に考慮されうるとするのであれば、武力紛争の第三者であるICRCの実行より、その当事者である敵対武装集団の実行が一層考慮に値するというには疑いの余地がない¹⁵⁵。ただし、上記のような理由で国際法人格が認められるのであれば、個人やNGO等にも国際法人格が認められうることになるため、そもそも国際法人格の有無にもとづいて議論を進めることに問題があるとも言える。

このような解釈に陥ることを考慮に入れると、慣習法形成に関与する実行の判断は、国際法人格の有無というよりも、慣習法となる規範内容の権利義務を享受する主体か否かという視点に立脚すべきであるように思われる。それと同時に、ただその法が適用されるというだけでなく、その主体が国家に包摂されない独立した位置づけにあり、またその主体の存在がその法の形成に不可欠であるということが求められる。慣習法形成に寄与した国際機構の実行例として、ジェノサイド条約留保事件において提示された、国連のジェノサイド条約の寄託の慣行が挙げられるが¹⁵⁶、この実行が考慮された理由は、まさに寄託の実行を行使しうるのが、個々の加盟国ではなく国連にはかならないからであると考えられる。また、ICRCが「国連軍による国際人道法の遵守に関する国連事務総長告示」を重要な実行の証拠と位置づけているのも¹⁵⁷、同様の理由によるものと考えられよう。

これらを踏まえて焦点を敵対武装集団に戻すと、まず、国家に包摂されその実行が考慮されない個人の立場とは異なると言える。国家の実効的支配の下にはなく、伝統的に「国家に準ずる集団」と位置づけられ、少なくとも非国際的武力紛争に適用される国際人道法の領域においては、国家と並んで独自に義務を負っているからである。

実際に、タジッチ事件においては、敵対武装集団の実行が慣習法形成に関する実行に加えられている¹⁵⁸。エルサルバドルの内戦において、政府が第2追加議定書を適用する意思を有していないことが明らかになったとき、ファラブンド・マルティ民族解放戦線（FMLN）は、「交戦手段の正当性」と題される文書の中で、共通3条と第2追加議定書の遵守を約束している¹⁵⁹。ICTYは、敵対行為からの文民保護の慣習法性を判断するにあたり、このFMLN

¹⁵⁴ さらに、敵対武装集団の長に免除が認められた例もある。*Underhill v. Hernandez*, US Supreme Court, 168 U.S. 250, November 29, 1897, p. 254.

¹⁵⁵ cf. C. Emanuelli, “L’étude du CICR sur le droit humanitaire coutumier : la coutume en question”, *Revue générale de droit international public*, Tome 110, n° 2 (2006), p. 441.

¹⁵⁶ *Réserves à la Convention sur le Génocide, Avis consultatif : C.I.J. Recueil 1951*, p. 25.

¹⁵⁷ Henckaerts *et al.*, *supra* note 126, Vol. 1, p. xxxv.

¹⁵⁸ *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a “Dule”*, *supra* note 148, para. 107. この判断を非国家主体の実行が慣習法形成の一要素となることの先例としてとらえるものとして、J. A. Hessbruegge, “Human Rights Violations Arising from Conduct of Non-State Actors”, *Buffalo Human Rights Law Review*, Vol. 11 (2005), pp. 38-39.

¹⁵⁹ FMLN, *La legitimidad de nuestros métodos de lucha*, 10 Octubre 1988, p. 89.

によりとられた立場を実行の一として考慮に入れているのである。

さらに、ダルフル国際調査委員会の報告書においても、内戦に関する慣習国際人道法の形成につき、国家実行や国際・国内の判例と並んで、武装集団の声明もその形成要因に含まれると述べられている¹⁶⁰。そのほか、主体の多様化の進んだ今日においては、敵対武装集団を含む非国家主体の実行も考慮に入れられるべきとする見解が散見される¹⁶¹。

これらのなかで、敵対武装集団の国際法人格には言及されていない。敵対武装集団の実行が取り上げられているのは、まさに慣習法性が問題となる人道法規範の独立した名宛人であり、その限りにおいて政府と同等の位置づけにあると言えるからであると考えられる。非国際的武力紛争に関する国際人道法は、当事者に敵対武装集団が含まれない限り適用されることはない。とりわけ、ソマリアの事例のように、敵対武装集団同士の武力紛争の実行は、国家によっては構成されえない。つまり、この法分野においては敵対武装集団の存在は不可欠であり、それがゆえにその実行が重視されているものと考えられよう。

なお、ICRC は、敵対武装集団の実行につき、以下のように述べている。「……敵対武装集団の実行は、国家実行そのものを構成するわけではない。その実行は、非国際的武力紛争におけるある規則の受容の証拠を含みうる一方で、その法的意義が不明瞭であるため、第2巻においては『その他の実行』として載せられている。¹⁶²」と。第2巻は規則に関連する実行を列挙するものであるが、そこに記される「その他の実行」は、ICRCの研究において「慣習であることを決定するにあたって何らの重要性も与えられない素材の残余カテゴリー」であるとされる¹⁶³。

その一方で、ICRC は、国家となる前のアルジェリアや中国共産党、さらにはスルプスカ共和国の実行をも国家実行として計上している。さらに、非国際的武力紛争における戦時復讐に関する証拠の中では、「条約および他の文書」として上述のユーゴ紛争当事者間の諸合意を挙げ、「国際機構の実行」としてアフガン内戦のあらゆる当事者による戦時復讐への懸念を挙げている¹⁶⁴。これらの実行は、見方を変えればすべて敵対武装集団の実行であり、その意味で、すでに敵対武装集団の実行は慣習法形成の証拠として考慮されつつあるともとらえられる。そもそも、ICRC が「その他の実行」の中であえて敵対武装集団の実行を記載しているのも、現時点で、あるいは今後、それらの実行が何らかの影響を及ぼしうるとICRC が認識しているからこそであると考えられることもできよう。

しかし、仮に敵対武装集団の実行が考慮に入れられるべきであるとしても、それにはい

¹⁶⁰ Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General (25 January 2005), para. 156, available at < http://www.un.org/news/dh/sudan/com_inq_darfur.pdf >.

¹⁶¹ e.g. I. R. Gunning, “Modernizing Customary International Law : The Challenge of Human Rights”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 31, No. 2 (1991), p. 221.

¹⁶² Henckaerts *et al.*, *supra* note 126, Vol. 1, p. xxxvi.

¹⁶³ J.-M. Henckaerts, “Customary International Humanitarian Law – A Response to US Comments”, *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 38 (2008), p. 259.

¹⁶⁴ Henckaerts *et al.*, *supra* note 126, Vol. 2 : Practice, Part 2, pp. 2016, 2085, 3489, 3500.

くつかの問題点が伴う。まず、どの程度考慮に入れるべきかという問題がある。「特に自らの利害が影響を受ける国」の実行が重要な役割を担うことに鑑みれば¹⁶⁵、義務の名宛人であり実際にその法を適用する頻度の高い敵対武装集団の実行は、十分に考慮されるべきであろう。少なくとも、第2追加議定書の起草過程における、内戦とは無縁の小国の発言よりは、重要視されてしかるべきではないだろうか。

次に、より大きな問題点として、どの敵対武装集団の実行を考慮に入れるべきかという問題がある。理論として分けるならば、事実上の当局と呼ばれるような実効的な領域支配を有する敵対武装集団の実行を考慮に入れ、それに満たない集団の実行は考慮に入れないとするのが、妥当な境界線であると考えられる。しかし、当然このように截然と分けられるわけではなく、客観的な認定機関が存在しない以上、敵対武装集団全体としてその実行を考慮に入れないとする方が合理的であるようにも思われる。

しかし、こうした問題点は、敵対武装集団に限って指摘されるものではない。国家の場合でさえ、どの国の実行をどの程度考慮に入れるかという問題は、明確に答えを導き出せるものではない。そのため、敵対武装集団についても、具体的な程度や対象を明示することができないからといって、その実行を考慮から外すことは適切ではないと言える。従来、国家間のみの国際法の理論にもとづき、紛争の一方当事者たる国家（政府）および第三国の国家の実行のみを考慮して、現実に即さない慣習法を形成するよりも、他方当事者たる敵対武装集団の実行をも含めて総合的に判断した方が、より受範者の意思に合致した慣習法となり、実際に遵守されることが期待できるものになると考えられよう¹⁶⁶。

敵対武装集団は、19世紀に国家の利益のために国際法の舞台に上げられ、今日別の国家の利益のためにその舞台から引きずりおろされようとしている。しかし、国際人道法（特にジュネーブ法）の主たる目的である人道化を実現するためにも、敵対武装集団に義務を課すことは不可欠である。個人の義務と集団の義務は重疊的に存在するものであり、人間化は敵対武装集団の存在の排除を意図するものではない¹⁶⁷。また、人道化のよりよい実現を果たすためには、その義務が現実に即した法にもとづくものであることが求められる。そのためにも、国家（政府）と同等に国際人道法の名宛人であり、また最も利害を有する敵対武装集団の実行は、何らかのかたちで慣習法の発展に寄与させる必要があるものと考えられる。国際刑事法廷の増加により国際人道法に関する判決等の文書が溢れ返り、またICRCにより膨大な研究成果が報告されている。これらの組織は、各地で生じている非国際的武力紛争の現実に対応することを目的として、慣習法の生成を確認し、その適用を図っている。こうした国際人道法の実践は、従来、国際法理論の枠組みでとらえようとする、

¹⁶⁵ *North Sea Continental Shelf, Judgment, supra note 144, p. 42, para. 73.*

¹⁶⁶ 現実的な遵守をもたらす理由が慣習法の自生的性格にあるとする見解として、R. Ago, “Positive Law and International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 51, No. 4 (1957), p. 732.

¹⁶⁷ 敵対武装集団の民事責任と個々の構成員の刑事責任の併存が適切であるとするものとして、L. Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law* (2002), p. 58.

十分に説明しきれない部分が少なくない。しかし、国際刑事法廷や ICRC は、人道的目的のために国際人道法を実際に活用する必要性を有しており、国際人道法の現実はその行動に導かれて動いている。非国際的武力紛争について言えば、もはや従来の主体論では説明のつかない事象が多い一方で¹⁶⁸、実際的な必要性から敵対武装集団に規制を課していく必要がある。

国際人道法の人間化は、こうした動向を象徴しており、「個人化」としての国際刑事法廷の設置も、「人道化」の実現のためにもたらされている。しかし、個人化のみで人道化の目的が実現されるものではない。この目的のよりよい実現を図るためにも、敵対武装集団の位置づけは国際法人格や法的地位の次元のみで議論されるべきではなく、またそうした議論にもとづき国際人道法の舞台から排除されるべきでもない。理論上の問題のみにとらわれずに、とりわけ慣習国際人道法の形成・適用の場面における「集団」としての敵対武装集団の適切な位置づけをとらえ直すことが、今後非国際的武力紛争に関する国際人道法の理論と現実の距離を縮めていく第一歩となると考えられよう。

第 2 款 敵対武装集団への国際人道法の適用可能性

(1) 条約非締約者としての敵対武装集団への条約の適用

今日に至るまでに、ジュネーヴ諸条約共通 3 条や第 2 追加議定書をはじめとして、非国際的武力紛争に適用される国際人道法の条約が複数作成されてきたことは先述したとおりである。しかし、これらの条約には、条約締結者でない敵対武装集団を、同意なしに拘束する明文の根拠が存在しない。敵対武装集団は国際人道法を遵守する義務を有するのか、また義務を負うのであれば、その根拠はいかなるものかを明確にしなければ、国際人道法による敵対武装集団の行為の規制を完全かつ説得的に行うことはできないように思われる。国際人道法による規制の正当性や完全性が否定され、敵対武装集団に義務に従わない口実を提供しうるからである。

共通 3 条が起草されて以降、国際人道法の敵対武装集団拘束の根拠については、多くの学説が提示され、様々な角度から論じられてきた。また、近年になって、国際人権法の敵対武装集団への適用可能性も論じられ始めている。両法とも、新しい根拠が提起されては、それに対する批判がなされ、今日に至るまで決定的といえる根拠はまだ確立されていない。本論文においても、この拘束の根拠を探求することとする。これまでに提起されてきた根拠に関する詳細については以下で触れるが、これまでの拘束の根拠を整理してみると、① 敵対武装集団を国家と擬制・類推してその拘束性を論じるものと、② 敵対武装集団を個人の集合ととらえて拘束性を論じるものに大別することができる。

国家と類推することによる国際人道法の適用は、交戦団体承認による戦争法遵守の義務づけにその淵源を見いだすことができる。交戦団体承認を受けた敵対武装集団は、その意

¹⁶⁸ 伝統的な主体・客体の二分論に対する批判として、R. Higgins, *Problems and Process : International Law and How We Use It* (1994), pp. 49-50.

思にかかわらず、戦争法の遵守を義務づけられる。また、交戦団体の規模に至らない敵対武装集団に便宜上なされる反乱団体承認も、国家と対等というには至らないが、国家との類推から導き出される制度である。こうした考え方の前提には、唯一の国際法主体は国家であり、国家に準ずる団体にのみ国際法が適用される可能性があるという考え方がある。国家責任条文も、その起源は1930年のハーグ国際法典化会議にまで遡るものであり、このような伝統的な考え方が根づいている。国家との類推にもとづく根拠づけは、敵対武装集団を個人の集合と考えた場合より国際法の体系になじみやすく、その類推が奏功すればより強固な拘束力を有すると考えられる。

他方、敵対武装集団を個人の集合とみなす考え方は、国家と類推する場合よりも柔軟性に優れていると考えられる。国家と類推するためには、それに相応する統治能力や領域性が求められるが、個人に適用可能な国際法による拘束の根拠づけであれば、敵対武装集団の規模が問われることはない。そのため、あらゆる敵対武装集団の拘束の根拠となり、より普遍的な基準となることが期待できる。この考え方の例としては、敵対武装集団は国家内の一国民であるため、国家が条約に批准することにより敵対武装集団もその条約に拘束されるとする見解が、その最たるものであろう。

これらの2つのアプローチにはそれぞれ長短があり、どちらが優勢なアプローチであると断定することはできない。また、両アプローチは相互に排他的なものではなく、お互いに短所を補完しつつ適用することが可能である。このような(国家的)集団としての敵対武装集団と個人の集合としてのそれとの重疊的關係は、責任の分野において顕著にみることができ、敵対武装集団に対しては、国家責任条文の起草経緯からみても¹⁶⁹、国家責任と類推して団体責任を課することができる。しかし、その責任を追及するメカニズムは確立しておらず、十分な履行確保は期待できない。その一方で、個人責任の追及は、アド・ホックな裁判所も含めた国際刑事法廷で訴追することにより可能となってきた¹⁷⁰。理論上、個人責任は国家責任ないしは集団責任に代替するものではないが、実際上の効果として、団体の指揮を司る者が責任を追及され訴追されるのであれば、その指揮者には当該団体に違法行為を行わせないよう計らう義務が生じるのであり、その結果団体に義務が課されるのと同様の事態が生まれることになる。ただし、指揮をとる者は不変ではないため、ある指揮者が訴追されたとしても、その後別の指揮者によって残虐行為が繰り返されるかもしれない。そのため、個人の刑事責任の追及メカニズムが、組織としての敵対武装集団の責任を完全にカバーできるわけではなく、集団責任についても可能な限り追及していく

¹⁶⁹ *Quatrième rapport sur la responsabilité des États, par M. Roberto Ago, rapporteur spécial, U.N. Doc. A/CN.4/264 et Add.1, pp. 140-141; Yearbook of the International Law Commission 1975, Vol. 2 (1976), p. 91.* (村瀬信也監訳『国家責任』に関する条文草案注釈(1)『立教法学』23号(1984年)211頁(貝塚執筆))。

¹⁷⁰ ただし、たとえばICCで反徒を訴追する場合、その対象となるのは①責任のある者による、②戦争犯罪(国際人道法)、ジェノサイド、人道に対する犯罪の、③重大な違反、に限定される。そのため、敵対武装集団により国際人道法または国際人権法の違反がなされたとしても、その多くはICCで受理されないことが予想される。

必要があるだろう。

(2) 敵対武装集団拘束の根拠に関する諸説

非国際的武力紛争に適用される条約の敵対武装集団への適用に際して、敵対武装集団は①国家ではなく、②条約の第三者であり、③政府がその適用に懸念を示しているため、その義務の拘束性については以前から多く議論がなされてきた。ここで最も大きな問題点は②であり、国家間条約の敵対武装集団への波及効果に関しては、十分に説明がなされる必要がある。国家が条約に拘束される条件は、条約法条約 11～17 条で詳細に規定されており、概していえることは、国家は同意なしには条約に拘束されないということである。これに対して、敵対武装集団は自らの同意なしに条約に拘束されるのであろうか。また、拘束されるのであれば、いかなる根拠にもとづき拘束されるのであろうか。この問題を解決するため、本節ではこれまでに論じられてきた敵対武装集団を拘束する根拠について瞥見し、それぞれの理論について簡単な批評を加えることとする。なお、詳細な検討を要する理論に関しては、次節以降で別途検討する。

拘束に関する学説を検討する前に、まず共通 3 条および第 2 追加議定書の起草に携わった諸国家および ICRC の見解を参照する¹⁷¹。これらの条約の解釈をするにあたり、用語の通常の意味に従っても規定内容の意味するところが明らかでない以上、起草過程に着目することは非常に重要であるからである（条約法条約 32 条）。まず、ジュネーブ諸条約の準備作業においては、条約が採択されるに至るまで、結局敵対武装集団を拘束するか否かについて各国の見解は一致をみななかった。米国¹⁷²、英国¹⁷³、オーストラリア¹⁷⁴、スイス¹⁷⁵等がその拘束性を否定したのに対して、モナコ¹⁷⁶やギリシア¹⁷⁷は、その拠りどころとする理由は異なるものの、敵対武装集団も拘束されるという見解を示している。その結果採択された現行の共通 3 条柱書は、「各紛争当事者」という用語を使用しており、ここに敵対武装集

¹⁷¹ 共通 3 条の起草過程における敵対武装集団拘束の議論を紹介するものとして、J. S. Pictet (ed.), *Commentary I : Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field* (1952) (hereinafter, *Commentary I*), pp. 51-52; J. S. Pictet (ed.), *Commentary II : Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea* (1960) (hereinafter, *Commentary II*), p. 34; J. S. Pictet (ed.), *Commentary III : Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War* (1960) (hereinafter, *Commentary III*), pp. 37-38; J. S. Pictet (ed.), *Commentary IV : Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (1958) (hereinafter, *Commentary IV*), p. 37; 藤田「前掲論文」(注 114) 82-84 頁。第 2 議定書に関して、Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (1987), p. 1345; 竹本『前掲書』(注 117) 261-262 頁。

¹⁷² *Acte de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, supra note 115, Tome II-B, p. 80.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 89.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 89.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 95.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 76.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 89.

団が含まれるのか必ずしも判然としない¹⁷⁸。含まれると考えるのであれば、敵対武装集団は義務の名宛人となっていると考えられるが、締約国のみを指すものとらえれば、敵対武装集団は名宛人から除外されていることになる。このように、肯定的にも否定的にも解釈することが可能であるため、各国はその条文を自らの意向に合うように解釈している。したがって、起草過程から共通3条の拘束性を判断することはできない。

こうした見解の不一致は、第2追加議定書の準備作業である国際人道法の再確認と発展のための外交会議においても解消することはなかった。本会議においては、コロンビアの主張のように敵対武装集団の拘束性を否定する見解がなかったわけではないが¹⁷⁹、共通3条が敵対武装集団を拘束する規定であるため、その共通3条を発展させ補完する第2追加議定書も敵対武装集団を拘束する、というように、理論的根拠が提示されずに所与のものとしてその拘束性を論じる傾向が強かったといえる。

なお、条約作成のイニシアティブをとる ICRC は、共通3条に関しても第2追加議定書に関しても、同様の理論的根拠を採用する。すなわち、ICRC は、国家により締結された条約は、その締約国のすべての私人を拘束するため、敵対武装集団（各々の反徒）も拘束されると主張した¹⁸⁰。この見解に対しては賛否両論があり、詳細に検討する必要があるため、別途（5）で扱うこととする。

以上のように、起草過程から敵対武装集団の拘束性について断言することができないため、特に共通3条が作成された後、その論点について多くの見解が主張されてきた。これらの見解を整理すると、主に拘束の根拠としては以下のものがある。

- ①否定説
- ②国家の立法管轄権の原則
- ③条約の第三者効
- ④慣習法としての共通3条
- ⑤同意なしに敵対武装集団が条約に拘束されるという慣習法

¹⁷⁸ 現行の共通3条柱書は、英文では以下のとおりである。“In the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties, each Party to the conflict shall be bound to apply, as a minimum, the following provisions”。日本語に直すと読み取れないが、締約国（the High Contracting Parties）と述べた直後に、各紛争当事者（each Party to the conflict）が拘束される旨記されており、ここでも Party が大文字になっている。そのため、本規定は締約国のみを拘束するともすべての紛争当事者を拘束するとも解釈することができるが、これは両主張が一致を見なかった妥協の産物と考えられる。なお、「紛争当事者の法的地位に影響を及ぼすものではない」という箇所の Party も大文字となっている。

¹⁷⁹ *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development on International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflict (1974-1977)* (1978) (hereinafter, *Official Records*), CDDH/SR. 49, Annex, Vol. 7, p. 79.

¹⁸⁰ *Acte de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949*, supra note 115, p. 89; *Commentary II*, supra note 171, p. 34; CDDH/I/SR.24, para. 55.

- ⑥法の一般原則
- ⑦強行規範（対世的義務）としての共通 3 条
- ⑧国家代表および国家承継
- ⑨責任からの還元

①は、同意がない以上、敵対武装集団は共通 3 条や第 2 追加議定書には拘束されないという否定説である¹⁸¹。確かに条約は「合意は拘束する (*pacta sunt servanda*)」という法諺にもとづいているため、その条約への合意を表明していない以上、敵対武装集団は拘束されないという主張は論理的である。しかし、それでは敵対武装集団が条約違反に対して国家責任（集団責任）や刑事責任を課される現実を説明することができない。実際に国家責任条文の起草過程においては敵対武装集団が負う責任の一例として国際人道法違反が挙げられているし¹⁸²、国際刑事法廷では共通 3 条の違反が数多く認定されている¹⁸³。したがって、罪刑法定主義 (*nullum crimen sine lege*) の観点からも、否定説は受容できない。

以下では肯定説を概観する。②の国家の立法管轄権の原則 (*the principle of legislative jurisdiction*) は、上述した ICRC の見解であり、他の多くの学者や判決によって主張されている¹⁸⁴。ここでいう「立法管轄権」は、国内法上の管轄権を指すものであり、国際法上の管轄権とは区別する必要がある。この立法管轄権の原則は、条約が国家に批准されることにより、その条約が国内法となり、当該国家領域内にいるすべての人民に義務を課するという理論である。すべての人民には当然敵対武装集団（各々の反徒）が含まれることになり、よって敵対武装集団は共通 3 条や第 2 追加議定書に拘束されることになる。この理論に関しては、(5) で再検討する。

③は、主として条約法条約の論理を類推して、敵対武装集団にも条約の第三者効が及ぶ

¹⁸¹ 樋口「前掲論文」(注 132) 36-37 頁。敵対武装集団の同意が必要とするものとして、守谷(上地)瑠美子「国際人道法における反徒の法的地位 —非国際的武力紛争の場合」『関西大学法学論集』56 卷 4 号(2006 年) 198 頁。

¹⁸² J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries* (2002), p. 120. ただしコメンタリの説明では条約に限定されていないため、慣習法の違反に対してのみ責任を負うと解釈することも可能である。しかし第 2 追加議定書 6 条 5 項は、「権限のある当局」が敵対行為の終了後に恩赦を与える努力規定となっており、敵対武装集団は新国家の樹立に成功した場合、この条約にもとづいて行動することが前提とされている。

¹⁸³ *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a "Dule"*, *supra* note 148, para. 143; *Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Judgment*, IT-95-14/2 (17 December 2004), paras. 44-46.

¹⁸⁴ *Official Records, supra* note 179, CDDH/III/SR.32, Vol. 14, p. 314, paras. 21-24 (1978); C. Lysaght, "Scope of Protocol II and Its Relation to Common Article 3 of the Geneva Conventions of 1949 and Other Human Rights Instruments", *American University Law Review*, Vol. 33 (1983), p. 12; S. Sivakumaran, "Binding Armed Opposition Groups", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, No. 2 (2006), pp. 381-386. 必ずしも満足のいく理論ではないが、正式に異議を唱えられたことはないため肯定できるとするものとして、S. Junod, "Additional Protocol II: History and Scope", *American University Law Review*, Vol. 33 (1983), p. 34.

とする理論である¹⁸⁵。条約が第三者に対して義務を課すためには、当事国（起草者）の意思と第三者の同意という2つの要素が必要である（条約法条約34～36条）。共通3条と第2追加議定書の起草過程においては、ともに敵対武装集団の拘束性について意見の一致をみなかったが、条約は結晶化し客観化するため、そこには起草者の客観的意思がみられるという¹⁸⁶。したがって、当事国の意思という1点目の要素は一応満たされると考えられる。しかし、2点目の要素は第三者である敵対武装集団の同意である。ここで問題としているのは、同意がない場合の拘束性についてであり、結局この同意を前提とする第三者効の議論は、拘束性の根拠としては用いることはできない。

④は、共通3条は慣習法であるため敵対武装集団を拘束とする理論であり¹⁸⁷、多くの裁判所が用いる根拠となっている¹⁸⁸。慣習法はその拘束力の前提として同意を必要としないため、敵対武装集団も拘束されるという考え方である。まずこの根拠の問題点として、慣習法は国家ではない敵対武装集団には拘束性を有しないのではないかという点がある。確かに一般に慣習法の名宛人は国家であるが、一定程度の国際法主体性を認められているのであれば、敵対武装集団もその名宛人となる可能性がありえよう。

しかし他面で、共通3条と異なり、今日第2追加議定書の諸規定がすべて慣習法化しているかについては議論の余地があり、同様のことは特定通常兵器使用禁止制限条約や児童の権利条約武力紛争選択議定書についても該当する。したがって、もしこれらの条約が慣習法化していないのであれば、敵対武装集団は同意なくこれらの条約に拘束されることにはならない。さらに、たとえそれらが慣習法化していて、その慣習法に敵対武装集団が拘束されるとしても、そのことは敵対武装集団が条約に拘束されることを意味するものではない。そのため、この根拠に従うと、今後新たな条約が作成されても、その条約が慣習法化するまで待たなければならなくなる。そうであるならば、慣習法化するまでの間、その条約は国家を拘束する一方で、敵対武装集団との関係ではその地位をソフト・ローにおとしめられることになってしまう。このような理由から、この理論も、敵対武装集団を拘束する根拠として実用的であるということとはできない。

⑤は、敵対武装集団が同意なしに拘束されること自体が慣習法であるという見解である。④と混同されやすいが、この理論は条約自体が慣習法化しているか否かではなく、敵対武装集団が同意なしに条約に拘束されるという手続部分が慣習法化していると唱えるもので

¹⁸⁵ Cassese, *supra* note 119, pp. 423-429.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 424.

¹⁸⁷ L. C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict* (2nd edition, 2000), p. 320; B. S. Brown, "The Protection of Human Rights in Disintegrating States: A New Challenge", *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 68, No. 1 (1992-1993) p. 211. 共通3条の普遍性を強調するものとして、J. Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law* (1985), p. 47; 宮崎繁樹「国際人道法の世界的側面」『世界法年報』7号（1987年）9-10頁、同「国際人道法と世界法」『法律論叢』60巻2・3号（1987年）122頁。

¹⁸⁸ *Nicaragua Case*, *supra* note 133, para. 218; *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a "Dule"*, *supra* note 148, para. 98; *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgment*, ICTR-96-4 (2 September 1998), para. 608.

ある。この理論に関しては詳細な分析を加えるため、(3) で別途検討する。

⑥は、法の一般原則によって敵対武装集団が拘束されるという理論である。ダルフル国際調査委員会によれば、この見解は④の慣習法化理論を補完するもので、第 2 追加議定書は、起草段階で一定程度慣習法として結晶化し、他の部分は一般原則を法典化したものであるとされる¹⁸⁹。この見解に対しては、マルテンス条項のように法の欠缺を補充するのが一般原則であり、法典化されている規則はもはや一般原則ではないという批判が該当する¹⁹⁰。他方、敵対武装集団の拘束の根拠についてはいかなる条約にも明文化されていないため、その部分の欠缺を補うという意味で一般原則は利用可能である。ただし、文明国の国内法に共通の法理としての一般原則の中には、拘束の根拠となりうるものはない。また、マルテンス条項のほか、コルフ海峡事件やニカラグア事件にいう「人道の基本的考慮」や「人道法の一般原則」も¹⁹¹、拘束の根拠として用いることはできない。しかし他面において、敵対武装集団を拘束するという一般原則は存在しないという証拠もない。その証拠がない以上、一概にこの根拠を否定することはできないが、存在するという証拠もないため、現段階で拘束の根拠として用いることはできない。

⑦は、共通 3 条は強行規範または対世的義務であるため敵対武装集団を拘束するという理論である¹⁹²。確かに強行規範とされる海賊の禁止や奴隷制度の禁止、ジェノサイドの禁止等は、あらゆる個人による行為がその対象に含まれる¹⁹³。しかし、この強行規範は、個人に対して課されている義務ではなく、主に国家がその違反を防止し処罰する義務である。したがって、共通 3 条が強行規範であるからといって、必ずしも敵対武装集団が拘束される根拠とはならない。

⑧は、国を代表する敵対武装集団は共通 3 条および第 2 追加議定書に拘束されるとする理論であり、上記②（立法管轄権の原則）と併用して用いられることもある¹⁹⁴。この理論は細かい場合分けが必要であるため、以下 (4) で詳述する。

⑨は、刑事責任および国家責任から義務の拘束性を還元する理論である。敵対武装集団に関して、今日の段階においては、一次規則である義務の存在より、二次規則である責任の方が国際法上より明確になっている。一般に、義務のないところに責任は発生しないため、責任の存在から義務を導き出す方法である。これに関しても、上記⑧とともに (4) で

¹⁸⁹ *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General* (2005), pp. 44-45, para. 158.

¹⁹⁰ Sivakumaran, *supra* note 184, pp. 376-377.

¹⁹¹ *Affaire du Déroit de Corfou (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie)*, Arrêt du 9 avril 1949: C.I.J. Recueil 1949, p. 22; *Nicaragua Case*, *supra* note 133, paras. 218-220, 255-256.

¹⁹² L. Moir, *The Law of Internal Armed Conflict* (2002), pp. 56-58.

¹⁹³ これらの禁止義務は同時に対世的義務でもある。 *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt (Belgique c. Espagne)*, C.I.J. Recueil 1970, para. 34. ここで述べることは対世的義務についても同様のことがいえるため、以下では便宜上強行規範に絞った考察を述べる。

¹⁹⁴ Zegveld, *supra* note 167, pp. 15-16.

再論する。

以上のように、①③④⑥⑦に関しては敵対武装集団拘束の根拠として十分ではないと考えられるが、他方②⑤⑧⑨に関してその可能性を判断するためには、さらなる考察を行う必要がある。したがって、次節以降では、それらについてより詳しい検討を加えることとする。

(3) 慣習国際人道法による敵対武装集団の拘束

敵対武装集団を拘束する根拠として慣習法を援用する学説があることは、(2)の④⑤で既述した。共通3条が慣習法となっているということにはほぼ異論はないが¹⁹⁵、その慣習法が敵対武装集団をも名宛人とする慣習法であるか否かについては意見の一致をみない。他方で、共通3条に限らず、非国際的武力紛争に適用される国際人道法全体に関して、敵対武装集団は同意の有無にかかわらず拘束されることが義務づけられる、ということそれ自体が慣習法となっているとする見解(⑤)も存在する¹⁹⁶。しかし、こうした主張がなされる際、慣習法の成立要件である実行および法的確信の分析がほとんどなされていないということが多々ある¹⁹⁷。そこで、以下でそのような慣習法が本当に存在するかについて検討を行う。

まず、ここで扱うのは条約に関する規範の慣習法化の問題であるため、排他的経済水域の慣習法化のように、それまでの条約や慣習法に反する慣習法の形成を問題とする場合と異なり、法的確信の要件はさほど重要ではない。したがって、ここでは実行を中心に検証作業を行う。そこで問題となるのが、慣習法の形成要件である実行は、誰の実行であるかという点である。具体的には、その分析対象は国家のみに限定すべきか、それとも義務の名宛人となる敵対武装集団の実行も同時に考慮すべきか、という問題である。伝統的な見解に従えば、実行は国家によるもののみが慣習法生成の要件となる。さらに、国連をはじめとした国際機構の実行もその検討の対象とされることがあるが、国際機構は一般に国家の集合として構成されるため、国家実行の延長上でとらえることが可能である。そこで、敵対武装集団の義務に関する慣習法化の問題であっても、なお国家と国際機構の実行のみを考慮の対象とすれば足りるのか検討する必要がある。

ICJ 規程 38 条 1 項 (b) は、慣習法を「法として認められた一般慣行 (a general practice) の証拠としての国際慣習」と表現しており、必ずしも国家実行に限定していない。また実際に、旧ユーゴ国際刑事裁判所 (ICTY) では共通 3 条の慣習法化を検討する際に、敵対武装集団の実行を考慮に入れている¹⁹⁸。さらに、敵対武装集団には一定程度の国際法主体性が付与されることに鑑みると、敵対武装集団の実行も分析の対象とする必要があるように

¹⁹⁵ *Nicaragua Case*, *supra* note 133, para. 218; *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a “Dule”*, *supra* note 148, para. 98; *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, *supra* note 188, para. 608.

¹⁹⁶ M. Bothe, “Conflits armés internes et droit international humanitaire”, *Revue générale de droit international public*, Tome 82, n° 1 (1978), p. 92, 藤田『前掲書』(注1) 226 頁。

¹⁹⁷ このような批判として、Meron, T., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (1989), pp. 36-37; Sivakumaran, S., *supra* note 184, Vol. 55, No. 2 (2006), p. 372.

¹⁹⁸ *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a “Dule”*, *supra* note 148, paras. 103, 107-108.

思われる。

しかし、敵対武装集団が国際法主体であるというとき、その意味するところは国際法上の権利義務の帰属主体という意味である¹⁹⁹。換言すれば、敵対武装集団は国際法の適用主体として位置づけられ、国際法の形成主体としては、なお国家がその排他的地位を有していると考えられる²⁰⁰。そうであるならば、慣習法を形成する主体も国家のみであり、敵対武装集団の実行は考慮する必要がないように思われる。国際法の形成は、今日に至るまで国家の独占事項であり、他のアクターはそれに関与することが限界であった。このように考えると、分析対象は国家実行に限定されることになる²⁰¹。

これまで国際人道法や国際人権法の慣習法化を論じるにあたって、一定の権利義務が与えられる個人の実行は、慣習法の形成に寄与しないとされてきた。それと同様に、敵対武装集団の実行も、慣習法の形成に寄与しないと考えられてきたのであろう。しかし、ここでなぜ個人の実行が分析対象とならないか考えてみると、個人は国家の管轄下、すなわち実効的支配の下にあるということが、その主な理由であると考えられる。国家は国民の行動を規律する能力を有しており、また国民を代表する権限を有しているため、個人の各々の実行を考慮する必要がないのである。この論理に従えば、敵対武装集団は国家の実効的支配下にないため、敵対武装集団を名宛人とする条約の慣習法化を論じる上では、敵対武装集団の実行が不可欠となる。こうした状況下で、国家実行のみを検討対象として慣習法化を認定するのであれば、それは敵対武装集団の利益を不当に害することになってしまう²⁰²。

そこで、この必要性和矛盾する法形成主体の問題を、どのようにとらえるかを考え直さなければならない。この点、法形成主体の意味を考えると、敵対武装集団の実行を考慮することは、すなわち敵対武装集団が法形成主体であるということの意味するものではない。慣習法の法形成主体というとき、それは実行および法的確信の存在を考慮する主体のことであり、考慮される実行（客体）が法形成主体であるというわけではないのである。したがって、国家実行が優先的に検討されることは否めないとはいえ、実効的支配の外にある敵対武装集団の義務の慣習法化に関しては、名宛人である敵対武装集団の実行も考慮に入れる必要があるだろう。より一般的にいえば、慣習法化される規範の性質に応じて、他の

¹⁹⁹ I. A. Shearer, *Starke's International Law* (11th edition, 1994), p. 51, note 2.

²⁰⁰ 対人地雷禁止条約や ICC 規程の起草作業においては、NGO が大きく貢献し、非常に重要な役割を果たしているが、最終的な決定権限はなく、起草過程への参加がすなわち国際法主体であることを意味するわけではない。ICRC に国際法主体性が認められるというとき、それは条約の起草に携わっているからではなく、条約上にその権利義務の実施が明記されているからである。

²⁰¹ ICRC の慣習国際人道法の研究も、基本的にこの立場に立っていると考えられる。対象となる実行は、「公的実行」に限定しており、敵対武装集団の実行はその法的意味が不明確なため、「その他の実行」という項目なかにごく少数挙げられている。Henckaerts *et al.*, *supra* note 126, Vol. 1, pp. xxxiii-xxxiv, xxxvi.

²⁰² Sivakumaran, *supra* note 184, pp. 374-375.

主体の実行も考慮することが求められるのである。

そこで、以下では国家実行および国際機構の実行を検討する。まず、国家実行の検証作業にあたっては、慣習法化の内容が、敵対武装集団の拘束性という特殊な手続的規範であることに注意が必要である。実体法の慣習法化を論じる際は、その規範に沿った国家実行が行われているかを検討することになるが、敵対武装集団が拘束されるという自らが直接関与しない手続的事実に関連する国家実行は存在するであろうか。もちろん国家が敵対武装集団の条約への拘束性について明言すれば、それは国家実行の一として数えられよう。しかしそのような機会はほとんどなく、むしろ国家は非国際的武力紛争と考えられる事態において、国際人道法の適用を敬遠する傾向にあるため、慣習法化とは反対方向の実行を示しているようである。しかし、こうした国家による適用拒否は、敵対武装集団が国際人道法に拘束されないことを主張しているわけではない。多くの事例においては、まだ国際人道法が適用されるような事態（武力紛争）には至っていない、ということが理由とされる。したがって、このような国家実行は、敵対武装集団拘束性の慣習法化の議論には直接関係性を有するものではない。

なお、国家実行の一としてとらえるものとして、敵対武装集団との国際人道法適用合意が挙げられる。このような合意は、エルサルバドルや旧ユーゴ、スーダン等においてみることができる²⁰³。国家は敵対武装集団とこの種の合意を結ぶとき、敵対武装集団が国際人道法に拘束されることを認めることになる。この事実を、敵対武装集団による同意ととらえれば、それは同意がない場合の拘束性に関する慣習法の形成に影響を及ぼすものではない。しかし、この合意を国家による敵対武装集団拘束性の確認ととらえれば、国家実行と考えることも可能であろう。ただし、敵対武装集団による同意がある事実はゆるぎないものであるため、この実行は限定的に勘案しなければならない。

国家実行が判断材料として十分ではないため、次に国際機構の実行を分析する。国連安全保障理事会（安保理）および国連総会（総会）は、たびたび敵対武装集団による国際人道法違反を非難する決議を採択している。1990年代以降、この種の決議は漸増しており、旧ユーゴスラビアやソマリアにおける武力紛争に関連して数多く出されている²⁰⁴。これらの中には、敵対武装集団が国際人道法に拘束されることを明示する決議も少なくなく²⁰⁵、敵対武装集団が拘束されることに関する慣習法の証拠として、恰好の材料であるということが出来る。こうした決議は今日も数多くみられ²⁰⁶、15年以上国連の諸機関により確認さ

²⁰³ U.N. Doc. A/44/971 : S/21541, 16 August 1990, p. 2; U.N. Doc. S/25392, 10 March 1993, pp. 30-35; U.N. Doc. S/2005/60, 1 February, 2005, para. 76.

²⁰⁴ U.N. Doc. A/RES/46/242, 25 August 1992, para. 6; U.N. Doc. S/RES/794 (1992). 3 December 1992, para. 4. そのほか、ルワンダやリベリア等に対しても同様の決議が存在する。U.N. Doc. S/RES/812 (1993), 12 March 1993, para. 8; U.N. Doc. S/RES/813 (1993), 26 March 1993, para. 16.

²⁰⁵ U.N. Doc. S/RES/764 (1992), 13 July 1992, para. 10 (Bosnia and Herzegovina); U.N. Doc. S/RES/1193 (1998), 28 August 1998, para. 12 (Afghanistan).

²⁰⁶ U.N. Doc. S/RES/1545 (2004), 21 May 2004, para. 12 (Burundi); U.N. Doc. S/RES/1634 (2005), 28 October 2005, preamble para. 4 (Western Sahara).

れ続けており、実行の蓄積も十分であると考えられる。さらに、これらの決議の対象となっている事態に特に利害関係を有する国家からも、その内容に関して明確な反対はなされてきていない。また国連の諸決議は、法的確信の要件としても十分な役割を果たすと考えられる。したがって、この一連の決議から敵対武装集団の拘束性に関する慣習法を導き出すことは、十分可能であると考えられる。

以上より、敵対武装集団が国際人道法に拘束されるという慣習法の存在は、肯定することができると考えられる。しかし他方で、慣習法により拘束されるということは、共通 3 条および第 2 追加議定書それ自体に拘束されることを意味するわけではないという批判がある²⁰⁷。この批判に従うと、条約作成から慣習法形成に至るまでの期間は、敵対武装集団はそれらに拘束されなかったことになる。共通 3 条に関しては、法典化条約であるため採択当時から慣習法であったといえるかもしれないが、第 2 追加議定書に同様のことはいえないであろう。また ICTY は、慣習法的性質と関係なく条約規定を適用しており²⁰⁸、罪刑法定主義の観点からも、慣習法以外に敵対武装集団の拘束の根拠が必要となる²⁰⁹。

しかし、この批判は慣習法化される内容に齟齬があるため、妥当ではない。この批判が成り立つのは、共通 3 条および第 2 追加議定書（の実体規則）が慣習法であるため敵対武装集団はそれらに拘束される、という理論に対してである。他方ここで主張する慣習法は、敵対武装集団がその同意に関係なく条約に拘束されるという（手続規則の）慣習法である。そのため、その条約が慣習法化されているか否かは、直接は関係がないことになる。したがって、敵対武装集団が条約に拘束されるという慣習法の存在は、敵対武装集団拘束の根拠の一としてとらえることができると考えられる。

(4) 国家代表の論理と責任からの接近

国際人道法の敵対武装集団に対する拘束性を説明する上で、国家を代表する敵対武装集団は国際人道法に拘束されるという考え方があるということは、(2) で述べたとおりである。この理論は、①国家を代表するというまさにその主張が拘束の根拠となるという見解²¹⁰、および②（そのような主張をしているか否かにかかわらず）実効的な領域支配という事実が国家を代表していることを表し、その事実が敵対武装集団を拘束するという見解に分けられる²¹¹。これらの主張に対しては、以下のような批判がある。まず①は、その批判の前提として、(i)実際に政府となっている敵対武装集団の場合と、(ii)単にそのような主張を行っているだけの敵対武装集団の場合に分けて考える必要があるとする。その上で、(i)に関しては、新政府を拘束するのであって、敵対武装集団を拘束する根拠とはならないと批判する。(ii)に関しては、どんなに小規模な集団であれ、そのような主張を行っていれば拘束されることになり、たとえ 1 日で敗れ去ったとしても国際人道法の義務に拘束されることに

²⁰⁷ Sivakumaran, *supra* note 184, p. 375.

²⁰⁸ *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a "Dule"*, *supra* note 148, para. 143.

²⁰⁹ Sivakumaran, *supra* note 184, p. 375.

²¹⁰ *Commentary III*, *supra* note 171, p. 37.

²¹¹ Zegveld, *supra* note 167, pp. 15-16.

なってしまうと批判する。他方②に関しては、事実上の支配が国家を代表する意思を有していることと直接結びつくものではなく、そもそも①も含めて、国家を代表する主張自体が拘束性をもたらすとは考えられないとされる。最後に、①②に共通していえることであるが、この理論は国家を代表する意思を持たない敵対武装集団には適用することができないと述べられる²¹²。

しかし、これらの批判は、必ずしも的を射ていないように思われる。①に関しては、その前提として、敵対武装集団を政府になった集団と極めて小規模な集団に二分しているため、その間に位置する最も重要な敵対武装集団に関して検討を加える必要がある。その前にこの批判に対して応えると、(i)の新政府に対する国際人道法の拘束性は敵対武装集団の拘束の根拠ではないという批判は、確かにそのとおりである。しかしそのような集団が拘束されるという事実が変わりはなく、ここで問題とする必要はない。(ii)の小規模な敵対武装集団への適用問題は、いくら小規模であれ、国際人道法を適用することに問題はないように思われる。国際人道法が適用される前提には、騒乱や緊張と区別された武力紛争の存在が必要であり、基本的に非常に小規模な集団が武力紛争を引き起こすことはできないし、万一引き起こされたのであれば、国際人道法を適用すればよいだろう。

話を本題に戻すと、(i)と(ii)の間に位置する敵対武装集団のうち、政府とはなっていないが実際に実効的支配を行っている敵対武装集団、いわゆる事実上の当局は、国家を代表する意思を表明していれば拘束されると考えられる。ここでその代表の主張自体が拘束性をもたらしかつという点が問題となるが、当該事実上の当局は自らを国家代表と考えているため、国家承継もしくは政府承継の理論が類推適用できると考えられる。政府承継であれば、条約もそれに伴い承継される。他方国家承継の場合、独立国の条約の承継にはクリーン・スレートの原則が適用されるが（条約国家承継条約 16 条）、分離の場合は継続性の原則が適用され（同 34 条）、国家の全領域に支配を及ぼしていない事実上の当局には、後者の継続性の原則が適用されると考えられる²¹³。また、少なくとも共通 3 条のような慣習法となった条約に関しては、クリーン・スレートの原則は適用されない（同 5 条）。さらに、ICTY によれば、国際人道法に関する条約は普遍的性格を有する条約であり、それがゆえに自動的に承継がなされる²¹⁴。したがって、少なくとも敵対武装集団が国際人道法に拘束されないことを明示に述べない限り、当該敵対武装集団は国際人道法に拘束されると考えられる。

次に、事実上の当局にまでは至らない敵対武装集団が国家を代表する意思を主張している場合についてであるが、このような集団に国家承継の理論を直接利用することはできな

²¹² Sivakumaran, *supra* note 184, pp. 379-380.

²¹³ ただし、条約国家承継条約は、国家間条約に適用されるものであること（1 条）、および締約国数が非常に少ない上に途上国ばかりであることから（2007 年 11 月 22 日現在 21 か国）、参考として間接的に解釈の指針となるにとどまる。

²¹⁴ *Prosecutor v. Zejnir Delalić, Zdravko Mucić, a.k.a. "Pavo", Hazim Delić and Esad Landžo, a.k.a. "Zenga", Judgment*, IT-96-21-A (20 February 2001) para. 111; *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, *supra* note 183, para. 44.

いだろう。ただし、当該集団は自らを国家（政府）の代表であると考えているのであって、その主観にもとづけば、事実上の当局と何ら状況は変わらず、条約の遵守意思が想定される。

しかし、国家代表の意思は、承継の理論で説明するよりも、むしろ同意の推定に拘束の根拠が見いだせるように思われる。すなわち、国家を代表するということは、その国家の条約関係に従う意思を有すると考えることができる。このようにとらえると、国家代表の意思は、国際人道法に拘束されることへの同意と推定されるため、本論文で問題とする同意のない場合の拘束性の説明にはならない。また、このような国家代表の主張をしていない敵対武装集団も含めた、一般的な拘束性の根拠としては用いることができない。

他方②の批判についてであるが、確かに実効的支配を行っていることと国家になろうと企てていることとは同義ではない。しかし、事実上の当局が一定の領域および人民に対して支配を行っているという事実により、その事実上の当局は潜在的に国家となりうる能力を有している集団（以下「潜在的国家」と記す）であると考えられる。少なくとも、当該当局は地方自治体に類する機能を行使している。国家責任条文暫定草案も、こうした潜在的國家性に着目して敵対武装集団に責任を課したものと考えられる。もし国家を代表するという主張に拘束の根拠を据えるならば、仮にある時点では国家を代表する意思を有していなかったとしても、いつその方針が変わるか分からない一方、事実上の当局であれば常に国家となる能力を少なからず有している。また代表意思を有していたとしても、そのことを表明していなければ、国際人道法に拘束されずに武力紛争を行えることになってしまう。そのため、このような主観的要素のみにもとづくのは危険であり、客観的に敵対武装集団の規模に鑑みて潜在的國家性を判断すべきである。そしてその要件が満たされるのであれば、国家代表の意思が推定され、それに従い条約に拘束されることへの同意も推定されることになる。

以上のように、事実上の当局に関しては、その実効的支配という事実を拘束の根拠としてとらえることが可能であると考えられるが、このことは敵対武装集団一般に該当することではない。規模の小さい敵対武装集団、とりわけその中でもテロリストのような集団に國家性を見いだすことは難しい。この理論的に不十分な部分は補完される必要があり、その役割を担うものとして、責任から義務を還元するアプローチが考えられる。そこで、まず責任と義務の関係について以下で概観する。

事実上の当局に対しては、國家責任の文脈が妥当し、1980年の國家責任条文暫定草案14条から、自らの行為に対する責任が発生すると考えられる²¹⁵。また、新國家となることに

²¹⁵ 14条1項は、「ある国の領域内または当該国の施政の下にある他の領域において設立された反乱団体の行為は、国際法上当該国の行為とはみなされない。」と規定する。敵対武装集団（反乱団体）の責任について直接接触されているわけではないが、この条文は、実効的支配を行う敵対武装集団の違法行為を、國家ではなく当該敵対武装集団自身に課することを意図している。*Yearbook of the International Law Commission 1975, Vol. 2 (1976), p. 91*（村瀬監訳「前掲論文」(注169)211頁(貝塚執筆)）。なお、この条文は國家責任を定

成功した敵対武装集団は、現行の国家責任条文から条約上の義務の拘束性を導き出すことができる。その 10 条 1 項および 2 項によれば、新国家（または新政府）となった敵対武装集団（insurrectional movement）の行為は、国際法上当該国の行為とみなされる。つまり、反乱に成功した場合、それまでに行ってきた国際法上の違法行為に対して責任を有することになる。コメントリでは、その例として国際人道法の違反が挙げられており²¹⁶、ここから敵対武装集団は、政府（国家）になる以前にも国際人道法上の義務を負っていたことが読み取れる²¹⁷。原則として、義務のないところに責任（responsibility）は生じない。敵対武装集団の義務に関する明文が存在しない一方で、こうした責任に関する文書が存在し、一般に認められている以上、責任から拘束（義務）の根拠を導き出すことも、有用な一手と考えられよう。

しかし、以上の理論は、新国家または事実上の当局となりえなかった敵対武装集団には適用できない。そこで、そのような場合には、敵対武装集団を国家と類推することから、個人の集団とみる考え方に視点を切り替えることが有用と考えられる。国家責任から義務を導き出せるのであれば、個人の刑事責任からも義務を導き出すことができよう。常設の国際刑事裁判所が設置され、なおアド・ホックな裁判所が設置される可能性も残されている今日、あらゆる個人が国際人道法の違反に対して刑事責任を負っていることになる。したがって、敵対武装集団を構成するそれぞれの反徒も刑事責任を負っているのであり、そこから国際人道法上の義務を負っていると判断できる。国際刑事裁判所規程（以下、ICC 規程）8 条は、いわゆる国際人道法違反に関して詳細な規定を有している。その中には、共通 3 条違反に関する規定はあるものの（2 項(c)）、直接第 2 追加議定書に関する義務規定は存在しない。しかし、このことは個人が第 2 追加議定書上の義務を負わないことを意味するのではない。確かに ICC 規程から第 2 追加議定書の責任を直接導き出すことはできないが、他方でルワンダ国際刑事裁判所規程 4 条は、第 2 追加議定書の違反を訴追対象としている。このように、履行確保が担保されうる義務は裁判所によって異なるが、実際に戦地で適用される時点においては、共通 3 条も第 2 追加議定書も同様に敵対武装集団に対して義務を課していると考えられる。ただし、個人責任と団体責任は全く同義であるというわけではないため、個人の刑事責任を援用する場合、国際人道法に関する条約の適用対象は、反徒を含むあらゆる個人であるととらえる必要がある。

以上のことを整理すると、まず、国家を代表する主張自体は、同意に近い性質が認められるため、また主張していない敵対武装集団には適用できないため、条約による拘束の根拠として十分なものではない。一方、実効的支配という事実は、潜在的な国家性を推定でき、

めた文書に記載するのは不適切であるという理由で削除されたのであり、内容的に否定されたものではない。

²¹⁶ Crawford, *supra* note 182, p. 120.

²¹⁷ さらに、暫定条文草案 14 条のコメントリでは、より明確に敵対武装集団が従うべき国際義務の存在について述べられている。Yearbook of the International Law Commission 1975, Vol. 2 (1976), p. 91. (村瀬監訳「前掲論文」(注 169) 211 頁 (貝塚執筆))。

そこから拘束の根拠を見いだすことができるが、実効的支配が十分でない敵対武装集団には適用できない。実効的支配を行っている敵対武装集団に対しては、さらに国家責任と個人責任の両面からその義務を導き出すことができ、以上のような根拠が重疊的に用いられることで、その拘束の可能性はより確たるものとなる。他方、実効的支配が十分ではない敵対武装集団に対しては、個人の刑事責任から義務を導き出すことができ、事実上の当局に比べてやや根拠が薄弱であるとはいえ、その拘束の根拠は存在するといえよう²¹⁸。

(5) 敵対武装集団への国際人道法の直接適用

(2) では、国家により締結された条約は、その締約国のすべての私人を拘束するため、敵対武装集団（各々の反徒）も拘束されるという理論を紹介した。本節では、この理論のうち国内法化に関する議論の限界を指摘した後、国際法そのものとして個人を拘束する可能性について論じる。なお、本論文で「直接適用」というときは、条約の「自動執行性」を意味するものではなく、国内法を介さずに、直接個人または団体に法が適用されることを意味するものとする²¹⁹。

この理論は、敵対武装集団の拘束性の議論が始まった当初からある考え方で、ICRCをはじめ、起草過程に参加したいくつかの国家によっても支持されている²²⁰。ICRCによれば、敵対武装集団の義務の根拠は、国家の管轄権にあるという。すなわち、批准という事実により国際条約は国内法の一部となるため、自国内にいるすべての個人はその条約に拘束されるということである²²¹。この見解は、他の多くの理論と異なる二つの特徴を有する。それは、①敵対武装集団を国家に従属する主体（entities）として扱うアプローチであるという点、および②敵対武装集団が一定の規模に達することを要しない点、である²²²。この見解に従えば、条約の適用により敵対武装集団に何らかの権限を付与するおそれが多分に少なくなるため、政府の側としてはこの見解は極めて受容しやすいものとなる。また、国内法の名宛人には、通常個人だけでなく企業等の団体も含まれる。したがって、国際刑事法にもとづくアプローチの場合と異なり、各々の反徒が拘束されるだけでなく、集団そのものとして敵対武装集団に義務を課すことが可能となる。

²¹⁸ 事実上の当局でない敵対武装集団に関しては、立法管轄権の原則または国際法の個人への直接適用に関する理論を充てて補う考え方もある。Zegveld, *supra* note 167, p. 14-15. この理論については第4節で扱う。

²¹⁹ 自動執行条約とは、国内においてそれ以上の措置の必要なしに直接適用されうる条約をいう。岩沢雄司「自動執行条約」国際法学会編『国際関係法辞典〔第2版〕』（三省堂、2005年）439頁。ここでも直接適用という用語が用いられるが、条約が自動執行可能であるというとき、必ずしも個人に直接適用される必要はなく、多くの場合は国家がその名宛人となる。これに対して、本論文で「直接適用」という場合は、国家以外の個人（および団体）が、国際法から直接権利義務を付与されることを指すこととする。

²²⁰ *Commentary I, supra* note 171, pp. 52-53; Sandoz, *et al., supra* note 171, p. 94.

²²¹ *Commentary II, supra* note 171, p. 34

²²² Sivakumaran, *supra* note 184, pp. 393-394. これらの特徴は、敵対武装集団を個人の集合ととらえる方法に見られるものであり、前節で述べた刑事責任からのアプローチにも概ね共通する見解となる。

このように多くの利点を有するアプローチではあるが、その一方で問題点が指摘されることも少なくない²²³。まず挙げられるのが、拘束の根拠が国内法であるという点である。そこで、拘束の根拠が国内法であることに、いかなる問題があるのか具体的に検討する必要がある。なぜならば、敵対武装集団による国際人道法の遵守が確保されるのであれば、それが国内法であれ国際法であれ大きな問題はないようにも考えられるからである。最も重要なのは、敵対武装集団がどの法によって拘束されているのかではなく、国際人道法の諸規則が敵対武装集団によって遵守されることを確保することであろう。

しかし他方で、拘束の根拠が国内法である場合、それは当該領域国内の問題に限定される。そのため、国内法化された国際人道法は、政府との関係において適用される一方で、第三国や国際社会との関係では適用されないことになってしまう²²⁴。また、国際裁判所での刑事訴追等、履行確保の場面においては、罪刑法定主義の観点から適用される法が国際法である必要性が出てくる。したがって、国内法化により拘束するという国家の立法管轄権の原則は、拘束の根拠としては十分ではないことになる。

そこでこの問題を解決するために、批准により条約が国内法化するという前提を問い直す必要がある。条約を国内法化するにあたっては、従来から条約の自動執行性の問題や一元論・二元論の相違等について、多くの議論がなされてきている。さらに、個人や団体の権利義務を規定する条約であれば、その適用のための手続は一層問題視されることとなる。しかしこれらは、主に国内法の観点から国際法を見た場合の議論である。他面、国際法の観点からは、批准という事実で十分であり、国内法化したのかどうか、またどのような形式で国内法化したのかは、重要な問題ではない。国際法上重要なのは、その条約が批准国により実施されること、もしくは人民に適用されるという事実であり、場合によっては条約が国内法化されずに直接個人に適用されることもある。このことは、ダンチヒ裁判所の管轄権に関する常設国際司法裁判所（PCIJ）の勧告的意見で確認されている。PCIJによれば、国家の意思に従って、個人の権利義務を創設する条約を採択することは可能であるとされる²²⁵。この判決は、条約が直接個人に適用されることを意味するものであり、国内法化したのか否かを問題とするものではない。

そこで、共通 3 条や第 2 追加議定書を作成するにあたって、諸国家が個人に権利義務を課す意思を有していたか否かが問題となる。この点に関しては、(2) で述べたように、必ずしも諸国の見解が一致していたわけではない。しかし、ダンチヒ裁判所の管轄権事件で争点となった条約は、ダンチヒとポーランドの間の二国間（二者間）条約であるという点

²²³ G. I. A. D. Draper, “The Geneva Conventions of 1949”, *Recueil des cours*, Tome 114, n° 1 (1965), p. 96; D. P. Forsythe, “Legal Management of Internal War : The 1977 Protocol on Non-International Armed Conflicts”, *American Journal of International Law*, Vol. 72, No. 2 (1978), p. 292.

²²⁴ Cassese, *supra* note 119, pp. 429-430.

²²⁵ *Jurisdiction of the Courts of Danzig (Pecuniary Claims of Danzig Railway Officials who have Passed into the Polish Service, against the Polish Railways Administration)*, *Advisory Opinion*, P.C.I.J. Series B, No. 15 (1928), pp. 17-18.

で、多国間条約である共通 3 条や第 2 追加議定書と異なる。多国間条約の起草者すべての意思を反映させることは容易ではない。そのため、多国間条約に関しては、その目的を判断する上で、条約上に結晶化した起草者の客観的意思に決定的役割を担わせるべきである²²⁶。そこで共通 3 条と第 2 追加議定書の規定を振り返ってみると、まず共通 3 条は各紛争当事者が種々の義務を負う旨規定している²²⁷。第 2 追加議定書は、明示的に拘束の根拠となる規定を含め、多くの条文が採択直前に削除されたとはいえ²²⁸、6 条 2 項が「法に基づき設置された裁判所」ではなく、「公平性を有する裁判所」と表記している点²²⁹、および同 5 項が「締約国の政府」ではなく、「権威のある当局」を名宛人としている点に有効な解釈を与えれば、敵対武装集団に義務を課すことを前提としていたことが読み取れる²³⁰。また、条約発効後の慣行に鑑みても、その拘束性に対して目立った反対はみられない。紛争の当事者となった政府が、敵対武装集団への条約の適用を拒否することはしばしばあるが、その拒否の理由は、主に武力紛争が存在していないという事実に関するものであり、条約の敵対武装集団拘束性の否定にもとづくものではない。このように、これらの条約には敵対武装集団に義務を課すという客観的意思がみられ、それに対する明確な反対もないことから、それらの諸規定は個人（敵対武装集団）に直接適用することが可能であると考えられる。

国際法を個人に対して直接適用することが可能であるとする見解は、他の見地からも見いだすことができる。個人に直接国際法を適用するうえでは、一般に権利を付与することよりも義務を課すことの方が容易であると考えられる²³¹。そのため、個人に義務を課す国際刑事法の分野では、直接適用が漸次認められるようになる²³²。まず、ニュルンベルク裁判において、国際法が国内法に置き換えられることなく直接個人に義務を課するということは、長い間認められてきたことであると述べられている²³³。この見解は、ニュルンベルク諸原則の第 1 原則およびそのコメンタリにも引き継がれ²³⁴、さらに 1954 年の人類の平和と安全に対する罪の法典草案、および 1996 年の人類の平和と安全に対する犯罪の法典草案のコメンタリにも反映されている²³⁵。また、国際刑事裁判所が依拠する法は国際法であるため、被告人となる個人は当然国内法により裁かれるのではない。そして、必ずしも締

²²⁶ Cassese, *supra* note 119, p. 424.

²²⁷ 当初はこの「各紛争当事者」に敵対武装集団が含まれるか否か議論を呼んだが、今日ここに敵対武装集団が含まれることに異論を唱える見解はほとんど存在しない。

²²⁸ CDDH/SR.49, paras. 26-36; Sandoz, *et al.*, *supra* note 171, pp. 1335, 1337; 竹本『前掲書』(注 117) 259-262 頁。

²²⁹ 藤田『前掲書』(注 1) 231-232 頁。

²³⁰ Cassese, *supra* note 119, pp. 424-428.

²³¹ Draper, *supra* note 223, p. 96.

²³² J.-M. Dupuy, *Droit international public* (7^e édition, 2004), pp. 211-212.

²³³ *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Vol. I (1947), pp. 222-223.

²³⁴ *Yearbook of the International Law Commission 1950*, Vol. 2 (1957), p. 374.

²³⁵ *Yearbook of the International Law Commission 1951*, Vol. 2 (1957), pp. 134-135; *Yearbook of the International Law Commission, 1996*, Vol. 2, Part 2 (1998), pp. 17-18.

約国による国内立法を要するものでもない²³⁶。このように国際刑事法は、国内法を介さずに直接個人に義務を課しているといえることができる。こうした事実は、国際刑事法のみに特化したことではない。国際刑事法に該当する以上、その実体規則をなす国際人道法についても同様のことがいえよう。国際人道法が一度国内法に編入されなければならないのであれば、結局のところ国際刑事法も国内法に依拠せざるをえなくなるからである。

以上のように、共通3条および第2追加議定書に関しては、起草者が個人に権利義務を付与することを意図していると考えられる点、および国際刑事法と並行して個人に対する義務を規定しているという点から、国内法を介さずに直接個人に義務を課することが可能であると考える²³⁷。

しかし、国内法化の問題を解決できたとしても、さらなる問題が提起される。それは、政府が実効的支配を及ぼしていない敵対武装集団、いわゆる事実上の当局に対しても、国際法を直接適用することが可能であるかという問題である。上述のように、国際法が国内法化を待たずに直接適用されるのであれば、政府による実効的支配は問題とはならないようにも思われる。しかし、その適用までの手続に留意する必要がある。敵対武装集団に国際人道法が適用されるためには、政府による批准という行為がその前提として必要となる。領域国政府が条約に批准していないのであれば、敵対武装集団は当該条約の義務を負うことにはならない。その意味で、敵対武装集団は国家の意思・判断に従うことになる。

上述したように、一般住民と事実上の当局では、政府による実効的支配の有無という点で、異なる状況が想定される。そのような観点から、事実上の当局を第三国と同様に位置づけるのであれば、対立する政府の批准した条約の効力は、(当該事実上の当局による同意がない限り) 事実上の当局には及ばないことになる。他方で、いかに大規模であり実効的支配が及んでいないとはいえ、領域国の国民の集合であるということに変わりはないととらえれば、当該条約を適用することが可能であると考えられる。当該事実上の当局が、拘束されることに同意もしくは少なくとも黙認しているのであれば、条約を適用することはそう難しくはないであろう。特に問題となるのは、事実上の当局がその適用に反対する意思を示している場合である。基本的に、敵対武装集団は正当性を得ることを重要視するため、適用される条約が敵対する政府の批准にもとづいて適用されることになるのであれ、やや歪曲して述べれば、政府により立法された法が適用されることになるのであれ、遵守を拒否することは考え難い²³⁸。しかし、南ベトナム解放民族戦線やエルサルバドルのファ

²³⁶ 国際刑事裁判所規程加入の際の各国の国内立法に関して、松葉真美「国際刑事裁判所規程履行のための各国の国内法的措置」『レファレンス』54巻5号(2004年)43-46頁、新倉修「国際刑事裁判所規程の批准と国内法整備の課題」『法律時報』79巻4号(2007年)28-29頁。

²³⁷ ただし、国際刑事法が個人を対象とし、団体に刑罰を科すことができない以上、国際人道法が(反徒一人一人に対してではなく)敵対武装集団それ自体に対して直接義務を課することができるか否かに関しては、より一層の検討が必要となるだろう。

²³⁸ Sivakumaran, *supra* note 184, p. 386.

ラブンド・マルティ民族解放戦線のような敵対武装集団は、既存政府の制定した法の遵守を明示的に拒否しており²³⁹、そこには政府の批准した条約も含まれている。このような事例は多いわけではないとはいえ、今後絶対に起こりえないと断言することはできず、まったく無視するということはできない。共通 3 条や第 2 追加議定書が直接事実上の当局に適用されるか否かの判断は、紛争の両当事者にとって非常に重要な問題であるため、この点に関しては今後より詳細な検証を行っていく必要があるだろう。

以上 (3) から (5) において、国際人道法が敵対武装集団を拘束する根拠となりうる理論について論じてきた。これらの根拠は、どれか一つだけが用いられる必要はなく、相乗的に適用することが可能である。国家代表および承継の理論、並びに国家責任にもとづく理論が、事実上の当局に対する拘束性の根拠として特化しているのに対し、政府の批准による国際法の直接適用に関する理論は、より規模の劣る敵対武装集団に対する拘束性を説明するのに優れている。これらは相互補完的に考えられるべきであり、さらに適用手続きの慣習法化にもとづく理論が、これらの根拠を一層強固なものにすると考えられよう。

第 3 款 国家と敵対武装集団の間における相互主義の妥当性

戦時復仇とは、敵対当事者が国際人道法上の違反行為を行った場合に、自らも国際人道法に違反する行為に訴えることで、敵対当事者の違法行為を停止させ、遵守を確保する措置である²⁴⁰。この戦時復仇に関しては、しばしばその濫用や悪循環に懸念が示されており²⁴¹、また違法行為とは直接関係のない人民に犠牲を強いることから、人道的見地にもとづき、その禁止の必要性が主張されてきている²⁴²。この潮流に従い、1949 年のジュネーヴ諸条約や 1977 年の第 1 追加議定書等において、徐々に復仇禁止の範囲が拡大されてきている。

その一方で、戦時復仇は今日でもなお有用な履行確保措置であると言われている²⁴³。その理由は、国内法制度や他のいくつかの国際法分野とは異なり、国際人道法には履行確保措置として他に実効的な代替手段が存在しないことと関連する²⁴⁴。そしてこのことは、非国際的武力紛争において一層あてはまる事実である²⁴⁵。しかし、ジュネーヴ諸条約や第 1 追加議定書と異なり、非国際的武力紛争に適用されるジュネーヴ諸条約共通 3 条や第 2 追加議定書に、復仇の明文規定はない。そのため、非国際的武力紛争においては、戦時復仇が許容されるか否か明確ではない。

そのようななか、現実にはアフリカ諸国を中心に、近年においても戦時復仇が行使され

²³⁹ *Ibid.*, pp. 392-393.

²⁴⁰ Fleck (ed.), *supra* note 4, p. 232.

²⁴¹ 田岡良一『国際法 III [新版]』(有斐閣、1973 年) 354-355 頁、吉田「前掲論文」(注 123) 12 頁。

²⁴² J. Pictet, *Développement et principes du droit international humanitaire* (1983), p. 82.

²⁴³ 吉田「前掲論文」(注 123) 8 頁、竹本『前掲書』(注 117) 198-199 頁。

²⁴⁴ 藤田久一「戦時復仇」国際法学会編『国際法辞典』(鹿島出版会、1975 年) 399 頁。

²⁴⁵ 非国際的武力紛争における国際人道法の履行確保措置について、Moir, *supra* note 192, pp. 232-277.

る事例は少なくない。政府側による復讐としては、たとえば 1990 年以降、チャドが復讐として公正な裁判にもとづかない死刑の執行を 800 人以上に対して行っている²⁴⁶。死刑の対象となった者は、敵対武装集団の構成員またはその支持者とされるが、中には十代の少年も含まれている。一方 2000 年以降の敵対武装集団側による復讐としては、コンゴ民主共和国国内に住む 1 万人の国内避難民が、その復讐の恐怖にさらされているとされる。同様の事態はスーダンでも生じており、またチャドやコロンビア、ブルンジ等でも敵対武装集団による復讐が行われている²⁴⁷。

このように、非国際的武力紛争においては、政府と敵対武装集団の双方により戦時復讐が行使されているのが現状であるが、敵対武装集団は国際法上必ずしも国家と同等の権利・義務を有しているわけではない。諸国により敵対武装集団への法的地位や正当性の付与の懸念が示されたため、共通 3 条には「法的地位に影響を及ぼすものではない」との明文が挿入され、第 2 追加議定書からは、「各紛争当事者」という文言がすべて削除されている²⁴⁸。そしてそれと同時に、敵対武装集団が義務の名宛人となることを示す条文も削除されてしまったために、なぜ敵対武装集団がこれらの条約ひいては国際人道法に拘束されるのかが不明確なままとなっている²⁴⁹。そのため、非国際的武力紛争における戦時復讐の妥当性を判断するためには、まず国際人道法の敵対武装集団への適用可能性の問題を前提として考慮する必要があるだろう。

一方で、1990 年代以降、旧ユーゴ国際刑事裁判所 (ICTY) や赤十字国際委員会 (ICRC) から、非国際的武力紛争における戦時復讐の許容性を判断するために有用な見解が示されてきている。そこでは、戦時復讐の全部または一部を禁止する慣習法について、主に人道的見地から論じられており、その根拠として国家実行および法的確信の検討がなされている。慣習法の特質上、こうした議論が展開されるのは当然であろう。しかし、本来戦時復讐が許容されるか禁止されるかを判断するためには、より根本的な問題として、戦時復讐それ自体の性格や、戦時復讐と非国際的武力紛争との法的整合性を明らかにすることが必要であると考えられる。

そこで本節では、こうした国際社会の動向に留意しつつ、非国際的武力紛争における戦時復讐の妥当性について検討を行う。そして、この妥当性を明らかにするために、近年みられる人道の考慮にもとづくアプローチにより十分に制限が課されるのかという点、および本当に国際的武力紛争の場合と同様に存立しうるのかという点について考察を行う。それに際しては、国際人道法の原則の一つである軍事的必要性、および戦時復讐の基盤であ

²⁴⁶ UN Commission on Human Rights, UN Doc. E/CN.4/1994/7, 7 December 1993, p. 48, para. 190; *idem*, UN Doc. E/CN.4/1995/61, 14 December 1994, p. 30, para. 88.

²⁴⁷ UN News Centre, Breaking news, on 5, 7, 8, 16 December 2008 (Democratic Republic of the Congo), 29 July 2005 (Sudan), 11 April 2006 (Chad), 30 August 2005 (Colombia) and 18 October 2002 (Burundi), available at < <http://www.un.org/apps/news> >.

²⁴⁸ 竹本『前掲書』(注 117) 260-262 頁。

²⁴⁹ たとえば、拘束の根拠を国家の立法管轄権に求めるものとして、Sivakumaran, *supra* note 184, pp. 381-386. 慣習法に根拠を求めるものとして、藤田『前掲書』(注 1) 226 頁。

る相互主義に焦点を当てる。なお、これらの考察にあたっては、文民の国際人道法上の位置づけが重要となると考えられるため、全体的に文民に対する復讐に検討を加えつつ考察を進める。

(1) 非国際的武力紛争における戦時復讐に関する見解の対立

(a) 第2追加議定書の起草過程における戦時復讐の議論

非国際的武力紛争の際の戦時復讐に関しては、その許容性に大きな見解の対立がある。一方の極では、国際的武力紛争のような制限はほとんどなしに戦時復讐は許容されているとの主張がなされる。他方の極では、そもそも非国際的武力紛争においては戦時復讐の認められる余地はないとされる。前者は非国際的武力紛争の当事者であるアフリカ諸国等の実行に見られ²⁵⁰、後者の主張の代表としては近時の ICRC が挙げられる。前者の主張は、相手の違法行為により自らが不利な立場に立ち、ひいては存亡の危機にまで追い込まれることの不合理を根拠になされ²⁵¹、後者の主張は人道の考慮の重要性・絶対性を根拠になされる²⁵²。

こうした許容と禁止の隔たりがあるのは、共通3条にも第2追加議定書にも戦時復讐に関する規定が存在しないことに起因する。共通3条については、その起草過程においても、非国際的武力紛争における戦時復讐に関する議論はほとんどなされていない。唯一ソ連により、復讐禁止を含む条文案が文民条約との関連において提示されたが、復讐についてはほぼ言及がなされないまま却下されている²⁵³。一方で、第2追加議定書起草の際には、非国際的武力紛争における戦時復讐をめぐる活発に議論が交わされている。この議論は、上述の対立の淵源を知るためにも有用であるため、関連する箇所について、以下で概観する。

第2追加議定書作成のための外交会議を顧みると、まず ICRC により用意された条文案には、自由を制限されている者（8条4項）、傷病者、難船者、医療要員等（19条）および文民（26条4項）に関する復讐禁止規定が明示されていた²⁵⁴。それに対して、フィンランドにより、敵対行為に直接参加しない者に対する復讐の禁止に関する条文の挿入が提案さ

²⁵⁰ *Official Records, supra note 179, Vol. VII, CDDH/SR.51, pp. 108, 122, Vol. IX, CDDH/I/SR.73, pp. 318, 429, 449-450; F. Kalshoven, "Belligerent Reprisals Revisited", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 21 (1990), p. 75. 最近の国家実行として、Henckaerts *et al.*, *supra note 126, Vol. 2, Part 2* (2005), pp. 3499-3502.*

²⁵¹ 吉田「前掲論文」(注123)56-57頁。

²⁵² ICRC 規程1条では、ICRC が独立した人道的団体であることが、同4条では人道の基本原則の維持、普及が ICRC の任務であることが記されている。このような目的から、ICRC は人道の概念を極めて重視している。

²⁵³ ロシアの提案は、適用範囲を拡大しすぎたことを主な理由として、賛成1、反対9で否決されている。*Actes de la Conférence Diplomatique de Genève de 1949, supra note 115, Tome II-B, pp. 118, 121.* また、藤田久一『『国際的性質を有しない武力紛争』—1949年ジュネーヴ諸条約第3条をめぐる—(2)』『金沢法学』16巻1・2号(1971年)93-95頁参照。

²⁵⁴ 当初の ICRC 案につき、*Official Records, supra note 179, Vol. I, Part 3, pp. 36, 38, 40.*

れた。その是非については、見解の対立が続いたため²⁵⁵、復仇の項には角括弧が付けられたまま会議が進行するが、その後このフィンランド案を勘案して、ICRC から新たに以下のように規定される 10 条の 2 が提案された。

「10 条の 2 一方の紛争当事者によるこの議定書の規定の不遵守は、他方の当事者に、自由を制限されているか否かを問わず、敵対行為に直接参加しない者または参加をやめた者、並びに医療要員および医療輸送手段に対する対抗措置をとる権利を付与するものではない。²⁵⁶」

この規定では、「復仇」という用語を非国際的武力紛争に用いることを懸念した国が多かったことが考慮され、代わりに「対抗措置」という用語が用いられている。この提案には同意する見解も多かったが、用語を変えても復仇の許容が暗示されることを懸念する国などもあり、結局最後までコンセンサスを得ることができず、投票に付されることになった。そしてその結果、賛成 20、反対 41、棄権 22 で否決されることとなった²⁵⁷。

この票の内訳を見てみると、賛成と棄権を足せば反対を上回る得票数であり、反対が国際社会の総意であったと断言することはできない。また反対票を投じた国の意見の中にも、復仇が禁止されることへの純粋な反対から、逆に復仇の概念を内戦に導入すべきではないとする復仇の存立基盤にかかわるものまで、さまざまな理由が見られた²⁵⁸。そのため、この会議の結果から、非国際的武力紛争における復仇の法的位置づけを断定することはできないと考えられる²⁵⁹。このときの見解の対立が、今日なお残っているということができよう。

(b) 戦時復仇禁止に関する国際社会の動向

その後、戦時復仇に関する国際社会の動向はやや停滞していたが、1996 年に ICTY のマルティッチ事件規則 61 手続において、非国際的武力紛争においても、文民に対する復仇は慣習法上禁止されているとする画期的な判決が出され²⁶⁰、この見解を 2000 年のクプレシュ

²⁵⁵ *Ibid*, Vol. IV, CDDH/I/93, p. 18 (Finland). 見解の対立につき、*ibid*, Vol. VIII, CDDH/SR.32, pp. 325-326, 330-331, paras. 11, 16, 37, 42-44, 45 (Germany, Iraq, Iran, New Zealand, Sweden).

²⁵⁶ *Ibid*, Vol. IX, CDDH/I/SR.73, p. 430. 10 条の 2 の作成経緯につき、S. Nahlik, “Le problème des représailles à la lumière des travaux de la CDDH”, *Revue générale de droit international public*, Tome 82, n° 1 (1978), pp. 165-166.

²⁵⁷ *Official Records*, *supra* note 179, Vol. VII, CDDH/SR.51, p. 109, para. 16.

²⁵⁸ *Ibid*, Vol. VII, CDDH/SR.51, pp. 108, 122, Vol. IX, CDDH/I/SR.73, pp. 318, 429, 449-450.

²⁵⁹ 一方 ICRC による第 2 追加議定書 4 条のコメンタリは、敵対行為に直接参加しない者に対する復仇は、その条文上二重に黙示の禁止がなされていると結論づける。すなわち、第 1 に、「いかなる場合においても、また、いかなる場所においても禁止する」という絶対的禁止を表す文言から、第 2 に、2 項(b)で禁止される「集団に科する刑罰」には復仇も含まれるという解釈からである。Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann (éds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (1987), pp. 1397-1398, paras. 4530-4534.

²⁶⁰ *Prosecutor v. Milan Martić*, *supra* note 121, pp. 45-48, paras. 12, 15-17. ただし、この規則 61 手続は、被告人が犯した犯罪につき合理的な理由がある場合に、起訴状を確認し国際逮捕状を出すためになされる審査であり、有罪・無罪を確定するものではない。しかし、マル

キッチ事件判決が踏襲したことにより²⁶¹、議論が再燃する。

この ICTY の判決について、肯定的な見解もないわけではないが²⁶²、戦時復仇の大家であるカルスホーベンやグリーンウッドを含む多くの論者は、これらの判決を痛烈に批判している²⁶³。その批判の中心は、国家実行および法的確信の欠如に向けられている。確かにこれらの論者が主張するように、判決で示された数少ない証拠は、非国際的武力紛争における文民に対する復仇禁止の慣習法化を立証するのに十分であるとはいえないように思われる。

その後 2005 年に、本章の冒頭で述べた ICRC の見解が示されている。ICRC は、10 年間かけて『慣習国際人道法』と題される大著を作成したのであるが、その中の規則 148 において、「非国際的武力紛争の当事者は、戦時復仇に訴える権利を有しない。」との慣習法が成立しているとの見解を示している²⁶⁴。その証拠として、第 2 追加議定書作成の際の議論、カメルーンおよびインドの軍事マニュアル、国連の実行等が提示されているが²⁶⁵、いずれも積極的にその慣習法化を証明する証拠としては十分ではないと考えられる²⁶⁶。

反対に、1990 年代前半の旧ユーゴスラビア紛争の際にさまざまな国家や武装集団の間で締結された合意や了解は、捕虜や文民等の対象別の復仇の禁止を規定している²⁶⁷。また、1999 年に NATO のコソボ治安維持部隊 (KFOR) とコソボ解放軍との間で締結された、コソボ解放軍武装解除再編了解の 11 項は、「コソボ解放軍は、いかなる復仇……も行わないことに同意する。」と規定している²⁶⁸。こうした合意が結ばれるのは、これらの当事者が、一

ティッチ事件も含め、この手続で示された見解が他の判決に及ぼす影響は少なくない。S. Furuya, “Rule 61 Procedure in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia : A Lesson for the ICC”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 12, No. 3 (1999), pp. 653-655.

²⁶¹ *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, *supra* note 122, pp. 207-212, paras. 527-536. なお、マルティッチ事件においてもクプレシュキッチ事件においても、武力紛争の国際性の判断はなされておらず、文民に対する復仇の禁止は、国際的武力紛争にも非国際的武力紛争においても適用可能な慣習法として扱われている。

²⁶² Moir, *supra* note 192, pp. 240-242; Henckaerts *et al.*, *supra* note 126, Vol. 1, p. 523.

²⁶³ F. Kalshoven, “Reprisals and the Protection of Civilians : Two Recent Decisions of the Yugoslavia Tribunal”, L. C. Vohrah *et al.* (eds.), *Man’s Inhumanity to Man : Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* (2003), pp. 481-509; C. Greenwood, “Belligerent Reprisals in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, H. Fischer, C. Kress and S. R. Lüder (eds.), *International and National Prosecution of Crimes under Current Developments* (2001), pp. 546-557. *cf.* S. Darcy, “The Evolution of the Law of Belligerent Reprisals”, *Military Law Review*, Vol. 175 (2003), pp. 231-243.

²⁶⁴ Henckaerts *et al.*, *supra* note 126, Vol. 1, p. 526.

²⁶⁵ *Ibid.*, Vol. 1, pp. 526-529, Vol. 2, Part 2, pp. 3488-3506.

²⁶⁶ 規則 148 に対する批判として、新井「前掲論文」(注 9) 1131-1133 頁、D. Turns, “Implementation and Compliance”, E. Wilmschurst and S. Breau (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law* (2007), pp. 370-372.

²⁶⁷ Letter Dated 9 March 1993 from the Permanent Representative of Canada to the United Nations Addressed to the Secretary-General, UN Doc. S/25392, 10 March 1993, pp. 27-29, 30-35; 樋口一彦「政府と反徒の間の国際人道法適用合意」『琉大法学』77号(2007年)60-73頁。

²⁶⁸ Undertaking of Demilitarisation and Transformation by the UCK, Signed on 20 June 1999, available at < <http://www.nato.int/kfor/docu/docs/pdf/uck.pdf> >.

般国際法上、非国際的武力紛争においては復讐は許容されていると考えているからこそであると考えられる。そのような考えにもとづき、その一部または全部を禁止するために、特別合意が締結されていると言えるであろう。

確かに、ICRCのような影響力のある機関から復讐禁止の慣習法化の主張があることを看過することはできない。しかし、この主張は人道的見地から見た一つのベクトルにすぎない。そのため、諸国の実行等他のベクトルも加味し、その合力にもとづいて慣習法性の判断がなされる必要があるだろう。

この2年後の2007年には、マルティッチ事件の第1審判決が出される。この判決は、上述のICTYの過去の判例やICRCの研究のいずれにもくみせず、国家実行との調和の図られた判決となっている。

本件では、クライナ・セルビア人共和国と呼ばれるクロアチア国内にある敵対武装集団の長であるマルティッチが、復讐の名の下にクロアチアの首都ザグレブを爆撃した点が争点となっている²⁶⁹。なおこの爆撃は、いわゆる軍事目標に対してではなく、無辜の人民である文民を目標として行われている。前述のとおり、1996年の段階ではICTYは文民に対する復讐は慣習法上禁止されていると述べたのであるが、多くの批判を受けてであろうか、2007年の判決ではこの見解を放棄し、復讐の要件論により当該爆撃の違法性を判断している。そこでは、事前の警告や比例性等、慣習法上の要件が示されているが²⁷⁰、その中の一つとして、「復讐は、『人道の法則および公共の良心の要求』を遵守しなければならない。」という要件が示されている²⁷¹。そしてこの要件は、「復讐は可能な限り、文民保護の原則…に従って行使されなければならない」ことを意味するとの説明が加えられている²⁷²。この要件が本当に慣習法上認められているかについては議論の余地のあるところであるが²⁷³、いずれにせよここでは文民に対する復讐の絶対的禁止は姿を消しており、可能な限り文民を保護することのみが求められている²⁷⁴。

この判決は、冒頭で述べた両極の対立を調和させる合理的な内容となっていると考えられる。1990年代以降、人道的観点から非国際的武力紛争における復讐を禁止しまたは極力制限しようとする動きが多く見られる一方で、この判決の示すように、実際には文民に対する復讐は、慣習法上完全には禁止されてはいないと考えられる。他方で、それを許容す

²⁶⁹ *Prosecutor v. Milan Martić*, *supra* note 124, pp. 113-120, 166-168, paras. 302-322, 464-468.

²⁷⁰ 国際的武力紛争における復讐の行使要件は、非国際的武力紛争においても参考にとできる見解として、J. Hebenstreit, *Repressalien im humanitären Völkerrecht* (2004), S. 160.

²⁷¹ この要件は、復讐の行使要件というよりも、マルテンス条項そのものであるとも考えられる。なお、クプレシュキッチ事件において示された、文民に対する復讐禁止の慣習法化プロセスにおけるマルテンス条項の役割につき、江藤淳一「マルテンス条項 一百年の軌跡」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』（東信堂、2004年）75-77頁。

²⁷² *Prosecutor v. Milan Martić*, *supra* note 124, pp. 167-168, para. 467.

²⁷³ 吉田「前掲論文」（注123）35-36頁、西村弓「武力紛争法の履行確保 一相互主義と復讐」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』（東信堂、2004年）705-706頁、注19参照。

²⁷⁴ この見解は、後の上訴審裁判部においても容認されている。*Prosecutor v. Milan Martić*, *supra* note 125, pp. 95-97, paras. 263-269.

る法が存在するわけでもないため、ここには法の欠缺が生じていることになる。その欠缺状態に対応するために、ICTYは復仇の要件論による補充を試みたと言えよう。

このように、ICTYやICRCは、人道的考慮に力点を置き慣習法化の議論を展開しているのであるが、それらの主張は各々の機関の任務遂行上の観点からなされていることに留意しなければならない。にもかかわらず、カルスホーベンやグリーンウッドまでがICTYと同じ土俵に立って議論を進めているため、主張の対立が、非国際的武力紛争における戦時復仇は、人道的見地にもとづき慣習法上禁止されているのかという点に収斂してしまっている。

非国際的武力紛争における戦時復仇を国際人道法全体からみるためには、もちろん人道的考慮の視点も必要であるが、一方で、従来国際人道法が、人道の考慮と軍事的必要性のバランスの上に成り立ってきたことを看過してはならないであろう。軍事的必要性の議論の検討は、実際に復仇を行う当事者の主張の正当性を判断する上で重要となる。また、ICTYは、欠缺補充に際しても人道の考慮に力点を置いているが、軍事的必要性もこれまで欠缺補充の法理としての機能を果たしてきたのであり、非国際的武力紛争における戦時復仇との関係でも考察の対象とする必要があると考えられる。

さらに、ICTYは、紛争の国際性を考慮せずに復仇制度の議論を行っているが、これまで国際的武力紛争において用いられてきた復仇制度を、非国際的武力紛争においても本当にそのまま適用できるのか、疑問の余地がないわけではない。この点につき、本教では国際人道法が基礎に置いている相互主義に問題の視座を据えて検討する。非国際的武力紛争においては、紛争当事者の間に、軍事力の規模のみならず、国家と非国家主体といった主体間の相違もあるからである。

そこで以下では、見落とされてきたこれらの論点に焦点を当てることで、非国際的武力紛争における戦時復仇の禁止または許容について再確認する。そのために、まず(2)において、軍事的必要性の観点から戦時復仇の許容性について考察を加え、続く(3)において、そもそも非国際的武力紛争において戦時復仇は存立しうるのかという、より根本に位置する基底概念に関する検討を、相互主義の観点から行うこととする。

(2) 軍事的必要性からみる戦時復仇

(a) 軍事的必要性と人道の考慮のバランスの必要性

戦時復仇の規制は、主としてICRCの主導により、さまざまな条約において漸次拡大をみている。このこと自体は歓迎すべきことであるが、その規制がジュネーヴ法のみから行われてきていることには留意しなければならない。国際人道法の体系には二つの類型があり、「ジュネーヴ法」が戦争被害者の保護を、「ハーグ法」が敵対行為の実施を規制している²⁷⁵。そして、戦時復仇それ自体は、戦闘の外にある者の保護ではなく、交戦者による何らかの加害行為であるため、ハーグ法に属する法制度であると考えられる²⁷⁶。にもか

²⁷⁵ 山本『前掲書』(注10)743頁。

²⁷⁶ このことは、従来の著書の中で、戦時復仇が「交戦法規」や「戦闘行為の手段」といっ

かわらず、戦時復仇はジュネーヴ法による規制を受けている。確かにハーグ法とジュネーヴ法の異同は相対的なものであり、両者は截然と分けられるものではなく、相互に影響を及ぼし合う法制度である。しかし、本来ハーグ法に位置する復仇の妥当性について、ハーグ法の視点抜きに判断することは適切ではないだろう。

もっぱら人道の考慮に立脚するジュネーヴ法と異なり、ハーグ法の論理構造は、軍事的必要性と人道的要請の、前者の優位におけるバランスであり、比例性・相対性の原則が貫徹している²⁷⁷。そのため、ハーグ法に位置する戦時復仇は、これまで軍事的必要性の原理に支配されてきた。ジュネーヴ条約体制の発展により、そのバランスの支点は少しずつ人道の考慮優位の方向へとシフトしつつあるが、それでも今日なお、ハーグ法分野における軍事的必要性の壁が乗り越えられるまでには至っていないと考えられる²⁷⁸。

なおここで、「軍事的必要性」が何を意味するかについて考え直してみると、その定義は明確ではない。しばしば軍事的必要性は、「敵兵戦力の弱体化」であると言われる²⁷⁹。この定義は、1868年のサンクトペテルブルク宣言の前文に依拠したものと考えられる²⁸⁰。しかし、確かに敵兵戦力の弱体化も軍事的必要性の一であると考えられる一方で、特に今日の武力紛争においては、この定義は狭すぎるように思われる²⁸¹。時代の流れとともに具体的な内容は変化しうるであろうが、今日の段階では、第2次世界大戦後の米国軍事裁判所における、いわゆる人質事件で述べられた一説が、軍事的必要性の意味するものを的確に示していると考えられる。それによると、「軍事的必要性は、時間、生命、金銭において最も損失の少ない方法で敵を服従させるために、交戦当事者が戦争法に従ってあらゆる量および種類の力を行使することを許容する。一般に、軍事的必要性は、自軍の安全を確保する

た章の中で論じられていることから読み取ることができる。立作太郎『戦時国際法論〔増補改訂〕』（日本評論社、1944年）34頁、遠藤源六『戦時国際法完』（明治大学出版部、1919年）89-90頁。

²⁷⁷ 田中忠「戦闘手段制限の外観と内実 ―一九四九年八月一二日のジュネーブ条約への追加議定書を中心に」『国際法外交雑誌』78巻3号（1979年）43頁。続いて、「この論理に則る限り、……復仇の名の下に公然と違反が行われることを防ぐのは原理的に困難である。」と述べられている。

²⁷⁸ 「同上論文」68, 70頁。一方でICRCのコメンタリでは、文民条約上の文民に対する復仇（33条）も第1追加議定書上の文民に対する復仇（51条6項）も、軍事的必要性の援用により逸脱されえないとされる。J. Pictet (dir.) (O. Uhler et H. Coursier (ed.)), *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, Vol. IV (1956), p. 228; Sandoz et al. (eds.), *supra* note 259, p. 641, para. 1980.

²⁷⁹ たとえば、杉原『前掲書』（注20）629-630頁、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）294頁。

²⁸⁰ 「戦争中に諸国が達成しようとするべき唯一の正当な目的は敵の軍事力を弱めることである」。訳は以下のものによった。広部和也・杉原高嶺編集代表『解説条約集2009』（三省堂、2009年）829頁。

²⁸¹ この定義の批判として、H. Meyrowitz, “Reflections on the Centenary of the Declaration of St. Petersburg”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 50, No. 93, (1968), pp. 614-615; 江藤淳一「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」上智大学法学会編『変容する社会の法と理論：上智大学法学部創設五十周年記念』（有斐閣、2008年）44頁。

ため、および作戦の成功を容易にするために必要な、占領国による措置を認める。²⁸²」

戦時復讐は、まさに自軍の安全を確保するために必要な措置であり、軍事的必要性の機能する範囲が極めて広い法制度であるにとらえることができる。そのため、ハーグ法特有の人道の考慮に対する軍事的必要性優位のバランスは、戦時復讐にも妥当すると考えられよう。確かに、ICTY や ICRC が人道の考慮の視点から非国際的武力紛争における戦時復讐禁止の慣習法を導き出そうとするアプローチは、人間の尊厳を再確認させるためにも傾聴に値するものである。しかし、そのアプローチはそれらの機関の職務遂行上の視点であり、国際人道法は、全体として軍事的必要性と人道の考慮のバランスの上に成り立っていることを忘れてはならないであろう。

なお、人道の考慮によって復讐に制限を課すにあたっては、誰の人道を考慮するのかという点にも注意しなければならない。多くの場合、その視点は戦時復讐により被害を受けた犠牲者にのみ向けられている。しかし戦時復讐は、敵対当事者の違法行為を停止させるための措置であるため、復讐を行使する側はすでに何らかの被害を受けていることになる。その被害は、文民に対するものである場合もあれば、傷病者に対するものである場合もあるだろう。このようななか、他に代替的な履行確保手段がないのに戦時復讐が行使できないことになると、先行する違法行為による被害に対しては、何ら救済を施すことができず、そのまま甘受せざるを得ないことになってしまう。そのため、このような不合理が生じないように、人道の考慮による制約について考える際には、一方当事者のみに配慮するのではなく、十分に広い視野をもって検討することが必要となるだろう。

(b) 欠缺補充の法理としての軍事的必要性

ハーグ法においては、軍事的必要性が人道の考慮に優位することは前述のとおりだが、このことは戦争法（国際人道法）を破ることまで許容することを意味するわけではない²⁸³。もし法が存在するのであれば、紛争当事者はその法に従わなければならない。そのため、軍事的必要性は、主に条約規定の作成の際、および法が欠缺しているときに機能すると考えられる。ここで問題となるのは後者である。1954年のハーグ文化財保護条約4条4項で規定される「文化財に対する復讐の禁止」²⁸⁴、および1996年の特定通常兵器使用禁止制限条約の改正地雷議定書3条7項で規定される「地雷による文民に対する復讐の禁止」は²⁸⁵、

²⁸² *Trial of Wilhelm List and Others (Hostage Case)*, Case No. 47, United States Military Tribunal (19 February 1948), *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 8 (1949), p. 66.

²⁸³ US Army, *The Law of Land Warfare*, FM 27-10 (1956), pp. 3-4, para. 3; Fleck (ed.), *supra* note 4, p. 38. 戦争法からの逸脱を許容する戦数について、坂元茂樹「武力紛争法の特質とその実効性」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』（東信堂、2004年）36-40頁。

²⁸⁴ その起草過程につき、J. Toman, *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict : Commentary on the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol, Signed on 14 May 1954 in the Hague, and on Other Instruments of International Law Concerning Such Protection* (1996), p. 213. 非国際的武力紛争における適用の問題点につき、F. Kalshoven, *Belligerent Reprisals* (2nd edition, 2005), pp. 276-277.

²⁸⁵ その起草過程における条文の推移につき、*Review Conference of the States Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May*

各々非国際的武力紛争においても適用されるため、軍事的必要性に依拠してこれらの禁止を逃れることはできない。しかしそれ以外の復讐については、国際的武力紛争に適用される法が充実している一方で、非国際的武力紛争に適用される法はほぼ皆無である。そのため、この分野においては、軍事的必要性が妥当する範囲は一段と広いものとなっていると言える。

ローチュス号事件においては、国際法上禁止されていないことは許容されているという、主権の残余原理が示されている²⁸⁶。ただし、ある行為をなすことを禁ずる明文の条約規則が存在しない場合であっても、逆に、その行為を許容する規則の存在を認めることが妥当かどうかは、それ自体独自の検討を要する問題であることが少なくない²⁸⁷。そこで非国際的武力紛争における戦時復讐に焦点を絞ると、確かに人道の考慮により一定の制約がかかると考えられる。しかし、法が欠缺している限りにおいては、軍事的必要性が強く働くため、その分人道の考慮が働く余地は狭くなる。そのため、人道的考慮のみから戦時復讐の積極的な禁止を導き出すアプローチは、その禁止の法が存在しない以上、十分に説得的であるということとはできないであろう。

上述のように、軍事的必要性はあらゆる力の行使を許容する。しかし、決して残虐行為を容認する概念ではない。軍事的必要性も、人道の考慮と同様に欠缺補充機能を果たすと考えられる²⁸⁸。この概念にもとづく、明確な法規制が存在しない場合であっても、軍事的に必要な攻撃を行うことはできないことになる。たとえば、捕虜に対する復讐の歴史を顧みると、その禁止は軍事的必要性がないと判断されたためにもたらされている²⁸⁹。同様のことは、ジュネーブ諸条約における医療要員や傷病者等に対する復讐の禁止についても言えるであろう²⁹⁰。他方で、文民や民用物に対する復讐については、捕虜の場合とは異なり、必ずしも軍事的必要性がないとは言い切れない²⁹¹。文民や民用物は、場合によっては軍事目標になりうると考えられるからである。特にゲリラ戦の場合などには、文民と戦闘者との区別が容易ではない²⁹²。そのため、文民に対する復讐の許容性については、軍事的必要性の観点から議論の余地のあるところであると言える。

しかし、少なくとも無辜の文民のみが居住する地域へ攻撃を加えることによる復讐は、

Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, Final Document, CCW/CONF.I/16, Part II (1996), pp. 24, 90, 165, 199, 234, 256.

²⁸⁶ *Affaire du «Lotus», C.P.J.I. Série A, n° 10, le 7 septembre 1927, pp. 19-20.*

²⁸⁷ 田中則夫「ローチュス号事件」松井芳郎編集代表『判例国際法〔第2版〕』（東信堂、2006年）10頁。

²⁸⁸ 江藤「前掲論文」（注281）30頁。

²⁸⁹ 藤田久一「戦時復讐制限と1949年ジュネーブ諸条約」『法学論叢』80巻5号（1967年）60頁。

²⁹⁰ 「同上論文」66頁、吉田「前掲論文」（注123）46頁。

²⁹¹ 尹仁河「国際人道法における相互主義の否定への反発 -1977年第1追加議定書の文民復讐禁止規定を手がかりとして」『法学政治学論究』60号（2004年）314-315頁。

²⁹² E. Kwakwa, "Belligerent Reprisals in the Law of Armed Conflict", *Stanford Journal of International Law*, Vol. 27, No. 1 (1990), p. 73, note 106.

軍事目標をまったく含まないと考えられるため、人道の考慮が軍事的必要性に勝り、禁止されると考えることができるのではないだろうか。冒頭で述べた、コンゴ民主共和国において見られる国内避難民に対する復讐の行使は、この観点から強く批判されるべきであろう。またマルティッチ事件においては、復讐の要件を満たしていないことを理由にザグレブの文民に対する復讐を違法であると判断しているが、むしろこの軍事的必要性の観点からの判断も加えることにより、より説得力のある判決となっていたようにも思われる。

戦時復讐を支える国際人道法の体系の観点からは、このように軍事的必要性の原則が、復讐の必要性や妥当性を一般に容認し、また他方において軍事的に必要な復讐を排除・禁止しているととらえることができる。ただし、非国際的武力紛争における戦時復讐は、軍事的必要性と人道の考慮のみで論じ尽くせるほど単純ではない。上述の内容は、非国際的武力紛争においても戦時復讐が行使できることを前提とした、外在的な制約事由に関するものである。しかし、国際的武力紛争の場合と同様に、非国際的武力紛争においても当然に戦時復讐が行使できるとは限らない。そもそも戦時復讐が制度として存立しえないのであれば、そこにかかる制限の議論は意義を成さないことになる。そこで次款では、非国際的武力紛争に特有のより根本的な問題として、戦時復讐の存立基盤としての相互主義的性格に焦点を当て検討する。

(3) 戦時復讐に内在する相互主義

(a) 非国際的武力紛争における相互主義の妥当性

戦時復讐の主な目的は、敵対当事者の違法行為を停止させ、法の遵守を回復させることである。そしてその目的を達成するために、自らも違法行為に訴えることで、戦争法の背後で機能している主要な原則の作用を、積極的相互主義 (positive reciprocity) から消極的相互主義 (negative reciprocity) へと移行させるという手段がとられることになる²⁹³。このように、戦時復讐は、相互に法を遵守している積極的相互主義ではなく、消極的相互主義、すなわち相互に違反状態になることによる均衡の回復にその基盤を有しているといえよう²⁹⁴。

ジュネーヴ諸条約が作成されて以来、国際人道法においてはこの相互主義が否定され、各紛争当事者が敵対当事者の遵守いかんにかかわらず個々に義務を負っているとの主張がしばしばなされる²⁹⁵。その根拠としては、国際人道法が紛争当事国の利益調整から人と物の保護へとその中心的な法益を移動させたことが挙げられるが、ジュネーヴ諸条約共通 1 条にいう、「すべての場合において……条約の尊重を確保する」という簡略な表現のみで、従来の基本原則である相互主義が全否定されることになるかは、さらに検討されるべきである²⁹⁶。

²⁹³ G. Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Vol. II: The Law of Armed Conflict (1968), p. 453.

²⁹⁴ 真山全「ジュネーヴ諸条約と追加議定書」国際法学会編『安全保障（日本と国際法の 100 年第 10 巻）』（三省堂、2001 年）192 頁参照。

²⁹⁵ Uhler *et al.*, *supra* note 278, p. 20.

²⁹⁶ 真山「前掲論文」（注 294）193 頁、田岡『前掲書』（注 241）299-300 頁。

また、ジュネーヴ法につきそれが言えるとしても、ハーグ法のすべてにも妥当するかは必ずしも明らかにはされていない。第1追加議定書1条1項は、共通3条と同様に「すべての場合に」における遵守を規定しているが、そのコメントリでは、ジュネーヴ諸条約の場合とは若干異なる記述がなされている。そこでは、「いかなる相互主義の観念も放棄されるべきである (should)」という表現に弱められており²⁹⁷、相互主義の絶対的な否定は回避されている。このことは、ジュネーヴ法の観点からもつばら犠牲者の保護のみを規定していた1949年のジュネーヴ諸条約とは異なり、第1追加議定書がハーグ法を導入していることと無関係ではないであろう。ICRCも、完全に相互主義を否定しているわけではないようである²⁹⁸。また、相互主義の否定は、各々の条約上の問題であって、国際人道法全体について論じられることではない。そのため、戦時復仇がハーグ法に基礎をおくという点からも²⁹⁹、またそれらの条約上の規則ではないという点からも、非国際的武力紛争における戦時復仇については、必ずしも相互主義は否定されないはずである。

戦時復仇が相互主義に基礎を置く以上、戦時復仇に訴えるためには、国際人道法の適用にあたって、紛争当事者間で相互主義が成り立っている必要がある。国家間の武力紛争に適用される法においては、もつばら人道的な規則については相互主義が否定されつつある一方で、国際人道法全体についてはなお相互主義が重要な役割を担っている³⁰⁰。他方で、非国際的武力紛争において、すなわち、国家（政府）と敵対武装集団の間においては、相互主義は成り立つのであろうか。

この点に関連して、国際人道法が適用されるのは個人および国家のみであり、集団としての敵対武装集団には国際人道法は適用されないとする見解がある³⁰¹。確かに、なぜ国家間の条約が敵対武装集団を拘束するかについて、十分に説得的な説明をすることは容易ではないため、このように考えるのは一応論理に適っているとと言える。また政府は、敵対武装集団に同じ法を適用することで、敵対武装集団の法的地位および正当性を認めることになることを懸念するため³⁰²、事態が武力紛争に至っていないと主張することで、しばしば敵対武装集団への国際人道法の適用を否定している。このような考え方に従えば、国際人道法を適用する際、政府と敵対武装集団の間に相互主義は成立していないことになる。

しかしこの見解にもとづく、現実に行使されている非国際的武力紛争の際の戦時復仇

²⁹⁷ Sandoz *et al.* (eds.), *supra* note 171, p. 37, para. 49. なお仏語では、「いかなる相互主義の観念も放棄されることが重要である (il s'agit de)」との表現がなされている。Sandoz *et al.* (eds.), *supra* note 259, p. 37, para. 49.

²⁹⁸ とりわけ、積極的相互主義についてはその妥当性を肯定している。Ibid., pp. 37-38, para. 50.

²⁹⁹ 相互主義の考え方にもとづき戦時復仇の権利を担保するという制度は、ハーグ法にみられるとされる。坂元「前掲論文」(注283)45頁。

³⁰⁰ 相互主義の重要性は、*jus ad bellum* と切り離れた国際人道法の平等適用においても見られる。国際人道法の平等適用につき、藤田『前掲書』(注1)33-60頁参照。

³⁰¹ 樋口「前掲論文」(注48)399-402頁。敵対武装集団の同意が必要であるとするものとして、守谷「前掲論文」(注181)198頁。

³⁰² V. Harouel-Bureloup, *Traité de droit humanitaire* (2005), p. 173.

を説明できないことになる。戦時復讐の行使主体は、集団としての交戦者 (belligerent) であり、個人としての戦闘員 (combatant)・戦闘者 (fighter)³⁰³ではない。つまり国家は、敵対武装集団との相互主義を否定しつつ、相互主義に基盤を置く戦時復讐を行使するという、いわば矛盾した行動をとっていることになる。また、第2追加議定書1条1項は、敵対武装集団の議定書の遵守能力を求めており、このことは敵対武装集団への適用を前提としている、というように考えられる³⁰⁴。

ただし、敵対武装集団に国際人道法が適用されることと相互主義が認められることは同義ではない。プロヴォストは、非国際的武力紛争において適用される法はすべて、軍事作戦の遂行に直接関係のない者、すなわち敵対行為とは直接関係のない無辜の人民を保護するための規則であるため、相互主義は成り立たず、敵対当事者の動向いかんにかかわらず個々に紛争当事者が義務を負っているとする³⁰⁵。しかし、確かにそのような規則が大部分を占めるとはいえ、たとえば文民に対する攻撃が軍事的に必要とされることがあることは前述のとおりであり、そのような領域には相互主義が機能しうる余地はあると考えられよう。

(b) 敵対武装集団の性格にもとづく戦時復讐の問題点

非国際的武力紛争における戦時復讐の妥当性について、相互主義の観点から検討を加えるにあたっては、国家と敵対武装集団の勢力の不均衡が障害となりうる。すなわち、軍事力においても国際法上の能力においても差異のある両者の間で、相互主義を基盤とする戦時復讐が成立しうるか否かが問題となる。

まず、国家と敵対武装集団の間に、圧倒的な軍事力の差がある場合、劣位にある敵対武装集団には復讐の余地が事実上存在しないとも考えられる³⁰⁶。確かにその可能性はあるが、この問題は戦時復讐の履行確保措置としての実効性の問題であり、一歩進んだ先の議論である。ここで問題とするのは、より根本的な、戦時復讐の存立基盤についてである。そこで以下では、この点を明らかにするために、敵対武装集団の性格についての検討を行う。

戦時復讐は、対抗措置と同様に、義務の不履行に対する責任にかかわる法規則であるため、戦時復讐の行使にあたっては、敵対武装集団の国際法上の責任が問題となる。2001年の国家責任条文10条は、新政府となった反乱団体（敵対武装集団）が国際法上の責任を負

³⁰³ 非国際的武力紛争においては戦闘員の概念は存在しないため、概念の混同を避けるために「戦闘者 (fighter)」の用語を用いる。International Institute of Humanitarian Law, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary* (2006), p. 4; 糟谷英之「非国際武力紛争に適用される国際人道法研究の最近の動向 —サンレモ人道法国際研究所のプロジェクト—」『撰南法学』25号 (2001年) 243頁。

³⁰⁴ 西村「前掲論文」(注273) 690頁。また、ICRCは、実際にエルサルバドルの内戦の際、第2追加議定書が政府と敵対武装集団を等しく拘束することを前提に行動している。C. Greenwood, “The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 20 (1989), p. 68.

³⁰⁵ R. Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law* (2002), pp. 156-157.

³⁰⁶ 国際的武力紛争の文脈における同様の議論として、西村「前掲論文」(注273) 702-703頁。

いうことを認める一方で、新政府となっていない反乱団体の責任については言及していない。そこでこの条文の起草過程を振り返ると、1980年の国家責任暫定条文草案14条では、「一国の領域内または当該国の施政の下にある他の領域において創設された反乱団体の行為は、国際法上当該国の行為とはみなされない。」と規定されている。そして、この条文は、実効的支配を行う反乱団体の違法行為の責任を、国家ではなく当該反乱団体自身に課すことを意図しているとされる³⁰⁷。この条文は、国家責任を定めた文書に記載するのは不適切であるという理由で削除されたのであり³⁰⁸、内容的に否定されたものではない。

このように、国際法上の責任を負う敵対武装集団は、国際（人道）法上の権利・義務を有しており、それと同時に政府側に遵守を求める権利を有していると考えられる。そしてこの遵守を求める権利は、復仇を含む執行措置の権利を示唆するものである³⁰⁹。他方で、国家の有する復仇の権利が問題視されることはほとんどないが、非国際的武力紛争においても国家は当然に復仇に訴える権利を有するのか、改めて検討する必要がある。

戦時復仇は、敵対当事者に違反を是正させることを目的とするため、その標的は第三者ではなく、敵対当事者自身でなければならない³¹⁰。そこで問題となるのが、敵対武装集団は国際法上いかなる集団であるかという点である。この問題の解決のためには、国家と国民との関係の類推が有用であると考えられる。ただし、その両者の関係について一概に論じることはできないため、ここでは戦時復仇の客体としての側面に限定して考察する。

今日では、第1追加議定書という条約において文民や民用物に対する復仇が禁止されているが、慣習法上は議論の余地があるところであるし、また少なくとも第1追加議定書作成以前は許容されていた。この文民や民用物に対する復仇が行使される際、無辜の人民に直接影響が及ぶことになる。たとえば、平時復仇の文脈ではあるが、1923年のコルフ島事件においては、イタリアが復仇としてコルフ島を占領し、その際住民を殺害しているにもかかわらず、その殺害自体は復仇の合法性にかかわる問題とはなっていない³¹¹。また、1948年には、スイスにより復仇としてルーマニア国民の資産凍結措置が取られている³¹²。これらは平時復仇であり、戦時復仇の事例ではないが、国家と国民との関係という観点からは

³⁰⁷ *Yearbook of the International Law Commission 1975*, Vol. 2 (1976), p. 91, para. 3. 条文の邦訳は以下のものを参考にした。村瀬監訳「前掲論文」（注215）211頁（貝塚寛子執筆）。

³⁰⁸ Crawford, *supra* note 182, p. 120, para. 16.

³⁰⁹ その論拠として、国連総会決議 2675 やマルティッチ事件判決が挙げられる。Zegveld, *supra* note 167, pp. 89-92.

³¹⁰ *Responsabilité de l'Allemagne à raison des actes commis postérieurement au 31 juillet 1914 et avant que le Portugal ne participat à la guerre*, Portugal contre Allemagne (30 juin 1930), *Recueil des sentences arbitrales*, Vol. II (1949), p. 1057.

³¹¹ コルフ島事件における復仇の議論につき、寺沢一「復仇制度の成立」同『法の力：国際平和の模索（寺沢一著作集）』（東信堂、2005年）107-115頁、宮内靖彦「武力復仇の規制に対する『国際法の欠缺』の起源と展望」島田征夫・江泉芳信・清水章雄編『変動する国際社会と法（土井輝生先生古稀記念）』（敬文堂、1996年）322-328頁。

³¹² *Lettre de M. Paul Guggenheim, Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 43, Tome I (1950), p. 77.

両者に差異はないであろう。こうした現象を説明する際、国家と国民との連帯責任の側面が過度に強調されることがあるが³¹³、そうではなく、国際法上国民は国家の一構成要素であり、国家そのものなのである。そのため、復讐により国民に加えられた損害は、全体としての国家に加えられた損害であるにとらえることが可能となる³¹⁴。

この国家の概念を敵対武装集団に類推するにあたり、敵対武装集団をその規模に応じて、いわゆる事実上の当局とそれ以外の敵対武装集団とに大別して考える必要がある。事実上の当局とは、法律上の当局と対比される、国家の領域の一部を実効的に支配する非国家的実体 (entities) である³¹⁵。第2追加議定書1条1項に規定される「反乱軍その他の武装集団」と、ほぼ同義にとらえることが可能であろう。ある武装集団がこうした領域支配を行う事実上の当局となっているのであれば、その支配領域に住む住民は、当該武装集団の一部であるとみなしうるかもしれない。しかし、少なくともそれ以外の武装集団については、領域支配を行っていない以上、その構成要素の中に住民または文民を含み得ないはずである。

そうである以上、国家はそのような敵対武装集団による違法行為に対して、文民に対する復讐を行使することはできないことになる。一方で、マルティッチ事件判決が示唆するように、もし敵対武装集団による文民に対する復讐が許容される余地があるのであれば、紛争両当事者の間に相互主義は成り立たないことになる。

こうした点に留意してか、カルスホーベンは、非国際的武力紛争の際の戦時復讐の概念は、事実上の当局と呼ばれるような領域支配を有する敵対武装集団にのみ適用を見いだすことができると述べている³¹⁶。しかし、現実には事実上の当局とその他の敵対武装集団とを明確に区別することはできないため、どの敵対武装集団に対して、あるいは敵対武装集団がどの程度の規模に達した時点で戦時復讐が許容されることになるのか定かではない。

この点につき、国家が認めるのであれば、どのような敵対武装集団との間であれ、相互主義は成立するようにも思われる。共通3条の草案は、「相互主義の条件の下に」における適用を前提としていた³¹⁷。確かに、共通3条や第2追加議定書等の条約に規定される人道的義務を実施する限りにおいては、国家が相互主義を創設しうるかもしれない。しかし、戦時復讐に関しては、認めるか否かという以前に、妥当するか否かという問題があり、敵対武装集団が国家のような安定した地位や規模を確立していない以上、あらゆる復讐につい

³¹³ Y. de la Brière, “Évolution de la doctrine et de la pratique en matière de représailles”, *Recueil des cours* 1928, Tome 22, n° 2 (1929), p. 253. なお、復讐との関連における集団責任の概念について、田中「前掲論文」(注130) 60-61頁。

³¹⁴ H. F. van Panhuys, *The Rôle of Nationality in International Law: An Outline* (1959), pp. 109, 114.

³¹⁵ その定義につき、International Law Association, *Report of the Sixty-Ninth Conference Held in London 25-29th July 2000*, p. 795. なお邦訳は以下のものを参照した。島田征夫編『国内避難民と国際法』(信山社、2005年) 67頁(島田征夫・永田高英共訳)。

³¹⁶ Kalshoven, *supra* note 284, p. 36. cf. S. Watts, “Reciprocity and the Law of War”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 50, No. 2 (2009), pp. 382-383.

³¹⁷ 共通3条の条文案の変遷につき、藤田「前掲論文」(注253) 71-74頁、Moir, *supra* note 192, pp. 23, 26.

て相互主義が認められるというわけにはいかないのである。

ただし、敵対武装集団による文民に対する復讐は実際に行使されているし、数少ない履行確保手段としての有用性は、敵対武装集団により認識されているところである。そこで、この問題の解決を示唆するものとして、敵対武装集団は、なぜ自ら締結していないジュネーヴ諸条約の共通 3 条や第 2 追加議定書に拘束されるのかという理由を説明するために、戦時復讐の権利を付与することによるバランスの観点から論じる見解が挙げられる³¹⁸。この論理は、条約締結者でない敵対武装集団に当該条約上の義務を遵守させることと引き換えに、戦時復讐の権利が敵対武装集団に付与されるというものである。この論理の根底においては、第三者との関係で機能するはずの相互主義（条約の不適用）が否定されているものの、条約義務の負担と戦時復讐の権利の付与との間に均衡を見いだすことで、相互の利益の確保が図られている。

また、(1) で簡単に言及した、1999 年の NATO とコソボ解放軍との間で締結されたコソボ解放軍武装解除再編了解に着目すると、その 11 項は、コソボ解放軍が復讐を行わないことに同意するという、片務的な規定となっている。そこで、なぜコソボ解放軍がこのような自らに不利な合意を受け入れたかという点は注目に値する。コソボ解放軍がこの了解を締結することの利点は、まさに NATO という国際組織と平和的・人道的な合意を結ぶという点であり、それにより自らの法的地位や正当性を国際社会に認知させることであると考えられる。この了解における戦時復讐に関しては、厳格な法上の相互主義は成り立っていないことになるが、一方で政治的な意味も含めた、広い意味での相互の利害の一致が存在している。このように、非国際的武力紛争における復讐の妥当性を、復讐に内在する相互主義のみに求めるのではなく、外在的な要素も含め、広い意味での相互主義を成り立たせることに、問題の解決の一助を求めることができるのではないだろうか。

戦時復讐の根幹には相互主義があり、それがあからこそ本来違法な行為が消極的に容認されることになる。この相互主義にもとづく戦時復讐は、ハーグ法に立脚する制度であるため、人道的考慮による制約を受けつつも、強い軍事的必要性が認められ、法の欠缺する領域においては広く認められていると言うことができる。ただし、非国際的武力紛争においては、敵対武装集団の性格から、その構成員としての戦闘者に対する復讐に相互主義を見いださる一方で、直接関係性を有しない文民に対する復讐に関しては、厳格な法上の相互主義を見いだすことは難しいと考えられる。そのため、非国際的武力紛争においても戦時復讐を一般に妥当させるためには、政府と敵対武装集団との間に勢力の不均衡があるにもかかわらず、相互主義が成り立つのかという、非国際的武力紛争に特有の法現象の問題の解決が前提となる。

こうした問題が見落とされているのは、非国際的武力紛争に適用される法が、国際的武力紛争に適用される法からそのまま援用・類推されていることと関係する³¹⁹。確かに両者

³¹⁸ Cassese, *supra* note 119, pp. 430-439.

³¹⁹ 両法を一括して論じるワン・ボックス・アプローチへの批判として、新井「前掲論文」

は、「人道」や「武力紛争」という同種のカテゴリーでくられる。しかし一方で、非国際的武力紛争は、国内法上の犯罪の延長に位置するものととらえることもできるため、両者は必ずしもまったく同じ系譜を有する法制度というわけではない。そのため、戦時復讐に関して言えば、国際的武力紛争の場合と同様の手法にもとづき、条約や慣習法により禁止されているのかという視点も必要である一方で、そもそも存立しうる制度なのかという、非国際的武力紛争に特有の、より根本的な問いから始める必要があるのである。そしてその解答を求めるとは、政府と敵対武装集団の間においても厳格な相互主義が成立していなければならないのかという、国家間の場合とは切り離れた議論がなされなければならない。その解答次第によっては、非国際的武力紛争においては、文民や民用物に対する復讐は存立しえないということになるだろう。

この相互主義の問題は、戦時復讐の法に限らず、非国際的武力紛争における国際人道法の履行確保全体に重大な影響を及ぼす。相互主義は、当事者間で同じ法を適用することによって成り立っているが、近年国際人道法が国際刑事法や国際人権法と密接に関係するようになってきていることにより、相互主義が必ずしも成立しなくなっているように思われるからである。たとえば、犯罪の事態の国際刑事裁判所（ICC）への付託は、国家すなわち政府側しか行うことができない³²⁰。ICCにより行われる捜査は、非国際的武力紛争における履行確保の一端を担うと考えられるが、敵対武装集団はこの捜査に関してイニシアティブをとることはできない。また、過去に米州人権委員会により国際人道法の問題にまで踏み込んだ意見が出されているが³²¹、当該委員会を含めた地域的人権機関は、主として国際人権法を扱う機関である。そのため、そこで取り扱われるのは国家の義務違反のみであり、国家が敵対武装集団の義務違反を訴えることはできない。このように、国際人道法の履行確保に関しては、主に手続的側面から不均衡が生じており、相互主義が成立しないような事態が見られるようになってきているのである。

こうした点に鑑みると、戦時復讐を含む非国際的武力紛争に適用される国際人道法の履行確保の妥当性を判断する鍵は、相互主義にあるということができるのではないだろうか。したがって、まずはこの相互主義の問題を解決することこそが、非国際的武力紛争における国際人道法の履行確保の妥当基盤を固め、十分な機能を確保するための第一歩となると考えられよう³²²。

（注9）1137-1140頁。

³²⁰ 国際刑事裁判所規程 14 条 1 項。また、同規程未批准国における検察官の捜査に許可を出すのも政府側である。藤田久一「国際人道法秩序の構築と国際刑事裁判所（ICC）の役割」『法律時報』79 卷 4 号（2007 年）9 頁。

³²¹ 共通 3 条を直接適用する権限を有すると判断した事件として、*Juan Carlos Abella v. Argentina*, Report N° 55/97, Case 11.137 (November 18, 1997), paras. 160-162. 国際人道法の適用がありうるとする意見として、*Coard et al. v. United States*, Report N° 109/99, Case 10.951 (September 29, 1999), paras. 38-42.

³²² 相互主義に関する複雑な問題を指摘しつつ、国家と敵対武装集団の義務が依拠するのは相互主義ではなく、「平等 (equality)」であるとする見解として、I. Detter, *The Law of War*

第2節 対テロ戦争の規制

2011年5月2日午前0時過ぎ、パキスタンのアボタバードの邸宅にて、テロ組織アルカイダの指導者ビンラディンが殺害された。「海神の槍作戦」と称されるこのビンラディン殺害計画は、アメリカ海軍の特殊部隊 SEALs によって実行された³²³。近年のいわゆる対テロ戦争においては、無人機による標的殺害 (targeted killing) が増加しているが、同作戦では地上部隊が派遣され、銃撃戦の末ビンラディンは殺害されたとされる。

この作戦に対しては、各国や国連諸機関から賛辞が呈され、否定的な反応を示した国家は少なかった。他方で、事実関係が不明瞭であることとも相まって、同作戦に対する国際法上の評価は判然としない。評価の基準としては、パキスタンに対する違反の有無とビンラディン個人に対する違反の有無が考えられ、前者はパキスタンの領域主権侵害と武力行使禁止原則違反が、後者は国際人権法や国際人道法上の違反が主な争点となりうる。このように、本件は安全保障と人権保障の交錯する事案であり³²⁴、詳細な検討なく無批判に賞賛できる事案でないことは明らかである。国家や人民の安全を潜在的脅威から守るという観点からは、今日の重大テロの象徴的存在であったビンラディンを殺害したことは、テロ撲滅のための大きな前進といえよう。他方で、ビンラディンがいかに凶悪なテロリストといえども、最も基本的かつ取返しのつかない人権である生命権を侵害するかたちで殺害することは許されない。このことは、ビンラディンだけに妥当することではなく、今後テロ対策を実施していくうえでも十分に留意されなければならないことであり、日本がアメリカ等の活動を支援していくうえでも重要な観点となる。

そこで、本節では、ビンラディン殺害の事例を素材として、国際法の観点から対テロ戦争のあり方について検討を行う。そのため、まずビンラディン殺害作戦に対する世界の反応を概観し (第1款)、武力紛争の存否を確認したうえで、敵対行為に直接参加する者に対する攻撃の規制の観点から同作戦の国際人道法上の合法性について検討を行う (第2款)。

第1款 ビンラディン殺害に対する国連および諸国の反応

(1) ビンラディン殺害の事実状況と国連の反応

海神の槍作戦は、パキスタン政府に事前通告せず秘密裡に実施されたとされる。アメリカ軍は、アフガニスタンのジャララバードにある基地から、ステルス性ヘリコプター2機とチヌーク・ヘリコプター2機でパキスタンに進入した。同作戦が展開されたのは、パキスタンの首都イスラマバードから約60km北東にある、アボタバードのビンラディンの邸宅においてである。邸宅のなかには、子ども13人を含む30人ほどの住人がいたとされるが、ビンラディン殺害に至る過程で、武器を持って抵抗したビンラディンの息子、ビンラディン

(2nd edition, 2000), p. 409.

³²³ 黒井文太郎「ビンラディン殺害作戦の全貌」『軍事研究』46巻7号(2011年)106頁。

³²⁴ J. D. Ohlin, "Targeting Co-Belligerents", C. Finkelstein, J. D. Ohlin and A. Altman (eds.), *Targeted Killing: Law and Morality in an Asymmetrical World* (2012), p. 61.

潜伏発見のきっかけとなったビンラディンとアルカイダを結ぶ連絡員、その連絡員の兄弟とその妻の計 4 人が殺害された。ビンラディンは、脅威となる行動をとり、銃撃戦となったため、SEALs の隊員により銃殺されたとされる³²⁵。

作戦終了後、アメリカのオバマ大統領により、ビンラディンの殺害が公表された³²⁶。その声明において、オバマ大統領は、「正義が達成された」と述べるとともに、「ビンラディンの死は、平和と人間の尊厳を信じるすべての人により歓迎されるべきである」との見解を示している。また、パキスタンとの協力がわれわれをビンラディンと彼の潜伏先の邸宅へと導いたということを強調したうえで、実際にビンラディンがパキスタンにも宣戦布告をし、パキスタン国民に対する攻撃を命令していたことに言及している。さらに、作戦終了後にオバマ大統領がパキスタンのザルダリ大統領に電話し、両国政府の担当者間で、今日が両国にとってよき歴史的な日であることに同意がなされたと声明している。

ビンラディンの殺害を受け、国連の諸機関が声明を出しているが、それらは国連憲章上の問題等に踏み込むことなく、ビンラディンの殺害を概ね肯定的に評価している。安保理は、5月2日に議長声明を発し、ビンラディンが二度とあのようなテロ行為を犯すことができなくなった知らせを歓迎している³²⁷。また、同日、潘基文国連事務総長は、ビンラディンの死は世界共通のテロとの戦いの分水嶺となる瞬間であり、国際テロリズムの立案者に対して正義が達成されたことに安堵していると述べている³²⁸。

人権関係の機関から出された声明では、とりわけ情報の開示に力点が置かれている。5月3日、ピレイ国連人権高等弁務官は、あらゆる対テロ活動は国際法を尊重しなければならないことを国連は一貫して強調してきており、ビンラディン殺害に関する事実の詳細を知ることができればそれは有用であると述べている。他方で、もしビンラディンが捕捉され裁判されたなら、9月11日の大規模殺害等について、人道に対する罪に相当する最も重大な犯罪で訴追されたであろうとも述べている³²⁹。また、5月6日には、司法外、即決または恣意的な処刑に関する特別報告者のヘインズ、およびテロ対策における人権および基本的自由の促進および保護に関する特別報告者のシャイニンが、アメリカは国際人権法の基準の観点から評価できる事実を開示すべきであると述べるとともに、特定の例外的な場合には、対テロ作戦を含む人命保護のために、武力行使に関する国際基準に従って最終手段の措置

³²⁵ “CIA Chief Panetta: Obama Made ‘Gutsy’ Decision on bin Laden Raid”, *PBS Newshour* (3 May 2011), available at < [http://www.pbs.org/newshour/bb/terrorism/jan-june 11/panetta_05-03.html](http://www.pbs.org/newshour/bb/terrorism/jan-june%2011/panetta_05-03.html) >.

³²⁶ “Remarks by the President on Osama bin Laden” (2011), available at < <http://www.whitehouse.gov/the-press-office/2011/05/02/remarks-president-osama-bin-laden> >.

³²⁷ “Security Council Presidential Statement, Welcoming End of Osama bin Laden’s Ability to Perpetrate Terrorist Acts, Urges States to Remain Vigilant”, SC/10239 (2 May 2011), para. 3.

³²⁸ “Secretary-General, Calling Osama bin Laden’s Death ‘Watershed Moment’, Pledges Continuing United Nations Leadership in Global Anti-Terrorism Campaign”, SG/SM/13535 (2 May 2011), para. 1.

³²⁹ S. Nebehay, “UN Rights Boss Asks US for Facts on bin Laden Killing”, *Reuters* (3 May 2011), available at < [http://in.reuters.com/article/2011/05/03/binladen-un-rights-id INLDE74225V201105 03](http://in.reuters.com/article/2011/05/03/binladen-un-rights-id%20INLDE74225V20110503) >.

として致死力を行使することは許容されうるとする声明を発している³³⁰。なお、シャイニン特別代表は、5月3日に、アメリカが投降の機会を与えたにもかかわらずビンラディンはそれを拒んだため、ビンラディンの殺害は合法的であったとの見解も示している³³¹。

このように、国連の諸機関は、概してビンラディンの殺害を肯定的に評価している。ただし、事実関係が十分に明らかではないこともあり、国際法上の合法性に関する踏み込んだ発言はほとんどなされていない。上記の声明は、いずれもビンラディン殺害直後のものであるが、その後国連は公式な見解をほとんど出していない。

(2) 諸国の反応

アメリカから直接ないし間接にビンラディン殺害の報を受け、諸国もさまざまな反応を示している。5月2日、日本の菅首相は、テロ対策の顕著な前進を歓迎するとともに、アメリカやパキスタンをはじめ、関係者の努力に敬意を表している³³²。また、松本外務大臣は、5月19日の衆議院安全保障委員会において、テロ対策の顕著な前進を歓迎するとの立場を繰り返したうえで、日本は「本件の直接の当事者ではなく、また米国とパキスタンとの間の具体的協力の態様等について具体的に事実関係を承知する立場になく、確定的な法的評価についてコメントをするということは差し控えたい」との政府の立場を示している³³³。さらに、「パキスタン政府が、今回の米政府によるオペレーションがパキスタン政府への事前の通告あるいは許可なくして行われたことに深い懸念と留保を表明する、また外務次官が、今回の米国政府の行動につきパキスタン政府に事前の連絡、相談がなかったと述べつつ、本件の国際法上の問題に留意している、このように述べていることも私どもも承知をしておりますが、同時に、当該次官は、法的評価は後世の歴史家の判断にゆだねるというふう述べていることも私どもとしては承知をして留意しているところであるというふう申し添えたいと思います」とも述べている³³⁴。

イギリスのキャメロン首相は、ビンラディン容疑者が発見され、もはや世界的なテロ活動を行えないことは大きな成功であるとの声明を出している³³⁵。また、キャメロン首相は、国家安全保障会議を開いた後、議会でビンラディン殺害に関する答弁を行っている。まず、オバマ大統領から電話で伝えられた事実概要を述べ、アメリカ特殊部隊の勇気と技術を賞

³³⁰ “Osama bin Laden: Statement by the UN Special Rapporteurs on Summary Executions and on Human Rights and Counter-Terrorism”, *OHCHR Press Release* (6 May 2011), available at < <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=10987&LangID=E> >.

³³¹ “UN Rapporteur Scheinin: Killing bin Laden Was Legal”, *Helsinki Times* (4 May 2011), available at < <http://www.hs.fi/english/article/1135265876729> >.

³³² 「ウサマ・ビン・ラーディンの殺害についての内閣総理大臣の談話」(2011年5月2日) (<http://www.kantei.go.jp/jp/kan/statement/201105/02danwa.html>)。

³³³ 第177回国会衆議院安全保障委員会会議録第5号(2011年5月19日)11頁。

³³⁴ 同上。

³³⁵ “Osama bin Laden Dead”, *BBC News* (2 May 2011), available at < <http://www.bbc.co.uk/news/world-middle-east-12307698> >.

賛した³³⁶。また、パキスタンのザルダリ大統領とギラニ首相から、パキスタンでは 3 万人以上の無辜の文民がテロリストに殺害され、テロとの戦いのなかでアフガニスタンの国際部隊より多くのパキスタン兵が死亡していると伝えられたことも述べている³³⁷。続いて、ビンラディン殺害に関する事実関係や、アラブの春およびイスラエルとの関係、今後の安全保障政策等に関する答弁が行われたが³³⁸、国際法上の論点としては、裁判を経ずにビンラディンが殺害されたことについての議論が交わされた。この点、キャメロン首相は、アメリカのブレナン国土安全保障および対テロ担当大統領補佐官により、アメリカ軍は生きたまま捕捉する用意があったが、それは現実に銃撃戦が行われず軍が危険にさらされなかった場合のみであったことが明らかにされており、アメリカの行ったことは完全に正当化されると考えると答えている³³⁹。他方で、ビンラディンの殺害が適切な法的権限の範囲内でのみ行われたかという質問に対しては、本件はアメリカ軍によるアメリカの作戦であり、法的立場および法的助言はアメリカの問題であると答え、法的評価を回避している³⁴⁰。

そのほか、詳述はできないが、中東諸国を含めた多くの国が、法的な評価にまで踏み込まずに、ビンラディン殺害を肯定的に評価している。そのようななか、中南米の諸国が、アメリカにより行われたビンラディン殺害作戦に否定的な見解を示している。たとえば、ベネズエラは、アメリカ政府のとった方法の残虐性と違法性を非難し³⁴¹、ウルグアイは、ビンラディンは裁判で罪を償うべきであったと述べている³⁴²。また、キューバは、家族の前での非武装の人間の暗殺は嫌悪を覚える行為であり、パキスタンの法と国家の尊厳が侵害されたと声明している³⁴³。

こうした各国の反応があるなか、作戦の舞台となったパキスタンのザルダリ大統領は、新しいミレニアムの最大の悪の根源が鎮圧され、彼の被害者に正義が与えられたことに満足するとの発言を行っている。また、日曜日の出来事（ビンラディンの殺害）は共同作戦ではなかったが、アメリカとパキスタンの間の 10 年間の協力と連携が、文明化された世界の継続的な脅威であったビンラディンの抹殺へと導いたとも述べている³⁴⁴。これに対して、

³³⁶ House of Commons, *Oral Answers to Questions*, Foreign and Commonwealth Office (3 May 2011), Column 453.

³³⁷ *Ibid.*, Column 454.

³³⁸ *Ibid.*, Columns 455-473.

³³⁹ *Ibid.*, Column 461.

³⁴⁰ *Ibid.*, Column 470.

³⁴¹ “Venezuelan Government Demands End to U.S. Occupations Following Supposed bin Laden Killing”, *venezuelanaysis.com* (3 May 2011), available at < <http://venezuelanalysis.com/news/6166> >.

³⁴² “Aplausos, críticas y temores despierta en América Latina el fin de bin Laden”, *lainformacion.com* (2 Mayo 2011), available at < http://noticias.lainformacion.com/policia-y-justicia/terrorismo/aplausos-criticas-y-temores-despierta-en-america-latina-el-fin-de-bin-laden_tDQwyYBwLdRLMGNIflT0g3/ >.

³⁴³ “Fidel Castro Slams ‘Assassination’ of Unarmed bin Laden”, *CNN* (5 May 2011), available at < <http://edition.cnn.com/2011/WORLD/americas/05/05/cuba.castro.bin.laden/> >.

³⁴⁴ “Pakistan Did its Part”, *Washington Post Opinions* (3 May 2011), available at < http://www.washingtonpost.com/opinions/2011/05/02/AFHxmybF_story.html >.

パキスタンの両院合同会議決議やカヤニ幕僚長などは、アメリカによる急襲作戦は主権侵害であり、強く非難するとの見解を示している³⁴⁵。ただし、松本外務大臣が述べたように、外務次官は法的判断を回避しており、またその後パキスタンが非難以外の何らかの具体的な措置をとるには至っていない。

作戦を実行したアメリカ自身はというと、後述するように、複数の国家機関によりビンラディン殺害の法的評価に関する見解が述べられている。それらは、いずれもビンラディン殺害作戦は国際法上合法的なものであったと結論づけている。

以上のように、パキスタンに対する国際法違反の有無については、多くの国が沈黙しており、主権侵害に関して具体的な見解を示した国はほとんどない。他方で、ビンラディンに対する国際法違反については、殺害するのではなく裁判が行われるべきであったとの見解はあるものの、国連諸機関や多くの国は、その殺害を肯定的に評価していたようである³⁴⁶。こうした各国の態度は、黙示的にアメリカの法的立場に同意しているようにも思われるが、明示的な同意を与えているわけでもない。そこで、以下では、論点をビンラディン殺害の国際人道法上の合法性に限定したうえでその検討を行う³⁴⁷。

第2款 武力紛争の存在および性質

アメリカにより実行されたビンラディン殺害作戦は、国際法上「標的殺害」として評価される。標的殺害とは、個別に選定された個人を司法手続を経ずに意図的に殺害することをいう³⁴⁸、標的殺害だから合法になるとか、標的殺害だから違法になるというような概念ではなく、その合法性は状況に応じて決まることとなる。アメリカは、先述のコーやブレナンの発言にもあるように³⁴⁹、アメリカとアルカイダ等との間に武力紛争が生じていたことを前提として、ビンラディン殺害の説明を行っている。しかし、本当に武力紛争が生じていたのか、またいかなる武力紛争が生じていたのかについては、十分に説明がなされ

³⁴⁵ 「米の作戦、非難決議」『朝日新聞』(2011年5月15日)朝刊7頁、“Pakistani Army Chief Warns U.S. on Another Raid”, *New York Times* (5 May 2011), available at < <http://www.nytimes.com/2011/05/06/world/asia/06react.html> >.

³⁴⁶ 世界の多くの地域におけるビンラディンの標的殺害の肯定的受容が、一種の私的制裁の是認を反映しているように思われると警鐘を鳴らすものとして、L. Lazarus, B. Goold and C. Goss, “Control without Punishment: Understanding Coercion”, J. Simon and R. Sparks (eds.), *The Sage Handbook of Punishment and Society* (2012), p. 479 (ベンジャミン・J・グールド(小西暁和訳)「刑罰を用いない統制 — 『強制』の再定位—」『比較法学』47巻3号(2014年)257頁)。

³⁴⁷ 本件の武力行使の規制に関する法 (*jus ad bellum*) 上の合法性の問題については、尋木真也「対テロ戦争における国際法上の規制」『早稲田大学社会安全政策研究所紀要』6号(2014年)54-58頁参照。

³⁴⁸ G. Nolte, “Targeted Killing”, Rüdiger Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 9 (2012), p. 763.

³⁴⁹ H. H. Koh, “The Lawfulness of the U.S. Operation against Osama bin Laden”, *Opinio Juris* (2011), at < <http://opiniojuris.org/> >; J. Brennan, “The Ethics and Efficacy of the President’s Counterterrorism Strategy” (2012), at < <http://www.wilsoncenter.org/> >.

ていないように思われる。武力紛争が生じていなければ、国際人権法にもとづく標的殺害の合法性の判断が問題の中心となる一方で³⁵⁰、武力紛争が生じていれば、とりわけ生命権については、国際人道法が第一義的に適用されることとなる。そのため、以下ではまず武力紛争の存在および性質の検討を行ったうえで、ビンラディンの殺害が国際人道法上合法的に行われたかについて考察する。

(1) パキスタン国内の状況

9・11 テロのあった 2001 年以降、アフガニスタンにおいては不朽の自由作戦が展開され、実力において劣るアルカイダやタリバンは、その攻撃を逃れるため次第に国境を越えてパキスタンに移動し始めた。進入してきた武装集団に対し、パキスタン政府は掃討作戦を開始する。2004 年 3 月には、パキスタン軍と武装集団の間で激しい戦闘が繰り広げられたが、同 4 月にパキスタン政府はネク・ムハンマドの率いる武装集団と和平合意を結んだ。しかし、直後の 6 月に、アメリカ軍の無人機攻撃によりネク・ムハンマドが殺害されたため、和平合意はすぐに破棄されることとなった。アメリカ軍による攻撃に対して、パキスタン政府の要請または同意があったとの正式な公表情報はないが、その後頻度を増すアメリカ軍の無人機による攻撃に対し、パキスタン政府はときに非難する声明を出しつつも、それ以上の措置をとることはなかった³⁵¹。

ネク・ムハンマドの後継者とされるベトゥラ・メスードは、2007 年にパキスタン内のタリバン支持勢力を統合してパキスタン・タリバン運動 (TTP) を発足させ、直後にブット首相を暗殺している³⁵²。パキスタン国内では、断続的に武装集団によるテロ行為が行われ、パキスタン政府がテロ対策を講じてきたが、パキスタン政府と TTP をはじめとした武装集団との間の激しい戦闘は、その後も継続されることとなる。

2008 年以降、タリバンのオマルの要請を受け、TTP はビンラディンとの提携を進め、アルカイダと協働してテロ攻撃を実施するようになる。この頃から、アメリカ軍による軍事行動も頻度も増すことになる。アメリカ軍の軍事行動が展開されたのは、主にパキスタン北西部のカイバル・パクトゥンクワ州 (旧北西辺境州) や連邦直轄部族地域 (FATA) においてであったが、TTP をはじめとした武装集団側の攻撃は、パキスタン各地で展開された。他方で、パキスタン国内におけるアメリカ軍の攻撃は、2009 年から 2011 年にかけて最高潮

³⁵⁰ 国際人権法上の恣意的でない生命権の剥奪の厳格な要件について、たとえば *McCann and Others v. United Kingdom*, Judgment, No. 324, Series A, European Court of Human Rights (27 September 1995), paras. 203-214. ただし、ビンラディンのようなアメリカの領域外でかつ管轄下でない個人に対して、アメリカが国際人権法上の義務を負うかについては検討の余地がある。NATO によるセルビア内の放送局の空爆には管轄権が及ばないとした欧州人権裁判所の判決として、*Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, No. 52207/99, Grand Chamber Decision (12 December 2001), para. 82. 国際空域でキューバ機が米国機を攻撃したことは、乗客の生命権侵害であるとした米州人権裁判所の判決として、*Armando Alejandro Jr. et al. v. Republic of Cuba*, case 11.589, Report No. 86/99 (29 September 1999), paras. 23-25.

³⁵¹ UK Border Agency, *Pakistan: Country of Origin Information Report* (2013), pp. 30-49.

³⁵² 公安調査庁『国際テロリズム要覧 (要約版)』(2013 年) (<http://www.moj.go.jp/ITH/>)。

に達し、アメリカの無人機による攻撃は、2009年に54回、2010年に122回、2011年に73回を数える³⁵³。そのようななか、2011年5月2日にビンラディン殺害の急襲作戦が展開されるが、TTPはその5月だけでアメリカ軍に対し4回報復攻撃を実施し、クリントン国務長官来訪時にもパキスタン国内で自爆テロを行っている³⁵⁴。

(2) 非国際的武力紛争の範囲

上述の事実のなかでビンラディンが殺害されたことの国際法上の合法性を検討するにあたっては、まず武力紛争の存在と性質を検討する必要がある。いかなる武力紛争が存在するか（またはしないか）によって、適用される法規が異なるためである。今日、武力紛争は一般に国際的武力紛争と非国際的武力紛争に分類される。前者は、国家間の武力紛争を指し、ジュネーヴ諸条約の共通2条およびジュネーヴ諸条約第1追加議定書の適用対象となる。後者は、①国家対非国家主体、または②非国家主体間の武力紛争を指し、①はジュネーヴ諸条約の共通3条とジュネーヴ諸条約第2追加議定書の適用対象に、②は共通3条の適用対象になる。アメリカの敵対当事者は、パキスタンではなくアルカイダやTTP等の武装集団であるため、当該武力衝突は国家間武力紛争には該当しない³⁵⁵。他方で、共通3条と第2議定書は、ともに締約国の一の領域内で生じた非国際的武力紛争において適用される旨を規定している。そのため、ビンラディン殺害作戦のように、自国の領域外で非国家主体と戦う場合に、国際人道法は適用されうるのかという問題が生じる。

この点、パキスタン政府の要請または同意があったのであれば、アメリカ軍がパキスタン政府とともに非国家主体たる武装集団と戦っている構図となり、当該非国際的武力紛争には少なくとも共通3条が適用されることになる³⁵⁶。パキスタン政府の同意があったとする報道も多く、またアメリカ軍が攻撃を終えた直後にパキスタン軍が攻撃を開始するといった戦闘行動に鑑みても、同意はあったとの推定が強い³⁵⁷。しかし、確実な情報ではないため、同意がなかった場合についても考察を要する。

アメリカと武装集団との武力衝突は、「越境武力紛争」と称され、共通3条の一国内という領域の要件を満たさないため同条は適用されないと主張されることがある³⁵⁸。しかし、

³⁵³ New America Foundation, “Drone Wars Pakistan: Analysis”, available at < <http://natsec.newamerica.net/drones/pakistan/analysis> >.

³⁵⁴ 公安調査庁『前掲書』（注352）。

³⁵⁵ 領域国の同意がない場合、テロリストに対する越境的反撃は、領域国と反撃国の国際的武力紛争であるとして、新井京『「テロとの戦争」における武力紛争の存在とその性質』『同志社法学』61巻1号（2009年）11頁。

³⁵⁶ D. Schindler, “The Different Types of Armed Conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols”, *Recueil des Cours*, Vol. 163 (1979), p. 150. 第2追加議定書が適用されるためには、武装集団による一定の領域支配等、非常に高い水準の要件を満たす必要がある。

³⁵⁷ L. R. Blank and B. R. Farley, “Characterizing US Operation in Pakistan: Is the State Engaged in an Armed Conflict?”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 34, No. 2 (2011), pp. 183-184.

³⁵⁸ *Hamdan v. Rumsfeld et al.*, 548 U.S. 557 (29 June 2006), pp. 630-631, para. 62. なお、国際人道法が適用される事態においては、敵対行為に直接参加する者の殺傷が許容されるため、

こうした主張に対しては、非国際的武力紛争を国家間武力紛争以外のすべての武力紛争を包含するものととらえたうえで、①共通 3 条が適用されるとする見解と、②共通 3 条と同旨の実体規則を含む慣習国際法が適用されるとする見解が有力に主張される。

①の見解を示した判例として、2006 年のアメリカ連邦最高裁判所のハムダン対ラムズフェルド事件がある。本件では、9・11 テロ後のアフガニスタン戦争において捕らえられたハムダンの抑留の違法性を巡り、アフガニスタンにおけるアメリカとアルカイダおよびタリバンとの間の武力紛争に共通 3 条が適用されうるかが問題となった。この点につき裁判所は、共通 3 条において「国際的性質を有しない武力紛争」という文言が採用されているのは、共通 2 条にいう国家間の紛争と比較させるためであり、共通 3 条の適用は可能な限り広く解釈されなければならないということを同条のコメンタリが明らかにしており、本件においても共通 3 条は適用されると判示した³⁵⁹。

ここで共通 3 条の起草過程を顧みると、共通 3 条は、共通 2 条の対象とならない武力紛争を含め、すべての武力紛争に国際人道法を適用する目的で作成されている³⁶⁰。起草当時、越境武力紛争のような武力紛争は想定されていなかったが、こうした起草過程から、共通 3 条はあらゆる武力紛争で適用される最低限の規則であると解釈できるともいわれる³⁶¹。そして、共通 3 条の「締約国の一の領域内」という限定も、武力紛争地がジュネーブ諸条約の締約国の領域内であれば、紛争当事者が領域国以外の外国国家でもよいと解釈されるのである³⁶²。

ただし、共通 3 条の「締約国の一の領域内」との文言は、長い間紛争当事国たる締約国の領域内と解釈されてきている³⁶³。このように解釈の相違はみられるが、それらの解釈の是非を問わず、旧ユーゴ国際刑事裁判所 (ICTY) のタジッチ事件で判示されたように³⁶⁴、共通 3 条の実体規則は国際人道法の基本原則であり、慣習国際法としてあらゆる非国際的武力紛争に適用されるものと考えられる。コンゴ民主共和国とその周辺諸国において展開される武力紛争、イスラエル対ヒズボラの武力紛争、旧ユーゴ諸国における武力紛争等は、いずれも国境を越えて展開される国家対非国家主体の越境武力紛争であるが、国連の諸機

国際人道法が適用されることは望ましくないといわれることがある。しかし、殺傷を事実上許容するのは、国際人道法ではなく武力紛争の存在である。国際人道法は、武力紛争が生じているなかでも、敵対行為を禁止・制限したり犠牲者を保護する法であり、攻撃や殺傷を積極的に認める法ではない。そのため、越境武力紛争に国際人道法が適用されないのであれば、ビンラディンの殺害は何ら規制を受けることなく許容されることになるものと考えられる。

³⁵⁹ *Ibid.*.

³⁶⁰ *Commentary I, supra note 171, p. 38.*

³⁶¹ *Blank et al., supra note 357, p. 160.*

³⁶² *Ibid.*, p. 161.

³⁶³ 真山全「テロ行為・対テロ作戦と武力紛争法」初川満編『テロリズムの法的規制』（信山社、2009 年）96 頁。

³⁶⁴ *Prosecutor v. Tadić, Opinion and Judgement in the Trial Chamber, IT-94-1-T (7 May 1997), p. 217, para. 607.*

関の決議等に鑑みても³⁶⁵、共通 3 条と同等の国際人道法の基本原則は適用されるものと考えられる。このように、いわゆる越境武力紛争に、条約としての共通 3 条が適用できるかについてはなお議論の余地があるものの、少なくとも同旨の実体規則を含む慣習国際法は適用されるものと考えられよう。

(3) 武力紛争の要件と地理的範囲

上述のとおり、アメリカと武装集団との武力衝突は非国際的武力紛争に該当するものと考えられるが、武力衝突が生じているというだけで非国際的武力紛争となるわけではない。第 2 追加議定書 1 条 2 項では、「この議定書は、暴動、独立の又は散発的な暴力行為その他これらに類する性質の行為等国内における騒乱および緊張の事態については、武力紛争に当たらないものとして適用しない。」と規定されるが、こうした騒乱や緊張の事態が武力紛争に当たらないということは、第 2 追加議定書の適用範囲内においてのみでなく、非国際的武力紛争一般について妥当するものと考えられている。

非国際的武力紛争を騒乱・緊張と区別する基準としては、暴力の烈度と武装集団の組織度が一定規模に達していることが要件となる³⁶⁶。烈度の基準に関しては、個々の衝突の数や期間、用いられた武器や装備の種類、物理的破壊の程度、交戦者および犠牲者の数、衝突の地理的および時間的範囲の大きさ、戦闘により避難を余儀なくされた文民の数、国連とりわけ安保理の関与など、さまざまな要素が考慮要因となるが、とりわけ重要なのは、一定規模の暴力行為が長期間継続的に行われていることである³⁶⁷。この点、上述のとおり、アメリカ軍と武装集団との間の武力衝突が長期化していることはもとより、とりわけ 2009 年に TTP の最高指導者ベトゥラ・メスードが殺害されて以降は、両者の攻撃は頻度を増している。2009 年から 2011 年の 3 年間で、アメリカ軍の無人機攻撃による死者は約 2,000 人に及び³⁶⁸、武装集団によるテロ攻撃も多くの犠牲者を生んでいる³⁶⁹。こうした客観的事実は、非国際的武力紛争というに十分な烈度に至っていることを示している。

他方で、組織度の基準については、階層構造、交戦規則、雇用・訓練の基盤、軍事作戦の着手能力、政府代表と交渉する権限を有する中央当局、および集団の行為に責任を有する指導者が存在することなどが考慮要因となる³⁷⁰。アメリカの敵対当事者は連携する複数

³⁶⁵ G. Corn, “Back to the Future: De Facto Hostilities, Transnational Terrorism, and the Purpose of the Law of Armed Conflict”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 30, No. 4 (2009), p. 1349.

³⁶⁶ *Prosecutor v. Tadić*, *supra* note 364, pp. 193-194, para. 562.

³⁶⁷ *Prosecutor v. Haradinaj et al.*, *Judgement in Trial I*, IT-04-84-T (3 April 2008), pp. 27-28, para. 49; *Prosecutor v. Limaj et al.*, *Judgement in Trial Chamber II*, IT-03-66-T (30 November 2005), pp. 34-37, paras. 84-90.

³⁶⁸ New America Foundation, *supra* note 353.

³⁶⁹ 300 人以上の死傷者を出した TTP による 2008 年のイスラマバードのマリオットホテルの爆破テロがよく知られているが、その後も 2009 年の在ペシャワールアメリカ総領事館へのテロ攻撃等、多くのテロ行為が繰り返されている。公安調査庁『前掲書』(注 352)。

³⁷⁰ *Prosecutor v. Haradinaj et al.*, *supra* note 367, pp. 33-49, paras. 63-88.

のテロ集団であるが、いわゆるテロ集団は、国際人道法に反する行動をとり、そうした行為に責任をとらないような手段を用いるため、そのような集団内に交戦規則や責任の存在は基本的に認められない³⁷¹。しかし、アルカイダやタリバン、TTP は、指導者のもとでの階層構造と意思決定機関を有し、雇用・訓練制度と高い軍事能力を有している³⁷²。また、タリバンやTTP は、FATA での武力紛争について実際に政府と交渉し、パキスタン政府と停戦合意や和平合意を複数回締結している。組織度の基準が設けられているのは、国内不安や散発的なテロと区別するためであり³⁷³、求められるのは最低限の組織度にとどまる³⁷⁴。連携するこれらの武装集団は、上述のような要件を満たしており、それゆえ武力紛争を遂行するに足る最低限の組織度は有しているといえよう。

このように、アメリカと武装集団の間の武力衝突は、烈度の基準も組織度の基準も満たしており、非国際的武力紛争と性格づけられるものと判断することができる。ただし、非国際的武力紛争が生じていたとしても、ビンラディンの居住していたアボタバードが武力紛争地であったか否かはまた別の問題となる。ブッシュ前大統領は、テロリストの所在するところはすべて武力紛争地とするグローバル戦争の概念を用いていたが³⁷⁵、このとらえ方では地球上のあらゆる場所で武力紛争が生じていることとなり適切ではない³⁷⁶。他方で、武力紛争地は、いわゆる戦場ないし敵対行為地に限定されるものでもない³⁷⁷。この点、非国際的武力紛争においては、武力紛争の地理的範囲は、実際に敵対行為が行われているか否かを問わず、内戦の生じている国全体に及ぶものと一般に解されてきた。ただし、アメリカと武装集団との武力紛争はいわゆる伝統的な内戦とは異なるため、パキスタン領域全体が武力紛争地であるかについては疑問の余地のあるところである³⁷⁸。しかし、アボタバードは、アメリカが無人機攻撃を展開していたカイバル・パクトゥンクワ州に位置し、さらにアルカイダの指導者たるビンラディンによる司令の拠点となっていた場所である。こ

³⁷¹ 組織度の要件として、部下の行動に対する上官責任の確立までは求められないことにつき、*Prosecutor v. Limaj et al.*, *supra* note 367, p. 37, para. 90.

³⁷² 公安調査庁『前掲書』(注 352)。アルカイダおよびTTPの指揮命令構造について、D. A. Wallace, “Operation Neptune’s Spear: The Lawful Killing of Osama”, *Israel Law Review*, Vol. 45, No. 2 (2012), p. 371; Blank *et al.*, *supra* note 357, pp. 171- 173.

³⁷³ *Prosecutor v. Delalić et al.*, *Judgement in the Trial Chamber*, IT-96-21-T (16 November 1998), para. 184.

³⁷⁴ ICRC, “How Is the Term Armed Conflict Defined in International Humanitarian Law?”, *ICRC Opinion Paper* (2008), p. 5.

³⁷⁵ アルカイダとの武力紛争は、地理的に限定されないとのアメリカの主張につき、A. S. Deeks, “Pakistan’s Sovereignty and the Killing of Osama bin Laden”, *ASIL Insights*, Vol. 15, No. 11 (2011), available at < <http://www.asil.org/insights/volume/15/issue/11/pakistans-sovereignty-and-killing-osama-bin-laden> >; Brennan, *supra* note 349.

³⁷⁶ N. Lubell, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors* (2010), p. 255.

³⁷⁷ Oppenheim, *supra* note 30, p. 237.

³⁷⁸ どの程度離れたところまで武力紛争地帯の範囲が広がりうるかは議論の余地があるとの見解として、B. Van Schaack, “The Killing of Osama Bin Laden and Anwar Al-Aulaqi: Uncharted Legal Territory”, *Yearbook of International Humanitarian Law* 2009, Vol. 14 (2012), p. 288.

うした点に鑑みると、アボタバードは実際の敵対行為地であったと考えられ、パキスタン国内全域が武力紛争地であるか否かにかかわらず、武力紛争地であったということができよう。

以上の検討より、ビンラディンの殺害が行われた際、作戦実行地のアボタバードを含む地域で、アメリカと武装集団との間に武力紛争が生じていたと考えられる。そのため、ビンラディン殺害の国際法上の合法性は、非国際的武力紛争に適用される国際人道法により判断されることとなる。

第3款 殺害するより捕捉する義務

(1) 文民たるビンラディンへの攻撃可能性

武力紛争において一定の殺傷行為が行われることは、避けることのできない現実である。ただし、武力紛争に何ら関係のない無辜の人民が保護されるべきであることは当然である。攻撃の対象となりうるのは、国際的武力紛争においてはまず戦闘員であり、戦闘員はその地位にもとづき攻撃・殺傷の標的とされうる。また、文民は原則として攻撃対象としてはならないが、敵対行為に直接参加する場合には、文民としての保護を失い、攻撃の対象となりうる（第1追加議定書51条参照）。非国際的武力紛争においては、戦闘員概念が存在しないため、すべての者が文民となる。そして、国際的武力紛争の場合と同様に、文民であっても敵対行為に直接参加する限りにおいて攻撃の対象となりうる（ジュネーブ諸条約共通3条参照）。このように、戦闘員がその地位を基準に攻撃対象となりうるのに対し、文民はその行為を基準に攻撃対象となりうることとなる。

ビンラディンが殺害されたのは、非国際的武力紛争においてである。そのため、ビンラディンは国際人道法上は文民となる。アメリカのホルダー司法長官は、真珠湾攻撃の計画者の1人であった山本五十六がアメリカ空軍暗殺作戦の標的であったのと同様に、ビンラディンも合法的な標的であり、彼の殺害は戦場の敵司令官を標的とすることに等しいものであったと主張するが³⁷⁹、ビンラディンが敵対行為に直接参加していたのであれば、その殺害は国際人道法には違反しないこととなる。そこで、いかなる行為が「敵対行為への直接の参加」に該当するのかが問題となる。

この概念につき有用な解釈を行っているのが、イスラエル最高裁のPCATI対イスラエル事件（判決、2006年）である。それによると、武器を持って実際に戦うことはもちろん、戦闘者（fighters）の移送、戦闘者が使用する武器の管理、戦闘者への役務の提供、作戦の指揮・命令、攻撃の計画等は、敵対行為への直接の参加に当たるとされる³⁸⁰。他方で、敵

³⁷⁹ “Holder: bin Laden Mission Was Legal and ‘Act of National Self Defense’”, *Fox News* (4 May 2011), available at < <http://www.foxnews.com/politics/2011/05/04/holder-bin-laden-mission-was-legal-and-act-national-self-defense/> >.

³⁸⁰ *Public Committee against Torture in Israel v. Israel*, Judgement in the Supreme Court, HCI 769/02 (16 December 2006), *International Legal Materials*, Vol. 46, No. 2 (2007), pp. 392-393, paras. 35-37.

対行為への直接の参加には該当しない行為として、戦闘者への食糧・医療の提供、一般的戦略分析による戦闘者の支援、兵站支援、金銭面での支援、プロパガンダの流布等が挙げられる³⁸¹。また、赤十字国際委員会（ICRC）も、2009年に刊行した『国際人道法における敵対行為への直接の参加概念の解釈指針』において、敵対行為への直接の参加の概念について詳細に解説している³⁸²。本書は、上記のイスラエル判決と同様の基準を提示するが、「攻撃を計画する者」について明言していない点においてイスラエル判決と異なる。

ICRCはさらに、武装集団やテロ集団の構成員が文民の地位を濫用することを防ぐ目的で、継続的戦闘任務を負う武装集団の構成員は、攻撃の標的となりうるとの解釈を示している³⁸³。ICRCによれば、敵対行為に直接参加する準備、実施または指揮に継続的に携わる個人は、継続的戦闘任務を負うものとされる³⁸⁴。また、敵対行為に直接参加する目的で武装集団によって採用・訓練された者も、継続的戦闘任務を負っているとされる³⁸⁵。非国際的武力紛争において、武装集団の構成員と他の文民との間に区別を設けるこのICRCの解釈指針は、攻撃の可否を検討する際に合理的な判断基準を提供するものであり、多くの支持を得始めているように思われる³⁸⁶。

ビンラディンは、殺害された当時、武器を持って戦闘行動に参加していたわけではない。しかし、殺害作戦の実施時に収集した資料からも明らかなように、たとえば9・11テロの10年後にあたる2011年9月11日に新たなテロを計画していたことが確認されている³⁸⁷。また、2010年春に部下のアブドルラハマンに外交官を誘拐するよう指示するなど、作戦を指揮・命令していたことも確認されている³⁸⁸。こうした作戦の指揮・命令が敵対行為に直接参加する行為であるとの解釈にほぼ争いはなく、したがってビンラディンはアルカイダの指導者として、攻撃・殺傷の標的となりえたと考えられる。

(2) より危害の少ない手段の選択の必要性

上述のように、敵対行為に直接参加する者は、攻撃の標的とされうる。しかし、そのような者であっても、可能であれば殺すよりも捕まえる義務が国際人道法上であると主張されることがある。こうした主張は、1985年のピクテの著書にみられるほか、前述の2006年のイスラエル最高裁判決やICRCの解釈指針などにもみられる³⁸⁹。ただし、ピクテはあるべき法を主張するにとどまり、イスラエルの判決はその義務の根拠を国内法上の比例性原則に

³⁸¹ *Ibid.*, p. 392, para. 35.

³⁸² N. Melzer, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law* (2009), pp. 51-52.

³⁸³ *Ibid.*, p. 70.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 34.

³⁸⁵ *Ibid.*.

³⁸⁶ たとえば、Van Schaack, *supra* note 378, pp. 297-300.

³⁸⁷ “Bin Laden Plotted New Attack”, *Wall Street Journal* (15 July 2011), p. 5.

³⁸⁸ 公安調査庁『前掲書』（注352）。

³⁸⁹ Pictet, *supra* note 187, pp. 75-76; *Public Committee against Torture in Israel v. Israel*, *supra* note 380, p. 394, para. 40; Melzer, *supra* note 382, p. 82.

求めているようにも思われる。これに対し、ICRCは軍事的必要性の原則が禁止していることを主たる根拠とする。すなわち、軍事的必要性は正当な軍事的目的を達成するために実際に必要ではない苦痛、傷害または破壊を与えることを禁止するため、明らかに殺傷の必要がないにもかかわらず敵を殺傷することは、人道という基本概念を否定することになるという³⁹⁰。

この主張に対しては、批判も少なくない。たとえば、敵対行為に直接参加する者であっても殺害するより捕捉するということは、国家実行に裏打ちされるものでなく非現実的であるとの主張がある³⁹¹。また、国際法上そのような義務はなく、あるにしても人道の要請にとどまるであるとか³⁹²、殺害せず捕捉する義務が課されるのは、投降の場合のみであるといった批判もなされる³⁹³。なお、殺害せずに捕捉することが義務であるか否かにかかわらず、それが非現実的かということ、国際人権法上の義務とは異なり、差し迫った脅威がある場合にのみ殺害を許容するような厳しい要件ではないため、非現実的ではないものと思われる³⁹⁴。ICRCも、自己または文民を一層危険にさらすことまで求めるものではないとする³⁹⁵。

国際人道法は、紛争当事者が戦闘手段・方法を選ぶ権利を無制限に認めるものではなく、比例性の制限や不必要な苦痛を与える戦闘手段・方法の禁止義務を課す。比例性の原則は、予期される軍事的利益との比較において、付随的損害を過度に引き起こすことが予測される攻撃を差し控える義務であり、敵対行為に直接参加しない者の保護に関する規則である³⁹⁶。他方で、不必要な苦痛を与える戦闘手段・方法の禁止は、ビンラディンのような敵対行為に直接参加する者に対する攻撃の制限に関係する。サンクトペテルブルク宣言を参考にすると、戦闘外におかれた戦闘員の苦痛を無益に増大し、または無益な苦痛や死を必然的に伴う場合には、それは不必要な苦痛に該当するものと考えられる³⁹⁷。また、正当な軍事的目的の達成のために必要のない苦痛を与えることは、軍事的必要性のない行為として禁止される。

軍事的必要性は、時間、生命、金銭において最も損失の少ない方法で敵を服従させるた

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ G. D. Solis, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War* (2010), p. 538.

³⁹² A. P. V. Roger and D. McGoldrick, "Assassination and Targeted Killing: The Killing of Osama bin Laden", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 60, No. 3 (2011), p. 783.

³⁹³ Van Schaack, *supra* note 378, p. 293.

³⁹⁴ A. Margalit, "The bin Laden Killing: Clarifying the Normative Framework(s) Governing the 'War on Terror'?", *EJIL Talk* (2011), available at < <http://www.ejiltalk.org/the-bin-laden-killing-clarifying-the-normative-frameworks-governing-the-war-on-terror/> >.

³⁹⁵ Melzer, *supra* note 382, p. 82.

³⁹⁶ ビンラディン殺害作戦においては、軍事目標であったビンラディンと連絡員、および武装して抵抗したビンラディンの息子を除くと、殺害されたのは連絡員の兄弟とその妻だけであり、子ども 13 人を含め約 30 人いた住民のほとんどの生命を守り、怪我を負わせたビンラディンの妻についても、足を銃撃することで致命傷を避けるなど、少なくとも軍事的利益に比して「過度な」付随的損害を引き起こしてはいなかったものと考えられる。

³⁹⁷ 藤田『前掲書』(注 1) 92 頁。

めに、交戦当事者が国際人道法に従って必要な量および種類の力を行使することのみを許容する原則である³⁹⁸。ここでいう生命等の損失には、自国の損失だけではなく敵国の損失も含まれ³⁹⁹、生命の損失が最小限でない敵対行為は、軍事的必要性がなく不必要な苦痛をもたらすものであると解釈される。そのため、殺害しないことが可能であるのに殺害することは、軍事的必要性の観点からは禁止されるものと考えられる。

ただし、第4章で述べるとおり、軍事的必要性は国際人道法の基本法原則であり、条文の解釈や条約作成時の考慮要因としてはたらくものである。軍事的必要性にもとづく規則が、条約となりまたは慣習法化した場合には、その規則により法的義務が課されこととなるが、軍事的必要性それ自体は規則として法的義務を課すものではないものと考えられる。たとえば、1980年の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や戦闘方法の禁止という原則に立脚して作成されたが（前文第4段）、地雷や焼夷兵器を不必要な苦痛を与える兵器と認識しつつも、戦闘員に対する使用を禁止するには至っていない。このように、ある戦闘手段や方法が軍事的必要性の原則に反するからといって、それが直ちに国際人道法違反になると断言することは難しいであろう。

現在、戦闘員の殺傷を直接に禁止または制限する条約は存在しない。他方で、殺傷せずに捕捉する義務が慣習国際法として存在するかについては、当該規則に関する一般慣行と法的確信という慣習国際法の成立要件が満たされることを確認する必要がある。この点、先のイスラエル最高裁判決については、国際法としての法的確信を伴った国家実行であるかについて議論がありうる。また、アメリカは、対テロリズム戦略において、テロリストを捕捉できる場合には攻撃を行わないこととしているが⁴⁰⁰、この戦略についても、イスラエルの場合と同様の議論が成り立ちえよう。さらに、アメリカの実行は、一般慣行を検討するうえで重要な国家実行となる一方で、絶大な軍事力を有するからこそ実現可能な戦略もあり、過度に依拠することはできない。当該慣習法が存在するか否かの結論は、広範な国家実行の検討から導かれる必要がある⁴⁰¹。

殺害せずに捕捉する義務に関する慣習国際法の存在については、詳細な考察を要するが、ビンラディンを捕捉することが現実的にできなかったのであれば、ビンラディン殺害の合法性を判断するにあたって当該義務の慣習法性は必ずしも問われないこととなる。ビンラディンの殺害状況は必ずしも明らかではないが、投降を拒み⁴⁰²、銃撃戦があったのであれば⁴⁰³、アメリカ軍兵士の生命を守るためにも、殺害することが必要であったものと考えら

³⁹⁸ *Trial of Wilhelm List and Others*, *supra* note 282, p. 66.

³⁹⁹ *Sandoz et al.* (eds.), *supra* note 171, p. 396, para. 1397.

⁴⁰⁰ “Remarks by the President at the National Defense University” (2013), available at <<http://www.whitehouse.gov/photos-and-video/video/2013/05/23/president-obama-speaks-us-counterterrorism-strategy>>.

⁴⁰¹ そのような慣習法を形成する国家実行の存在に否定的な見解を示すものとして、R. Goodman, “The Power to Kill or Capture Enemy Combatants”, *European Journal of International Law*, Vol. 24, No. 3 (2013), p. 824.

⁴⁰² *Helsinki Times*, *supra* note 331.

⁴⁰³ Brennan, *supra* note 349.

れる。また、邸宅への進入から15分ほど経過していたため、ビンラディンが不意打ちや自爆テロの準備をした可能性も否定できない状況であった⁴⁰⁴。こうした状況に鑑みると、敵対行為に直接参加するビンラディンの殺害は不必要な苦痛を与えるものとはいえ、国際人道法に違法する行為ではなかったものと結論づけられよう。

ビンラディンの殺害は、事実として不明瞭な部分が多いこととも相まって、その合法性が問題視されることとなった。しかし、当時、パキスタン国内でアメリカとアルカイダやTTP等の武装集団との間に非国際的武力紛争が生じていたため、その指導者として敵対行為に直接参加していたビンラディンは、国際人道法に違反することなく攻撃・殺傷の標的となりうる文民であったと考えられる。また、たとえ敵対行為に直接参加する者であっても、捕捉できる場合に殺害することを禁止する義務が慣習国際法上存在するかが問題となりうるが、その有無にかかわらず、ビンラディンは銃撃戦というかたちで抵抗する姿勢を示したため、敵・味方を含め最小限の生命の損失にとどめるという観点からも、ビンラディンの殺害は正当であったといえることができる。武力紛争時における敵対行為に直接参加する者に関しては、捕捉することが可能かどうか厳格に判断することまでは求められず、自軍または無辜の文民に危害を加えるおそれがある場合には、殺害することも許容されうることとなるのである。

本節では、ビンラディン殺害の国際人道法上の合法性の問題を中心に取り上げたが、パキスタンに対する領域主権侵害や武力行使禁止原則については、不朽の自由作戦の合法性によるものとして判断を留保した。現在も、アメリカを中心にテロ対策活動が展開されているが、国際秩序の維持を真に実現するためにも、現代における自衛権の解釈は極めて重要な意義を有することとなろう。また、「殺害するより捕捉する義務」については、ビンラディン殺害作戦の限りにおいては問題とはならなかったが、今日使用頻度の増している無人機による攻撃の場合、敵を捕捉することは極めて困難であるため、当該義務の存在の有無が合法性の重要な基準となりうる。ビンラディン殺害作戦に関して議論となった法的論点は、今後の対テロ戦争全般にわたる課題を示しており、そのような問題の解決こそが、安全保障と人権保障のバランスのとれたテロ対策の道を開くものと考えられよう。

⁴⁰⁴ M. Owen and K. Maurer, *No Easy Day: The Only First-Hand Account of the Navy Seal Mission that Killed Osama bin Laden* (2012), p. 264.

第4章 軍事的必要性にもとづく敵対行為規制

軍事的必要性 (military necessity/nécessité militaire) は、人道の考慮と対をなす国際人道法の基本法的原則 (principe constitutionnel) である。そして、軍事的必要性とは、「戦争目的を達成するために不可欠で、かつ現代の戦争の法規および慣行に従って合法的な措置の必要性」であると定義される (1863年の戦場における合衆国陸軍に対する訓令 (リーバー法典) 14条)。この定義は、約150年前に初めて定式化され⁴⁰⁵、また今日でもなお引用されることのある定義であるが⁴⁰⁶、この定義だけから軍事的必要性の果たしている役割や人道の考慮との関係性を十分に見いだすことは困難である。

軍事的必要性は、交戦当事者に戦争目的を達成するための行動の自由を付与するため⁴⁰⁷、講学上一般にその妥当範囲を狭く解すべきであるとされている。たとえば、強制移動の禁止に関するジュネーヴ第4条約49条は、軍事的必要性のある場合には、占領地住民の立退きを実施できることを規定している。同条のように、軍事的必要性に言及する条約規定は一般に、義務からの逸脱を認めるものとなっているため、人道の考慮の観点から、軍事的必要性の妥当する範囲を限定すべきと考える見解が多いのである。本論文では、この立場が着目する軍事的必要性のこうした消極的側面を、「義務逸脱機能」と呼ぶこととする。

これに対し、各国の軍隊の行動規範たる軍事マニュアルは、後述のとおり、軍事的必要性のない敵対行為は禁止されるという認識にもとづき、ある敵対行為の違法性は軍事的必要性の有無に応じて判断されるべき解釈問題との立場をとっている。つまり、各国の軍事マニュアルは、軍事的必要性の概念自体のなかに、一定の敵対行為を禁止または制限する要因を見いだしているのである。本論文では、この立場が着目する軍事的必要性のこうした積極的側面を、「敵対行為禁止・制限機能」と呼ぶこととする。

軍事的必要性にはこのような2つの機能があるにもかかわらず、一般には義務逸脱機能のみが注目されることが多い。しかし、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能を十分に考慮せず、義務逸脱機能のみに焦点をあて、人道の考慮の観点のみから敵対行為の法的規制のあり方を検討するならば、国際人道法における敵対行為の禁止規則の解釈を適切に行うことができない可能性が出てくるといえよう。

そこで本章では、まず軍事的必要性について議論の行われた国際文書や学説等を振り返ることで、実定国際法上軍事的必要性にいかなる機能が付与されてきたのかを考察する (第1節)。そのうえで、国際人道法の一般条約であるジュネーヴ諸条約第1追加議定書の起草

⁴⁰⁵ B. M. Carnahan, "Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity", *American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 2 (1998), p. 219.

⁴⁰⁶ たとえば、M. G. Cowling, "The Relationship between Military Necessity and the Principle of Superfluous Injury and Unnecessary Suffering in the Law of Armed Conflict", *South African Yearbook of International Law*, Vol. 25 (2000), pp. 134-135.

⁴⁰⁷ Y. Dinstein, "Military necessity", Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 7 (2012), p. 201.

過程における各国の議論から、軍事的必要性に関する国家の法認識を抽出することで、軍事的必要性の現代的意義を明確にする（第2節）。最後に、具体的分野として文化財保護の領域を取り上げ、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確認する（第3節）。このような検討を通じて、本章では、さまざまな批判のある一方で、軍事的必要性は現在でも国際人道法の基本法的原則として妥当しており、条約の作成過程のなかで重要な考慮要因とみなされているとともに、条約の解釈の段階でも敵対行為の違法性を判断する際に当該行為を制約する重要な役割を果たしていることを示していきたいと思う。

第1節 軍事的必要性に対する認識の変遷

軍事的必要性の概念は、古くは1625年のグロティウスの名著『戦争と平和の法』にその示唆を見いだすことができるが⁴⁰⁸、今日では学説や各国の軍事マニュアルなどにおいて、多様な展開をみせるに至っている。そこで以下では、まず学説、各国の軍事マニュアルおよび条約・国際文書を概観することで、軍事的必要性に関する議論の展開を歴史的にたどっていくことにする。

第1款 軍事的必要性の概念に関する見解の対立

(1) 軍事的必要性に対する消極的議論の背景

軍事的必要性は、戦争の必要性とも呼称されてきたが⁴⁰⁹、とりわけ武力不行使原則が確立した後は、軍事的必要性と呼ばれることが一般的である。今日比較的多く取り上げられる軍事的必要性の定義としては、本章の冒頭で取り上げたリーバー法典の定義よりも詳細に述べられた、第2次世界大戦後のいわゆる人質事件判決（米国軍事裁判所、1948年）の下記の言明を挙げるができる⁴¹⁰。

「軍事的必要性は、時間、生命、金銭において最も損失の少ない方法で敵を服従させるために、交戦当事者が戦争法に従ってあらゆる量および種類の力を行使することを許容する。一般に、軍事的必要性は、自軍の安全を確保するため、および作戦の成功を容易にするために必要な、占領国による措置を認める。」

1868年のサンクトペテルブルク宣言の前文では、軍事的必要性という戦争目的は「敵軍隊の弱体化」にあるとされていた。しかし、同宣言で示された戦争目的は、人質事件において、敵軍隊の弱体化から「敵の服従」へと修正されている⁴¹¹。このように、軍事的必要性の定義における戦争目的の拡大の影響を受けるかたちで、講学上、軍事的必要性の義務逸脱機能に対する危惧が一層広まることとなった。そのため、国際人道法の履行確保とい

⁴⁰⁸ H. Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres* (1625), liber 3, pp. 482-483 (一又正雄訳『戦争と平和の法』3巻(巖松堂、1951年)1121-1122頁)。

⁴⁰⁹ たとえば、Schwarzenberger, *supra* note 293, p. 9.

⁴¹⁰ *Trial of Wilhelm List and Others*, *supra* note 282, p. 66.

⁴¹¹ 軍事的必要性は純粋に防衛的な目的などのためにも認められうることを理由に、戦争目的を敵の服従に限定することの不適切性を指摘するものとして、N. Hayashi, “Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 28, No. 1 (2010), p. 60.

う観点から、軍事的必要性の妥当範囲は極力制限されるべきであるとの主張がしばしば行われている⁴¹²。

この主張の背景には、国際人道法の理念にもとる残虐行為等を許容するのが軍事的必要性、それを規制するのが人道の考慮であるとする赤十字国際委員会（ICRC）や旧ユーゴ国際刑事裁判所（ICTY）の人道的アプローチの影響を挙げることができる。ICRCのピクテが最初に用いたとされる「国際人道法」という名称は、まさに同法が「人道」の観点より規制を行う法であるとのアプローチを後押しするものとなった⁴¹³。また、ICTYのタジッチ事件においても、「国家主権志向アプローチは、人間志向アプローチに徐々に取って代わられてきている」とされたが⁴¹⁴、これは軍事的必要性と人道の考慮のバランスが後者優位にシフトしつつあることを示すものと解することができる⁴¹⁵。その結果、軍事的必要性は、人道の考慮と並び、国際人道法の基盤となる基本法的原則として位置づけられるにもかかわらず、主に、人道の考慮により軍事的必要性の義務逸脱機能が認められる範囲をできるだけ制限すべきであるというかたちで議論されることになるのである⁴¹⁶。

このように、学説においては軍事的必要性の義務逸脱機能に注目が集まっているといえる。また、たとえばジュネーヴ第4条約53条が「……私人に属し、又は国その他の当局、社会的団体若しくは協同団体に属する不動産又は動産の占領軍による破壊は、その破壊が軍事行動によって絶対的に必要とされる場合を除く外、禁止する」と規定しているように、条約においても義務逸脱機能を確認することができる。では、この不動産等の破壊禁止義務から逸脱することが許されるのはいかなる場合なのであろうか。53条は「破壊が軍事行動によって絶対的に必要とされる場合」と規定するが、この文言を解釈するにあたって、人道の考慮による制約のみを考慮すればよいのか、それとも軍事的必要性の観点から許容される範囲を考えるのか、あるいは人道の考慮と軍事的必要性の双方の観点から義務逸脱の可否・程度について判断するのかについて考えていく必要がある。以下では、軍事的必要性に関する各国の軍事マニュアルの立場を検討することで、敵対行為の合法性判断における人道の考慮と軍事的必要性の関係性について考察を行っていく。

⁴¹² Carnahan, *supra* note 405, p. 231.

⁴¹³ Pictet, *supra* note 242, p. 1. ICRCの認識によれば、国際人道法は、軍事的必要性の考慮を完全に排除することはできないが、人道的理由にもとづいて個人の尊重と保護を確保するための法であるとされる。竹本正幸「国際人道法」国際法学会編『国際関係法辞典〔第2版〕』（三省堂、2005年）293頁。

⁴¹⁴ *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a "Dule"*, *supra* note 148, para. 97.

⁴¹⁵ M. Schmitt, "Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law : Preserving the Delicate Balance", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, No. 4 (2010), pp. 819-820.

⁴¹⁶ たとえば、軍事的必要性は免責が条文上明記されている場合に規範からの逸脱を正当化しうることに着目する見解として、Dinstein, *supra* note 407, p. 204. また、今日軍事的必要性に言及されるのは、人道の考慮とのバランスの文脈のみにとどまることが多いとしたうえで、軍事的必要性がほとんど扱われなくなった原因は、人道の原則を強調するピクテの著書（J. Pictet, *Les principes du droit international humanitaire* (1967)）にあると指摘するものとして、R. Kolb, "La nécessité militaire dans le droit des conflits armés – Essai de clarification conceptuelle", *Colloque de Grenoble de la Société française de droit international* (2007), p. 152.

(2) 各国の軍事マニュアルにおける軍事的必要性の機能

軍事的必要性の概念に対しては、国際法学者よりも軍人の方が高い関心をもっているといわれる⁴¹⁷。というのも、軍事的必要性は戦争目的の達成に密接に関係するからである。そのため、ほとんどの国の軍事マニュアルでは、軍事的必要性に関する規定が設けられている。まず各国の軍事マニュアルに共通している点として、軍事的必要性は国際人道法からの逸脱を無条件に許容するものではないことを強調していることが挙げられる。たとえば、ドイツの軍事マニュアルは、軍事的必要性を「軍事的理由は、既存の国際人道法の規則からの逸脱を正当化しえない。軍事的利益は、禁止された手段によって追求されえない」と説明する⁴¹⁸。また、フランスの軍事マニュアルは、「軍事的必要性を援用することにより国際人道法の規則から逸脱することは、当該規則によりその可能性が明示的に規定されている場合にしかできない」と規定する⁴¹⁹。これらの軍事マニュアルは、軍事的必要性の義務逸脱機能は無条件には認めておらず、同機能を認める場合も、国際人道法上の禁止規則からの逸脱が明示に認められている場合に限定している⁴²⁰。

さらに、ドイツの軍事マニュアルは、「戦争においては、敵の服従のために必要な力の行使のみが許されている」と述べ⁴²¹、軍事的必要性にもとづく力の行使は「敵の服従」という戦争目的の範囲内でなされるべきとの見解を示している。また、イギリスの軍事マニュアルは、「他の方法で禁止されていない力の行使は、可能な限り早く敵の完全なまたは部分的な服従を達成するために必要である場合に正当である」とし⁴²²、さらにアメリカの軍事マニュアルも「軍事的必要性は時間、生命および物理的資源の最小限の損失で敵の部分的または完全な服従のために必要でないあらゆる種類または程度の力の行使を禁止する」と規定する⁴²³。この英米の軍事マニュアルは、軍事的に必要な行為が許容されるための条件のうち、敵の服従という戦争目的の範囲をより詳細に制限しようとしているものと考えられる。このように戦争目的の範囲が限定されるのは、イギリスの軍事マニュアルが述べるように、「必要のない力の使用は、不当な殺人または破壊を伴うため違法である」と考えられるためであるといえる⁴²⁴。換言すれば、この立場は、戦争目的を詳細化して戦争の惨害等を軽減する機能を軍事的必要性の概念自体に見いだしているという意味において、軍事的必要性の機能のなかでも敵対行為禁止・制限機能に注目する考え方であると評価するこ

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 152.

⁴¹⁸ Bundesministerium der Verteidigung, (Hrsg.), *Humanitäres Völkerrecht in bewaffneten Konflikten – Handbuch* – (1992), p. 13, para. 131.

⁴¹⁹ Ministère de la Défense, *Manuel de droit des conflits armés* (2001), p. 48.

⁴²⁰ 同様の記述として、UK Ministry of Defence, *supra* note 97, p. 22, para. 2.2.1 b; US Department of the Navy, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operation*, NWP 1-14M/MCWP 5-12-1/COMDTPUB P5800.7A (2007), p. 5-2, para. 5.3.1.

⁴²¹ Bundesministerium der Verteidigung, *supra* note 418, p. 13, para. 130.

⁴²² UK Ministry of Defence, *supra* note 97, p. 22, para. 2.2.1 c.

⁴²³ US Department of the Navy, *supra* note 420, p. 5-2, para. 5.3.1.

⁴²⁴ UK Ministry of Defence, *supra* note 97, p. 22, para. 2.2.1 d.

とができよう。

軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能については、軍事マニュアルだけでなく、学説上もこれに注目するものが存在する。たとえばコルブは、軍事的必要性の機能を遠心的な力（暴力の拡大）と向心的な力（暴力の制限）に分け、後者が許容される暴力を制限するように作用すると述べる。さらに、無益なことは法上常に違法である、なぜならそれは必要性がないからであるとも述べている⁴²⁵。また、カウリングは、「軍事的必要性により容認された措置は、軍事的目的の達成のために不可欠でなければならず、それゆえ他の種類の目的の達成のためのいかなる措置も禁止される」との見解を示している⁴²⁶。フィリップソンも、「作戦を遂行するために絶対的に必要である以上に大きい暴力を用いるべきではない」と述べている⁴²⁷。これらの見解は⁴²⁸、各国の軍事マニュアルと同様に、軍事的必要性の概念自体に、敵対行為禁止・制限機能が内在することを確認するものであると考えられる。

以上から、軍事的必要性により国際人道法上の義務からの逸脱が認められるのは、基本的に明示の規則が存在する場合に限定され、さらに戦争目的の範囲も軍事的必要性の概念自体により特定できるものと考えられているといえる。確かに、各国の軍事マニュアルは、人道の考慮による制約を否定しているわけではないが、ただちに人道の考慮による制約を考えるのではなく、第一義的には軍事的必要性に内在する敵対行為禁止・制限機能にもとづいて制約を加えることが重要であるとの立場をとっている。つまり、軍事マニュアルは、国際人道法の実際の適用の場面を想定しているがゆえに、軍事的必要性の義務逸脱機能と敵対行為禁止・制限機能のバランスを不可欠の要素とみなしているものと考えられるのである。

これまでの検討から、軍事的必要性の消極的側面である義務逸脱機能を強調し、これを人道の観点から制約しようと試みる見解がある一方で、軍事的必要性の積極的側面である敵対行為禁止・制限機能の存在を認め、軍事的必要性の概念それ自体による敵対行為の許容範囲の制約を図ろうとする見解も存在していることがわかった。以下では、これらの見解のうちのいずれが実定国際法上の諸国の法認識を適切に反映しているのかを明らかにするために、19世紀以降の軍事的必要性の発展の経緯をたどっていくことにする。

第2款 19世紀における軍事的必要性

(1) アメリカの実践における軍事的必要性

軍事的必要性の概念が登場するのは、主に19世紀以降のことである。ドイツでは学説に

⁴²⁵ Kolb, *supra* note 416, pp. 152, 164-165.

⁴²⁶ Cowling, *supra* note 406, p. 136.

⁴²⁷ C. Phillipson, *International Law and the Great War* (1915), p. 132.

⁴²⁸ 同様の見解として、N. C. H. Dunbar, "Military Necessity in War Crimes Trials", *British Year Book of International Law*, Vol. 29 (1952), p. 444; R. W. Tucker, *The Law of War and Neutrality at Sea* (1955), p. 369; E. Rauch, "Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre", *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, tome 19, n° 1-2 (1980), p. 210; C. J. Greenwood, "Historical Development and Legal Basis", Fleck (ed.), *supra* note 4, pp. 35-38.

より軍事的必要性に関係する理論が発展していったのに対し⁴²⁹、アメリカでは国内の裁判実践や立法を通じて軍事的必要性の内容の明確化が図られていくことになる。

19世紀前半のブラウン事件判決（アメリカ連邦最高裁、1814年）では、米英戦争中のアメリカ市民によるイギリス人財産の徴用が争点となったが、その際、政府による敵財産の徴用に関しても言及がなされた。そのなかで裁判所は、「政府の権力を尊重することは、疑問の余地なく受け入れられている。戦争が人を捕らえ敵財産を没収する完全な権利を主権者に与えることは、容認されている」と述べている⁴³⁰。ここでは、政府による敵財産の没収が許容されることが示されているが、本件の争点と直接的にかかわる論点ではないこともあり、軍事的必要性との関係でどのように許容されているのかなど、細部にまで踏み込んだ議論はなされなかった。

その後、ミッチェル対ハーモニー事件（アメリカ連邦最高裁、1851年）において、米墨戦争中のアメリカ陸軍将校によるメキシコ市民の財産の没収が争点となった。裁判所は、押収を正当化するためには、差し迫った危険があるか、または公的使用のために徴用する緊急の必要性がなければならないとしたうえで、本件においてはそのどちらも存在しないため、私有財産の押収は正当化されないと判示した⁴³¹。先述の各国の軍事マニュアルが、主に戦争目的の観点から軍事的必要性にもとづいて許容される敵対行為の範囲を限定しようとしていたのに対し、本判決は、私有財産の押収が認められるための具体的条件として差し迫った危険や緊急の必要性を挙げ、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能の内容を明確化している点は注目に値する。

こうした判決を経た後、1861年に勃発した南北戦争に際して、アメリカの軍事マニュアルたるリーバー法典が作成された⁴³²。この文書は、軍事マニュアルであり条約ではないが⁴³³、軍事的必要性に関する詳細な規定を設けているため、軍事的必要性の研究を行うにあたっては、今日なお注目を集めている。リーバー法典は、まず14条において本章の冒頭で取り

⁴²⁹ ドイツにおいては、マルテンス（G. F. de Martens）やヘフターらの学説に、軍事的必要性に関係する理論の萌芽がみられる。G. F. de Martens, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe* (3^e édition, 1821), pp. 461-462; A. W. Heffter, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart : auf den bisherigen Grundlagen* (4 Aufl., 1861), pp. 211-213; 江藤淳一『国際法における欠缺補充の法理』（有斐閣、2012年）16-18頁。これらが、リューダーの戦数理論へとつながり、後述のとおりドイツはこの理論にもとづいて2つの世界大戦を戦うことになる。C. Lueder, “Krieg und Kriegsrecht im Allgemeinen”, F. von Holtzendorff (Hrsg.), *Handbuch des Völkerrecht : auf Grundlage europäischer Staatspraxis*, Bd. 4 (1889), pp. 253-257.

⁴³⁰ *Armitz Brown v. the United States*, Supreme Court of the United States, 12 U.S. 110, p. 122.

⁴³¹ *David D. Mitchell, Plaintiff in error, v. Manuel X. Harmony*, Supreme Court of the United States, 54 U.S. 115, pp. 133-134.

⁴³² 江藤は、ミッチェル対ハーモニー事件とリーバー法典との関係について、裁判所で示された判断はもっぱら合衆国憲法上の大統領の権限の問題であり、戦争法における軍事的必要性に直接照らして判断がなされたわけでは必ずしもないとし、リーバーがそれを考慮して軍事的必要性の概念に直接結びつけたとみる十分な理由はないように思われると述べる。江藤『前掲書』（注429）21頁、江藤淳一「前掲論文」（注281）40頁。

⁴³³ D. A. Wells, *The Laws of Land Warfare : A Guide to the U.S. Army Manuals* (1992), p. 1.

上げた軍事的必要性の定義を規定している。続いて、15 条では、武装した敵への攻撃や武装した敵の捕獲など、軍事的必要性により認められる敵対行為が列挙されている。これに対し、16 条では、残虐行為や戦闘外での傷害など、軍事的必要性が無いとして認められない行為が列挙されている。リーバー法典のこれらの規定は、ある敵対行為が許容されるか否かについて、軍事的必要性の有無がその判断基準となっていることを示している⁴³⁴。

これに加えて、リーバー法典には、特定の敵対行為の禁止義務を定める条文においても軍事的必要性への言及がみられる。たとえば 38 条は、「私有財産は、……軍事的必要性によってのみ押収できる」と規定する。この私有財産の押収は、15 条にいう軍事的必要性があり一般に許容される行為とも、16 条にいう軍事的必要性がないために常に禁止される行為とも異なる。つまり、私有財産の押収は一般に禁止されるものの、軍事的必要性により認められる場合には、私有財産の押収は許容されることになる（義務逸脱機能）。しかし、私有財産の押収は、無条件に認められるのではなく、時と場合に応じて許容性の可否が異なる軍事的必要性の解釈問題であるといえる（敵対行為禁止・制限機能）。つまり、押収行為の許容性は、軍事的必要性の義務逸脱機能と敵対行為禁止・制限機能とのバランスのなかで決定されることになるのである⁴³⁵。

以上のように、アメリカの国内実践は、とりわけ敵国民の私有財産の没収に関して、軍事的必要性による没収を一般に禁止しつつも、一定の場合に軍事的必要性により許容されるとの立場をとっている。しかし、差し迫った危険や緊急の必要性などの条件を課すことで軍事的必要性により許容される場合を限定している。このような実践は、軍事的必要性に義務逸脱機能を認めつつも、軍事的必要性の概念に内在する敵対行為禁止・制限機能を通じて義務から逸脱できる範囲や条件が決定されるとの考え方を示すものと評価することができよう。

(2) 軍事的必要性と人道の考慮による重疊的制約 —サンクトペテルブルク宣言

軍事的必要性の概念が多数国間条約として初めて規定されることとなったのは、1868 年に採択されたサンクトペテルブルク宣言においてである。同宣言は、前文と 400 グラム未満の爆弾の使用禁止を規定する本文のみから成る条約であるが、そのなかに軍事的必要性の概念が凝縮されているといえる。

まず、同宣言は、前文の第 1 段落において、「国際軍事委員会が……戦争の必要が人道の要求に譲歩すべき技術上の制限を全会一致で確定した」ことを確認している。ここで示されている「戦争の必要」すなわち軍事的必要性の観念は、ある敵対行為を許容する際に問題となるものである。そのため、この文言に着目したうえで、軍事的必要性の範囲は可能

⁴³⁴ 江藤「前掲論文」(注 281) 39 頁。

⁴³⁵ 国際人道法の個別の規範がある行為を許容しているとしても、それはその行為が具体的な事態において合法となることをなお意味するものではないとしたうえで、その行為が合法か否かは制限的にはたらく軍事的必要性の一般原則の適用によるとするものとして、Kolb, *supra* note 416, pp. 165-166.

な限り狭められるべきとする見解もみられる⁴³⁶。ただし、前文の第 1 段落は、条約の規制対象とされている 400 グラム未満の爆弾の使用が、「戦争の必要」がさほど高くないがゆえに、「人道の要求」への配慮が可能となった結果、禁止されるに至ったことも同時に示している⁴³⁷。

他方で、軍事的必要性が高くない場合、人道の考慮に依拠せずとも、軍事的必要性の概念自体のなかで内在的な制約を課すことがある。サンクトペテルブルク宣言は、軍事的必要性の核心たる戦争目的に関して、前文の第 3 段落から第 5 段落において、「戦争中に諸国が定めるべき唯一の正当な目的は敵軍隊の弱体化」であることを規定し（第 3 段落）、この戦争目的を達成するためには「可能な限り多くの者を戦闘外におけば十分」であり（第 4 段落）、「すでに戦闘外におかれた者の苦痛を無益に増大させ、またはそれらの者の死を不可避とする兵器の使用は、この目的の範囲を超えるであろう」と定める（第 5 段落）。このように戦争目的に照らして軍事的必要性の有無を判断する立場は、先述のリーバー法典の 14～16 条と同様、戦争目的に適う敵対行為は許容されるが、戦争目的に反する敵対行為は認められないという考え方に基礎をおいている。この点において、サンクトペテルブルク宣言は、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能を内包しているといえることができるのである。

このように、戦闘外におかれた者の苦痛を無益に増大させる兵器は、戦争目的の範囲を超えると考えられることができるが、戦争目的の範囲を超えた場合に必ず戦争法に違反することになるかどうかは問題となる。この点、前文の第 6 段落は、「このような兵器の使用は人道の法 (*lois de l'humanité/laws of humanity*) に反するであろう (*serait ... contraire/would ... be contrary*)」と述べている。この文言を解釈すると、まず動詞句が条件法であることから、人道の法に反するかどうかは、個別具体的な状況に応じて判断すべき解釈問題であるといえよう。また、人道の法が *droit* ではなく *lois* であり、法のない場合に考慮されるマルテンス条項に含まれる人道の法と同じ文言であることに鑑みると、人道の法は実定戦争法と同義にとらえることはできない。これらのことを勘案すると、人道の考慮の観点から、あるいは人道の考慮と軍事的必要性による制約とが相まって違法性が判断されることから、戦争目的に反する行為ないし軍事的必要性を満たさない行為が即座に戦争法違反になると考えることは適切ではないといえるであろう。

このように、サンクトペテルブルク宣言は、軍事的必要性の内在的制約や人道の法による敵対行為の制限を挙げることで、400 グラム未満の爆弾の使用が禁止されることの理由を示すのである。このことは、400 グラム未満の爆弾の使用の禁止の根拠にまで踏み込むことで、仮に総加入条項の効果としてサンクトペテルブルク宣言の締約国が形式上は条約義務から解放されるとしても、軍事的必要性に内在する敵対行為禁止・制限機能や人道の法に

⁴³⁶ I. P. Blishchenko, “Les principes du droit international humanitaire”, C. Swinarski (ed.), *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge : en l'honneur de Jean Pictet* (1984), pp. 298-299.

⁴³⁷ Schwarzenberger, *supra* note 293, p. 11.

よる制約の観点から 400 グラム未満の爆弾の使用を禁止・制限する余地を残そうとする考えがあるといえるのである。つまり、サンクトペテルブルク宣言は、戦争の当事国に明文上の禁止義務が課されていない場合においても、軍事的必要性が、戦争目的との関係で、あるいは人道の法と相まって、一定の制約を課しようとの立場をとっていると評価することができるのである⁴³⁸。

(3) 軍事的必要性の有用性に対する疑問 — ハーグ陸戦条規

(a) ハーグ陸戦条規内の明文規定の意義

19 世紀も末、1899 年に、複数の国際法分野の法典化を目的として、ハーグ平和会議が開催された。その法典化作業の成果の 1 つとして作成されたのが、陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約（ハーグ陸戦条約）およびその附属規則である陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則（ハーグ陸戦規則）である（以下、両者を合わせて「ハーグ陸戦条規」とする）。

ハーグ陸戦条規は、1871 年に採択されたブリュッセル宣言の条約化を意図して作成されたものである。ブリュッセル宣言は、非拘束的文書ではあるものの、文明国の間で確立された慣習を法典化したものとして評価されている⁴³⁹。そのブリュッセル宣言を起草した会議においてロシアにより用意された草案 3 条には、「戦争目的を達成するために、戦争の法規・慣例に合致し、かつ戦争の必要性により正当化されるすべての手段およびすべての措置は許される」との文言が含まれていた⁴⁴⁰。しかし、本条は起草過程で削除されることとなったため、ブリュッセル宣言に軍事的必要性に関する一般条項はない。ハーグ陸戦条規は、このようなブリュッセル宣言を引き継ぐこととなったため、サンクトペテルブルク宣言とは異なり、軍事的必要性については、条約前文と規則 23 条 (g) においてわずかに規定するのみとなっている⁴⁴¹。

ハーグ陸戦条約の前文で今日でも脚光を浴びるのは、条約規定のない場合にも「慣習、人道ノ法則及公共良心ノ要求」に従うべきとする、いわゆるマルテンス条項である。これにより交戦者は、必ずしも明文の条約規定がなくとも、戦時においては常に人道の法則に従って行動することが要求されることとなった。これに対し、軍事的必要性に関する言及はあまり注目を集めないが、それに続く段落において、「軍事上ノ必要ノ許ス限努メテ戦争

⁴³⁸ コルブは、サンクトペテルブルク宣言の前文に言及し、暴力は戦争目的の達成のために必要な範囲内に限定されることを指摘する。Kolb, *supra* note 416, p. 164.

⁴³⁹ D. Schindler, “J. C. Bluntschli’s Contribution to the Law of War”, M. G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law : Liber Amicorum Lucius Caflisch* (2007), p. 453.

⁴⁴⁰ 草案 3 条は続けて、絶対的必要性のない行為に責任を有する者の処罰を規定しているが、責任者の処罰と軍事的必要性の関係が不明確なことに加え、戦争の必要性と絶対的必要性の相違についての言及もなく、全体として明瞭性に欠ける条文であった。C. Samwer et J. Hopf, *Nouveau recueil général de traités*, 2^e série, tome 4 (1879), p. 6.

⁴⁴¹ 軍事的必要性と類似の文言が含まれている条文および起草過程で削除された条文については、江藤『前掲書』（注 429）67-70 頁。

ノ惨害ヲ輕減スルノ希望ヲ以テ定メラレタ」ものであるとの認識が示されている⁴⁴²。この前文の文言から、同条約は軍事的必要性の許す範囲で作成されたことがわかる。つまり、実際には条約を作成する大前提として軍事的必要性が考慮されており、軍事的必要性のない行為が禁止され、また低い行為は制限されるべきとの認識のもとで、各規則の作成が行われたと解すことができるのである。

他方で、個別の条文に軍事的必要性が明記されたのは、ハーグ陸戦規則 23 条 (g) のみである。本条は、「戦争ノ必要上万已ムヲ得サル場合ヲ除クノ外敵ノ財産ヲ破壊シ又ハ押収スルコト」を禁止している。このような軍事的必要性がない場合の敵財産の破壊・押収の禁止は、アメリカの判例やリーバー法典にもみられた規則であり、ハーグ陸戦条規が採択された時点で慣習法化していたと考えられる⁴⁴³。また、公定訳の「万已ムヲ得サル」の文言は、フランス語では“impérieusement”、英語では“imperatively”であり、本条の内容は戦争の必要性により絶対的に要請される場合にのみ敵財産を押収できるということである。このことは、ただ軍事的必要性があるというだけでは財産を押収できず、高い軍事的必要性がある場合にのみ押収できることを意味し⁴⁴⁴、軍事的必要性の低い行為は、「戦争ノ惨害ヲ輕減スル」ために禁止されることを示しているのである。

以上の検討から、ハーグ陸戦条規は、①明文で規定されている義務逸脱機能と、②軍事的必要性への言及を含む条文を解釈するときだけでなく、明文規定のないときにも機能する敵対行為禁止・制限機能の双方を規定しているといえる。換言すると、ハーグ陸戦条規は、①について、絶対的な要請によって初めて義務からの逸脱が認められるとすることで、軍事的必要性にもとづく敵財産の破壊・押収が許容される範囲を相当程度限定する一方、条約前文で②の敵対行為禁止・制限機能を示すことで、仮に明文規定がない場合でも紛争の惨害等を軽減する方向での法規制を行える余地を残そうとしているのである。しかしながら、文言上は極めて簡素なかたちにとどまっているため、前述のサンクトペテルブルク宣言と比べてその存在意義がみえにくくなったことも事実である。それゆえ、マルテンス条項にあらわれる人道の考慮が脚光を浴びることになったこととも相まって、軍事的必要性の意義はあまり顧みられなくなったのである。

(b) 戦数の影響による軍事的必要性概念の局限化

⁴⁴² この文言のなかに軍事的必要性の例外への最優先の関心が認められるとする見解として、C. J. S. Forrest, “The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property during Armed Conflicts”, *California Western International Law Journal*, Vol. 37, No. 2 (2007), p. 189.

⁴⁴³ 竹本正幸「陸戦における私有財産尊重の原則 —その形成過程について—」同『前掲書』（注 117）9, 47 頁。同規則は、既存の慣習国際法の明文化を試みた 1874 年のブリュッセル宣言（13 条 (g)）や、1880 年のいわゆるオックスフォード・マニュアル（32 条）にも規定されている。D. Schindler and J. Toman (eds.), *The laws of Armed Conflicts : A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents* (4th edition, 2004), pp. 24, 34.

⁴⁴⁴ 「絶対的な必要性」の語は、損害または苦痛がより少ない実効的な合法的軍事手段が存在しないことを意味する。W. V. O'Brien, “The Meaning of Military Necessity in International Law”, *World Polity*, Vol. 1 (1957), p. 141.

ハーグ陸戦条規において、軍事的必要性に関する規定がほとんどみられなくなった原因として、上述の人道の考慮を優先する傾向だけでなく、軍事的必要性の定義や機能について各国の間で合意できなかつた点も挙げることができる。その主たる原因は、多くの欧米諸国にみられる軍事的必要性の考え方と、ドイツにおける戦数理論との対立にあった。戦数とは、交戦国が戦争法規を守ることによって自国の重大利益が危険にさらされるような例外的な場合には戦争法の拘束から解放されるとする理論、すなわち、「戦争の必要が戦争法に優先する」という考え方である⁴⁴⁵。これに対して、他の欧米諸国は、戦争の必要性は略奪の禁止などの明文化された禁止規則からの逸脱までも許すものではないと考えていた⁴⁴⁶。

ハーグ陸戦条規において、軍事的必要性があまりみられなくなったことに戦数が影響を与えた理由は、戦数そのものが軍事的必要性の考え方の 1 つであるためである。“Kriegsraison”というドイツ語の訳語としての戦数という用語から推測することは困難であるが、仮に戦数を英訳すると“necessity of war”ないし“military necessity”となる⁴⁴⁷。戦数は、戦争目的達成のために不可欠のものであるという点で一般的な軍事的必要性和共通する点を有しているが、両者は戦争法を超えて認められるか、あるいは戦争法の範囲内でのみ認められるかという点で立場が大きく異なることになる。敗北を避け勝利を得るために、交戦国が戦争法の拘束から免れるのは当然であるとするのが戦数の考え方である⁴⁴⁸。この戦数の理論が展開されることにより、戦数を含めた広義の軍事的必要性に向けられる関心は、戦争法の遵守の安定性を阻害しないかどうか、条約の実効性を害しないかどうかといった消極的観点に集中することになった。こうして、注目が集まるのは概して軍事的必要性の義務逸脱機能となり、その反面、敵対行為禁止・制限機能は一層影をひそめることとなったのである。

第 3 款 第 2 次世界大戦後の軍事的必要性の議論

(1) 抗弁事由としての軍事的必要性 — 第 2 次世界大戦後の戦争犯罪裁判

軍事的必要性和戦数との論争は決着をみないまま第 2 次世界大戦を迎え⁴⁴⁹、ナチス・ドイツは戦数にもとづいた戦争法からの逸脱を繰り返すことになる。その後、第 2 次世界大戦に敗れたドイツの将兵らは、大戦中の戦争犯罪について、ニュルンベルク国際軍事裁判所や各国の軍事裁判所においてその責任を追及されることとなった。それらの裁判におい

⁴⁴⁵ 竹本正幸「戦数」国際法学会編『国際法辞典』（鹿島出版会、1975年）400頁。

⁴⁴⁶ こうした考え方を示しているものとして、J. Westlake, *International Law*, Vol. 2 : War (1907), pp. 115-117; L. Oppenheim, *International Law : A Treatise*, Vol. 2 : War and Neutrality (1906), p. 79.

⁴⁴⁷ 竹本「前掲論文」（注 445）400頁。

⁴⁴⁸ Lueder, *supra* note 429, p. 254.

⁴⁴⁹ 第 1 次世界大戦においてドイツが戦数理論に依拠していたことについては、H. H. L. Bellot, “War Crimes : Their Prevention and Punishment”, *Transactions Grotius Society*, Vol. 2 (1917), pp. 31-32.

ては、大戦中に行われた戦争法違反について、戦数を含めた広義の軍事的必要性にもとづく抗弁が数多くなされたが⁴⁵⁰、少なくとも戦数理論にもとづくものはすべて否定されることになった⁴⁵¹。

これらの裁判所の判決では、軍事的必要性の有無が敵対行為の許容性の判断基準として用いられている。たとえば、ペレウス号事件（英国軍事裁判所、1945年）では、ドイツの潜水艦が連合国の商船ペレウス号を撃沈した際、いかだに乗り、または浮遊する木片につかまって生存していた乗組員を皆殺しにしたことが問題となった⁴⁵²。被告人エックは、自らの潜水艦を守るためにペレウス号のあらゆる形跡を消すことが軍事作戦上必要であったとの抗弁を展開した。これに対して裁判官は、現場で巡航していた5時間の間にそこから逃げれば足りたとする法務官の指摘を受け、本件殺害行為は作戦上必要なかったとしてエックの有罪判決を下している。つまり、海戦における人命救助に関する明文の条約規定がないなかでも、ある敵対行為が軍事的必要性により正当化されるかどうかは、より危害の少ない他の代替手段の存否に照らして判断されるという意味において、本判決は軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能の重要性を示した先例と位置づけることができよう。

ハーグ陸戦規則のなかで唯一軍事的必要性への明示的言及のある敵財産の破壊についても軍事的必要性にもとづく抗弁がなされた事例がある。マンシュタイン陸軍元帥事件（英国軍事裁判所、1949年）において、被告人は、占領したロシア領域から退却するにあたり、ロシア軍の追撃を遅らせるために建物を破壊し、またゲリラ活動やその後の労働力の増加を防ぐために住民を立ち退かせたが、これらは軍事的必要性により正当化されると主張した。これに対し、法務官は、ハーグ陸戦規則23条(g)の「戦争の必要性」は単なる利益ではなく、さらに絶対的なものでなければならないと主張した。結局、本件で有罪となったのは住民の大量移送に関してのみであり⁴⁵³、財産の破壊については無罪となった。この無罪の理由は述べられていないものの、23条(g)は本来義務逸脱機能を規定しているものである一方、本判決は義務からの逸脱を無条件に認めるのではなく、法務官の主張にみられる軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能との関係を考慮したうえで義務からの逸脱を

⁴⁵⁰ これらの戦争犯罪裁判における軍事的必要性の抗弁の概要については、Dunbar, *supra* note 428, pp. 442-452.

⁴⁵¹ たとえば、ニュルンベルク国際軍事裁判所の判決として、*The Krupp Trial : Trial of Alfried Felix Alwyn Krupp von Bohlen und Halbach and Eleven Others*, United States Military Tribunal, Nurmberg (June 1948), *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 10 (1949), pp. 138-139. アメリカの軍事委員会の判決として、*Trial of Gunther Thiele and Georg Steinert*, Case No. 14, United States Military Commission, (June, 1945), *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 3 (1948), pp. 56-59.

⁴⁵² *The Peleus Case : Trial of Kapitänleutnant Heinz Eck and Four Others for the Killing of Members of the Crew of the Greek Steamship Peleus, Sunk on the High Seas*, British Military Court for the Trial of War Criminals (17-20 October 1945), *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. 1 (1947), pp. 1-21.

⁴⁵³ *In re von Lewonski*, British Military Court (December 1949), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases 1949*, Vol. 16 (1955), pp. 521-523.

容認したと解すことのできる事例と考えることができる⁴⁵⁴。

このように、各国の軍事裁判所等で軍事的必要性の概念について明確化・精緻化が図られたことは意義のあることであった。実際の裁判では、ペレウス号事件のように、明文の条約規定がないなかでも、戦争の惨害等を軽減するために、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能から戦争犯罪についての有罪が決定された事件があったことは忘れてはならない。しかし、被告人が軍事的必要性にもとづく抗弁をするたびにそれが否定されるという裁判の繰返しは、軍事的必要性に消極的な印象を与える結果ともなった。軍事的必要性は、違法または不当な行為を擁護する言い訳として用いられるものであり、認められるべきではないという動向である。さらに、戦数を否定する文脈で、条約上の義務からの逸脱は、軍事的必要性にもとづく逸脱が明文の規定で許されるのでない限り、認められるものではないことが強調された。他方で、先述のとおり、ハーグ陸戦規則には敵財産の破壊の禁止に関する 23 条 (g) にしか軍事的必要性による義務逸脱を明示的に認める規定はない。そのため、軍事的必要性による条約上の義務からの逸脱が認められたのは、敵財産の破壊の場合のみであった。このような経緯から、軍事的必要性の義務逸脱機能が妥当する範囲もまた、極小化して考えられるようになっていったのである。

(2) 国連憲章上の武力不行使原則の影響

第 2 次世界大戦の終結に伴い、軍事的必要性の存在が消極的にとらえられるようになった理由は、一連の戦争犯罪裁判だけにあるのではない。より大きな理由として、国連憲章において、戦争を含む武力行使を禁止する武力不行使原則が規定されたことを挙げることができる。戦争の存在を前提とする戦争法は、武力行使が全般的に違法化された以上その存在価値を失ったようにも思われる。しかし、武力紛争が現実になくなったわけではなく、既存の戦争法のすべてが必要なくなったわけではない⁴⁵⁵。そのため、国連国際法委員会 (ILC) では、自らが行う法典化作業の対象に戦争法を含めるべきか否かについて議論が交わされた。

ILC の議論の過程では、戦争法を法典化の対象に含めるべきであるとの考えも少なくなかった。たとえば、まずフランスが、空戦に関する法規が時代遅れになっていることなどを指摘している⁴⁵⁶。またセルは、憲章が戦争を違法化したため、戦争法、すなわち犯罪行為を行う国家の権利に関する法の問題は実際にはもはや存在しないが、委員会は国際関係における武力行使の規制を検討する必要があるため、別のトピック名に変えて検討すべきと主張した⁴⁵⁷。シューも、安保理により命じられる戦争があることや自衛の戦争の可能性

⁴⁵⁴ 法務官の主張にもかかわらず、破壊に関する軍事的必要性の抗弁が認められたとの見解を示すものとして、Dunbar, *supra* note 428, pp. 450-451.

⁴⁵⁵ J. L. Kunz, "The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for Their Revision", *American Journal of International Law*, Vol. 45, No. 1 (1951), pp. 53-54.

⁴⁵⁶ *Yearbook of the International Law Commission*, 1949, Vol. 1 (1956), p. 17, para. 23.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 51, para. 47.

があることなどに言及して、戦争法に関する規則を起草することが不可欠であるとしている⁴⁵⁸。

ただし、セルが国際警察力の使用規制ないし国際刑事法のかたちで法典化すべきであると述べているように⁴⁵⁹、従来からの戦争法をそのまま法典化の対象に含めることには一致した懸念があった。また、コレツキーのように、委員会が戦争法の法典化を行えば、委員会は第3次世界大戦の政治的および法的準備に参加していると非難されうるため、委員会は全面的に戦争法の議論を拒否すべきであるとの意見もあった⁴⁶⁰。ブライアリーも、戦争法を委員会の研究題目リストに含めることを否定したが⁴⁶¹、そのブライアリーが示した理由が総会に提出する下記の報告書草案に記載されることとなった。

報告書草案では、委員会は戦争法を法典化項目の対象外にすることが宣言された。その理由として、委員会がまさに自らの作業の開始時にこの研究に着手すれば、国連の平和維持任務の実効性に対する世論の信頼を失うであろうことが挙げられている。さらに、国際紛争の平和的解決の題目を法典化の対象から外したため、より一層戦争法の問題は扱うべきではないことが最後に付言されていたが、この1文は最終的に削除されるに至った⁴⁶²。

戦争法が実際には必要であるにもかかわらず、ILCの法典化対象項目とされなかった大きな理由は、国際世論にある。当時まだ第2次世界大戦の恐怖が世界の人民の記憶に新しかったため、ILCが戦争法の主題を扱えば、その行動は国際世論に不幸な精神的影響を与えることが懸念された⁴⁶³。こうした世論の影響により、かつてのように、その新しい法規を決闘のルールとして位置づけることはもはやできず、交戦「国」とは別の、戦闘の外にある「個人」の保護を法益とする法規が求められることになったのである⁴⁶⁴。

(3) 1949年ジュネーヴ諸条約における軍事的必要性

上述のとおり、武力不行使原則の確立の影響を受けるかたちで、戦争法の議論を従来どおり行うことを忌避する傾向が生まれ、人道の考慮が主たる議論の対象となっていた。そのため、第2次世界大戦後は、敵対行為の実施を規制するハーグ法は法典化の対象から外され、戦闘の外にある者（hors de combat）の保護に関するジュネーヴ法のみが法典化の対象とされた⁴⁶⁵。その結果できあがったのが、傷病者に関する第1条約（傷病者条約）、海上の傷病者に関する第2条約（海上傷病者条約）、捕虜に関する第3条約（捕虜条約）、文民に関する第4条約（文民条約）の4つの条約（ジュネーヴ諸条約）である。第1～3条約が既存の条約の改定に基礎をおいているのに対し、文民の保護を直接に規定した第4条約は

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 51, para. 52.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, pp. 51-52, paras. 49, 61.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 52, para. 54.

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 52, para. 55.

⁴⁶² *Ibid.*, pp. 263-264, paras. 19-24.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 225, footnote 5.

⁴⁶⁴ 石本『前掲書』（注11）17頁。

⁴⁶⁵ 藤田『前掲書』（注1）26頁。

画期的なものであった。

ジュネーヴ諸条約は、軍事的必要性に対する消極的な風潮が漂うなかで起草されたため、軍事的必要性を積極的に位置づけるような定義条項は当然設けられなかった。そして、ハーグ陸戦条約までは前文にその姿をみせていた軍事的必要性は、ついに個別条文にしか規定されなくなった。とりわけ第1～3条約においては、軍事的必要性は一般に、条約上重要な位置を与えられていない。たとえば、「緊急な軍事上の必要がある場合に」衛生機関の建物や材料を使用できることを規定する第1条約33条2項や、「緊急な軍事上の必要がある場合に」傷病者の看護を確保した後に軍艦内の病室を他の目的に使用できることを規定する第2条約28条、軍事的・政治的理由により、できる限り短い期間で捕虜の通信を一時的に禁止できることを規定する第3条約76条3項などがある⁴⁶⁶。

このように、ジュネーヴ諸条約においては、軍事的必要性はあまり重要性を与えられていないかにみえる。しかし、条約の起草過程をみると、各国が軍事的必要性を無視ないし軽視していたと単純に評価することはできない。たとえば、占領地住民の国外移送の「物理的必要性」に関する第4条約草案45条の議論のなかで、ソ連による同文言の削除案に対し、アメリカは日本に移送されたウェイク島の住民の例を挙げ、小さな島内での立退きが物理的に不可能な場合があることを指摘し、物理的必要性という文言の維持を主張している⁴⁶⁷。また、占領地の私有財産の破壊の禁止に関する同草案48条Aの議論においては、ソ連が、レニングラードなどの町は軍事的必要性がないにもかかわらずドイツの爆撃により破壊されたことを想起し、このようなことが繰り返されてはならないと述べている⁴⁶⁸。このような起草過程における議論からも、各国はそれぞれの行為の軍事的必要性の有無について、具体的な事態を想定しつつ条文の起草を行っていたことを看取できる。

また、利益保護国の活動については、共通8条（第4条約のみ9条）として4つの条約すべてに規定されているが、草案ではそのすべての条約に軍事的必要性にもとづく活動制限条項が設けられていた。これに対し、ニュージーランドが、捕虜と文民の保護は利益保護国による監視や報告にまさにその本質があるため、傷病者の保護に関する第1条約や第2条約とは異なり、第3条約と第4条約からは軍事的必要性による活動制限条項を削除すべきとの提案を行った。この提案に対しては、ソ連が現実には活動を制限しなければならない軍事的必要性がある場合を指摘し反対したが、それ以外に反対はみられず、そのまま投票に付された。その結果、第3条約については23対6（棄権6）で、第4条約については25対0（棄権9）でニュージーランドの削除案が採択されている⁴⁶⁹。

この起草経緯からも、各国が各条文の細部にわたるまで軍事的必要性の有無を入念に検

⁴⁶⁶ 以下の条文に、軍事的必要性がある場合に義務が課されないことが規定されている。第1条約8, 30, 32, 33, 34, 50条。第2条約8, 28, 51条。第3条約76, 126条。第4条約30, 49, 53, 55, 108, 112, 143, 147条。

⁴⁶⁷ *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, supra note 115, tome II-A, p. 649.*

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 705.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, tome II-B, pp. 339-342.

討していたことや、軍事的必要性に言及のない条文においても軍事的必要性が考慮されていたことがわかる。しかし、こうした入念な検討が行われた結果、かえって軍事的必要性は条約規定にあまり反映されないこととなったことも確かである。そのため、しばしばこのような条約の文言だけをみて、ジュネーヴ諸条約においては、人道の考慮が軍事的必要性に勝ったと評価されることがある⁴⁷⁰。確かに、人道の考慮が条約全体に通底している一方で、軍事的必要性は明文上重要な位置づけを与えられていない。しかし、これらの条約がいわゆるジュネーヴ法を規定するものであり、条約の被保護対象が戦闘外にある者または自国の権力下におかれている者である点には注意しなければならない。軍事的必要性の観点からも、そもそも彼らを殺傷することは、戦争目的の達成に資さないため軍事的必要性を見いだしうるものではない⁴⁷¹。武力不行使原則の確立や戦後の戦争犯罪裁判にもとづく風潮とも相まって、人道の考慮にもとづく規制のみが強調されることとなったが、条約交渉の過程からも、より根本的には、戦闘外にある者または自国の権力下にある者に対する敵対行為はそもそも軍事的必要性がないという考慮がこうした規制のあり方を可能にしていたともいえる。そのため、戦闘外にある者・自国の権力下にある者を対象とするジュネーヴ諸条約の規律範囲においては、軍事的必要性と人道の考慮を対立的・対抗的な概念ととらえるよりも、軍事的に必要な行為を人道的観点から禁止するという意味で、両概念が相互補完的な関係にあるとみた方がより適切であると考えられよう⁴⁷²。

第2節 ジュネーヴ諸条約第1追加議定書上の軍事的必要性

第1款 人道の考慮への関心の拡大

ジュネーヴ諸条約の採択時には、第2次世界大戦の影響がなお強く、軍事的必要性の概念が戦争の積極的な遂行と強く結びつきうる懸念が強く存在していた。その一方で、国連はいわゆる平時における人権の保護への取組みを徐々に強化していくことになる。1949年にジュネーヴ諸条約が採択される1年前には、すでに世界人権宣言が採択されているが、1966年に国際人権両規約が採択されたことは、そのもっとも大きな成果であるといえよう。

その後も人権保障への関心は拡大し続け、武力紛争時にも人権は尊重されるべきという傾向があらわれ始める。国連が最初に武力紛争時における人権問題に着手したといわれるのは、世界人権宣言から20周年にあたる1968年にテヘランで開かれた国際人権会議の際

⁴⁷⁰ J. Pictet, “Les principes du droit international humanitaire”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, tome 48, n° 573 (1966), pp. 413-414.

⁴⁷¹ 以前は、戦時復讐の文脈で捕虜の殺害がなされることがあった。しかし、軍事的利益よりも敵愾心を煽ることによる不利益の方が大きいため、軍事的必要性は見いだされず、戦時復讐によるものも含めて捕虜の殺傷は禁止されるに至った。藤田「前掲論文」(注289)60頁。

⁴⁷² 「軍事的必要性の原則は人道の原則と同じ方向に向かう。ここに対立はなく、競合する両概念の間の衡量もない」とする見解として、Kolb, *supra* note 416, p. 166.

である⁴⁷³。同会議で採択された「武力紛争における人権」と題する決議は、1949年のジュネーブ諸条約などの規律範囲がなお不十分であることなどを考慮しつつ、事務総長に国際人道法に関する条約のよりよい適用の確保や改定の必要性について研究することなどを要請した⁴⁷⁴。このイニシアティブを引き継ぎ、国連総会が同年に「武力紛争における人権の尊重」と題するテヘラン会議の決議と同旨の決議2444を採択したが、本決議は国連が戦闘の外にある者の保護等に関するジュネーブ法のみならず戦闘手段・方法の規制等に関するハーグ法にまで関心を有していることを示す文書となっていた⁴⁷⁵。さらに、これらの決議の要請を受け、1969年と1970年に同じく「武力紛争における人権の尊重」と題する大部の報告書が国連事務総長により提出されたが、同報告書では当時の新しいタイプの武力紛争における人民の保護に関する多くの問題が明らかにされることになった⁴⁷⁶。

このような国連の関与により、国際社会には人権ないし人道の見地から国際人道法を取り上げる傾向が次第に拡大していくことになった。そして、国連とICRCとの間で協議がなされた後、1973年にICRCにより1949年のジュネーブ諸条約に関する2つの追加議定書の草案が用意された⁴⁷⁷。こうして、両追加議定書が作成される1974年から1977年の「国際人道法の再確認と発展に関する外交会議」は、1949年のジュネーブ諸条約の起草時に比べても、人道の考慮が一層強く意識されるなかで行われることとなった。戦争法や武力紛争法という名称に代わり、ピクテが提唱した国際人道法という名称が一般的に使用されるようになるのもこの頃からである⁴⁷⁸。

第2款 武力紛争時における軍事的必要性の機能

(1) 軍事的必要性による義務逸脱の明文規定

ジュネーブ諸条約第1追加議定書の起草作業は、前節で述べた流れを受け、国連やICRC

⁴⁷³ 寺谷「前掲論文」(注12)213頁、松葉真美「国際人道法と国際人権法の相互作用 一人道法は人権法に優先するのか」『レファレンス』58巻7号(2008年)48頁。

⁴⁷⁴ Resolution XXIII, Human Rights in Armed Conflicts (12 May 1968), *American Journal of International Law*, Vol. 63, No. 3 (1969), pp. 680-681.

⁴⁷⁵ UN General Assembly Resolution 2444 (XXIII). Respect for Human Rights in Armed Conflicts (19 December 1968), para. 1.

⁴⁷⁶ 事務総長のこれらの報告書は、人道の考慮を強調するものであったが、詳細にみると軍事的必要性にまったく考慮が払われていないわけではなかった。たとえば1969年の報告書では、「戦争の必要性和文明の基準の要請の間での妥協」を目指した1923年の空戦規則案が条約化に成功しなかったことや、1949年ジュネーブ諸条約の義務は、特定の規定において明記されていない限り、以前の条約で「軍事的必要性」として言及されてきたものに服さないということなどが確認されている。Respect for Human Rights in Armed Conflicts, *Report of the Secretary-General*, A/7720 (20 November 1969), pp. 23, 25, paras. 52, 58. また、1970年の報告書では、ゲリラ戦の許容性に関する議論のなかで軍事的必要性への言及がなされている。Respect for Human Rights in Armed Conflicts, *Report of the Secretary-General*, A/8052 (18 September 1970), pp. 57, 60, 72, paras. 181, 191, 230.

⁴⁷⁷ Projets de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949, *Actes de la Conférence*, supra note 116, Vol.1, 3^e partie, pp. 1-46.

⁴⁷⁸ 田中「前掲論文」(注277)117頁。

によりつくりあげられた人道の考慮重視の雰囲気の中かで始まった。1971年3月に開かれた赤十字専門家会議では、当時の ICRC 総裁であるナヴィル (Naville) が次のように述べている⁴⁷⁹。

「人道法の起草において、政府案と外交会議案が接近するにつれ、国家安全保障の要求または軍事的必要性と呼ばれるものが一層顕著になっている。確かに、すべての実効的な規則はそのことを考慮しなければならない。しかし、赤十字は全体として、一定の基本的な人道の要請が他のあらゆる考慮に優位することも理解させなければならない。」

これを受け、同年5月から6月にかけて開かれた政府専門家会議では、新しい人道の要請のもと追加的な文書を作成する必要があることが確認された⁴⁸⁰。しかし、こうした ICRC の立場に対し、多くの専門家は会議の作業は現実的アプローチにもとづいて行われるべきであることを主張していた。さらに、政府によって受け入れられる文書の準備が必要であるとされ、「人道の要請」と「軍事的必要性」の間の不可欠の調和、および理想と現実の間の必要なバランスが強調された⁴⁸¹。このように、決議等の非拘束的文書ではなく、国家を拘束する条約の作成となると、国連や ICRC の場で示される国際社会の趨勢と国家の武力紛争に関する認識との間に齟齬が生まれてきていることがわかる。

しかし、このような各国の専門家の意見に耳を傾けつつも、1973年に ICRC により作成された第1追加議定書の草案は⁴⁸²、軍事的必要性にもとづく義務からの逸脱をほぼ認めないものとなっていた。草案で明示的に軍事的必要性に言及されていたのは、「絶対的な軍事的必要性がある場合を除き、紛争当事国は、文民団体がその任務を自由に遂行することを許可しなければならない」と規定する、文民保護組織の活動に関する草案55条1項のみであった（現62条1項）⁴⁸³。

しかし、外交会議の過程で、軍事的必要性を含む規定が新たに3つ設けられることとなった。1つ目は、文民保護組織について規定した上記の草案55条の3項である。同項は、文民保護組織が使用する建物や物品の破壊の禁止を規定していた。この条文について、デンマーク等5か国の共同提案として、「絶対的な軍事的必要性がある場合を除き、文民保護のために用いられる物を破壊しまたは使用目的を変更してはならない」と修正する案が提出された⁴⁸⁴。その後、文民保護組織は軍によるものと軍以外によるものとに分けられるこ

⁴⁷⁹ Conférence d'experts de la Croix-Rouge, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, tome 53, n° 628 (1971), p. 223.

⁴⁸⁰ Conférence d'experts gouvernementaux, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, tome 53, n° 634 (1971), p. 598, para. 11.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 599, para. 13.

⁴⁸² 国連による積極的関与を受けつつも、1949年のジュネーヴ諸条約の作成以降、継続的に新しい条約を作成するためのイニシアティブをとってきた ICRC が両追加議定書案を作成するに至るまでの経緯については、竹本正幸「一九四九年ジュネーヴ諸条約に追加される二つの議定書について」同『前掲書』（注40）202-206頁。

⁴⁸³ *Actes de la Conférence*, *supra* note 116, Vol.1, 3^e partie, p. 19.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, Vol. 3, p. 263.

とになるが⁴⁸⁵、敵対当事者の権力内に陥った軍の文民保護組織の物品・建物については、軍事的必要性がある場合には使用目的の変更が許されることとなった（現 67 条 4 項）⁴⁸⁶。

2 つ目は、救済要員の活動についてである。草案では、62 条で救済活動に関する一般規定が用意されていたが、救済要員についてより具体的に規定することが求められ、第 2 委員会の作業部会で草案 62 条の 2 として救済要員に関する規定が採択された⁴⁸⁷。その 62 条の 2 の 3 項に、「絶対的な軍事上の必要がある場合に限り、救済要員の活動を制限し、またはその移動を一時的に制限することができる」との文言が挿入されることとなり、この規定が現在の 71 条 3 項となっている。

3 つ目は、文民たる住民の生存に不可欠な物の保護についてである。この保護については、文民に関する一般規定として草案 48 条に、また紛争当事者の権力下にある者の待遇として草案 66 条に規定されていた。これらはほぼ同内容の保護を規定するものであり、理由のいかなを問わずその破壊や移動を禁止する条文であった。このうち草案 66 条 2 項の文言を、「48 条に含まれる禁止は、それからの逸脱が絶対的な軍事的必要性によって要求される場合を除き、自国の支配下にある紛争当事国の国家領域に適用される」とする修正案が、オランダ、イギリス、アメリカにより提出された⁴⁸⁸。その後、草案 48 条と 66 条は統合され現 54 条となるが、この軍事的必要性による逸脱を認める修正案は、必要な修正を加えて同条 5 項に結実することとなった。

以上の 4 か条が、第 1 追加議定書において軍事的必要性の義務逸脱機能を明示的に認めた規定である。1949 年のジュネーヴ諸条約では、合計 19 の条文で軍事的必要性に言及がなされていたのに比べると、その数はかなり減少している。さらに、人の殺傷にかかわる最重要規定については軍事的必要性による例外を認めていない点などに鑑みると、ジュネーヴ諸条約以上に人道の考慮が全体に通底している第 1 追加議定書においては、一見するともはや軍事的必要性は重要視されていないようにも思われる。しかし、起草過程や ICRC のコメントをみても、軍事的必要性は条約規定の作成や解釈のいたるところで重要な考慮要因となっていることがわかる。

(2) ハーグ法上の一般規則の解釈における軍事的必要性の機能

ジュネーヴ諸条約においては、もっぱらジュネーヴ法に属する規則のみが規定されるこ

⁴⁸⁵ 軍以外の文民保護団体の物品・建物については、それらが属する締約国によってのみ破壊されまたは使用目的を変更できることとなった（現 62 条 3 項）。

⁴⁸⁶ 本条文に軍事的必要性がある場合に逸脱を認める例外を規定するこの修正案に対しては、文民保護組織が使用する物は文民保護のために不可欠であるとして反対する立場と、焦土作戦のような場合には物だけであればその破壊が許されるべきであるとする立場とに大きく分かれた。しかし、最終的には、議長の提案で非公式協議が設けられた後、コンセンサスで修正案が採択されるに至っている。この議論の経緯につき、*Actes de la Conférence*, *supra* note 116, Vol. 12, pp. 397-403.

⁴⁸⁷ *Actes de la Conférence*, *supra* note 116, Vol. 3, p. 297.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 310.

となったが、第 1 追加議定書においては、ハーグ法に属する規則も導入されることになった。しかし、こうして導入されたハーグ法の諸規則に、特定の兵器の規制のような具体性の高い規則はなく、規定された規則はより一般的・包括的なものがほとんどである。そのため、これらの条文は機械的な適用を許すものではなく、とりわけ軍事的必要性の解釈を通じた条約規定の内容の特定が必要になるのである。

まず、35 条 1 項は「いかなる武力紛争においても、紛争当事者が戦闘の方法及び手段を選ぶ権利は、無制限ではない」と規定するが（ハーグ陸戦規則 22 条と同旨）、その見出しが示すように、本項はハーグ法の「基本原則」(basic rules) の 1 つとして位置づけられる。本項における基本原則の内容は、たとえ具体的・明示的に規制されていなくとも、戦闘の手段・方法はさまざまな規制に服することを意味する⁴⁸⁹。ICRC は、この規則を説明するために、コメントリにおいて学説にも依拠しつつ軍事的必要性について詳述している⁴⁹⁰。ICRC は、まず国際人道法が軍事的必要性和人道の考慮のバランスにもとづいた妥協であることに触れたのち、特定の兵器の規制については長い間議論を交わしたが条約に含められなかったため、35 条 2 項（不必要な苦痛を与えることの禁止）のような一般原則に一層の重要性が与えられなければならないことを記している⁴⁹¹。さらに、軍事的必要性が条文に含まれると不確実性の要素と恣意的な行動のリスクが加わるため、軍事的必要性に対しては 1949 年のジュネーヴ諸条約のときから批判があったとし、人道や道徳による規制を強調している⁴⁹²。しかし、ICRC は、司法的および平和的手続による解決がとくに困難な国際人道法は、他のいかなる法分野よりも明確性が不可欠であるにもかかわらず⁴⁹³、現実にはこの明確性を犠牲にして合意が得られる点を懸念する。それゆえ、軍事的必要性に依拠した結果、解釈の裁量をもつこととなった軍司令官やすべての戦闘員が、信義誠実やマルテンス条項にもとづいて賢明に解釈することが求められるとの考えを示している。そして改めて、戦闘員が基本的な人道の要請から決して免除されないことを確認し、ローターパクトの学説に依拠しつつ、この分野の法は既存の法ではなく説得的な人道の考慮に依拠して形成されなければならないと結論するのである⁴⁹⁴。

このように、ICRC は軍事的必要性を批判的にとらえたうえで、条文解釈のなかで、選択する戦闘の手段・方法を許容的に認める軍事的必要性に制約を課すものとして、人道の考慮を強調する。ただし、ICRC は、軍事的必要性の批判に終始するのではなく、下記のように

⁴⁸⁹ 国際法の「規則」が存在しない場合には、国際法の「原則」によってその欠缺が補充されることについて、江藤『前掲書』（注 429）6 頁。

⁴⁹⁰ Sandoz *et al.* (eds.), *supra* note 259, pp. 393-398, paras. 1386-1396.

⁴⁹¹ *Ibid.*, pp. 395-396, para. 1390.

⁴⁹² *Ibid.*, pp. 395-396, para. 1390.

⁴⁹³ *Ibid.*, pp. 395-396, para. 1390; M. Huber, “Quelques considérations sur une révision éventuelle des Conventions de La Haye relatives à la guerre”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, tome 37, n° 439 (1955), p. 430.

⁴⁹⁴ Sandoz *et al.*, *supra* note 259, p. 397, para. 1394; H. Lauterpacht, “The Problem of the Revision of the Law of War”, *British Year Book of International Law*, Vol. 29 (1952), p. 379.

に軍事的必要性自体による戦闘手段・方法の制限にも言及している⁴⁹⁵。

「軍事的必要性の概念は、例外的に、また明文で規定されている場合にのみ、一定の判断の自由を正当化するが、特定の場合に特定の作戦の成功を確保するために厳格に必要なものを超える程度の暴力は決して正当化できない。この規則は、ときに必要性は合法性の限度であるという格言によってあらわされる。必要最小限を超えるものはすべて違法であり、それは敵対行為に関するすべての法が究極的に立脚する原則にもとづいている。この原則は、議定書の具体的な規則にあらわれているが、それらの規則のみを支配するものではない。その影響力は、それらの規則以外の状況にも及ぶ。それは、紛争当事国は無制限の権利を有するものではないという原則から直接生じる。」

この言及からは、ICRCが軍事的必要性の義務逸脱機能を条文上に明記されている限りで認める一方で、軍事的必要性に内在する原則として敵対行為禁止・制限機能があることも認めていることがわかる。ここでは、必要性の範囲を最小限にまで限定することで、義務逸脱機能に一層の制約を課すことが試みられているといえよう。さらに、この敵対行為禁止・制限機能は、35条1項の内部にとどまらず、「敵対行為に関するすべての法が究極的に立脚する原則」であるとして、第1追加議定書に具体化されているか否かを問わず、あらゆる規則に通底する原則であることが示されている。このことは、武力紛争における敵対行為の合法性を判断する際には、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能を考慮に入れるべきことを示すものと評価することができよう。

(3) 文民保護関連規則の導入

35条が原則として戦闘員に対する戦闘手段・方法の規制を念頭においた規定であるのに対し、文民(51条)や民用物(52条)の保護を直接的に規定する規則が導入されたことに伴って取り入れられたハーグ法規則もある。その典型例が、区別原則(48条、51条4項)、軍事目標主義(48条、51条5項(a)、52条2項)、および比例性の原則(51条5項(b)、57条2、3項)である。これらはいずれも、軍事的に必要なない文民・民用物への攻撃を禁止する規則を反映したものであると説明されることがある⁴⁹⁶。確かに、文民を攻撃することそれ自体には軍事的必要性はなく、その限りにおいてはすべての場合に(51条1項)、絶対的な禁止がもたらされる(同2項)。しかし、戦闘地域において軍事目標でない文民や民用物と軍事目標たる戦闘員や軍用物とを区別することは容易でなく、また付随的損害を少なくし比例性を保つためには軍事的に大きなコストが伴うこととなる。それゆえ、これらの一連のハーグ法規則に関しては、軍事的必要性に特定の行為を許容する性格があることを前提としつつ、軍事的必要性に内在する敵対行為禁止・制限機能による制約が同時に考慮されることになる。しかし、それだけでは不十分な場合、さらに人道の考慮にもとづく制約に依拠するかたちでの十全な文民保護が求められることになるといえよう。

⁴⁹⁵ Sandoz *et al.*, *supra* note 259, pp. 397-398, para. 1395.

⁴⁹⁶ Rauch, *supra* note 25, p. 220.

これらのうち、軍事目標主義は、精力集中による軍事的コストの削減という攻撃する側と、一般住民が保護されるという攻撃される側との利害が一致し、両者にとって受入れ可能な規則であると考えられてきた⁴⁹⁷。しかし、實際上、文民を攻撃しないことにより確保される軍事的コストと、文民への攻撃を回避するために費やすコストとを衡量したとき、必ずしも前者が上回るとは断言できない。それゆえ、軍事目標主義に関する 48 条、51 条 5 項 (a)、52 条 2 項の解釈としては、戦争目的の達成のために必要のない文民への攻撃を禁止する軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能にもとづく規制と、人道の考慮にもとづく規制とが同時に加えられることで、軍事目標主義の義務が課されているという理解が正確であろう。

ここで改めてジュネーヴ法について考えてみると、従来は戦闘の外にある者 (*hors de combat*) の保護に関する規則がジュネーヴ法であるとされてきた⁴⁹⁸。さらに、傷病者や捕虜、占領地住民といったジュネーヴ法の保護対象とされる者は、いずれも自国の権力内にある者であったため、その者を攻撃することにはほぼ軍事的必要性は存在しないということができた⁴⁹⁹。軍事的必要性のない行為を規制することに関しては、各国の同意も得やすく、比較的容易に条約規則の作成を行うことができた。1949 年のジュネーヴ諸条約が、既存の条約のなかで最も普遍的な締約国数を誇っているのも、このことに由来する。しかし、今日の武力紛争においては、戦闘地域と文民の居住地が明確に分けられていないことも多いため、その限りにおいて、文民は戦闘の内にある者 (*dans le combat*) になる可能性が高くなった。そうである以上、文民の保護は従来の意味でのジュネーヴ法のみによる規制に委ねることはできないことになる。そのため、1977 年の第 1 追加議定書採択以降、文民の保護が義務として課されることになったこともあり、近年ではジュネーヴ法というとき、戦闘の外にある者だけを対象とするのではなく、より広く「戦争犠牲者の保護に関する法」を指すものと解されるようになった⁵⁰⁰。

しかし、文民の保護を考える際、ハーグ法に内在する軍事的必要性に認められる国家の裁量が問題となる。ハーグ法に属する規則は、解釈の幅を広く許容する義務が多い。奇計と背信行為の境界や、不必要な苦痛の判断、使用する兵器の選択などは、軍事的必要性の有無を考慮するかたちでなされるが、それらはその判断・選択を行う国家の裁量に委ねられる。このような裁量性が認められる理由は、ハーグ法規則には程度の大小こそあれほぼ必ず軍事的必要性が認められるからである。いかなる戦闘手段または方法であっても、戦争目的の達成のためにまったく必要がないと断言できるものではなく、その限りで軍事的必要性の許容的な側面が強くなるのである。そうした行為に対しては、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能や人道の考慮にもとづく制約が課されることとなり、敵対行為の許容性が相対的に決まることになるが、その最終判断を行う権限を有するのは、当該敵対行為

⁴⁹⁷ 城戸正彦『戦争と国際法』(嵯峨野書院、1996 年) 146-147 頁。

⁴⁹⁸ Pictet, *supra* note 470, p. 413.

⁴⁹⁹ 吉田「前掲論文」(注 123) 16, 54 頁。

⁵⁰⁰ 山本『前掲書』(注 10) 743 頁、杉原『前掲書』(注 20) 631 頁。

を行う国家である。そのため、ハーグ法規則により課される義務の範囲の解釈は、結局のところ国家の裁量に大きく依拠することになるのである。

その一方で、ジュネーヴ法は、一般に国家の裁量を認める軍事的必要性を考慮する余地を極めて狭く考えている。とりわけ人の殺傷については原則としてその裁量性が大きく制限され、厳格な義務が課されることになる。このように国家の裁量の余地が狭くなる理由は、ジュネーヴ法の多くの規則は、戦争目的の達成のために必要のない敵対行為を規制するものであるからだといえる。

しかし、戦闘地域の外にいる者の保護と異なり、戦闘地域にいる文民の保護に関しては、付随的損害の概念から死傷が許容され、また敵対行為に直接参加しているか否かの判断などについても、攻撃をする国家の側に比較的大きな裁量が与えられている。こうした裁量性は、軍事的必要性に固有のものであり、軍事的必要性が認められる以上避けることのできない問題である。そのため、戦争犠牲者の保護の観点からハーグ法規則を拡充するためには、軍事的必要性の裁量性をいかにコントロールしていくかという視点が求められよう⁵⁰¹。ここにおいて、現代の武力紛争における軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能に改めて注目する必要があるためである。

第3款 軍事的必要性の機能に関する各国の法認識

(1) 敵対行為禁止規則の作成時における考慮要因としての軍事的必要性

サンクトペテルブルク宣言に含意されていたように、ある敵対行為について明示の禁止規則が存在しない状態においては、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能や人道の考慮を通じて、当該行為に一定の制約が課される。しかし、明示の禁止規則のない場合は国家の裁量をより許容する軍事的必要性が機能しやすいため、敵対行為の濫用を完全に抑止することは難しい。その場合、サンクトペテルブルク宣言のように、国家に厳格かつ明確な義務を課すために条約が作成されることになるのである。こうした点に鑑みると、仮に最終的に条約規定に軍事的必要性にかかわる文言が用いられていなくとも、条約規則の作成に際しては、敵対行為の規制に関して軍事的必要性が重要な考慮要因となっていることが考えられる。

ある敵対行為を条約で禁止できるか否かを検討するにあたっては、まず軍事的必要性の有無や程度が重要となる。たとえ人の殺傷を伴うような行為であっても、戦争目的の達成のために必要であり、軍事的必要性が高いと判断されるならば、その敵対行為を条約で禁止することは難しいであろう。また、武力紛争時に使用される兵器は、その使用に高い軍事的必要性が見いだされるものが多く、それゆえにこそ特定兵器の使用に関する法的規制は国際人道法のなかでも最も困難な分野に属するといわれる⁵⁰²。

ただし、すべての兵器に高い軍事的必要性が見いだされるわけではない。軍事技術の向

⁵⁰¹ 比例性の判断における裁量性への懸念として、Rauch, *supra* note 428, pp. 224-225.

⁵⁰² 藤田『前掲書』(注1) 91頁。

上などにより、同種の効果をもたらすより非人道的でない戦闘手段や方法が開発されれば、相対的に非人道性の高い従来の戦闘手段や方法には軍事的必要性を見いだす余地は少なくなる。そのため、こうした戦闘手段・方法に関しては、条約による法的規制の可能性が高くなり、実際に第 1 追加議定書の起草過程においても、個別兵器の法的規制について多くの議論が展開されることとなった⁵⁰³。

たとえば、フィリピンは数度にわたり、重大な違反について規定する草案 74 条にダムダム弾と毒ガスの使用を含める提案を行った⁵⁰⁴。これらは、すでに他の条約により禁止されている兵器であるため、その禁止規則を第 1 追加議定書に加えることはそれほど難しくないようにも思われたが、これらの兵器の定義が曖昧であることや復讐手段としての重要性に鑑み反対する国が多く、結局フィリピンの提案は否決されることとなった⁵⁰⁵。また、通常兵器の規制に関する合意が難しいと判断した複数の諸国により、通常兵器の規制に関する審議を行うための締約国委員会の設置を規定する草案 86 条の 2 を加える提案がなされたが、同じ議論の堂々巡りで、結局同草案は否決されるに至っている⁵⁰⁶。反対票の理由としては、たとえばフランスが国防および安全保障に関する問題は国連で行うべきであることを挙げている⁵⁰⁷。

復讐手段としての兵器の使用や国防のための兵器の使用は、まさに軍事的必要性を体現するものである。このことは、先述の人質事件における軍事的必要性の定義のなかで、軍事的必要性は自軍の安全を確保するために必要な措置を認めるとされている点も想起する必要がある。そのため、これらの兵器の禁止に関しては、軍事的必要性の観点から、第 1 追加議定書では禁止しないという選択がとられたものと考えられる。

こうした軍事的必要性の許容的な側面は、可能な限り制限されることが望ましいとの見解もあろう。しかし、国際人道法は、すでに武力紛争が起きていることを前提とする法であり、武力紛争においては戦争目的の達成のために必要な敵対行為が行われるため、国際人道法から軍事的必要性を排除することは不可能であるという点には注意が必要である。つまり、条約規則の起草にあたっては、人道の考慮だけでなく、軍事的必要性の概念に内在する敵対行為禁止・制限機能にも注目して、現実的な可能性を視野に入れたうえで規則を作成していくことが求められるといえるのである。

⁵⁰³ その議論の経過の詳細については、*Report of the Secretary-General on Incendiary and Other Specific Conventional Weapons Which May Be the Subject of Prohibitions or Restrictions of Use for Humanitarian Reasons*, A/32/124 (8 September 1977), p. 1-35; 竹本正幸・楠美智子「人道的理由で使用の禁止又は制限の対象となる焼夷兵器その他の特定通常兵器 一国連事務総長の報告書一(2)」『関西大学法学論集』28 巻 3 号 (1978 年) 190-214 頁。

⁵⁰⁴ *Actes de la Conférence, supra note 116*, Vol. 3, pp. 335-336; Vol. 10, pp. 187-188.

⁵⁰⁵ *Report of the Secretary-General, supra note 503*, p. 30, para. 42; 竹本他「前掲論文」(注 503) 210 頁。

⁵⁰⁶ *Actes de la Conférence, supra note 116* Vol. 3, p. 374, Vol. 7, p. 33.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, Vol. 7, p. 25.

第2款 国際人道法の基本法的原則としての軍事的必要性

第1追加議定書においては、マルテンス条項が前文や廃棄条項から一般原則を示す1条に格上げされたことに象徴されるように、国際人道法上の義務の創出・発見に寄与する役割を果たすのは、人道の考慮であるという認識が一層強くなっている⁵⁰⁸。他方で、軍事的必要性も、明示の規則がないなかでも積極的な機能を果たす。ただし、リーバー法典の定義において「戦争の法規および慣行に従って合法的な措置の必要性」とされ、また第1追加議定書35条のコメンタリにおいてもICRCが「必要性は合法性の限度である」と述べるように、軍事的必要性が果たす役割は現行法の解釈によって導き出せるものにとどまる。こうした限定はあるものの、以下で述べるように軍事的必要性にも確かに積極的側面が見いだされるのであるが、マルテンス条項への高い関心の影響もあってか、軍事的必要性の果たす役割は見落とされることも少なくない⁵⁰⁹。

第1追加議定書の起草過程をみると、これまで未規制であったか不明確であった分野の敵対行為の禁止規則の作成にあたって、各国は軍事的必要性を重要な考慮要因としていたことがわかる。たとえば、ノルウェー代表は、「文民たる住民に恐怖を広めるため、または農地を破壊するために使用される兵器は、軍事的必要性として決して正当化されえないため、禁止されるべきである」と述べている⁵¹⁰。また、スイス代表は通常兵器に関する見解のなかで、「敵を敵対行為の外におくために要求される最小限度を超えるために軍事的必要性によって正当化されない、検出不可能な破片を利用する兵器は、禁止されるべきである」と述べている⁵¹¹。さらに、スウェーデン代表は、「空气中に広がる物質によって作りだされる雲煙の爆発により引き起こされる爆風の効果に依拠する弾薬を禁止する規則は、それが軍事的に必要な前に採択されるべきである」と述べている⁵¹²、この発言は、今日ではまだこの種の弾薬に軍事的必要性が見いだされないため、今のうちに禁止すべきであるとの趣旨であろう。これらの発言にみられるように、各国は起草過程において、軍事的必要性の有無を検討することで、具体的な規則内容を導き出そうとしてきたのである。

また、たとえば、投降者に対する攻撃については、各国が軍事的必要性がないことを認識し、41条の投降者に対する攻撃の禁止を規定する条文に結実することになった。ICRCのコメンタリによれば、投降者等の戦闘外にある者の攻撃については、逸脱を正当化する軍事的必要性の主張の余地はないとされ、またいかなる軍事的必要性の主張も無条件の投降

⁵⁰⁸ マルテンス条項が欠缺補充の役割を果たすことについて、江藤『前掲書』（注 429）278頁。また、M. N. Hayashi, “The Martens Clause and Military Necessity”, H. M. Hensel (ed.), *The Legitimate Use of Military Force: The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict* (2008), pp. 147-148 参照。

⁵⁰⁹ マルテンス条項に軍事的必要性の禁止効果が含まれているとの評価もある。Rauch, *supra* note 428, p. 218.

⁵¹⁰ *Actes de la Conférence*, *supra* note 116, Vol. 16, p. 7.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 257.

⁵¹² *Ibid.*, p. 344.

を拒否するために援用されえないとされる⁵¹³。この投降者に対する攻撃の禁止は、軍事的必要性だけでなく、人道の考慮の観点も入れて導き出された規則であるといえるが、上記の議論からも、第一義的に考慮に入れられるのは軍事的必要性であると考えられる。この点について参考になるのが、ハーグ陸戦条約である。同条約は、「軍事上ノ必要ノ許ス限努メテ戦争ノ惨害ヲ軽減スルノ希望ヲ以テ定メラレタルモノ」であると前文で規定しているが、これはまず軍事的必要性を前提に据えることで禁止されうる一定の枠を設け、その範囲内で軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能と人道の考慮の双方を考慮に入れて禁止規則が作成されていたことを示しているといえよう⁵¹⁴。

このように、条約規則の作成の必要性や条約規則の内容を確定するにあたって、まず軍事的必要性の有無や程度を検討し、そのうえで人道の考慮を加味するという思考の順序は、第1追加議定書の起草過程においてもみられた。ノルウェー代表は、第2追加議定書がコンセンサスで採択された際、第1・第2両追加議定書について陳述し、戦闘の手段・方法に「例外的」事態を許容することの危険性に対する懸念を表明した。そして、「武力紛争法を法典化する他の文書においてもそうであったように、……第1議定書においては軍事的必要性の妥当な考慮があったが、新しい規則は人道の要請にも基礎をおいていた」と述べている⁵¹⁵。これは、従来はとくに軍事的必要性に重点がおかれていたが、第1追加議定書においても、まず軍事的必要性を考慮したうえで、それでも不十分で新しい規制が必要とされる場合に人道の要請にも依拠することになるとの見解を示すものといえる。

また、ボテ (Bothe) らの第1追加議定書35条のコメンタリにおいても、下記のとおり人道の考慮による規制が補完的であることが指摘されている⁵¹⁶。

「軍事的必要性の原則は、最も少ない経済的または人的資源の損失で敵の速やかな降伏を確保するために適切かつ均衡のとれた、国際法により禁止されていない措置を正当化し、またそれらの措置のみを正当化する。人道の原則は、明白な軍事的利益の達成のために必要のない（すなわち、適切でなく均衡のとれていない）暴力措置を禁止することによって、必要性の原則を補完する。」

他方で、各国が公的に発言するときは、美徳的観点から人道の考慮を強調する。国際社会において人道の考慮重視の傾向が拡大しているため、人道的観点からの規制を世論が大いに歓迎するからである。国家としては、軍事的必要性がないから禁止したと述べることにとくに利益はないため、世論の支持を得られる発言を選ぶのである⁵¹⁷。なお、こうした

⁵¹³ Sandoz *et al.*, *supra* note 171, pp. 489-490, 493, paras. 1609, 1619.

⁵¹⁴ この規定は、諸規則の起草の際に、起草者が軍事的必要性の要素を十分に考慮に入れていたことを示唆している。F. Kalshoven and L. Zegveld, *Constraints on the Waging of War : An Introduction to International Humanitarian Law* (4th edition, 2011), p. 32.

⁵¹⁵ *Actes de la Conférence*, *supra* note 116, Vol. 7, p. 214.

⁵¹⁶ M. Bothe, K. J. Partsch and W. A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts : Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (1982), pp. 194-195.

⁵¹⁷ 近年のクラスター弾条約の採択に際しても、とりわけ採択後になると、各国はあえて軍事的必要性には触れずに、人道分野における自国の貢献を謳い上げていた。福田毅「ク

発言が実際に可能となるのは、先述のとおり、軍事的必要性と人道の考慮は常に対立的な概念ではなく、一定の制約を課するという観点からは相互補完的な関係にあるからともいえる。

しかし、人道の考慮にもとづく敵対行為の禁止を求める声が隆盛を極めているなか、あえて軍事的必要性に依拠して禁止義務を導く必要はあるのであろうか。この点、人道の考慮による制約と軍事的必要性による制約とでは、国家に禁止義務を課す際の説得力に差が出る。「人道にもとる行為は行ってはならない」という義務と、「軍事的に必要な行為は行ってはならない」という義務とでは、国家がより受容しやすいのは後者の義務である。軍事的必要性は、戦争目的を達成するという国家の意思に内在するものであって戦争目的の遂行を阻害しないかたちで制約を課すのに対して、人道の考慮は、その国家意思を制約する外在的要因となるからである。人道の見地のみから禁止しようとしても実行されるものでないことは、過去の歴史が証明している⁵¹⁸。

このように、第 1 追加議定書の起草過程において敵対行為の規制のあり方を考える際には、軍事的必要性の有無の判断がその前提的な基礎となっていたが、この軍事的必要性の役割は第 1 追加議定書の起草過程にとどまるものではない。コルブが述べるように、軍事的必要性は、人道の考慮と並び、他の一般原則に優位する国際人道法の「基本法的原則」(principe constitutionnel) を構成し⁵¹⁹、各国の法認識に内在するかたちで国際人道法のあらゆる規則の第一義的基礎を成しているのである⁵²⁰。このことは、先述の第 1 追加議定書 35 条のコメンタリのなかで、ICRC が、軍事的必要性は「敵対行為に関するすべての法が究極的に立脚する原則」であると述べていたこととも合致しよう。基本法的原則たる軍事的必要性は、ただ義務逸脱機能を有するだけでなく、軍事的必要性の概念自体に内在している敵対行為禁止・制限機能を通じて、義務からの逸脱を禁止したり、逸脱する範囲や程度を制限する重要な役割を果たしているのである。

以上で述べたとおり、軍事的必要性には、敵対行為を禁止する義務からの逸脱を認める義務逸脱機能と、軍事的必要性のない敵対行為を禁止し、軍事的必要性の低い敵対行為を制限するという敵対行為禁止・制限機能とが認められる。軍事的必要性の義務逸脱機能は、①条約で明示的に規定されている場合に認められるが、②自国の行動を正当化するためであったり、③戦争犯罪裁判における抗弁としても依拠されてきた。他方で、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能は、①義務逸脱機能について条文上明記されている場合に、戦争目的の範囲を限定することにより、義務からの逸脱を無条件に認めることに制限を課す。

ラスター弾に『烙印』は押せるか —オスロ・プロセスをめぐる言説の分析— 『国際安全保障』37 卷 4 号 (2010 年) 75 頁。

⁵¹⁸ 前原光雄『戦争法』(ダイヤモンド社、1943 年) 85 頁。

⁵¹⁹ 一般原則のなかに階層性を見いだし、軍事的必要性、人道の原則および広義の比例性を他の一般原則に優位する「基本法的原則(principes constitutionnels)」とみなすものとして、Kolb, *supra* note 416, p. 116.

⁵²⁰ Carnahan, *supra* note 405, p. 230.

また、②軍事的必要性に関する明文規則がない場合であっても、自国の敵対行為を正当化する許容的な性格がある反面、軍事的必要性の有無や程度を基準として、武力紛争時の敵対行為に一定の制約を課す。さらに、③国家や個人が自らの行った敵対行為の正当化を図るために軍事的必要性の義務逸脱機能に依拠する際にも、当該規則の解釈のなかで、合法・違法の判断基準を提供するのである。

軍事的必要性にはこのような機能が認められるが、その一方で、軍事的必要性が、国家の裁量を広く認め、敵対行為の許容性の判断を国家に委ねる点は、軍事的必要性の問題点として危惧される。この裁量に対しては、人道の考慮にもとづきあるべき法の観点から制限を加えることも考えられるが、まずは軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能にもとづき、現実的な立場から制限することを忘れてはならないであろう。

第3節 文化財に対する攻撃の規制

文化財は、これまでさまざまな理由で武力紛争時に攻撃の対象とされてきた。旧ユーゴ紛争では民族浄化の一環としてモスクや文化財の橋が壊され⁵²¹、アフガニスタンでは宗教的理由でバーミヤンの大仏が破壊されている⁵²²。このように文化財が攻撃対象となる理由の1つに、敵が文化財を基地として利用しているなど、文化財を攻撃することに軍事的必要性が認められる場合がある。民族浄化や宗教的理由の場合と異なり、絶対的な軍事的必要性が認められる場合には、文化財への攻撃は合法的に行われることになる。

第1節で述べたとおり、軍事的必要性とは、戦争の法規・慣例に従い合法的で、戦争目的を達成するために不可欠であることをいう。軍事的必要性は、義務からの逸脱を許容する義務逸脱機能を有するため、学説上消極的にとらえられることも少なくない。しかし、軍事的必要性は、軍事的必要性のない敵対行為を禁止し、軍事的必要性の低い敵対行為を制限する敵対行為禁止・制限機能により、人道の考慮と相互補完的に、国際人道法の目的たる武力紛争時における人道の実現を担う役割も果たしている⁵²³。しかし、その名称とも相まって、人道の実現に資するのは人道の考慮のみであると考えられることが多く、さらに軍事的必要性はそれを阻害する対立的な概念であるにとらえられることが少なくない⁵²⁴。このように、人道の実現に資する軍事的必要性の積極的役割は看過されがちであり、せいぜい人道の考慮の従たる地位を有すると認識されるにとどまることが多いように思われる。また、人道の考慮により敵対行為に制約が課されるのであるから、さらに軍事的必要性による制約まで課す必要はないのではないかとの疑問も生じうる。

しかし、文化財保護分野は、後述するとおり人道の考慮にもとづく制約が極めて限定的

⁵²¹ J. Petrovic, *The Old Bridge of Mostar and Increasing Respect for Cultural Property in Armed Conflict* (2013), pp. 61-64.

⁵²² 立松美也子「文化財の破壊・略奪に関する国際法上の規制 —近時の事例を参考にして」『山形大学法政論叢』33・34号(2005年)12-22頁。

⁵²³ Kolb, *supra* note 416, p. 166.

⁵²⁴ S. Bula-Bula, *Droit international humanitaire* (2010), p. 52.

にしかはたらかない分野であると考えられる。そうであるならば、この文化財保護分野は、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能が、どのようなかたちで人道の実現に資し、またいかなる点で優れているのかについて検討する格好の素材となろう。軍事的必要性は、文化財保護に関する条約や条文を作成する際にもさまざまなかたちで考慮されてきたが、すでに多くの条約が作成されている今日においては、それらの条約を実際の武力紛争時に適用するためにも、明文で規定されている軍事的必要性を適切に解釈すること、およびその分野に応じた軍事的必要性の特質を理解することが重要となろう。

そこで本節では、関連する条約、学説、判例、各国軍事マニュアルの検討を通じて、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能が、国際人道法の目的たる人道を実現するためにいかなる役割を果たすかについて、文化財保護分野を素材として考察を行う。さらに、文化財の保護が全人類の利益ないし国際共同体の一般利益であるとされることに鑑み、そのことが当該分野での軍事的必要性に及ぼす積極的な影響について検討を行う。

第1款 文化財保護規則上の軍事的必要性の解釈

(1) 第2次世界大戦における文化財の保護

冒頭の事例にもみられるように、一度武力紛争が生じると、その過程で文化財が破壊されまたは損傷を受けることが少なくない。なかでも、第2次世界大戦における文化財の被害は極めて大きいものであった。ブリュッセル、パリ、ベオグラード、マニラ、アテネなどは、自国民の保護や文化遺産の破壊を防ぐ目的で、無防備都市宣言を発出している⁵²⁵。しかし、パリでは文化財の略奪が組織的に行われ、ブリュッセルの街は甚大な被害を受けることとなった。さらに、ナチスによりワルシャワ旧市街が壊滅させられ、アメリカ軍によりイタリアのモンテ・カッシーノ修道院が誤爆され、連合軍の空爆によりドレスデンやミュンヘンの街が灰燼に帰すなど、世界各地で重要な文化財の破壊が繰り返された。

こうしたなか、とりわけ文化財の被害が大きかったのは日本である。連合軍の空爆により、ドイツにおいては5年間で75平方マイルが破壊されたのに対して、日本においては半年間で178平方マイルが破壊されたとされる⁵²⁶。そのようななか、東京大空襲を指揮した司令官ルメイは、軍需産業が居住地区全体に散在していたため、その空爆は無差別爆撃ではなく軍事的必要性にもとづく行為であったと主張し⁵²⁷、多くの住民を殺害したほか、浅草寺や日枝神社といった文化財に対しても空爆を行っている。また、広島・長崎への原爆投下により、広島城や福濟寺等の文化財が破壊された⁵²⁸。首里城や名古屋城、仙台城など

⁵²⁵ 高橋暁『世界遺産を平和の砦に－武力紛争から文化を守るハーグ条約』（すずさわ書店、2010年）64頁。

⁵²⁶ S. Lindqvist (L. H. Rugg (tr.)), *A History of Bombing* (2001), p. 109, para. 228.

⁵²⁷ R. Schaffer, *Wings of Judgment: American Bombing in World War II* (1985), pp. 151-152.

⁵²⁸ 文化庁『戦災等による焼失文化財－20世紀の文化財過去帳』（戎光祥出版、2003年）403-404, 485-486頁。

は、軍総司令部が置かれたことなどから、砲撃や空爆を受けるに至っている⁵²⁹。

第2次世界大戦中には、このように多くの重要文化財が破壊されることとなったが、他方で文化財を保護する動きもみられた。上述の無防備都市宣言のほか、たとえば京都は、原爆投下の有力な候補地であったが、原爆投下の検討を行う暫定委員会の委員長であったスティムソン陸軍長官が、京都は優れた宗教的重要性をもった世界の神聖な都市の1つであるとの理由から、トルーマン大統領に攻撃しないよう進言したとされる⁵³⁰。結局、京都と奈良は、攻撃する軍事的必要性がなかったことにより、その建築的・芸術的遺産に対する畏敬の具現化が可能となり、損害を免れることとなった⁵³¹。

当時、文化財の保護に関する国際人道法は、努力義務を規定する規則しか存在しなかった。しかしそれにもかかわらず、上記の事例においては、軍事的必要性の有無が判断基準となり、それにもとづき文化財に対する攻撃の可否の決定が行われている。他方で、その判断はあくまで国家の裁量によるため、恣意的な判断がなされるおそれを免れるものではなく、現実に日本だけでなく世界中の多くの地域において、国宝級の重要な文化財が多数破壊されるのを防ぐことはできなかった。このような惨劇を受け、第2次世界大戦終結後、武力紛争時の文化財保護に関するさらなる規則の必要性が提唱されるようになる。

(2) 国際人道法の一般条約における文化財保護規定

上述のとおり、第2次世界大戦においては、文化財の被害を国際法にもとづき十分に回避することができなかったが、それ以前に文化財の保護に関する国際規則がなかったわけではない。実際に文化財保護が国際文書において規定されるようになるのは19世紀に入ってからであり、1863年のリーバー法典、1874年のブリュッセル宣言、1880年のオックスフォード・マニュアルにおいて、文化財の保護規則が設けられた。条約上初めて文化財の保護が明文化されるのは、1899年に作成され、1907年に改正された陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則（以下、「陸戦規則」）においてである。「害敵手段」の章に規定される27条は、下記のとおり規定する⁵³²。

「攻囲及砲撃ヲ為スニ当リテハ、宗教、技芸、學術及慈善ノ用ニ供セラルル建物、歴史上ノ紀念建造物、病院並病者及傷者ノ收容所ハ、同時ニ軍事上ノ目的ニ使用セラレサル限、之ヲシテ成ルヘク損害ヲ免レシムル為、必要ナル一切ノ手段ヲ執ルヘキモノトス。被囲者ハ、看易キ特別ノ徽章ヲ以テ、右建物又ハ收容所ヲ表示スルノ義務ヲ負フ。右徽章ハ、予メ之ヲ攻囲者ニ通告スヘシ。」（句読点追加）

⁵²⁹ 『同上書』408-410, 393-401, 390-391頁。

⁵³⁰ Schaffer, *supra* note 527, pp. 143-146.

⁵³¹ R. O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict* (2006), p. 69.

⁵³² また、占領地規則に関する53条は、「市町村ノ財産、並宗教、慈善、教育、技芸、及學術ノ為設ケラレタル營造物所属ノ財産ハ、国有ニ属スルモノト雖、私用財産同様之ヲ取扱フヘシ。総テ這般ノ營造物歴史上ノ紀念建造物、技芸、及學術上ノ製作品ヲ故意ニ押収シ破壊シ又ハ毀損スルコトヲ禁ス。犯ス者ハ、之ヲ訴追スヘキモノトス。」（句読点追加）と規定する。1907年の戦時海軍力ヲ以テスル砲撃ニ関スル条約5条も、陸戦規則27条と同様の文言で砲撃からの文化財の保護を規定している。

本条は、攻撃にあたっては軍事的目的で使用されていない文化財に損害を与えないために、できる限りの（「成ルヘク（as far as possible）」）手段を講じるという努力義務を規定するにとどまる。そのため、本条は第 2 次世界大戦の惨禍を防ぐのに十分な役割を果たすことはできなかった。

第 2 次世界大戦終結後、赤十字国際委員会の主導により 1949 年にジュネーヴ諸条約が作成されたが、当時はまだ第 2 次世界大戦の記憶が新しく、戦闘に関する規則を作ることははばかられた。そのため、それらの条約においては、戦闘とは切り離された、戦闘の外にある者の保護、すなわち傷病兵、捕虜、および敵の権力下にある文民の保護に関する規則のみが定められることとなった。このような経緯により、これらの条約中に文化財の保護に関する規則が設けられることはなかった。

国際人道法の再確認と発展を意図して 1977 年に採択された、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」）は、ジュネーヴ法のみを規律するジュネーヴ諸条約とは異なり、ハーグ法も取り込む包括的な条約となった。そして、「敵対行為の影響からの一般的保護」の部に規定される 53 条において、文化財に関する下記の規定が設けられることとなる。

「第 53 条 文化財及び礼拝所の保護

1954 年 5 月 14 日の武力紛争の際の文化財の保護に関するハーグ条約その他の関連する国際文書の規定の適用を妨げることなく、次のことは、禁止する。

- (a) 国民の文化的又は精神的遺産を構成する歴史的建造物、芸術品又は礼拝所を対象とする敵対行為を行うこと。
- (b) (a) に規定する物を軍事上の努力を支援するために利用すること。
- (c) (a) に規定する物を復讐の対象とすること。」

本条においては、軍事的必要性による逸脱が規定されていないため、逸脱を許容する後述の武力紛争の際の文化財の保護に関する条約（以下、「文化財保護条約」）より厳しい義務が課されているとされる⁵³³。ただし、本条柱書により、文化財保護条約の締約国であれば、同条約にもとづき軍事的必要性による逸脱が可能となる。また、文化財保護条約の非締約国で、第 1 追加議定書の締約国であるイギリスのような国は、軍事的目的で違法に使用されている文化財は、保護を失い攻撃の対象となるとの留保を付している⁵³⁴。そのため、第 1 追加議定書においても、文化財の絶対的な保護が達成されることはなかった。

(3) 文化財保護条約における軍事的必要性の機能

文化財は、その保護の重要性に鑑み、一般条約の一規定により保護が図られるにとどまらず、個別の特別条約が作成されるに至っている。まず、第 2 次世界大戦の惨禍を受けて、1954 年に文化財保護条約が採択され⁵³⁵、1999 年にはそれを補完する 1999 年 3 月 26 日にハ

⁵³³ Sandoz *et al.*, *supra* note 259, p. 665, para. 2072.

⁵³⁴ Reservations by the United Kingdom, available at <<http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreaties1949.xsp>>.

⁵³⁵ また、占領地における文化財の輸送を規律する「武力紛争の際の文化財の保護に関する

一で作成された武力紛争の際の文化財の保護に関する 1954 年のハーグ条約の第 2 議定書（以下、「第 2 議定書」）が採択されている。

文化財保護条約の起草を行ったハーグ会議においては、まず国連教育科学文化機関（以下、「ユネスコ」）により、軍事的必要性和文化財保護の関心との間で妥協がなされることの期待が表明された⁵³⁶。この期待の表明があらわしているように、本会議においては、文化財の保護を実現するために軍事的必要性を条約上どのように扱うかが主要な課題となり、軍事的必要性の条項の挿入を支持する現実主義的な諸国と、そのような条項を削除することを望む理想主義的な諸国との間で、激しい議論が展開されることとなった⁵³⁷。そのようななか、実際に軍事的必要性の文言の挿入が問題となったのは、前文と 4 条と 11 条である。

(a) 文化財保護条約前文：原則としての軍事的必要性

ユネスコ草案の前文は、「文化財を保護するためのあらゆる適切な措置をとるために、絶対的な軍事的必要性の要求を考慮し」という文言を含んでいた⁵³⁸。この文言につき、ギリシア代表のエウスタティアデスは、軍事的必要性に関する留保を条約の指導的理由として是認することは、国際法における進展よりも後退を認めることになることと述べ⁵³⁹、多くの代表がこの意見に賛意を示すこととなった。前文の検討は、各条の議論を通じて会議の立場が明らかになるまで先送りされるが⁵⁴⁰、作業部会により提示された新しい前文には、軍事的必要性の文言は含まれていなかった⁵⁴¹。この点について、トルコとイギリスが、軍事的必要性は不可欠の原則を構成するため、前文に再挿入されるべきと主張したが⁵⁴²、ギリシアの提示した軍事的必要性を前文に含めない案が、27 対 4（棄権 7）で採択されることとなった⁵⁴³。

この過程を振り返り、エウスタティアデスは、前文には不可欠の原則のみが含まれるべきであることが合意されたのであり、軍事的必要性はそのような原則ではないと考えられていたことを意味すると述べる⁵⁴⁴。また、デ・ブロイカーも、「絶対的な軍事的必要性を考

議定書」も同時に採択されている。

⁵³⁶ Toman, *supra* note 284, p. 74.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 75; C. T. Eustathiades, “La réserve des nécessités militaires et la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé”, *Hommage d’une génération de juristes au Président Basdevant* (1960), p. 191. *cf.* P. J. Boylan, *Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague Convention 1954)* (1993), p. 57, para. 4.16.

⁵³⁸ Draft Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, 1954, CBC/7, p. 4.

⁵³⁹ *Actes de la Conférence convoquée par l’Organisation des Nations Unies pour l’éducation, la science et la culture tenue à La Haye du 21 avril au 14 mai 1954*, publiés par le gouvernement des Pays-Bas (1961) (ci-après, *Actes de la Conférence convoquée par UNESCO*), pp. 124-125, para. 153.

⁵⁴⁰ CBC/SR/7, p. 2.

⁵⁴¹ CBC/DR/100.

⁵⁴² CBC/SR/18, p. 2.

⁵⁴³ CBC/DR/10.

⁵⁴⁴ Eustathiades, *supra* note 537, pp. 202-203.

慮して文化財を保護するためのあらゆる適切な措置をとることを決定した」との見解を示したトルコ等の案が削除された点を指摘したうえで、軍事的必要性は既存の法に従い当然に戦争法の一般的原則でも規制原則でもないのであり、文化財保護条約は軍事的必要性ではなく文化財の保護を目的とする条約であるとの解釈を示している⁵⁴⁵。

これらの見解は、軍事的必要性が文化財保護に関する不可欠の原則でも戦争法の一般原則でもないことを強調するが、ここでいう軍事的必要性は、その義務逸脱機能のみが着目されている点に注意しなければならない。軍事的必要性は、明文上で規定されている場合には、特定の義務から逸脱することを許容する。エウスタティアデスは、文化財保護条約の前文から軍事的必要性の文言が削除されたことは、陸戦規則の文化財の規定における軍事的必要性の留保も一般規則として認められていないことと合致すると述べるが⁵⁴⁶、これは個別の条文に規定される軍事的必要性の義務逸脱機能が不可欠の原則ではないとの主張であるといえよう。同様に、デ・ブロイカーの文化財保護条約は軍事的必要性を目的とする条約ではないとの主張も、その義務逸脱機能を念頭において論じているものと考えられる。

確かに、軍事的必要性の義務逸脱機能は、条文上に明文で規定されていない限り認められるものではなく⁵⁴⁷、国際人道法の一般原則とは認められない。しかし、前節までに述べたように、軍事的必要性は軍事的必要性のない敵対行為を禁止し、軍事的必要性の低い敵対行為を制限するという敵対行為禁止・制限機能を有している。この機能を果たす軍事的必要性が、国際人道法の基本法原則を構成するのであり、陸戦規則の起草過程においても十分に考慮されていた⁵⁴⁸。そのことを示す陸戦条約前文の「軍事上ノ必要ノ許ス限努メテ戦争ノ惨害ヲ軽減スルノ希望ヲ以テ定メラレタ」との文言への言及が議論の過程でなされていないことに鑑みても、文化財保護条約前文の軍事的必要性の文言の削除は、その敵対行為禁止・制限機能まで否定するものではないものと考えられる。

(b) 文化財保護条約 4 条：一般的な保護における軍事的必要性

文化財保護条約は、平時における文化財の保全および武力紛争時における文化財の尊重により文化財の保護を義務づけるが（2 条）、条約の中核を担うのが、文化財の尊重義務に関する下記の 4 条の規定である。

「1 締約国は、自国及び他の締約国の領域内に所在する文化財、その隣接する周囲並びに当該文化財の保護のために使用されている設備を武力紛争の際に当該文化財を破壊又は損傷の危険にさらすおそれがある目的のために利用することを差し控えること並びに当該文化財に対する敵対行為を差し控えることにより、当該文化財を尊重するこ

⁵⁴⁵ J. de Breucker, “La réserve des nécessités militaires dans la Convention de La Haye du 14 mai 1954 sur la protection des biens culturels”, *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, tome 14, n° 3-4 (1975), p. 262.

⁵⁴⁶ Eustathiades, *supra* note 537, p. 203.

⁵⁴⁷ Kolb, *supra* note 416, p. 168.

⁵⁴⁸ 本章第 1 節第 2 款参照。

とを約束する。

2 1 に定める尊重する義務は、軍事上の必要にもとづき当該義務の免除が絶対的に要請される場合に限り、免除され得る。

3 締約国は、いかなる方法により文化財を盗取し、略奪し、又は横領することも、また、いかなる行為により文化財を損壊することも禁止し、防止し、及び必要な場合には停止させることを約束する。締約国は、他の締約国の領域内に所在する動産の文化財の徴発を差し控える。……」

1 項により、攻撃側は文化財に対する敵対行為を禁止され、防御側は文化財を破壊・損傷の危険にさらしうる目的で利用することを禁止される。ただし、それらの義務は、絶対的な軍事的必要性がある場合に限っては、逸脱することが認められるのである（2 項）。本条において、軍事的必要性の定義は示されていない。そのため、軍事的必要性の有無の判断は軍事的必要性を援用する武力紛争当事者に委ねられることになり、恣意的に用いられることになるとの懸念が示されることが少なくない⁵⁴⁹。起草過程においても、スペインやエクアドル、ギリシア、ソ連等から、条約を死文化させないためなどの理由により、軍事的必要性の留保の削除が強く求められ⁵⁵⁰、また条約の採択後にも文化財保護委員会により、4 条 2 項に規定された免除は、戦争の際に条約を無効にするだろうとの見解が示されている⁵⁵¹。

こうした理想主義的な立場と対峙したのが、イスラエルや米英をはじめとした現実主義的な立場をとる諸国である⁵⁵²。たとえばアメリカは、軍事的に実行可能で各国の軍事当局が受入れ可能な条約にするためには、軍事的必要性の文言を維持しなければならないことを強調した⁵⁵³。また、イギリスは、その定義にかかわらず軍事的必要性は存在するのであり、もし軍事的必要性がある場合に文化財の使用が拒否されるのであれば、条約は機能せず、信頼を失うこととなり、文化財はより大きな危険にさらされることになるだろうと主張した⁵⁵⁴。オランダは、戦闘中に数千人の兵士の命がかかっているような場合には、軍事的必要性が文化財の破壊を要求するとし、人道的理由にもとづき軍事的必要性の維持を支持している⁵⁵⁵。人命と文化財の重要性の比較は難しい問題であるが⁵⁵⁶、オランダの主張は、軍事的必要性が、敵の服従や自軍の安全といった目的だけでなく、人道上の目的のためにも認められうることを示唆している。

このように、軍事的必要性による義務からの逸脱を認める文言を含めるか否かについて激しい議論が交わされたが、両者の妥協として、「価値の高い文化財のみが保護対象とされ、

⁵⁴⁹ Eustathiades, *supra* note 537, pp. 198-199.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, pp. 192, 194-195.

⁵⁵¹ Toman, *supra* note 284, p. 76.

⁵⁵² *Ibid.*, pp. 75-76; Eustathiades, *supra* note 537, pp. 191, 196-197, 199.

⁵⁵³ CBC/SR/9, pp. 8-10.

⁵⁵⁴ CBC/SR/10, pp. 9-10.

⁵⁵⁵ CBC/SR/10, p. 8. キューバによる同様の見解として、CBC/SR/11, p. 8.

⁵⁵⁶ この点につき、立松美也子「武力紛争における文化財の保護」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』（東信堂、2004 年）658 頁参照。

そうした文化財の保護を確保するためにあらゆることがなされるべきであるが、ごく限られた稀有な場合においては、その保護が犠牲となる可能性が残されるべきである」とするフランスの意見がほとんどの代表によって受け入れられることとなり⁵⁵⁷、その結果現4条2項が採択されるに至った⁵⁵⁸。採択された条文は、確かに十分に明確であるとはいえず、軍事的必要性の有無や程度の判断は最終的には各国に委ねられる規定となっている。しかし、各国はその判断を完全に自由に行えるわけではない。「軍事上の必要にもとづき当該義務の免除が絶対的に要請される場合に限り」との文言は、逸脱の認められる場合を「ごく限られた稀有な場合」に限定するとの考えに合意があることから、極めて例外的な場合にしか文化財の攻撃は許容されないものと解釈される。

また、軍事的必要性を修飾する「絶対的に (imperatively)」という文言も、軍事的必要性の義務逸脱機能に制限を課している。この文言は、敵財産の破壊・押収の禁止を規定する1907年の陸戦規則23条(g)や、利益保護国の活動の制限を規定する1949年の傷病兵保護条約8条3項などの軍事的必要性にも付される一方で⁵⁵⁹、抑留された衛生要員等の自国への帰還を規定する傷病兵保護条約30条1項や、救済品の数量の制限を規定する文民条約108条2項などに明記される軍事的必要性にはみられない。この「絶対的に」の修飾語が付されることにより、義務の強度に階層性が生み出され、重要な価値は「絶対的な」軍事的必要性という敷居によって保護されることになるのである⁵⁶⁰。この「絶対的に」の文言は、国際人道法の基本法原則として認められる軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能が、規則として具体的にあらわれたものであるといえる。敵対行為禁止・制限機能は、「敵対行為に関するすべての法が究極的に立脚する原則」として⁵⁶¹、通常は明文にあらわれなかったかたちであらゆる規則に通底する原則である。しかし、4条2項のような軍事的必要性による義務逸脱を明文で規定する条文においては、「絶対的に」という限定を付すことにより、軍事的必要性の有無だけでなく、その程度を判断基準に加え、逸脱の範囲を最小限にとどめているのである。

条約作成時には、人道の考慮により軍事的必要性が制限されることもある。たとえば、毒ガスの使用には軍事的必要性が認められるものの、その残虐性ゆえに人道の考慮が優位し、陸戦規則23条(a)においてその絶対的禁止が規定されることとなった⁵⁶²。しかし、起草過程ですでに人道の考慮を勘案したうえで作成された条文が、軍事的必要性の義務逸脱機能を規定するに至った場合には、その義務からの逸脱に対して人道の考慮にもとづく制限を課すことはもはや困難である。当該義務を遵守するか逸脱するか判断は、専ら軍事

⁵⁵⁷ Toman, *supra* note 284, p. 76.

⁵⁵⁸ 22対8(棄権8)で、軍事的必要性への言及を削除する提案は却下された。 *Ibid.*, p. 79.

⁵⁵⁹ 第1追加議定書においては、軍事的必要性による義務逸脱を認める4つの規定(54条5項、62条1項、67条4項、71条3項)いずれにも「絶対的に」の修飾語が付されている。

⁵⁶⁰ Kolb, *supra* note 416, pp. 175-179. なお、階層の最上位にあるのは、軍事的必要性による義務からの逸脱を認める文言を含まない大多数の規則となる。

⁵⁶¹ Sandoz *et al.*, *supra* note 259, pp. 397-398, para. 1395.

⁵⁶² Schwarzenberger, *supra* note 293, pp. 9-13.

的必要性に委ねられることとなるため、軍事的必要性の内部で逸脱を制限することが必要となるのである。そのような観点からも、敵対行為禁止・制限機能が明文上で規則として果たす規制の役割は、極めて重要なものであるということができよう。

さらに、4条2項に規定される軍事的必要性は、逸脱の可能性が制限されているだけでなく、逆に規制の役割も果たしている。ユネスコの法律顧問であるサバは、ハーグ会議の際に、「文化財を尊重する義務は、その文化財が敵対当事者により軍事的目的で使用される場合にも存続する」と解釈されるべきと主張している⁵⁶³。すなわち、一般に民用物は軍事的目的で使用されるだけでその保護を享受できなくなり攻撃対象となるが、文化財に関しては、軍事的目的で使用されているだけでは攻撃の対象とすることができず、さらに絶対的な軍事的必要性が認められる場合に限り攻撃しうることになるのである⁵⁶⁴。このように、4条2項は簡素な条文ではあるが、義務逸脱の範囲が非常に限定的に解釈されるのみならず、文化財の保護を強化する役割も同時に果たしているのである。

なお、4条3項は、文化財の略奪の禁止を規定するが、文化財に対する敵対行為の場合と異なり、条文中に軍事的必要性への言及はない。これは、略奪にはいかなる軍事的必要性も認められず、絶対的な禁止が達成されたことを意味する⁵⁶⁵。本項は、その起草者たる各国により原則としての軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能が考慮され、その結果導き出された規則であるということができよう⁵⁶⁶。

(c) 文化財保護条約 11 条：特別の保護における軍事的必要性

文化財保護条約は、4条に規定される一般的な保護のほか、8条の手續に従って付与される特別の保護の制度を設け、その認定を受けた文化財はより高度な保護を享受することを規定する。そのため、起草過程においては、軍事的必要性による特別の保護義務からの逸脱は認められるべきではないとの主張がソ連やギリシアなどにより展開されたが、一般的な保護と特別の保護は単に程度の差であり、可能な限り多くの批准を得るためには、特別の保護についても軍事的必要性による義務からの逸脱は認められるべきであるとするイギリスの見解が支持され、その結果以下の11条2項が採択されることとなった⁵⁶⁷。

「……特別の保護の下にある文化財に関する特別な取扱いは、やむを得ない軍事上の必要がある例外的な場合にのみ、かつ、当該軍事上の必要が継続する間に限り、停止される。当該軍事上の必要は、師団に相当する規模の兵力又は師団よりも大きい規模の兵力の指揮官のみが認定することができる。事情が許すときはいつでも、敵対する紛争当事国は、特別な取扱いが停止される旨の決定について合理的な期間内に事前に通報を受ける。」

⁵⁶³ *Actes de la Conférence convoquée par UNESCO, supra note 539, p. 226, para. 1170.*

⁵⁶⁴ Austria, Fact Sheet on Military Necessity Submitted to the Expert Meeting on the Revision of the 1954 Hague Convention, Vienna, 11-13 May 1998, para. 2.2; Toman, *supra note 284, p. 72.*

⁵⁶⁵ *Ibid.*, p. 70.

⁵⁶⁶ Eustathiades, *supra note 537, pp. 188, 201.*

⁵⁶⁷ Toman, *supra note 284, pp. 144-145; Eustathiades, supra note 537, pp. 206-208.*

特別の保護が一般的な保護と比べより優位な保護を受けるのは、軍事的必要性にもとづく義務から逸脱できる範囲がより制限的になっているという点に尽きる。まず、軍事的必要性にもとづく逸脱が許容される要件として、軍事的必要性の決定権者が師団以上の兵力の指揮官に限定され、かつ事情が許す限り特別な取扱いを停止する旨の通報を事前に行わなければならない。こうした外在的な制約要因のみならず、軍事的必要性がなくなり次第特別な取扱いが回復するとする点、および「やむを得ない」との修飾語により逸脱の範囲を非常に狭めている点は、規則としてあらわれている軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能にもとづく制限である。これらの制限により、軍事的必要性にもとづく義務からの逸脱が明文で許容されてはいるものの、現実的にその逸脱はかなり難しいものとなっている。

なお、一般的な保護という「絶対的な (imperative) 軍事的必要性」と、特別の保護という「やむを得ない (unavoidable) 軍事的必要性」の間に、いかなる違いがあるかという点は必ずしも明確ではない。前者より後者の修飾語が文化財に十分な保護を与えるのか疑問とする見解もある⁵⁶⁸。また、「やむを得ない」との修飾語の意味するところは、上述の制約要因であるとする見解もある⁵⁶⁹。しかし、条約の趣旨および目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従えば、後者の修飾語の方がより軍事的必要性の認められる場合を限定しているものと考えられる。特別の保護制度の趣旨から、特別の保護義務の方が逸脱の認められる余地が少ないことは当然である。日本語の公定訳だとわかりにくいですが、imperative は緊急性をあらわす語であるのに対し、unavoidable は不可避であることをあらわす語である⁵⁷⁰。緊急に必要な場合と、不可避的に必要な場合とでは、後者の方がより限定された事態であるといえ、特別の保護制度下においては、軍事的必要性の義務逸脱機能がより制限されているということができよう。

ただし、手続の煩雑さや軍事目標からの距離基準が不明確であることなどから、今日までに特別の保護の登録を受けた文化財は、パチカン、オーストリア、ドイツ、オランダの4つにとどまる⁵⁷¹。そのため、条約の採択後に現実に発生した武力紛争においては、特別の保護制度は実質的な役割を果たしていない。しかし、11条2項で規定された軍事的必要性に対する制限は、1999年に採択された第2議定書の規定に有益な示唆を与えることになる。

(d) 第2議定書6条による文化財保護条約4条の厳格化

⁵⁶⁸ S. Nahlik, “La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé”, *Recueil des cours*, tome 120 (1967-I), p. 132.

⁵⁶⁹ 可児英里子『武力紛争の際の文化財の保護のための条約（1954年ハーグ条約）』の考察－1999年第二議定書作成の経緯－『外務省調査月報』2002年度3号（2002年）9頁、O’Keefe, *supra* note 531, p. 159.

⁵⁷⁰ 2007年に日本が文化財保護条約に批准する前に書かれた著書・論文においては、imperative は「真にやむを得ない」、unavoidable は「避けることのできない」と訳されることが多かった。香西茂「武力紛争の際の文化財の国際的保護」『戦争と平和（大阪国際平和研究所紀要）』9号（2000年）39-40頁、可児「前掲論文」（注569）9頁、立松「前掲論文」（注556）670頁。

⁵⁷¹ 特別の保護制度の問題点につき、立松「前掲論文」（注556）667-668頁。

1990年代の旧ユーゴ紛争の惨劇を受け、現代の武力紛争に対応した規則を作成することを目的として、1999年に文化財保護条約の第2議定書が採択された。本議定書の起草過程においては、軍事的必要性の取扱いが常に議論の中心にあり、当初は軍事的必要性の文言を削除し、文化財の絶対的な保護を規定する案もあったが⁵⁷²、各国の政府代表が参加する外交会議が始まった段階では、すでに各国は軍事的必要性の削除の意思は有しておらず、その関心は軍事的必要性の要件の明確化や濫用の防止に移されていた⁵⁷³。

作成された第2議定書は、1954年の文化財保護条約を補足するものとなり、下記の6条により1954年条約の4条2項に規定される軍事的必要性の要件を明確化することとなった。

「第6条 文化財の尊重

条約第4条の規定に従い文化財の尊重を確保することを目的として、

- (a) 同条2の規定による絶対的な軍事上の必要にもとづく免除は、文化財に対する敵対行為については、次の(i)及び(ii)の条件が満たされる場合に限り、主張することができる。
 - (i) 当該文化財が、その機能により軍事目標となっていること。
 - (ii) (i)の軍事目標に対して敵対行為を行うことによって得られる軍事的利益と同様の軍事的利益を得るために利用し得る実行可能な代替的手段がないこと。
- (b) 同条2の規定による絶対的な軍事上の必要にもとづく免除は、破壊又は損傷の危険にさらすおそれがある目的のための文化財の利用については、当該文化財のこのような利用と、当該利用によって得られる軍事的利益と同様の軍事的利益を得るための他の実行可能な方法との間の選択が不可能である場合に限り、主張することができる。
- (c) 絶対的な軍事上の必要を主張することについての決定は、大隊に相当する規模の兵力若しくは大隊よりも大きい規模の兵力の指揮官又は状況によりやむを得ない場合には、大隊よりも小さい規模の兵力の指揮官のみが行う。
- (d) (a)の規定により行われた決定にもとづき攻撃を行う場合には、事情が許すときはいつでも、効果的な事前の警告を与える。」

本条により、軍事的必要性にもとづいて文化財を攻撃するためには、(a) 当該文化財が軍事目標となっていて、他の実行可能な代替手段がないことが要件となる。また、防御側の国は、(b) 同様の軍事的利益を得られる他の実行可能な方法がない場合にしか文化財を軍事的目的で利用することはできないことになる。さらに、(c) 軍事的必要性の決定は原則として大隊の規模以上の兵力の指揮官により行われなければならない。また(d) 事情が許す限り事前の警告を与える義務が課されることとなっている。この6条による軍事的必要性の義務逸脱機能の制限を引き受ける義務を負うのは、第2議定書の締約国に限られる。しかし、

⁵⁷² J. Toman, *Cultural Property in War : Improvement in Protection : Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict* (2009), pp. 98-99; Boylan, *supra* note 537, p. 57.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 103.

国際人道法上、軍事的必要性の同機能にこのような制限を明示的に課しているのは、特別の保護制度下の文化財に限定した文化財保護条約 11 条と、この 6 条のみであり、今後の国際人道法の発展に有用な示唆を与えるものと考えられる。

こうして、特別の保護下にある文化財に対する攻撃が許容される要件よりはやや緩いものの、その影響を受けて起草された第 2 議定書 6 条により、軍事的必要性にもとづく義務からの逸脱は相当程度困難なものとなったものと考えられる。ただし、代替手段によって得られる軍事的利益が文化財の破壊によって得られるものと同等であるかの判断を行うのは結局攻撃を行う側の国家であることや、どのような場合により小規模の兵力の指揮官に判断を委ねられるかの指針がないことなどから、なお国家の裁量の余地が広いとの批判が絶えないのも事実である⁵⁷⁴。この裁量性のコントロールが、軍事的必要性の最大の課題となっているのである。

なお、文化財は、その保護に特化した特別条約まで作成され、重層的な保護が与えられているにもかかわらず、依然として軍事的必要性にもとづく義務からの逸脱が明文上認められており、それゆえに現在でも絶対的な保護が達成されているわけではない。その理由を考えるにあたっては、国際人道法の基本構造を顧みることが有益である。

国際人道法は、人道の考慮と軍事的必要性を基盤として成り立っている⁵⁷⁵。この 2 つの原則は、相対立するものとしてとらえられることも少なくないが、軍事的必要性は規制された種類および程度の力の行使を内容とするものであるから、人道の考慮と必ずしも矛盾するものではなく、相互補完的に規制の役割を果たしている⁵⁷⁶。ジュネーブ諸条約や同第 1・第 2 追加議定書の起草過程においては、人道の考慮にもとづく規制が声高に提唱され、軍事的必要性は陰に隠れがちであった。それとは対照的に、文化財保護条約や第 2 議定書の起草過程においては、軍事的必要性が議論の中心を占める一方で、人道の考慮の主張はほとんどなされていない⁵⁷⁷。このような違いが生じるのはなぜであろうか。また、人道の実現のために、人道の考慮と軍事的必要性はいかなる関係で規制を及ぼしているのだろうか。こうした点を明らかにするためには、なお文化財保護分野を素材として考察することが有用であると考えられる。そのため、第 2 節では、まずで文化財保護に関する主要な学説を検討したうえで (1)、それらの学説が実定国際法と整合的な解釈を行っているかを確認するために、文化財保護分野における軍事的必要性に関する国際判例および国家の認識について検討を行う (2)。そして、実定国際法上の規制のあり方を把握したうえで、その規制の重要な一翼を担う軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能の特質について検討を

⁵⁷⁴ Forrest, *supra* note 442, pp. 214-215.

⁵⁷⁵ 酒井他『前掲書』(注 65) 542 頁 (寺谷広司執筆担当)、小寺他編『前掲書』(注 2) 505 頁 (森田章夫執筆担当)。

⁵⁷⁶ 鈴木『前掲書』(注 51) 31 頁。cf. Kolb, *supra* note 416, p. 166.

⁵⁷⁷ 国際人道法の一般論を論じる際に、人道の考慮への言及がなされることはあった。たとえば、*Actes de la Conférence convoquée par UNESCO*, *supra* note 538, pp. 124, 142, paras. 153, 264.

行う (3)。

第2款 軍事的必要性による人道の実現

(1) 文化財保護における軍事的必要性に関する学説状況

上述のとおり、軍事的必要性とともに発展してきた文化財保護規則であるが、文化財保護分野における軍事的必要性の役割に関しては、学説上の評価は分かれる。

フォレストは、文化財保護条約および第2議定書の条文を丹念に検討したうえで、軍事的必要性は「文化財保護レジームにおける基本的な欠陥」であるとの評価を下している⁵⁷⁸。フォレストは、国際人道法が人道の考慮と軍事的必要性のバランスのうえに成り立っていることを繰り返し確認し、サンクトペテルブルク宣言が、軍事的必要性が人道の考慮に譲歩するかたちで400グラム未満の爆弾の使用を禁止したことと対比しつつ、文化財保護に関してはなお軍事的必要性にもとづく義務からの逸脱が国家の裁量で行われうることを批判する⁵⁷⁹。彼は、文化財保護レジームの絶対性を追求し、軍事的必要性をその阻害要因として批判的にとらえている。

同様に、軍事的必要性の義務逸脱機能に着目しつつも、現実的な観点から、軍事的必要性による義務からの逸脱を認めざるをえないとするチェンバレンのような見解も見受けられる⁵⁸⁰。文化財への攻撃は望ましくはないが、文化財の重要性は人の生命と比べると劣るものであり、各国が受入れ可能な条約を作成するためには、軍事的必要性を許容することによるある程度の妥協が必要であるとする見解である⁵⁸¹。確かに、現実と乖離した理想的な条約を作成しても、国家の批准は見込めないため、こうした視点は交渉の現場においては重要となる。しかし、法は当為をあらわすものであり、現実を追認するものではない。当為に現実を引き寄せるのが法の役割である以上、少なくとも政治ではなく法理論のうえで、現実的な実現可能性という観点から妥協を図ることは望ましくないものと考えられる。

これに対し、軍事的必要性が義務逸脱機能だけでなく敵対行為禁止・制限機能を有していることに鑑み、文化財保護という目的の達成のために、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能が重要な役割を果たすことに着目するヴォルフムのような見解もある。軍事的必要性が文化財が破壊されるか否かの判断基準となり、軍事的必要性がない限り文化財を破壊してはならないとするものである⁵⁸²。

⁵⁷⁸ Forrest, *supra* note 442, p. 219.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, pp. 180-181, 183, 187-188, 191, 194, 196, 212, 219.

⁵⁸⁰ K. Chamberlain, "Military Necessity under the 1999 Second Protocol", N. van Woudenberg and L. Lijnzaad (eds.), *Protecting Cultural Property in Armed Conflict: An Insight into the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict* (2010), p. 44.

⁵⁸¹ J. Hladik, "The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the Notion of Military Necessity", *International Review of the Red Cross*, Vol. 81, No. 835 (1999), pp. 621, 624.

⁵⁸² R. Wolfrum, "Reflection on the Protection of Cultural Property in Armed Conflict", H.-P. Mansel, T. Pfeiffer, H. Kronke, C. Kohler and P. Hausmann (Hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme*, Bd. 2 (2004),

武力紛争時の文化財保護に関する国際法は、文化財保護法と国際人道法の重複するところに位置する法である。そのため、文化財保護法の一分野として論じられることもあれば、国際人道法の一分野として論じられることもある。フォレストのような軍事的必要性に批判的な見解は、文化財保護法を専門とする学者によって主張されることが多く⁵⁸³、世界遺産条約や無形文化遺産条約と並列させるかたちで文化財保護条約について論じられることもある⁵⁸⁴。多くの条約により形成されている文化財保護レジームにおいては、文化財の保護が至上の目的であるため、いわゆる平時・戦時を問わず、その目的を阻害する要因は当然否定的にとらえられることになる。

他方で、文化財保護分野を国際人道法の一分野として位置づける場合、文化財保護は武力紛争時における人道の実現という大きな目的の一部にすぎず、戦争目的の達成という各国の意思が存在することを前提として、他の目的との整合性も図ったうえで実施されなければならない。このようななかでは、文化財の保護は軍事的必要性を基準として実現を図ることが有益であり、それが人道に資すると考えられるのである。

軍事的必要性に批判的な見解は、その義務逸脱機能を批判しているのであり、また肯定的な見解は、その敵対行為禁止・制限機能を評価している。両者は対立する主張をしているのではなく、義務逸脱機能を制限し、敵対行為禁止・制限機能を重視することで、文化財保護という目的を達成するために、異なる観点から軍事的必要性の役割の検討を行っているのである。

ここで、前述の条約の起草過程と照らし合わせると、学説もその多くは人道の考慮に言及することなく軍事的必要性の検討を行っており、その点は起草過程における議論と共通性を有する。ただし、言及がないということは、文化財保護のために人道の考慮がはたらかないことを意味するわけではない。現に、フォレストのような学説は、人道の考慮の観点から文化財の保護を主張している⁵⁸⁵。こうした主張は、国際人道法が人道の考慮と軍事的必要性を基盤として成り立っていることを背景になされている。そして、人道の考慮の観点から、軍事的必要性を制限し、文化財の絶対的な保護を実現すべきであるとする。しかし、これらの学説が主張するように、文化財保護の分野において、本当に人道の考慮は制約要因として機能するのであろうか。そこで、実定国際法上軍事的必要性と人道の考慮の双方が文化財保護分野における制約要因となっているのかを確認するために、次節では国際判例においていかなる判断がなされているかを検討したうえで、さらに諸国がいかなる認識を有しているかについて軍事マニュアルを通じて検討することとする。

pp. 1795-1796. cf. Kolb, *supra* note 416, pp. 164-166.

⁵⁸³ たとえば、J. H. Merryman, “Two Ways of Thinking about Cultural Property”, *American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 4 (1986), p. 838.

⁵⁸⁴ C. Forrest, *International Law and the Protection of Cultural Heritage* (2009), pp. 56-131.

⁵⁸⁵ Forrest, *supra* note 442, pp. 211-212, 219. 文化財の保護を含む人道的規則の法および法典化の歴史は、人道法が軍事的必要性と騎士道および人道の原則との間の妥協の結果であることを示しているとするものとして、Toman, *supra* note 284, p. 75.

(2) 文化財保護に関する判例および実行上の軍事的必要性

(a) 文化財破壊の罪の判断基準としての軍事的必要性

第2次世界大戦後の戦争犯罪裁判においても、文化財の押収および破壊の罪で有罪判決が下された事例はある⁵⁸⁶。ただし、いずれの判決においても、文化財の保護について詳細な議論が展開されることはなかった。文化財の破壊や意図的損傷に関する罪が大きな問題となるのは、1993年に設置された旧ユーゴ国際刑事裁判所（ICTY）においてである。ボスニアのラシュヴァ渓谷におけるモスク等の攻撃が問題となったブラシュキッチ事件を皮切りに、その後も多くの裁判で文化財の破壊に関する罪が問われることとなった⁵⁸⁷。旧ユーゴ紛争において繰り返されたこれらの文化財の破壊は、一方では文化財保護条約第2議定書の作成を導き、他方ではICTY規程に文化財破壊の罪を規定する結果をもたらすこととなった。

ICTYで適用法規となる国際人道法は、1949年のジュネーヴ諸条約（ICTY規程2条）と戦争の法規または慣例のみであり（同3条）、第1追加議定書や文化財保護条約および同第2議定書を適用することはできない。そのため、ICTYにおいては、文化財の保護義務は、戦争の法規・慣例を規定した下記のICTY規程3条（d）のもとで議論されることとなる。

「国際裁判所は、戦争の法規又は慣例に違反した者を訴追する権限を有する。その違反には、次のことが含まれるが、これらに限定されるものではない。……

（d）宗教、慈善及び教育、芸術及び学術の用に供する施設、歴史上の記念建造物並びに芸術上及び学術上の作品の押収、破壊又は意図的損傷」

この3条（d）の罪で訴追され、文化財の保護についての議論がとりわけ詳細に展開されたのは、世界遺産の街ドブロヴニクの砲撃が問題となった2005年のストゥルガー事件においてである。ユーゴスラビア人民軍（JNA）の中将であったストゥルガーは、ドブロヴニクを砲撃した際に、世界遺産となっているその旧市街の市民2人を殺害し、2人に重傷を負わせ、祭典宮殿など6つの建造物を完全に破壊し、合計116の建造物に損傷を与えた罪で起訴された。これらの犯罪行為のうち、旧市街にある建造物を破壊しまたは損傷したことが、文化財の破壊または意図的損傷の罪の構成要素に該当するかが争点となった。なお、JNAによる旧市街の砲撃に対しては、旧市街に隣接するスルディ山および旧市街以外の周縁部から反撃がなされたが、旧市街からの反撃はなかった。それにもかかわらず、JNAの攻撃は、軍事目標に限定されず、旧市街を含む広範な地域に故意かつ無差別に行われた⁵⁸⁸。

裁判部は、3条（d）の罪の要素を明確にするために有用であるとして、陸戦規則27条、

⁵⁸⁶ Henckaerts *et al.*, *supra* note 126, Vol. 2, Part 1, pp. 798-799.

⁵⁸⁷ T. Meron, “The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict within the Case-Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *International Museum*, Vol. 57, No. 4 (2005), pp. 45-56.

⁵⁸⁸ *Prosecutor v. Pavle Strugar, Judgement in Trial Chamber II*, IT-01-42-T (31 January 2005), pp. 1-2, 125-128, paras. 1-4, 284-289.

文化財保護条約、第 1 追加議定書 53 条等の内容について詳述した。そのなかで裁判部は、文化財保護条約 4 条が軍事的必要性による逸脱を認める一方で、第 1 追加議定書 53 条はそれを認めていない点に留意するが、本件では、旧市街の爆撃に関する事実にかなる軍事的必要性も生じていないため、これ以上この問題を検討する必要はないとした。また、軍事的必要性に付される「絶対的に (imperatively)」の文言によっていかなる区別が意図されるかについても検討する必要はないとした。そして、3 条 (d) の犯罪の構成要素とされる客観的要件、主観的要件が満たされ、かついかなる抗弁も認められないため、文化財の破壊または意図的損傷の罪のすべての要件が立証されたとの判断のもと、ストゥルガーは、他の罪とあわせ禁固 8 年の刑に処されることとなった⁵⁸⁹。

本件においては、旧市街に軍事目標がなく、そこにある文化財の破壊・損傷には軍事的必要性がなかったため、慣習国際法上軍事的必要性による逸脱が認められているかについては明言していない。この点は別途検討を要する問題であるが、少なくとも裁判部は、軍事的必要性がない場合には文化財に対する攻撃は禁止されるとの認識を示している。さらに、軍事的必要性が認められうる場合には、軍事的に「絶対的に」必要であるという軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能にもとづく制約が問題となりうることも示唆している。

このように、本件では軍事的必要性の有無が文化財破壊の罪の判断基準として用いられているが、その一方で、この慣習国際法上の議論においても、人道の考慮にもとづく制約は姿をあらわさない。ICTY の判例では、しばしば人道の考慮やマルテンス条項の制約機能への言及がなされる。たとえば、クプレシュキッチ事件においては、「マルテンス条項の結果として法的信念が実行を上回る役割を果たす」とされ⁵⁹⁰、マルティッチ事件においては、「復仇は、『人道の法則および公共の良心の要求』を遵守しなければならない」と判示されている⁵⁹¹。それにもかかわらず、文化財への攻撃が問題となったストゥルガー事件等においては、軍事的必要性のみにもとづいて違法性の判断が行われているのである。この点、人道の考慮による制約を考えているフォレストの学説とは異なる立場がとられているようにも思われる。ただし、ICTY の判決は個人責任に関する文脈で軍事的必要性が問題となるのであり、必ずしも国家の義務にかかわる場合と同じとはいえない。そこで第 3 節では、国家の法認識を確認するために、各国の軍事マニュアルをみていくこととする。

(b) 各国軍事マニュアルにおける文化財保護規則

国家の国際人道法に対する認識が最も顕著にあらわれるのは、各国が作成する軍事マニュアルにおいてである⁵⁹²。文化財保護義務について、たとえばドイツの軍事マニュアルは下記のとおり規定する⁵⁹³。「この規則（文化財に対する攻撃の禁止等）の例外は、絶対的な

⁵⁸⁹ *Ibid.*, pp. 131-140, 198, paras. 298-330, 481.

⁵⁹⁰ *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, *supra* note 122, p. 207, para. 527.

⁵⁹¹ *Prosecutor v. Milan Martić*, *supra* note 124, p. 167, para. 467.

⁵⁹² 各国の軍事マニュアルにおける文化財保護に関する規定について、Henckaerts *et al.*, *supra* note 126, Vol. 2, Part 1, pp. 731-745, 782-786.

⁵⁹³ Bundesministerium der Verteidigung, *supra* note 418, p. 64, para. 906.

軍事的必要性のある場合にのみ許容される。その決定をするのは、権限のある軍の指揮官である。敵が軍事的目的で使用する文化財も、可能な限り損害を与えないようにしなければならない。」また、フランスの軍事マニュアルは、「文化財が享受する保護は、軍事的必要性のある場合または敵当事者が軍事的目的で文化財を使用する場合にのみ逸脱されうる。大隊規模以上の指揮官のみが、この免除を出す権限を有する。免除の通告は、敵当事者に十分に与えられるべきである」とする⁵⁹⁴。また、イギリスは文化財保護条約および同第 2 議定書の非締約国であるが、これらの条約の基本原則に留意することは重要であるとしたうえで、第 2 議定書がより厳格な軍事的必要性の定義を導入しており、一般的な保護の場合であっても、義務から逸脱しうるのは大隊以上の規模の兵力の指揮官によってのみであるとする⁵⁹⁵。なお、アメリカの軍事マニュアルは、軍事的必要性には言及せず、包囲攻撃および砲撃の際には、その時点で軍事的目的で使用されていない文化財に対して可能な限り損害を与えないために、必要なあらゆる措置がとられなければならないと規定する⁵⁹⁶。

このように、各国が軍隊に指示する文化財保護義務は、細部において少しずつ異なっていることがわかる。しかし、多くの軍事マニュアルは、すでに文化財保護条約をはじめとした条約上の義務が存在するなかで、軍事的目的で使用されておらず、軍事的必要性のない文化財に対する敵対行為を禁止している。ここに、各国の軍事マニュアルの一般原則等の項に定められている軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能を見いだすことができる⁵⁹⁷。

他方で、それらの規定のなかに、人道の考慮にもとづく規制は見受けられない。たとえばイギリスの軍事マニュアルをみると、傷病者や捕虜の待遇だけでなく、武器の使用や民用物に対する攻撃に関しても、人道の考慮にもとづく制約がはたらくことが記されているが⁵⁹⁸、その一方で文化財の保護に関してはそうした記述はない。文化財保護に関する規制を軍事的必要性のみに求めるこのような立場は、ICTY の判例と類似するものであり、ICTY の判断が個人の刑事責任の文脈においてのみ妥当する考え方ではないことがわかる。

では、なぜフォレストのような人道の考慮に依拠する学説が見受けられるのであろうか。国際人道法においては、人道の考慮と軍事的必要性が、基本法原則として多くの規則の第一義的基礎を成している。そして、多くの場合、人道の考慮にもとづく制約が注目を集める一方で、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能にもとづく制約は見落とされがちである。国際人道法の一般的性格にたびたび言及するフォレストは、文化財保護規則においても人道の考慮が重要な役割を果たしていると考えたのかもしれない。しかし、判例や国家の認識のなかには、人道の考慮による制約は見受けられない。これは、国際人道法の諸規則は、一括りにとらえられるのではなく、それぞれの性格に応じた規制を行うことが必要

⁵⁹⁴ Ministère de la Défense, *supra* note 419, pp. 11-12.

⁵⁹⁵ UK Ministry of Defence, *supra* note 97, pp. 71-73, paras. 5.26, 5.26.5, 5.26.8.

⁵⁹⁶ US Department of the Army, *The Law of Land Warfare*, FM27-10, Department of the Army Field Manual (1956), p. A-13, para. 45.

⁵⁹⁷ 各国の軍事マニュアルに規定される軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能については、第 1 節参照。

⁵⁹⁸ UK Ministry of Defence, *supra* note 97, pp. 23-24, 101-102, 393, paras. 2.4.3, 6.1.1, 15.16.1.

となることに起因するものと考えられる。同じ人道の実現という目的を追求していても、文化財保護規則であれば文化財保護規則に適した規制が求められるのであり、人道の実現のためにはその規則の性格を把握したうえで規制を行うことが重要となるのである。なお、この文化財保護規則の性格について考察するにあたっては、まずはアメリカやドイツなど多くの国の軍事マニュアルが、文化財保護規則を「敵対行為」や「戦闘の手段および方法」に関する章で規定していることの意味を考えることから着手することが有用であると考えられる⁵⁹⁹。そこで、第3節の1では、国際人道法における文化財保護分野の性格を明らかにすることにより、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能が国際人道法の目的たる人道の実現を達成するために果たす役割について考察を行う。さらに2では、保護対象としての文化財に特有の性格に焦点をあてることで、軍事的必要性が有効な規制を行ううえで障害となりうる国家の裁量性の制限について検討を行う。

(3) 軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能の特質

(a) ハーグ法分野における軍事的必要性の役割

国際人道法は、ハーグ法とジュネーヴ法という2つの法から成り立っている。ハーグ法とは、ハーグ平和会議以降その名で呼ばれる、敵対行為すなわち戦争の方法および手段を対象とする規則の総体であり、ジュネーヴ法とは、1864年のジュネーヴ条約以降その名で知られる、戦争の犠牲者の状態に関する規則の総体をいう⁶⁰⁰。より正確に述べると、ジュネーヴ法は、従来は戦闘の外にある者の保護に関する規則であるとされてきた⁶⁰¹。ハーグ法とジュネーヴ法は、截然と分けられるものではなく、たとえば捕虜の待遇は従来ハーグ法の文脈で考えられていたが、今日ではジュネーヴ法規則として認識されている⁶⁰²。また、第1追加議定書が敵対行為に関する規則も含むこととなったため、ハーグ法がジュネーヴ法に包摂されたといわれることもある⁶⁰³。

文化財保護条約は、ハーグで作成されたが、1949年のジュネーヴ諸条約の影響が強く⁶⁰⁴、ジュネーヴ法からかなりの程度の着想を得ている⁶⁰⁵。また、その後第1追加議定書にも規定されることになることから、文化財保護規則はジュネーヴ法の一部として認識できるようになったようにも思われる。しかし、先述のとおり、文化財保護規則は、陸戦規則や第1追加議定書においては「敵対行為」の章や部で、また各国の軍事マニュアルにおいても敵

⁵⁹⁹ US Department of the Army, *supra* note 596, p. A-8; Bundesministerium der Verteidigung, *supra* note 418, p. 27.

⁶⁰⁰ C. Swinarski, “Articulation entre le droit de La Haye et le droit de Genève au lendemain des conférences de 1906 et de 1907”, Y. Daudet (ed.), *Actualité de la Conférence de La Haye de 1907, Deuxième Conférence de la Paix : colloque La Haye, 6-7 septembre 2007* (2008), p. 265.

⁶⁰¹ Pictet, *supra* note 470, p. 413.

⁶⁰² S. E. Nahlik, “Droit dit « de Genève » et droit dit « de La Haye » : Unicité ou dualité?”, *Annuaire français de droit international*, tome 24 (1978), pp. 18-19.

⁶⁰³ Swinarski, *supra* note 600, p. 262.

⁶⁰⁴ 藤田『前掲書』(注1)178頁。

⁶⁰⁵ Nahlik, *supra* note 602, pp. 23-24.

対行為や戦闘の手段および方法の章で規定されており、条約においても諸国の認識においても、文化財保護規則はなおハーグ法に属するものと観念されていることがわかる。そのため、文化財保護規則を考える際には、ハーグ法に適合的な解釈を行うことが求められる。

ハーグ法とジュネーヴ法の相違は、観点の違いにも見いだされる。ハーグ法は、能動的観点、すなわち行動する側に焦点をあてるのに対し、ジュネーヴ法は、受動的観点、すなわち被害を受ける側に焦点をあてる⁶⁰⁶。そのため、たとえば同じ文民に対する攻撃を規律する規則であっても、軍事目標主義はハーグ法に、また文民の保護はジュネーヴ法に分類されることになる⁶⁰⁷。このように、ハーグ法は攻撃側の観点からの規制に関する法であるため、戦争目的の達成との兼合いを考慮に入れた、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能にもとづく規制が第一義的に考えられるのである。それに対して、被害者の観点から規制するジュネーヴ法においては、人道の考慮による制約がより重視されることになる。

ここで文化財保護に関する規制について考えると、ジュネーヴ法が主として「戦闘の外にある人」を保護対象としてきたのに対して、文化財はまさに「戦闘の内」に位置しうる。戦闘の内においては、常に敵対行為との関係が問題となるため、ジュネーヴ法的観点のみからその保護を達成することは難しいものと思われる。他方で、戦闘の内であっても、「人」に対しては人道の考慮にもとづく一定の規制がはたらく。とりわけ、軍事目標主義や均衡性原則においては、無辜の人民を戦渦に巻き込むべきではないとの人道の考慮が強くはたらく。それに対して、文化財は「物」である。物であっても、医療品等人命にかかわるものであれば、人道の考慮が直接的に機能しうるが、文化財にそのような要素はない。むしろ、起草過程のオランダの発言にみられるように、文化財の保護を犠牲にしてでも人命を守る必要のある場合があると主張されることもある。このように、文化財は「戦闘の内にある物」であるため⁶⁰⁸、文化財保護分野においては、ジュネーヴ法的観点から人道の考慮にもとづく規制を行うことが極めて難しいのである。他方で、ハーグ法的観点にもとづく軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能による規制が、文化財の保護のためにはより適切にはたらき、人道の実現に資する結果をもたらすことになると考えられるのである。

このように、「戦闘の内」と「物」という2つの要素により、人道の考慮のはたらく余地が極めて狭くなっている。確かに、文化に対する権利や⁶⁰⁹、人民のアイデンティティを形成するとの観点から⁶¹⁰、文化財の保護に人権的要素を見いだすことは可能であろう。しかし、人道の考慮は人権保障一般を担うものではなく、生命にかかわるような最も基本的な人権にかかわるものである⁶¹¹。そのため、文化財の保護が人権的要素を含むという理由で、人道の考慮による規制がはたらくとはいいきれない。ここで改めてフォレストの学説を顧

⁶⁰⁶ Swinarski, *supra* note 600, p. 266.

⁶⁰⁷ M. Betatti, *Droit humanitaire* (2012), p. 64.

⁶⁰⁸ 立松「前掲論文」(注 522) 3-4 頁。

⁶⁰⁹ Petrovic, *supra* note 521, p. 20.

⁶¹⁰ 立松「前掲論文」(注 556) 658-659 頁。

⁶¹¹ P. Verri (E. Markee and S. Mutti (trs.)), *Dictionary of the International Law of Armed Conflict* (1992), p. 58.

みると、文化財の保護をジュネーヴ法的観点からとらえ、それゆえに人道の考慮にもとづく制約の必要性を主張していたものと考えられる。確かに、法のあるべき発展の姿を考えるうえでは傾聴に値するが、今日の実定国際法の範囲内での規制を考えると、文化財の保護は、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能により実現されているということができよう。

国際人道法の目的は、その名称のとおり当為としての人道を実現することである。人道の考慮と軍事的必要性は、ともに武力紛争中の行為に制約を課すことでその目的に資する役割を担っている。しかし、文化財保護のような分野においては、人道の考慮による制約がほとんど機能しないなかで、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能が独自の観点から規制を行っている。こうした点から、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能は、人道の考慮とは区別されるかたちで、単独で人道の実現に資する役割を果たしているということができよう⁶¹²。

文化財の保護という目的は、このように軍事的必要性により担われている。しかし、国際人道法の両輪たる人道の考慮と軍事的必要性の一方しか十分に機能しないこともあり、絶対的な保護は達成されていない。そのようななかでは、絶対的な軍事的必要性の有無が文化財に対する攻撃の可否を判断する重要な基準となるが、とりわけハーグ法規則における軍事的必要性の判断は前節で述べたとおり国家の裁量によるところが大きいため、軍事的必要性の義務逸脱機能が濫用されるおそれが考えられる。しかし、文化財の保護を行うにあたっては、文化財保護条約の前文にあるように、人類全体の利益を考慮しなければならない。そうであるならば、文化財を攻撃するにあたっては、自国の戦争目的だけでなく、国際共同体の一般利益をも考慮に入れた判断が求められるように思われる。そこで、2においては、国際共同体の一般利益が軍事的必要性の機能に及ぼす影響について考察することとする。

(b) 文化財保護分野における軍事的必要性の裁量性の制限

これまで保護対象として論じてきた文化財であるが、その定義は条約により異なり、それぞれの条約の趣旨や目的に応じた内容となっている⁶¹³。陸戦規則 27 条は、その保護対象を「宗教、技芸、学術及慈善ノ用ニ供セラルル建物、歴史上ノ記念建造物」としており、多くの文化財をその対象に含むものとなっている。他方で、文化財保護条約 1 条は、以下

⁶¹² 今日の実定国際法においては、文化財保護分野のように軍事的必要性が単独でその目的の実現を担っている分野があると考えられるが、国際人道法の目的の達成のためにあらゆる分野で人道の考慮が機能しているか、または機能すべきであるかについては、さらなる検討を要する。また、当為として位置づけられる国際人道法の目的たる「人道 (humanitarianism)」と、軍事的必要性とともにその目的の実現に資する人道の考慮にいう「人道 (humanity)」が、どのような関係性を有しているかという点も、今後の検討課題である。国際法上の「人道」の概念については、田中忠「人道観念の諸相」寺沢一・山本草二・波多野里望・筒井若水・大沼保昭編『国際法学の再構築 (上)』(東京大学出版会、1977 年) 95-148 頁参照。

⁶¹³ 河野靖『文化遺産の保存と国際協力』(風響社、1995 年) 34-36 頁。

のように文化財を定義し、その保護対象を限定している。

『文化財』とは、出所又は所有者のいかんを問わず、次に掲げるものをいう。

(a) 各人民 (every people) にとってその文化遺産として極めて重要である動産又は不動産。……」

ユネスコにおいては、「文化財」は保存すべき個々の物件を指し、「文化遺産」はより集合的・抽象的なニュアンスで用いられている⁶¹⁴。そのため、本条約の保護対象となる文化財は、文化遺産を構成するものであり、かつ各人民にとって極めて重要な文化財ということになる。ただし、文化財保護条約は、前文において、「いずれの人民に属する文化財に対する損傷も全人類の文化遺産に対する損傷を意味する」こと、および「文化遺産の保存が世界のすべての人民にとって極めて重要であること」を規定している。このことから、各人民にとって極めて重要な文化遺産は、世界のすべての人民にとって極めて重要であることを意味するものと解される。なお、1999年に採択された第2議定書も、1条において文化財保護条約と同じ定義を採用している。

第1追加議定書53条は、その保護対象を「国民 (peoples) の文化的又は精神的遺産を構成する歴史的建造物、芸術品又は礼拝所」としている。文化財保護条約の「各人民 (every people)」が文化財の所在する領域の人民を指すのに対し、第1追加議定書の「国民 (peoples)」は、より広く他の地域に住む人民をも含むものとされる⁶¹⁵。そのため、第1追加議定書53条の対象となる文化財は、文化財保護条約の前文と1条を総合的に解釈した文化財と同じであり⁶¹⁶、全人類の文化遺産に該当するものと考えられる。

文化財保護条約前文の「世界のすべての人民にとって極めて重要であること」の文言は、当初は「国家により構成される国際共同体の関心事であること」とする案が考えられていたが、文化財の保護は必ずしも伝統的な政府間ネットワークを通じてなされなければならないものではないとの理由から、現行の文言が採用されることとなった⁶¹⁷。この修正は、文化財の保護が一国ではなく人類全体にとって重要であるという事実を示すために行われたのであって⁶¹⁸、国際共同体の関心事であることを否定するものではない。文化財の保護は、ますます国際共同体の関心事となっており、国際共同体の一般利益の一部となっているのである⁶¹⁹。国際共同体の一般利益の保護は、相互主義を超えて、対世的に負う義務と

⁶¹⁴ 『同上書』29頁。

⁶¹⁵ Wolfrum, *supra* note 582, p. 1793.

⁶¹⁶ Sandoz *et al.*, *supra* note 259, p. 664, para. 2064. なお、53条にいう文化的遺産は歴史的建造物と芸術品を指し、精神的遺産は礼拝所を指すものとされる。

⁶¹⁷ Toman, *supra* note 284, p. 42.

⁶¹⁸ R. Wolfrum, “Cultural Property, Protection in Armed Conflict”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 2 (2012), p. 929.

⁶¹⁹ F. Francioni, “Au-delà des traités : L’émergence d’un nouveau droit coutumier pour la protection du patrimoine”, *Revue générale de droit international public*, tome 111, n° 1 (2007), p. 21. 「人類にとって貴重な文化財を保護するというのが、国際公益を構成していることについては異論は少ないであろう」との見解として、立松「前掲論文」(注522)21頁。

なる⁶²⁰。このような義務は、個別国家の利益というよりも、特定の高次の目的を実現するという国際共同体全体の利益を達成しようとするものである⁶²¹。そのため、文化財保護義務のような対世的義務の法解釈は、一国の主観的な判断はもちろん、紛争当事国間の合意にも委ねることはできず、客観的に行われる必要があるのである。

文化財の保護は、主として軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能にもとづき実現される。絶対的な軍事的必要性の有無の決定は、原則として戦争目的の達成のために絶対的に必要か否かという観点でなされるため、基本的には当事国の主観的な判断にもとづき行われることになる。この判断は、とりわけハーグ法分野においては国家の裁量によるところが大きく、そのことが軍事的必要性の最大の問題点となっている。しかし、ハーグ法分野に属する規則であっても、文化財の保護の判断の裁量性は、それが国際共同体の一般利益であることからかなりの程度制限を受けている。条約の起草時に、軍事的必要性と文化財保護のバランスが重要であるということが幾度となくいわれてきた⁶²²。このことは、実際に条約を適用する際にもあてはまり、文化財の価値を考慮してもなお攻撃することに軍事的必要性が見いだされる場合にのみ、軍事的必要性にもとづく義務からの逸脱が可能となることを意味する。つまり、国際共同体の一般利益を侵害してでもなお攻撃しなければならない絶対的な軍事的必要性がない限り、その文化財を攻撃することは許されないのであり、その判断が国家の裁量にのみ依存するのではなく、客観的な法解釈にもとづいて行われる必要が出てくるのである。相互主義や軍事的必要性の裁量性により、全人類の利益が侵害されることに対して懸念を示す見解もあるが⁶²³、むしろそのような利益を保護する義務が、軍事的必要性の裁量性に制約を課しているということができよう。

(4) 近年の武力紛争における文化財破壊の規制

以上で述べたように、国際人道法は、人道の考慮と軍事的必要性を基盤として成り立っており、各々が国際人道法の目的たる人道を実現するために、武力紛争時のさまざまな行為に規制を課している。しかし、ハーグ法分野、とりわけ文化財のような「戦闘の内にある物」の保護に関する規則においては、人道の考慮は規制の役割を十分に果たしえない。そのようななかで、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能は、戦争目的を考慮に入れた独自の観点から、単独で人道の実現に資する役割を果たしているのである。

ただし、こうした文化財保護のような分野においては、他方の人道の考慮による制約がほとんど機能しないこととも相まって、軍事的必要性の義務逸脱機能を封じて完全な保護を達成することは容易ではない⁶²⁴。しかし、そのようななかでも、原則たる軍事的必要性

⁶²⁰ *Barcelona Traction, Light and Power Company*, *supra* note 193, p. 32, para. 33.

⁶²¹ 森川俊孝「対世的義務」国際法学会編『国際関係法辞典〔第2版〕』（三省堂、2005年）577頁。

⁶²² Forrest, *supra* note 442, p. 211; Toman, *supra* note 284, p. 74.

⁶²³ Nahlik, *supra* note 568, pp. 146-147.

⁶²⁴ 武力紛争時の環境保護に関する国際人道法の発展が遅れているのも、同様の理由によることが考えられる。軍事的必要性が環境損害をもたらす攻撃の禁止の判断基準となるとの見解として、村瀬信也「武力紛争における環境保護」村瀬信也・真山全編『武力紛争の

の敵対行為禁止・制限機能が規則として明文にあらわれ、「絶対的な」軍事的必要性がない限り義務からの逸脱を認めないことによって、義務からの逸脱が相当程度制限され、当該義務の強化が図られている。一度明文で定められた軍事的必要性の義務逸脱機能に人道の考慮の観点から制限を課すことは難しく、その意味でも軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能にもとづく逸脱の制限が重要な役割を果たしているのである。

さらに、文化財に対する攻撃が許容されるのは、当該文化財が軍事目標となっており、他に実行可能な代替手段がなく、可能な限り事前の通告を行い、その攻撃の決定が一定規模の指揮官によりなされた場合に限られる。こうした重層的な条件を満たしたうえで文化財を攻撃することは、現実的に極めて困難であるものと思われるが、こうしたなかでも、絶対的な軍事的必要性の有無の決定にあたり、国家の裁量性が問題となりうる。しかし、文化財の保護は国際共同体の一般利益であり、その保護義務は対世的性格を帯びる。そのため、文化財に対する攻撃を行う絶対的な軍事的必要性があるかを判断するにあたっては、自国の戦争目的の観点のみならず、国際共同体の一般利益を侵害してでもなお攻撃する必要性があるかという観点が求められる。その意味で、義務からの逸脱には客観的な法解釈が必要となり、それにより国家の裁量性に一定の歯止めがかけられることになるのである。

シリアのクラック・デ・シュバリエ城塞に対する爆撃や、マリのレストラン遺跡の破壊など、昨今の武力紛争においても世界遺産級の文化財が破壊される事例は後を絶たないが、いずれも絶対的な軍事的必要性が見いだされるものではなく、国際人道法に違反する事例であると考えられる。シリアもマリも文化財保護条約の締約国であるが、マリはこの事態を受けて、2012年11月15日に第2議定書にも加入している⁶²⁵。マリではさらに、一連の安保理決議において、文化財の破壊に対する強い非難と保護のための適切な措置をとる要請が繰り返され⁶²⁶、文化財保全のための特別基金が設置され、専門家会議の実施や行動計画の策定などが行われている⁶²⁷。このような履行確保のための取組みは非常に重要であるが、それ以前に紛争当事者が軍事的必要性の特質を考慮に入れた適切な国際人道法の解釈にもとづき行動していたならば、文化財の破壊を未然に防ぐことができたかもしれない。このような観点から、文化財保護の分野だけでなく、国際人道法の他の規則に関しても、それぞれの規則に応じて軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能を正確かつ的確に理解し考慮することが、武力紛争時における人道の実現という国際人道法の目的を達成するための、着実な第一歩となるものと考えられよう。

国際法』(東信堂、2004年)639-643頁。

⁶²⁵ Accession by Mali of the Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict, available at < http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=49044&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>.

⁶²⁶ 安保理決議 2100 では、PKO の派遣も決定されている。UN Security Council Resolution 2100, UN Doc. S/RES/2100 (2013), 25 April 2013, para. 7.

⁶²⁷ Safeguarding Mali's Cultural Heritage, Fact Sheet, UNESCO (15 July 2013), paras. 3, 5, 9, 10.

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⁶²⁸。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す効果を有する。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、地域の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

⁶²⁸ 特定兵器の規制の困難さにつき、浅田正彦「特定通常兵器使用禁止制限条約と文民の保護 (2・完)」『法学論叢』114 巻 4 号 (1984 年) 65 頁。

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っ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⁶²⁹。

⁶²⁹ 人道の原則に焦点をあて敵対行為の規制も含めた広範な検討を行うものとして、K. M. Larsen, C. G. Cooper, G. Camilla and G. Nystuen (eds.), *Searching for a 'Principle of Humanity' in International Humanitarian Law* (2013), pp. 1-365.

参考文献

<著書>

- 足立純夫『現代戦争法規論』（啓正社、1979年）
- 石本泰雄『国際法の構造転換』（有信堂、1998年）
- 江藤淳一『国際法における欠缺補充の法理』（有斐閣、2012年）
- 掛江朋子『武力不行使原則の射程－人道目的の武力行使の観点から－』（国際書院、2012年）
- 城戸正彦『戦争と国際法』（嵯峨野書院、1996年）
- 香西茂『国連の平和維持活動』（有斐閣、1991年）
- 河野靖『文化遺産の保存と国際協力』（風響社、1995年）
- 小松志朗『人道的介入－秩序と正義、武力と外交』（早稲田大学出版部、2014年）
- 佐藤哲夫『国際組織法』（有斐閣、2005年）
- 信夫淳平『戦時国際法講義』第1巻、第2巻（丸善、1941年）
- 鈴木和之『実務者のための国際人道法ハンドブック』（内外出版、2013年）
- 田岡良一『国際法上の自衛権〔補訂版〕』（勁草書房、1981年）
- 田岡良一『国際法Ⅲ〔新版〕（法律学全集57）』（有斐閣、1973年）
- 田岡良一『戦争法の基本問題』（岩波書店、1944年）
- 高井晋『国連安全保障法序説－武力行使と国連－』（内外出版、2005年）
- 高野雄一『国際組織法〔新版〕（法律学全集58）』（有斐閣、1975年）
- 高橋暁『世界遺産を平和の砦に－武力紛争から文化を守るハーグ条約』（すずさわ書店、2010年）
- 竹本正幸『国際人道法の再確認と発展』（東信堂、1996年）
- 竹本正幸『海上武力紛争法サンレモ・マニュアル 解説書』（東信堂、1997年）
- 立作太郎『戦時国際法論〔増補改訂〕』（日本評論社、1944年）
- 筒井若水『国連体制と自衛権』（東京大学出版会、1992年）
- 筒井若水『自衛権－新世紀への視点－』（有斐閣、1983年）
- 筒井若水『戦争と法〔第2版〕』（東京大学出版会、1976年）
- 筒井若水『現代国際法論－国際法における第三状態－』（東京大学出版会、1972年）
- 広瀬善男『国家・政府承認と内戦（下）』（信山社、2005年）
- 広瀬善男『力の行使と国際法』（信山社、1989年）
- 藤田久一『国際人道法〔新版（再増補）〕』（有信堂、2003年）
- 藤田久一『国連法』（東京大学出版会、2000年）
- 文化庁『戦災等による焼失文化財－20世紀の文化財過去帳』（戎光祥出版、2003年）
- 前原光雄『戦争法（国防科学叢書9）』（ダイヤモンド社、1943年）
- 松井芳郎『テロ、戦争、自衛－米国等のアフガニスタン攻撃を考える』（東信堂、2002年）

- 松井芳郎『湾岸戦争と国際連合』（日本評論社、1993年）
- 丸山珠里『反乱と国家責任 国家責任論における行為の国家への帰属に関する一考察』（国際書院、1992年）
- 宮崎繁樹『戦争と人権』（学陽書房、1976年）
- 最上敏樹『人道的介入 —正義の武力行使はあるか—』（岩波書店、2001年）
- 望月康恵『人道的干渉の法理論（21世紀国際法学的叢書①）』（国際書院、2003年）
- 横田喜三郎『自衛権』（有斐閣、1951年）
- Academie de droit international de La Haye, *Le développement du rôle du conseil de sécurité : colloque La Haye, 21-23 juillet 1992* (1993)
- Amvane, Gabriel, *Les Rapports entre l'ONU et l'Union africaine en matière de paix et de sécurité sur le continent africain* (2012)
- Bannelier, Karine et Pison, Cyrille (dirs.), *Le recours à la force autorisé par le Conseil de Sécurité : Droit et responsabilité* (2013)
- Bassiouni, M. Cherif (ed.), *Libya: From Repression to Revolution: A Record of Armed Conflict and International Law Violations, 2011-2013* (2013)
- Betatti, Mario, *Droit humanitaire* (2012)
- Bothe, Michael, Partsch, Karl Joseph and Solf, Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts : Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (1982)
- Bowett, D. W., *United Nations Force : A Legal Study* (1964)
- Bowett, D. W., *Self-Defense in International Law* (1958)
- Boylan, Patrick J., *Review of the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict (The Hague Convention 1954)* (1993)
- Boyle, Francis A., *Destroying Libya and World Order : The Three-Decade U.S. Campaign to Terminate the Qaddafi Revolution* (2013)
- Brownlie, Ian, *International Law and the Use of Force by States* (1963)
- Bula-Bula, Sayeman, *Droit international humanitaire* (2010)
- Byers, Michael, *Custom, Power and the Power of Rules : International Relations and Customary International Law* (1999)
- Campbell, Horace, *Global NATO and the Catastrophic Failure in Libya : Lessons for Africa in the Forging of African Unity* (2013)
- Chamberlain, Kevin, *War and Cultural Heritage* (2004)
- Chivvis, Christopher S., *Toppling Qaddafi : Libya and the Limits of Liberal Intervention* (2014)
- Crawford, Emily, *The Treatment of Combatants and Insurgents under the Law of Armed Conflict* (2010)
- Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility :*

- Introduction, Text and Commentaries* (2002)
- Cullen, Anthony, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law* (2010)
- d'Aspremont, Jean et Hemptinne, Jérôme, *Droit international humanitaire : Thèmes choisis* (2012)
- David, Éric, *Principes de droit des conflits armés* (5^e édition, 2012)
- de Bustamante y Sirven, Antonio S. (Georges Scelle (tr.)), *La seconde Conférence de la paix, réunie à La Haye en 1907* (1909)
- de Martens, Georg Friedrich, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe* (3^e édition, 1821)
- de Mulinen, Frédéric, *Handbook of the Law of War for Armed Forces* (1987)
- Detter, Ingrid, *The Law of War* (3rd edition, 2013)
- de Vattel, Emer, *Le droit des gens; ou, Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains* (1758)
- de Wet, Erika, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council* (2004)
- Diallo, Alssane, *Les Nations Unies face aux nouveaux enjeux de la paix et de la sécurité internationales* (2005)
- Dinstein, Yoram, *Non-International Armed Conflicts in International Law* (2014)
- Dinstein, Yoram, *War, Aggression and Self-Defence* (5th edition, 2011)
- Dinstein, Yoram, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (2nd edition, 2010)
- Fleck, Dieter (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (2nd edition, 2008)
- Forrest, Craig, *International Law and the Protection of Cultural Heritage* (2009)
- Gardam, Judith, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States* (2004)
- Goodrich, Leland M., Hambro, Edvard and Simons, Anne Patricia, *Charter of the United Nations : Commentary and Documents* (3rd. rev. edition, 1969)
- Goodrich, Leland M. and Simons, Anne P., *United Nations and the Maintenance of International Peace and Security* (1955)
- Gray, Christine, *International Law and the Use of Force* (3rd edition, 2008)
- Greenwood, Christopher, *Essays on War in International Law* (2006)
- Greenspan, Morris, *The Modern Law of Land Warfare* (1959)
- Harouel-Bureloup, Véronique, *Traité de droit humanitaire* (2005)
- Hebenstreit, Johannes, *Repressalien im humanitären Völkerrecht* (2004)
- Heffter, August Wilhelm, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart : auf den bisherigen Grundlagen* (4 Aufl., 1861)
- Hehir, Aidan and Murray, Robert (eds.), *Libya : the Responsibility to Protect and the Future of Humanitarian Intervention* (2013)
- Henckaerts, Jean-Marie and Doswald-Beck, Louise (eds.), *Customary International Humanitarian*

- Law*, Vol. I, Vol. II (2005)
- Hindawi, Coralie Pison, *Vingt ans dans l'ombre du chapitre VII : Éclairage sur deux décennies de coercition à l'encontre de l'Iraq* (2013)
- International Institute of Humanitarian Law, *The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict with Commentary* (2006)
- Kalshoven, Frits, *Belligerent Reprisals* (1971)
- Kalshoven, Frits; Zegveld, Liesbeth, *Constraints on the Waging of War : An Introduction to International Humanitarian Law* (4th edition, 2011)
- Kelsen, Hans, *The Law of the United Nations : A Critical Analysis of its Fundamental Problems* (1951)
- Kerbrat, Yann, *La référence au Chapitre VII de la charte des Nations Unies dans les résolutions à caractère humanitaire du Conseil de sécurité* (1995)
- Kolb, Robert, *Ius contrabellum : Le droit international relatif au maintien de la paix* (2^e édition, 2009)
- Kolb, Robert, *Ius in bello : Le droit international des conflits armés : Précis* (2^e édition, 2009)
- Kolb, Robert, *Droit humanitaire et opérations d paix internationales* (2^e édition, 2006)
- Kolb, Robert, *Le droit relatif au maintien de la paix internationale : Evolution historique valeurs fondatrices et tendances actuelles* (2005)
- Kreipe, Nils, *Les autorisations données par le Conseil de sécurité des Nations Unies à des mesures militaires* (2009)
- Lagrange, Evelyne, *Les opérations de maintien de la paix et le Chapitre VII de la charte des Nation-Unies* (1999)
- Laun, Rudolf, *Die Haager Landkriegsordnung : (das Übereinkommen über die Gesetze und Gebräuche des Landkriegs) : Textausgabe mit einer Einführung* (1946)
- Lauterpacht, Hersch, *Recognition in International Law* (1947)
- Lindqvist, Sven (Rugg, Linda Haverty (tr.)), *A History of Bombing* (2001)
- Lubell, Noam, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors* (2010)
- McDougal, Myres S. and Feliciano, Florentino P., *Law and Minimum World Public Order : The Legal Regulation of International Coercion* (1961)
- Melzer, Nils, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law* (2009)
- Melzer, Nils, *Targeted Killing in International Law* (2008)
- Mérignhac, Alexandre Giraud Jacques Antoine, *Les lois et coutumes de la guerre sur terre : d'après le droit international moderne et la codification de la Conférence de la Haye de 1899* (1903)
- Meron, Theodor, *The Humanization of International Law* (2006)

- Meron, Theodor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (1989)
- Meyrowitz, Henri, *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre* (1970)
- Ministère des affaires étrangères, *Deuxième conférence internationale de la paix : La Haye, 15 juin - 18 octobre 1907 : Actes et documents*, tome 3 (1907)
- Moir, Lindsay, *The Law of Internal Armed Conflict* (2002)
- O'Brien, William V., *The Conduct of Just and Limited War* (1981)
- O'Keefe, Roger, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict* (2006)
- Okimoto, Keiichiro, *The Distinction and Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello* (2011)
- Oppenheim, Lassa, (Lauterpacht, Hersch (ed.)), *International Law : A Treatise*, Vol. 2: Disputes, War and Neutrality (7th edition, 1952)
- Owen, Mark and Maurer, Kevin, *No Easy Day : The Only First-Hand Account of the Navy Seal Mission that Killed Osama bin Laden* (2012)
- Owona, Joseph, *Droit international humanitaire* (2012)
- Petrovic, Jadranka, *The Old Bridge of Mostar and Increasing Respect for Cultural Property in Armed Conflict* (2013)
- Pfarrer, Chuck, *SEAL Target Geronimo : The Inside Story of the Mission to Kill Osama Bin Laden* (2012)
- Phillipson, Coleman, *International Law and the Great War* (1915)
- Pictet, Jean, *Développement et principes du droit international humanitaire* (1983)
- Pictet, Jean (ed.), *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, Vol. I (1952)
- Pictet, Jean (ed.), *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, Vol. II (1958)
- Pictet, Jean (dir.) (Jean de Preux (ed.)), *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, Vol. III (1960)
- Pictet, Jean (dir.) (O. Uhler et H. Coursier (ed.)), *Commentaires des Conventions de Genève du 12 août 1949*, Vol. IV (1956)
- Popovski, Vesselin and Fraser, Trudy (eds.), *The Security Council as Global Legislator* (2014)
- Provost, René, *International Human Rights and Humanitarian Law* (2002)
- Pustogarov, V. V. (W. E. Butler (tr.)), *Our Martens : F. F. Martens : International Lawyer and Architect of Peace* (2000), p. 108
- Roger, A. P. V., *Law on the Battlefield* (2nd edition, 2004)
- Samwer, Charles et Hopf, Jules, *Nouveau recueil général de traités*, 2^e série, tome 4 (1879)
- Sandoz, Yves, Swinarski, Christophe et Zimmermann, Bruno (dirs.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949* (1987)
- Sarooshi, Danesh, *The United Nations and the Development of Collective Security : The Delegation by its Chapter VII Powers* (1999)

- Schachter, Oscar, *International Law in Theory and Practice* (1991)
- Schaffer, Ronald, *Wings of Judgment : American Bombing in World War II* (1985)
- Schindler, Dietrich; Toman, Jiri (eds.), *The Laws of Armed Conflict : A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents* (4th edition, 2004)
- Schwarzenberger, Georg, *A Manual of International Law* (6th edition, 1976)
- Schwarzenberger, Georg, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Vol. II : The Law of Armed Conflict (1968)
- Schweigman, David, *The Authority of the Security Council under Chapter VII of the UN Charter : Legal Limit and the Role of the International Court of Justice* (2001)
- Seyersted, Finn, *United Nations Force in the Law of Peace and War* (1966)
- Simma, Bruno, Khan, Daniel-Erasmus, Nolte, Georg and Paulus, Andreas (eds.), *The Charter of the United Nations : A Commentary* (3rd edition, 2012)
- Sivakumaran, Sandesh, *The Law of Non-International Armed Conflict* (2012)
- Solis, Gary D., *The Law of Armed Conflict : International Humanitarian Law in War* (2010)
- Stone, Julius, *Legal Controls of International Conflict : A Treatise on the Dynamics of Disputes- and War-Law* (1954)
- Toman, Jiří, *Cultural Property in War : Improvement in Protection : Commentary on the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict* (2009)
- Toman, Jiří, *The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict : Commentary on the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and its Protocol, Signed on 14 May 1954 in the Hague, and on Other Instruments of International Law Concerning Such Protection* (1996)
- Tucker, Robert W., *The Law of War and Neutrality at Sea* (1955)
- UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (2004)
- van Panhuys, Haro Frederik, *The Rôle of Nationality in International Law: An Outline* (1959)
- Venturini, Gabriella, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale* (1988)
- Walling, Carrie Booth, *All Necessary Measures : The United Nations and Humanitarian Intervention* (2013)
- Wells, Donald A., *The Laws of Land Warfare : A Guide to the U.S. Army Manuals* (1992)
- Wilmshurst Elizabeth and Breau, Susan (eds.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law* (2007)
- Wolfke, Karol, *Custom in Present International Law* (1964)
- Wright, Quincy, *A Study of War* (1942)
- Zegveld, Liesbeth, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law* (2002)

<論文>

- 浅田正彦「国際法における『武力紛争』の概念－国際的武力紛争における武力紛争法適用の敷居をめぐって－」田中則夫・薬師寺公夫・坂元茂樹編集代表『現代国際法の思想と構造Ⅱ：環境、海洋、刑事、紛争、展望（松井芳郎教授古稀記念）』（東信堂、2012年）
- 浅田正彦「特定通常兵器使用禁止制限条約と文民の保護（1）（2・完）」『法学論叢』114巻2号、114巻4号（1983年、1984年）
- 阿部恵「武力紛争法規における比例性（proportionality）とその変質」『上智法学論集』42巻1号（1998年）
- 新井京「『新しい戦争』と武力紛争法」『国際問題』587号（2009年）
- 新井京「『テロとの戦争』における武力紛争の存在とその性質」『同志社法学』61巻1号（2009年）
- 新井京「非国際的武力紛争に適用される国際人道法の慣習法規則－赤十字国際委員会『慣習国際人道法』研究の批判的考察－」『同志社法学』60巻7号（2009年）
- 新井京「武力紛争法におけるテロリストの位置づけ」『国際法外交雑誌』108巻2号（2009年）
- 新井京「『テロとの戦争』と武力紛争法－捕虜資格をめぐって」『法律時報』76巻4号（2002年）
- 新井京「テロリズムと武力紛争法」『国際法外交雑誌』101巻3号（2002年）
- 石川弘「国際人道法の現状と当面する諸問題－武力紛争に適用される国際人道法の再確認と発展に関する外交会議に出席して」『法曹時報』26巻12号（1974年）
- 石本泰雄「戦争と現代国際法」高野雄一編『現代法と国際社会（岩波講座現代法12）』（岩波書店、1965年）
- 石本泰雄「国際連合と中立」田畑茂二郎編集代表『国際連合の研究（田岡良一先生還暦記念論文集）』第1巻（有斐閣、1962年）
- 位田隆一「最近の海の境界画定紛争における比例性概念－国際法上の比例性原則の研究－」『法学論叢』124巻5・6号（1989年）
- 稲角光恵「文民の保護」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』（東信堂、2004年）
- 井上実佳「1990年代以降の国連平和維持活動の変遷－国連憲章第7章下の任務に着目して－」『修道法学』33巻2号（2011年）
- 岩田健司「軍隊に随伴する文民の敵対行為について－第1追加議定書第51条第3項における『敵対行為への直接の参加』を中心に」『国際安全保障』35巻2号（2007年）
- 岩田健司「軍隊に随伴する文民の武力紛争法上の地位」『国際安全保障』33巻4号（2006年）
- 岩本誠吾「慣習国際人道法を巡る米国と赤十字国際委員会との解釈の対立」『京都産業大学

- 世界問題研究所紀要』23号（2007年）
- 上田秀明『『保護する責任』の履行、リビアの事例』『産大法学』45巻3・4号（2012年）
- 江藤淳一「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」上智大学法学会編『変容する社会の法と理論：上智大学法学部創設五十周年記念』（有斐閣、2008年）
- 江藤淳一「国際法における欠缺補充の法理」『世界法年報』25号（2006年）
- 江藤淳一「マルテンス条項 ー百年の軌跡」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』（東信堂、2004年）
- 大平善悟「軍事目標の爆撃」一又正雄・大平善悟編『時局関係国際法外交論文集（中村進午博士追悼記念）』（巖松堂書店、1940年）
- 大平善悟「空襲法理の発展」『一橋論叢』4巻3号（1939年）
- 尾崎重義「国際連合憲章第7章注解（その5）国際連合憲章第48条の注解」『二松学舎大学国際政経論集』19号（2013年）
- 尾崎重義「国際連合憲章第7章注解（その4）国際連合憲章第42条の注解」『二松学舎大学国際政経論集』18号（2012年）
- 尾崎重義「国際連合憲章第41条の注解（その1）（その2・完）」『二松学舎大学国際政経論集』16号（2010年）、17号（2011年）
- 尾崎重義「国連憲章第40条の注解」『二松学舎大学国際政経論集』15号（2009年）
- 尾崎重義「国連憲章第39条の注解（その1）～（その3・完）」『二松学舎大学国際政経論集』12号（2006年）、13号（2007年）、14号（2008年）
- 尾崎重義「国連（安全保障理事会）の『オーソリゼーション』に基づく国家の武力行使」『二松学舎創立百二十五周年記念論文集』（2002年）40頁
- 尾崎重義「集団的な人道的干渉 ー国際連合による集団安全保障の新たな展開」『新防衛論集』22巻1号（1994年）
- 尾崎重義「国際連合による集団安全保障の新たな展開 ー湾岸戦争とクルド人救済活動の国際法的評価を中心に」『レファレンス』43巻7号（1993年）
- 尾崎重義「湾岸戦争と国連憲章 ー『新世界秩序』における国連の役割のケース・スタディとして」『筑波法政』15号（1992年）1-78頁
- 可児英里子『『武力紛争の際の文化財の保護のための条約（1954年ハーグ条約）』の考察 ー1999年第二議定書作成の経緯ー』『外務省調査月報』2002年度3号（2002年）
- 糟谷英之「サンレモプロジェクト『非国際武力紛争における人道的保護』に関する第三回専門家会議 ー二〇〇一年九月十九日～二十三日、ストックホルムにおいて開催ー」『摂南法学』27号（2002年）
- 糟谷英之「国際連合要員及び関連要員の安全に関する条約の適用範囲 ー国際人道法の適用問題に関連してー」藤田久一・松井芳郎・坂元茂樹編『人権法と人道法の新世紀』（東信堂、2001年）

- 糟谷英之「内戦と国際人道法」国際法学会編『日本と国際法の100年 第10巻 安全保障』（三省堂、2001年）
- 糟谷英之「非国際武力紛争に適用される国際人道法研究の最近の動向 —サンレモ人道法国際研究所のプロジェクト—」『攝南法学』25号（2001年）
- 糟谷英之「非国際的武力紛争における敵対行為を規律する国際人道法の諸規則」『岡山商科大学法学論集』3号（1995年）
- 糟谷英之「一九七七年第二追加議定書の適用範囲 —第一条（事項的適用範囲）の検討」『関西大学大学院法学ジャーナル』60号（1992年）
- 川岸伸「非国家主体への越境攻撃と『武力紛争』の概念」『国際法外交雑誌』113巻1号（2014年）
- 川岸伸「非国家主体と国際法上の自衛権 —九・一一同時多発テロ事件を契機として—（1）～（3・完）」『法学論叢』167巻4号（2010年）、168巻2号（2010年）、168巻4号（2011年）
- 城戸正彦「内戦と国際法」『現代社会の諸問題と提言：大学40周年記念論文集』（松山大学、1990年）
- 木原正樹「必要なあらゆる『あらゆる必要な手段』の授權決議 —『対テロ戦争』時代の‘use of force’授權による海賊対策」『神戸学院法学』40巻3・4号（2011年）
- C. グレイ「国連集団安全保障体制の正統性は危機なのか」松井芳郎編『人間の安全保障と国際社会のガバナンス（講座人間の安全保障と国際組織犯罪）』（日本評論社、2007年）
- 黒井文太郎「ビンラディン殺害作戦の全貌」『軍事研究』46巻7号（2011年）
- 黒崎将広「戦争法秩序の誕生 —総加入条項とマルテンス条項の機能的連続性」『国際関係論研究』19号（2003年）
- 香西茂「武力紛争の際の文化財の国際的保護」『戦争と平和（大阪国際平和研究所紀要）』9号（2000年）
- 小沼史彦「2011年のリビア干渉について —国際法的観点から—」『法学政治学研究（成蹊大学）』39号（2013年）
- 小松志朗「人道的介入の正統性と実効性のパラドックス：リビア介入における武力行使と外交交渉のギャップ」『社会と倫理』27号（2012年）
- 坂元茂樹「武力紛争法の特質とその実効性」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』（東信堂、2004年）
- 佐藤哲夫「人道援助活動の中立性と国連の軍事的活動 —UNHCRとICRCのアプローチの比較の視点から—」島田征夫編『国内避難民と国際法』（信山社、2006年）
- 佐藤哲夫「国際連合憲章第七章に基づく安全保障理事会の活動の正当性」『法学研究（一橋大学研究年報）』34号（2000年）
- 佐藤哲夫「冷戦後の国際連合憲章第七章に基づく安全保障理事会の活動 —武力の行使に関

- わる二つの事例をめぐって」『法学研究（一橋大学研究年報）』26号（1994年）
- 篠田英朗「国際人道法の強行規範性と核兵器の使用及び使用の威嚇に関する国際司法裁判所勧告的意見における *jus in bello* と *jus ad bellum*、そして法と政治」『広島平和科学』23号（2001年）
- 島田征夫「国内避難民の安全地帯と国際法」島田征夫編『国内避難民と国際法』（信山社、2006年）
- 島田征夫「戦争捕虜の賠償請求権と国際法」『早稲田法学』79巻1号（2003年）
- 鈴木淳一「伝統的国際法の国内法補足的性質について —武力紛争法・国際人道法を例として—（1）～（3・完）」『独協法学』49号、52号、54号（1999年、2000年、2001年）
- 鈴木和之「武力紛争の適用の始期 —暴力行為の烈度問題を中心に—」『防衛学研究』31号（2004年）
- 住吉良人「ジュネーヴ諸条約と人道の原則」『総合法学』7巻5号（1964年）
- 高嶋陽子「国連安全保障理事会と武力紛争下の文民保護 —リビアの事例を中心に—」『専修総合科学研究』21号（2013年）
- 竹本正幸・楠美智子「人道的理由で使用の禁止又は制限の対象となる焼夷兵器その他の特定通常兵器 —国連事務総長の報告書—（1）（2）」『関西大学法学論集』28巻2号（1978年）、28巻3号（1978年）
- 竹本正幸「武力紛争における人権の尊重 —国際連合事務総長の報告書—（1）～（4・完）」『関西大学法学論集』20巻5号（1970年）、20巻6号（1971年）、21巻1号（1971年）、21巻4号（1972年）
- 尋木真也「対テロ戦争における国際法上の規制」『早稲田大学社会安全政策研究所紀要』6号（2014年）
- 尋木真也「武力紛争法における軍事的必要性の機能」『早稲田法学会誌』63巻2号（2013年）
- 尋木真也「慣習国際人道法における敵対武装集団の位置づけ」『早稲田大学大学院法研論集』134号（2010年）
- 尋木真也「非国際的武力紛争における戦時復讐の存立基盤 —軍事的必要性及び相互主義の観点から—」『早稲田大学大学院法研論集』132号（2009年）
- 立松美也子「文化財の破壊・略奪に関する国際法上の規制 —近時の事例を参考にして—」『山形大学法政論叢』33・34号（2005年）
- 立松美也子「武力紛争における文化財の保護」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』（東信堂、2004年）
- 田村恵理子「平和維持活動による国際人道法の遵守強制 —国連憲章第7章下の文民保護任務に着目して—」『大阪医科大学紀要人文研究』42号（2011年）
- 田中佐代子「自衛権行使における均衡性原則の射程」『国家学会雑誌』123巻9・10号（2010年）

- 年)
- 田中忠「戦闘手段制限の外観と内実 ―一九四九年八月一二日のジュネーブ条約への追加議定書を中心に」『国際法外交雑誌』78巻3号(1979年)
- 田中忠「人道観念の諸相」寺沢一・山本草二・波多野里望・筒井若水・大沼保昭編『国際法学の再構築(上)』(東京大学出版会、1977年)
- 田中則夫「慣習法の形成・認定過程の変容と国家の役割」『国際法外交雑誌』100巻4号(2001年)
- 田中誠「国際社会と『保護する責任』 ―リビア危機を例にして」『防衛大学校紀要(社会科学分冊)』103号(2011年)
- 田中誠「戦時復仇の機能・要件再考」『防衛学研究』36号(2006年)
- 田畑茂二郎「内乱と国際法(1)～(3・完)」『法学セミナー』205号(1973年)、207号(1973年)、209号(1973年)
- 田村恵理子「平和維持活動による国際人道法の遵守強制 ―国連憲章第7章下の文民保護任務に着目して―」『大阪医科大学紀要人文研究』42号(2011年)
- 寺沢一「復仇制度の成立」同『法の力：国際平和の模索(寺沢一著作集)』(東信堂、2005年)
- 寺谷広司「人道・人権の理念と構造転換論 ―人道法は人権法の特別法か」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』(東信堂、2004年)
- 寺谷広司「内戦化する世界 ―現代武力紛争法の歴史的位相―」『社会科学研究』54巻5号(2003年)
- 仲宗根卓「クラスター弾に関する条約の構造 ―事後措置重点化による武力紛争法への影響―」『国際安全保障』37巻4号(2010年)
- 永田高英「ILA『国内避難民に関する国際法原則宣言』の成立」島田征夫編『国内避難民と国際法』(信山社、2006年)
- 檜林建司「コンゴ民主共和国における暫定緊急多国籍軍の活動」『愛媛法学会雑誌』31巻3・4号(2005年)
- 西海真樹「武力不行使原則の現代的変容 ―民族解放戦争の位置づけをめぐって」『法学新報』91巻8・9・10号(1985年)
- 西村弓「武力紛争法の履行確保 ―相互主義と復仇」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』(東信堂、2004年)
- 根本和幸「自衛権行使における必要性・均衡性原則」村瀬信也編『自衛権の現代的展開』(東信堂、2007年)
- 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)(2・完)」『上智法学論集』50巻1号(2006年)、50巻2号(2006年)
- 則武輝幸「国連安全保障理事会における平和に対する脅威、平和の破壊、侵略行為の認定1945年―1995年」『帝京法学』19巻2号(1996年)

- 林久茂「交戦団体承認についての一考察」『法学論叢』61巻6号（1956年）
- 樋口一彦「1977年ジュネーヴ諸条約追加議定書と慣習国際人道法－国際立法の観点から」
坂元茂樹編『国際立法の最前線（藤田久一先生古稀記念）』（有信堂、2009年）
- 樋口一彦「政府と反徒の間の国際人道法適用合意」『琉大法学』77号（2007年）
- 樋口一彦「国際人道法の適用における『武力紛争の存在』－国際的武力紛争と内戦（非国際的武力紛争）の区別の意味」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』（東信堂、2004年）
- 樋口一彦「内戦に適用される国際人道法の適用条件－武力紛争の存在および武力紛争と当該行為との関連性をめぐって－」『琉大法学』64号（2000年）
- 樋口一彦「内戦に適用される国際人道法－その拡大の可能性－」『琉大法学』55号（1995年）
- 樋口一彦「ジュネーヴ諸条約第二追加議定書における反徒の地位」『関西大学法学ジャーナル』50号（1988年）
- 広瀬善男「核兵器使用の違法性に関する考察－国際慣習法の立場から－」『明治学院論叢法学研究』60号（1996年）
- 福田毅「クラスター弾に『烙印』は押せるか－オスロ・プロセスをめぐる言説の分析－」『国際安全保障』37巻4号（2010年）
- 藤田久一「国際人道法秩序の構築と国際刑事裁判所（ICC）の役割」『法律時報』79巻4号（2007年）
- 藤田久一「国際法の法源論の新展開」山手治之・香西茂編集代表『国際社会の法構造：その歴史と現状－21世紀国際社会における人権と平和：国際法の新しい発展をめざして（上）』（東信堂、2003年）
- 藤田久一「国際人道法の機能展開－国連法との相互浸透－」藤田久一・松井芳郎・坂元茂樹編『人権法と人道法の新世紀』（東信堂、2001年）
- 藤田久一「内戦と1949年ジュネーヴ条約－捕えられた戦闘員の法的保護を中心に」『国際法外交雑誌』71巻2号（1972年）
- 藤田久一「『国際的性質を有しない武力紛争』－1949年ジュネーヴ諸条約第3条をめぐって－（1）（2）」『金沢法学』14巻2号、16巻1・2号（1969年、1971年）
- 藤田久一「戦時復讐制限と1949年ジュネーヴ諸条約」『法学論叢』80巻5号（1967年）
- 古谷修一「自衛と域外法執行措置」村瀬信也編『自衛権の現代的展開』（東信堂、2007年）
- 古谷修一「『テロとの戦争』における国際人権法の役割－人権法の機能的拡張－」『国際人権』17号（2006年）
- 古谷修一「国際テロリズムと武力紛争法の射程－9・11テロ事件が提起する問題」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』（東信堂、2004年）
- 古谷修一「国際法上の個人責任の拡大とその意義－国家責任法との関係を中心として」『世界法年報』21号（2002年）

- 松井芳郎「国際法における武力規制の構造 — 討論のための概念整理」『ジュリスト』1343号 (2007年)
- 松井芳郎「国際法における『対抗措置』の概念」『名古屋大学法政論集』154号 (1994年)
- 松田竹男「安保理強制措置の多様化 — その批判的検討 —」松田竹男・田中則夫・薬師寺公夫・坂元茂樹編集代表『現代国際法の思想と構造 II — 環境、海洋、刑事、紛争、展望』(東信堂、2012年)
- 松田竹男「ソマリアの教訓」桐山孝信・杉島正秋・船尾章子編『転換期国際法の構造と機能：石本泰雄先生古稀記念論文集』(国際書院、2000年)
- 松葉真美「国際人道法と国際人権法の相互作用 — 人道法は人権法に優先するのか —」『レファレンス』58巻7号 (2008年)
- 真山全「文民保護と武力紛争法 — 敵対行為への直接的参加概念に関する赤十字国際委員会解釈指針の検討 —」『世界法年報』31号 (2012年)
- 真山全「テロ行為・対テロ作戦と武力紛争法」初川満編『テロリズムの法的規制』(信山社、2009年)
- 真山全「自衛権行使と武力紛争法」村瀬信也編『自衛権の現代的展開』(東信堂、2007年)
- 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)
- 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『21世紀の国際法 課題と展望』(東信堂、2004年)
- 真山全「陸戦法規における目標識別義務 — 部隊安全確保と民用物保護の対立的関係に関する一考察」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』(東信堂、2004年)
- 真山全「ジュネーヴ諸条約と追加議定書」国際法学会編『安全保障 (日本と国際法の 100 年第 10 巻)』(三省堂、2001年)
- 宮内靖彦「自衛の発動要件についての非国家的行為体の意味 — 国際判例の観点からの分析 —」村瀬信也編『自衛権の現代的展開』(東信堂、2007年)
- 宮内靖彦「『非国家的行為体への自衛権』論の問題点」『国際問題』556号 (2006年)
- 宮内靖彦「武力復讐の規制に対する『国際法の欠缺』の起源と展望」島田征夫・江泉芳信・清水章雄編『変動する国際社会と法 (土井輝生先生古稀記念)』(敬文堂、1996年)
- 宮崎繁樹「今日における『戦争法規』の役割」『ジュリスト』337号 (1965年)
- 宮崎繁樹「集団的安全保障と戦争法規」『法律論叢』27巻5・6号 (1954年)
- 宮崎繁樹「戦時国際法における基本的理論の転換」『法律論叢』25巻3号 (1951年)
- 村瀬信也「武力紛争における環境保護」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』(東信堂、2004年)
- 村瀬信也監訳「『国家責任』に関する条文草案注釈 — 国際法委員会暫定草案第一部 — (1) (2・完)」『立教法学』23号 (1984年)、24号 (1985年)

- 村田斉志「行政法における比例原則」藤山雅行・村田斉志編『行政訴訟（新・裁判実務大系 25）〔改訂版〕』（青林書院、2012 年）
- 最上敏樹「正義と人道の法構造」『法律時報』74 卷 6 号（2002 年）
- 森肇志「国際連合安全保障理事会の拘束力ある決定の範囲 — 黙示的一般権限と特定権限 —」『本郷法政紀要』3 号（1994 年）
- 森川幸一「『対テロ戦争』への国際人道法の適用 — 『テロリスト』の取扱いをめぐる米国での議論と日本の捕虜法制を中心に」『ジュリスト』1299 号（2005 年）
- 森川幸一「国際連合の強制措置と法の支配（1）（2・完） — 安全保障理事会の裁量権の限界をめぐる —」『国際法外交雑誌』93 卷 2 号（1994 年）、94 卷 4 号（1995 年）
- 森田桂子「タリバンの『不法戦闘員』としての地位 — 破綻国家との国際武力紛争 —」『防衛研究所紀要』10 卷 3 号（2008 年）
- 守谷（上地）瑠美子「国際人道法における反徒の法的地位 — 非国際的武力紛争の場合」『関西大学法学論集』56 卷 4 号（2006 年）
- 薬師寺公夫「国際人権法とジュネーヴ法の時間的・場所的・人的適用範囲の重複と問題点」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』（東信堂、2004 年）
- 山形英郎「『人道的干渉』から『住民保護責任』への転換」『国際開発研究フォーラム』34 号（2007 年）
- 山下恭弘「国内的な騷擾・緊張の事態と国際人道法」『早稲田大学大学院法研論集』58 号（1991 年）
- 山本慎一「『保護する責任』と法的保護 — 国際人道法との関係を中心に」『国際安全保障』第 40 卷 2 号（2012 年）
- 尹仁河「国際人道法における相互主義の否定への反発 — 1977 年第一追加議定書の文民復仇禁止規定を手がかりとして」『法学政治学論究』60 卷（2004 年）
- 尹仁河「空戦における軍事目標主義の登場と文民保護との関係 — 一九二三年ハーグ空戦規則案の空爆関連規定の分析 —」『慶応義塾大学大学院法学研究科論文集』44 号（2003 年）
- 尹仁河「国連部隊による国際人道法違反についての国連の責任」『法学政治学論究（慶応）』57 卷（2003 年）
- 尹仁河「国際人道法における国際的／非国際的武力紛争の区分」『慶応義塾大学大学院法学研究科論文集』41 号（2000 年）
- 吉田脩「《武力規制法》の規範的構造と『戦時復仇』の諸相 — 1977 年のジュネーヴ第一追加議定書における『復仇』禁止諸条項についての考察を中心に」『筑波法政』33 卷（2002 年）
- 吉田靖之「国連安保理事会決議に基づく多国籍軍の法的考察 — 安保理事会の『授權』を中心に」『防衛研究所紀要』3 卷 1 号（2000 年）
- Ago, Robert, “Positive Law and International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 51,

No. 4 (1957)

- Ambos, Kai and Alkatout, Josef, “Has ‘Justice Been Done’? The Legality of Bin Laden’s Killing under International Law”, *Israel Law Review*, Vol. 45, No. 2 (2012)
- Antonopoulos, Constantine, “‘The Legitimacy to legitimise’ : The Security Council Action in Libya under Resolution 1973 (2011)”, *International Community Law Review*, Vol. 14, No. 4 (2012)
- Arai-Takahashi, Yutaka, “So-Called Targeted Killings in Volatile Occupied Territories: Critical Appraisal through the Concept of Direct Participation in Hostilities and the Principle of Proportionality”, *Kokusaihou Gaiko Zassi (Journal of International Law and Diplomacy)*, Vol. 108, No. 4 (2010)
- Bellal, Annyssa and Doswald-Beck, Louise, “Evaluating the Use of Force during the Arab Spring”, *Yearbook of International Humanitarian Law 2011*, Vol. 14 (2012)
- Bellot, Hugh H. L., “War Crimes : Their Prevention and Punishment”, *Transactions Grotius Society*, Vol. 2 (1917)
- Bindschedler, R. I., “Die Vereingten Nationen und das Kriegsrecht”, Vladimir Ibler (ed.), *Mélanges offerts à Juraj Andrassy* (1968)
- Blank, Laurie R., “Defining the Battlefield in Contemporary Conflict and Counterterrorism : Understanding the Parameters of the Zone of Combat”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 39, No. 1 (2010)
- Blank, Laurie and Farley, Benjamin R., “Characterizing US Operation in Pakistan: Is the State Engaged in an Armed Conflict?”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 34, No. 2 (2011)
- Blishchenko, Igor P., “Les principes du droit international humanitaire”, Swinarski, Christophe (ed.), *Etude et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge : Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross : en l’honneur de (in Honour of) Jean Pictet* (1984), pp. 291-300
- Blokker, Niels, “The Security Council and the Use of Force : On Recent Practice”, Niels Blokker and Nico Schrijver (eds.), *The Security Council and the Use of Force : Theory and Reality – A Need for Change?* (2005)
- Blum, Yehuda Z., “State Response to Acts of Terrorism”, *German Yearbook of International Law*, Vol. 19 (1976)
- Bothe, Michael, “Les limites des pouvoirs du Conseil de sécurité”, Dupuy, René-Jean (ed.), *Le développement du rôle du conseil de sécurité / The Development of the Role of the Security Council : Peace-Keeping and Peace-Building : Colloque 1992 / Workshop 1992* (1993)
- Bothe, Michael, “Conflits armés internes et droit international humanitaire”, *Revue générale de droit international public*, tome 82, n° 1 (1978)

- Breakey, Hugh, "Protection of Civilians and Law Making in the Security Council", Vesselin Popovski and Trudy Fraser (eds.), *The Security Council as Global Legislator* (2014)
- Brownlie, Ian, "The Decisions of Political Organs of the United Nations and the Rule of Law", MacDonald, Ronald St. John (ed.), *Essays in Honour of Wang Tieya* (1993)
- Bugnion, François, "La gènese de la protection juridique des biens culturels en cas de conflit armé", *Revue internationale e de la Croix-Rouge*, tome 86, n° 854 (2004)
- Bugnion, François, "Jus ad Bellum, Jus in Bello and Non-International Armed Conflicts", *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 6 (2003)
- Carnahan, Burrus M., "Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity", *American Journal of International Law*, Vol. 92, No. 2 (1998)
- Cassese, Antonio, "The Status of Rebels under the 1977 Geneva Protocols on Non-International Armed Conflict", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, No. 2 (1981)
- Chamberlain, Kevin, "Military Necessity under the 1999 Second Protocol", Nout van Woudenberg and Liesbeth Lijnzaad (eds.), *Protecting Cultural Property in Armed Conflict : An Insight into the 1999 Second Protocol to the Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict* (2010)
- Corn, Geoffrey, "Back to the Future : De Facto Hostilities, Transnational Terrorism, and the Purpose of the Law of Armed Conflict", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 30, No. 4 (2009)
- Cowling, Michael G., "The Relationship between Military Necessity and the Principle of Superfluous Injury and Unnecessary Suffering in the Law of Armed Conflict", *South African Yearbook of International Law*, Vol. 25 (2000)
- Darcy, Shane, "The Evolution of the Law of Belligerent Reprisals", *Military Law Review*, Vol. 175 (2003)
- de Breucker, Jean, "La réserve des nécessités militaires dans la Convention de la Haye du 14 Mai 1954 sur la Protection des Biens Culturels", *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, tome 14, n° 3-4 (1975)
- de Cock, Chris, "Operation Unified Protector and the Protection of Civilians in Libya", *Yearbook of International Humanitarian Law 2011*, Vol. 14 (2012)
- Deeks, Ashley S., "Unwilling or Unable : Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52, No. 3 (2012)
- de la Brière, Yves, "Évolution de la doctrine et de la pratique en matière de représailles", *Recueil des cours 1928*, Tome 22, n° 2 (1929)
- de Visscher, Charles, "Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité", *Revue générale de droit international public*, tome 24, n° 1 (1917), pp. 74-108
- Dinstein, Yoram, "Military necessity", Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public*

- International Law*, Vol. 7 (2012)
- Downey, William Gerald, "The Law of War and Military Necessity", *American Journal of International Law*, Vol. 47, No. 2 (1953)
- Draper, G. I. A. D., "Military Necessity and Humanitarian Imperatives", *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, tome 12, n° 2 (1973)
- Dunbar, N. C. H., "The Significance of Military Necessity in the Law of War", *Juridical Review*, Vol. 67, No. 2 (1955)
- Dunbar, N. C. H., "Military Necessity in War Crimes Trials", *British Year Book of International Law*, Vol. 29 (1952)
- Dworkin, Ronald M., "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review*, Vol. 35, No. 1 (1967)
- Emanuelli, Claude, "L'étude du CICR sur le droit humanitaire coutumier : la coutume en question", *Revue générale de droit international public*, Tome 110, n° 2 (2006)
- Eustathiades, Constantin Th., "La réserve des nécessités militaires et la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé", *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant* (1960)
- Fitzmaurice, Gerald, "The General Principles of International Law : Considered from the Standpoint of the Rule of Law", *Recueil des cours : Académie de droit international*, tome 92 (1957)
- Forrest, Craig J. S., "The Doctrine of Military Necessity and the Protection of Cultural Property during Armed Conflicts", *California Western International Law Journal*, Vol. 37, No. 2 (2007)
- Francioni, Francesco, "Au-delà des traités : L'émergence d'un nouveau droit coutumier pour la protection du patrimoine", *Revue générale de droit international public*, tome 111, n° 1 (2007)
- Furuya, Shuichi, "Rule 61 Procedure in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia : A Lesson for the ICC", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 12, No. 3 (1999)
- Gardam, Judith G., "Legal Restraints on Security Council Military Enforcement Action", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 17, No. 2 (1996)
- Goodman, Ryan, "The Power to Kill or Capture Enemy Combatants", *European Journal of International Law*, Vol. 24, No. 3 (2013)
- Greenwood, Christopher, "Belligerent Reprisals in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", Horst Fischer, Claus Kress and Sascha Rolf Lüder (eds.), *International and National Prosecution of Crimes under Current Developments* (2001)
- Greenwood, Christopher, "International Humanitarian Law and United Nations Military Operations",

- Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 1 (1998)
- Greenwood, Christopher, “The Effects of the United Nations Charter on the Law of Naval Warfare”, W. Heintschel von Heinegg (ed.), *Visits, Search, Diversion and Capture: The Effect of the United Nations Charter on the Law of Naval Warfare* (1995)
- Greenwood, Christopher, “New World Order or Old? The Invasion of Kuwait and the Rule of Law”, *Modern Law Review*, Vol. 55, No. 2 (1992)
- Greenwood, Christopher, “Self-Defence and Conduct of International Armed Conflict”, in Yoram Dinstein (ed.), *International Law at a Time of Perplexity : Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (1989)
- Greenwood, Christopher, “The Twilight of the Law of Belligerent Reprisals”, *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 20 (1989)
- Greenwood, Christopher, “The Concept of War in Modern International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, No. 2 (1987)
- Greenwood, Christopher, “The Relationship of *Ius ad Bellum* and *Ius in Bello*”, *Review of International Studies*, Vol. 9, No. 4 (1983)
- Grotius, Hugo, *De jure belli ac pacis libri tres* (1625), liber 3 (一又正雄訳『戦争と平和の法』3巻(叡松堂、1951年))
- Gunning, Isabelle R., “Modernizing Customary International Law : The Challenge of Human Rights”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 31, No. 2 (1991)
- Hampson, Françoise J., “Proportionality and Necessity in the Gulf Conflict”, *Proceedings of American Society of International Law*, Vol. 86 (1992)
- Hayashi, Nobuo, “Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 28, No. 1 (2010)
- Hayashi Nishimura, Mika, “The Martens Clause and Military Necessity”, Howard M. Hensel (ed.), *The Legitimate Use of Military Force : The Just War Tradition and the Customary Law of Armed Conflict* (2008)
- Henckaerts, Jean-Marie, “Customary International Humanitarian Law – A Response to US Comments”, *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 38 (2008)
- Hessbruegge, Jan Arno, “Human Rights Violations Arising from Conduct of Non-State Actors”, *Buffalo Human Rights Law Review*, Vol. 11 (2005)
- Hladik, “The 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict and the Notion of Military Necessity”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 81, No. 835 (1999)
- Huber, Max, “Quelques considérations sur une révision éventuelle des Conventions de La Haye relatives à la guerre”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, tome 37, n° 439 (1955)

- Huber, Max, "Die Kriegerrechtlichen Verträge und die Kriegsraison", *Zeitschrift für Völkerrecht und Bundesstaatsrecht*, Bd. 7 (1913)
- Ipsen, Knut, "International Law Preventing Armed Conflicts and International Law of Armed Conflict – A Combined Functional Approach", 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* (1984)
- Kalshoven, Frits, "Reprisals and the Protection of Civilians : Two Recent Decisions of the Yugoslavia Tribunal", L. C. Vohrah *et al.* (eds.), *Man's Inhumanity to Man : Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* (2003)
- Kalshoven, Frits, "Belligerent Reprisals Revisited", *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 21 (1990)
- Kolb, Robert, "La nécessité militaire dans le droit des conflits armés - *Essai de clarification conceptuelle*", *Colloque de Grenoble de la Société française de droit international* (2007)
- Kolb, Robert, "Note sur l'émergence d'une maxime de l'utilisation du moyen le moins fort ("Civiliter uti") en droit international public", *Revue belge de droit international*, tome 39, n° 2 (2006)
- Kolb, Robert, "Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith)", *Netherlands International Law Review*, Vol. 53, No. 1 (2006)
- Kooijmans, Peter, "Is There a Change in the *Ius ad Bellum* and if So, What Does It Mean for the *Ius in Bello*?", Liesbeth Lijnzaad, Johanna van Sambeek and Bahia Tahzib-Lie (eds.), *Making the Voice of Humanity Heard : Essays on Humanitarian Assistance and International Law in Honour of HRH Princess Margriet of the Netherlands* (2004)
- Kunz, Josef, "*Bellum Justum* and *Bellum Legale*", *American Journal of International Law*, Vol. 45, No. 3 (1951)
- Kunz, Josef L., "The Chaotic Status of the Laws of War and the Urgent Necessity for Their Revision", *American Journal of International Law*, Vol. 45, No. 1 (1951)
- Kwakwa, Edward, "Belligerent Reprisals in the Law of Armed Conflict", *Stanford Journal of International Law*, Vol. 27, No. 1 (1990)
- Lauterpacht, Hersch, "The Limits of the Operation of the Law of War", *British Year Book of International Law*, Vol. 30 (1953)
- Lauterpacht, Hersch, "The Problem of the Revision of the Law of War", *British Year Book of International Law*, Vol. 29 (1952)
- Lehmann, Julian M., "All Necessary Means to Protect Civilians : What the Intervention in Libya Says about the Relationship between the *Ius in Bello* and the *Ius ad Bellum*", *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 17, No. 1 (2012)
- Lueder, C., "Das Kriegsrecht im objectiven Sinne, Kriegsmanier und Kriegsraison. Geschichtliche

- Entwicklung desselben und seiner grundsätzlichen Auffassung sowie die gegenwärtig leitenden Grundsätze”, Franz von Holtendorff (Hrsg.), *Handbuch des Völkerrecht : auf Grundlage europäischer Staatspraxis*, Bd. 4 (1889), pp. 253-257.
- Majinge, Charles Riziki, “The Use of Force in International Law and the UN Security Council Resolutions 1970 & 1973 on Libya”, *Hague Yearbook of International Law*, Vol. 24 (2011)
- McCoubrey, Hilaire, “The Nature of the Modern Doctrine of Military Necessity”, *Military Law and Law of War Review*, Vol. 30, No. 1-4 (1991)
- McDougal, Myres S.; Feliciano, Florentino P., “International Coeration and World Politic Order : The General Principles of the Law of War”, *Yale Law Journal*, Vol. 67, No. 5 (1958)
- McLaughlin, Rob, “The Legal Regime Applicable to Use of Lethal Force when Operating under a United Nations Security Council Chapter VII Mandate Authorising ‘All Necessary Means’”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 12, No. 3 (2008)
- Megret, Frédéric, “Causes Worth Fighting for : Is There a Non-State Jus ad Bellum?”, Constantinides, Aristotle and Zaikos, Nikos (eds.), *The Diversity of International Law : Essays in Honour of Professor Kalliopi K. Koufa* (2009)
- Meron, Theodor, “The Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict within the Case-Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, *International Museum*, Vol. 57, No. 4 (2005)
- Melzer, Nils, “Keeping the Balance between Military Necessity and Humanity”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 42, No. 3 (2010)
- Melzer, Nils, “Targeted Killing or Less Harmful Means? – Israel’s High Court Judgment on Targeted Killing and the Restrictive Function of Military Necessity”, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 9 (2006)
- Merryman, John Henry, “Two Ways of Thinking about Cultural Property”, *American Journal of International Law*, Vol. 80, No. 4 (1986)
- Meyrowitz, Henri, “Le principe des maux superflus : De la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 au Protocole additionnel I de 1977”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, tome 76, n° 806 (1994)
- Meyrowitz, Henri, “But de la guerre -moyens de guerre- droit de la guerre : réflexions à propos du centenaire de la Déclaration de Saint-Pétersbourg”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, tome 50, n 600 (1968)
- Meyrowitz, Henri, “Réflexions à propos du centenaire de la Déclaration de Saint-Pétersbourg”, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, tome 50, n° 600 (1968)
- Moussa, Jasmine, “Can Jus ad Bellum override Jus in Bello? : Reaffirming the Separation of the Two Bodies of Law”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 872 (2008)
- Nahlik, Stanisław E., “Droit dit « de Genève » et droit dit « de La Haye » : Unicité ou dualité?”,

- Annuaire français de droit international*, tome 24 (1978)
- Nahlik, Stanisław E., “Le problème des représailles à la lumière des travaux de la CDDH”, *Revue générale de droit international public*, Tome 82, n° 1 (1978)
- Nahlik, Stanisław, “La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armé”, *Recueil des cours*, tome 120 (1967-I)
- O’Brien, William V., “Legitimate Military Necessity in Nuclear War”, *World Polity : A Yearbook of Studies in International Law and Organization*, Vol. 2 (1960)
- O’Brien, William V., “The Meaning of Military Necessity in International Law”, *World Polity : A Yearbook of Studies in International Law and Organization*, Vol. 1 (1957)
- O’Connell, Mary Ellen, “Unlawful Killing with Combat Drones : A Case Study of Pakistan, 2004-2009”, Simon Bronitt, Miriam Gani and Saskia Hufnagel (eds.), *Shooting to Kill : Socio-Legal Perspectives on the Use of Lethal Force* (2012)
- O’Connell, Mary Ellen, “The United Nations Security Council and the Authorization of Force : Renewing the Council through Law Reform”, Niels Blokker and Nico Schrijver (eds.), *The Security Council and the Use of Force : Theory and Reality – A Need for Change?* (2005)
- Ohlin, Jens David, “Targeting Co-Belligerents”, Finkelstein, Claire, Ohlin, Jens David and Altman, Andrew (eds.), *Targeted Killing : Law and Morality in an Asymmetrical World* (2012)
- Okimoto, Keiichiro, “The Cumulative Requirements of *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the Context of Self-Defense”, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 11, No. 1 (2012)
- Orakhelashvili, Alexander, “Overlap and Convergence - The Interaction between *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello*”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 12, No. 2 (2007)
- Papastavridis, Efthymios, “Interpretation of Security Council Resolutions under Chapter VII in the Aftermath of the Iraqi Crisis”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, No. 1 (2007)
- Pastor-Ridruejo, Jose Antonio, “On the Relationships between *Ius in Bello* and *Ius ad Bellum* : Can a Notion of International Humanitarian Law to Influence the Determination of the Legality of the Use of Force?”, Pablo Antonio Fernández-Sánchez (ed.), *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts : in Honour of Professor Juan Antonio Carrillo-Salcedo* (2005)
- Paust, Jordan. J., “Propriety of Self-Defense Targetings of Members of Al Qaeda and Applicable Principles of Distinction and Proportionality”, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Vol. 18, No. 2 (2012)
- Paust, Jordan. J., “Permissible Self-Defense Targeting and the Death of Bin Laden”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 39, No. 4 (2011)
- Paust, Jordan. J., “Self-Defense Targetings of Non-State Actors and Permissibility of U.S. Use of Drones in Pakistan”, *Journal of Transnational Law and Policy*, Vol. 19, No. 2 (2010)

- Payandeh, Mehrdad, "The United Nations, Military Intervention, and Regime Change in Libya", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52, No. 2 (2012)
- Pictet, Jean, "Les principes du droit international humanitaire", *Revue internationale de la Croix-Rouge*, tome 48, n° 573 (1966)
- Pictet, Jean, "The Laws of War", *International Review of the Red Cross*, Vol. 1, No. 6 (1961)
- Rauch, Elmar, "Le concept de nécessité militaire dans le droit de la guerre", *Revue de droit pénal militaire et de droit de la guerre*, tome 19, n° 1-2 (1980)
- Roberts, Adam, "The Equal Application of the Laws of War : a Principle under Pressure", *International Review of the Red Cross*, Vol. 90, No. 872 (2008)
- Roberts, Adam, "Why and How Intervene? : *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* in the New Context?", Gilles Andréani and Pierre Hassner (eds.), *Justifying War? : From Humanitarian Intervention to Counterterrorism* (2008)
- Roger, A. P. V. and McGoldrick, Dominic, "Assassination and Targeted Killing : The Killing of Osama Bin Laden", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 60, No. 3 (2011)
- Rostow, Eugene V., "Until What? Enforcement Action or Collective Self-Defense?", *American Journal of International Law*, Vol. 85, No. 3 (1991)
- Sassòli, Marco, "*Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* - The Separation between the Legality of the Use of Force and Humanitarian Rules to be Respected in Warfare : Crucial or Outdated?", Michael N. Schmitt and Jelena Pejic (eds.), *International Law and Armed Conflict : Exploring the Faultlines : Essays in Honour of Yoram Dinstein* (2007)
- Schaack, Beth Van, "The Killing of Osama Bin Laden and Anwar Al-Aulaqi : Uncharted Legal Territory", *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 14 (2011)
- Schachter, Oscar, "Authorized Use of Force by the United Nations and Regional Organizations", Damrosch, Lori Fisler and Scheffer, David J. (eds.), *Law and Force in the New International Order* (1990)
- Schachter, Oscar, "Armed Force, Peaceful Settlement, and the U.N. Charter : Are There Alternatives to a New International Anarchy?", *ASIL Proceedings of the 77th Annual Meeting*, (1983)
- Schindler, Dietrich, "J. C. Bluntschli's Contribution to the Law of War", M. G. Kohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law : Liber Amicorum Lucius Caflisch* (2007), p. 453
- Schindler, Dietrich, "The Different Types of Armed Conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols", *Recueil des Cours*, Vol. 163 (1979)
- Schmitt, Michael N., "Drone Attacks under the *Jus ad Bellum* and *Jus in Bello* : Clearing the 'Fog of Law'", *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 13 (2010)
- Schmitt, Michael, "Military Necessity and Humanity in International Humanitarian Law : Preserving the Delicate Balance", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 50, No. 4 (2010)

- Schwarzenberger, Georg, "Military Necessity : A Misnomer", *Mélanges Sfériadès* (1961)
- Schwarzenberger, Georg, "Legal Effects of Illegal War", F. A. Frhr. v. d. Heydte, I. Seidl-Hohenveldern, ST. Verosta und K. Zemanek (Hrsg.), *Völkerrecht und rechtliches Weltbild : Festschrift für Alfred Verdross* (1960)
- Schwarzenberger, Georg, "The Fundamental Principles of International Law", *Recueil des cours*, tome 87 (1955)
- Sivakumaran, Sandesh, "Binding Armed Opposition Groups", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, No. 2 (2006)
- Swinarski, Christophe, "Articulation entre le droit de La Haye et le droit de Genève au lendemain des conférences de 1906 et de 1907", Yves Daudet (ed.), *Actualité de la Conférence de La Haye de 1907, Deuxième Conférence de la Paix : colloque La Haye, 6-7 septembre 2007* (2008)
- Taubenfeld, Howard J., "International Armed Forces and the Rules of War", *American Journal of International Law*, Vol. 45 No. 4 (1951)
- Thielborger, Pierre, "The Status and Future of International Law after the Libya Intervention", *Göttingen Journal of International Law*, Vol. 4, No. 1 (2012)
- Ulfstein, Geir and Christiansen, Hege Føsund, "The Legality of the NATO Bombing in Libya", *International and Comparative Quarterly*, Vol. 62, No. 1 (2013)
- Van Schaack, Beth, "The Killing of Osama Bin Laden and Anwar Al-Aulaqi : Uncharted Legal Territory", *Yearbook of International Humanitarian Law 2009*, Vol. 14 (2012)
- Wallace, David A., "Operation Neptune's Spear: The Lawful Killing of Osama", *Israel Law Review*, Vol. 45, No. 2 (2012)
- Watts, Sean, "Reciprocity and the Law of War", *Harvard International Law Journal*, Vol. 50, No. 2 (2009)
- Waldock, Claud Humphrey, "The Regulation of Use of Force by Individual States in International Law", *Recueil des cours*, tome 81 (1951)
- Wolfrum, Rüdiger, "Reflection on the Protection of Cultural Property in Armed Conflict", Heinz-Peter Mansel, Thomas Pfeiffer, Herbert Kronke, Christian Kohler und Painer Hausmann (Hrsg.), *Festschrift für Erik Jayme*, Bd. 2 (2004)
- Wood, Michael C., "The Interpretation of Security Council Resolutions", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 2 (1998)
- Wright, Quincy, "The Outlawry of War and the Law of War", *American Journal of International Law*, Vol. 47, No. 3 (1953)