

早稲田大学大学院法学研究科

2015年1月

博士学位申請論文審査報告書

論文題目 「国際人道法における敵対行為の規制」

申請者氏名 尋木 真也

主査 早稲田大学教授
早稲田大学教授
早稲田大学教授

清水 章雄
古谷 修一
萬歳 寛之

尋木真也氏 博士学位申請論文 審査報告書

早稲田大学大学院法学研究科研究生の尋木真也氏は、早稲田大学学位規則第7条1項にもとづき、2014年10月20日、その論文「国際人道法における敵対行為の規制」を早稲田大学大学院法学研究科に提出し、博士（法学）（早稲田大学）の学位を申請した。後記の委員は、上記研究科の委嘱を受け、この論文を審査してきたが、2015年1月29日、審査を終了したので、ここにその結果を報告する。

I. 本論文の構成と内容

(1) 本論文の構成

本論文は、武力紛争における人道の実現を図る国際人道法による敵対行為の規制の現状を、武力紛争の多様化を踏まえて、*jus ad bellum* と *jus in bello* の関係、武力紛争の主体、敵対行為の規制の諸局面に現れる軍事的必要性という観点から検討し、その課題を析出することを目的としており、「序論」、「第1章 武力紛争の多様化と遂行目的」、「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3章 非国家主体との武力紛争の規制」、「第4章 軍事的必要性にもとづく敵対行為規制」および「結論」によって構成されている。

(2) 本論文の内容

序論では、まず、この論文で扱う法規制の対象が示され、どのような問題意識の下で論題である「国際人道法における敵対行為の規制」に取り組むかが明らかにされている。その前提として、古くから国際法において適用の次元が異なると考えられている *jus ad bellum*（戦争に対して適用される法）と *jus in bello*（戦争において適用される法）のうち、後者の目的が人道の実現であることを重視し、この法分野を武力紛争法ではなく国際人道法と呼ぶ説に従うことを明らかにして論を進める。

そのうえで、本論文は、「ハーグ法」と呼ばれている敵対行為の規制を内容とする法規則に焦点をあて、その規制がまだ不十分な状況のなかでも、既存の法 (*lex lata*) により人道の実現をどのように図るかについて考察するものであることを示している。

ハーグ法上、戦闘手段（兵器）の規制だけでなく、軍事目標主義を中核とする戦闘方法の規制も十分ではない理由として、非常事態（国家の存亡等のかかった武力紛争）を挙げると、確かに、*jus in bello* 上の目的は敵の完全ないし部分的な服従にある。しかし、この目的は同時に国家が行いうる敵対行為の限度も示していることから、武力紛争時に国家の目的達成のために必要でない敵対行為を行わないことについて、国家が敵対行為の規制を受け入れているのか、その解釈上の可能性を論じる。

加えて、最近の武力紛争の実態を踏まえて、国家間の国際的武力紛争への国際人道法の適用だけでなく、政府と対立する敵対武装集団と国家との間の非国際的武力紛争や近年みられるテロ集団による越境武力紛争をも視野に入れる必要性に触れ、非国家主体への敵対

行為の規制の理論的課題を示している。

第 1 章「武力紛争の多様化と遂行目的」では、武力紛争における敵対行為の規制を検討するために明らかにしておくことが必要な前提事項を論じる。

第 1 節「武力紛争の多様化」では、まず、国連憲章成立後に武力紛争の形態が、その違法・合法を問わず、侵略・自衛・国連の集団行動といったかたちで多様化したことを踏まえ、これが国際人道法にどのような影響を及ぼしたかを検討する。そこで重要視されるのは、国連憲章上、武力行使は極めて例外的に許容されることとなったため、*jus ad bellum* の中心的内容が戦争に訴える権利から武力行使の禁止へと変化し、加えて例外的に武力行使が認められる自衛権の行使および国連憲章第 7 章にもとづく集団行動としての武力の行使を規律する法になったことである。このような武力行使の禁止とともに、国際人権法の発展の影響もあり、国際人道法の力点がジュネーヴ法系列の戦闘外の個人の保護におかれるようになり、戦闘手段・方法の規制に関わるハーグ法系列は、武力行使が禁止された以上、もはや決闘のルールが必要でないとの理由で、発展が停滞し改善の余地が大きく残されているとの認識を示している。

次に、以上の国際的武力紛争の他に、内戦だけではなく国境を越えて行われる対テロ戦争を含む非国際的武力紛争についての検討の必要性が述べられている。これについては適用可能な条約が極めて少ないため、後に（第 3 章第 1 節）慣習国際人道法の適用を検討することとしている。

第 2 節「武力紛争の遂行目的」では、*jus ad bellum* と *jus in bello* における敵対行為の規制のあり方の異同について検討を行っている。そこでは次のような見解が示されている。第一に *jus ad bellum* における武力紛争の遂行目的について、自衛権の場合は自国の防衛のための敵の撃退、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または回復となる。ただし、*jus ad bellum* 上、敵対行為の規制は、比例性原則を通じて行われるが、武力紛争の形態により、規制目的が変わりうるので、国家の取りうる措置の限度も異なってくる。第二に *jus in bello* においては、目的は敵の完全または部分的な服従であり、不変的である。このことから *jus in bello* 上の規制のあり方は、武力紛争の形態が異なっても変わらないことになる。なお、*jus ad bellum* に違反する武力行使があった場合、違反国は *jus in bello* にもとづく利益を享受しないという見解もあったが、現実には *jus in bello* は *jus ad bellum* の違反を問わず紛争当事国に平等適用されるという国家実行がみられる。さらには国家と非国家主体の間にも平等適用が妥当するという見解が示されている。

第 2 章「国連の集団安全保障体制下における武力紛争の規制」では、武力紛争時の敵対行為の規制を第一義的に行う国際人道法 (*jus in bello*) と重疊的に、すなわち同時並行的に適用される *jus ad bellum* による敵対行為の規制について検討する。

より具体的には、国際人道法による敵対行為の規制には限界のある場合があり、その不十分さを補うものとして *jus ad bellum* を捉えるという立場から、国連の集団安全保障体制において例外的に武力行使が許される自衛権の行使および安保理決議にもとづく集団行動

に関する *jus ad bellum* 上の敵対行為の規制を考察する。

第 1 節「自衛権の要件の継続適用」では、武力行使の開始時に問題とされる自衛権の“proportionality”の要件が、自衛権の発動後も継続適用されることにより、*jus ad bellum* による敵対行為の規制が実現しうる状況を示している。すなわち、自衛権についての“proportionality”には、被害・損害の規模に照らして原因行為と自衛行為との間の均衡性に注目する見解と自衛権の行使としてとった措置と自衛の目的との比例性に注目する見解があるが、いずれにせよ“proportionality”の欠ける敵対行為は自衛権の要件を満たさず *jus ad bellum* に違反することになるので、その意味において敵対行為の規制機能を果たすことになる。特に米国は国際人道法の適用に消極的であるが、非国家主体に対する自衛権を積極的に主張しており、自衛権の“proportionality”の要件を通じた敵対行為の制限に従わざるをえなくなる。

第 2 節「武力行使容認決議にもとづく敵対行為規制」では、安保理決議に固有の比例性原則が集団行動を行う国家に国際人道法以上の制限を課す根拠になると分析している。この安保理に固有の比例性原則の法的基盤として、国連憲章第 7 章の集団行動に内在的にそれが求められると論じている。つまり、憲章 42 条が、安保理は国際の平和および安全の維持または回復のために行動をとることができることと規定していることから、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の解釈が成り立つとするのである。ただし、湾岸戦争の経験からも、この目的が広範な場合、比例性原則が機能しえない状況になるといえるので、その後の安保理決議では具体的な目的を規定することにより、国連の集団行動の客観化が図られるようになっていることを指摘する。

第 3 章「非国家主体との武力紛争の規制」では、敵対武装集団やテロリストという国際法主体ではない実体に対して、いかなる根拠にもとづき国際人道法を適用することが正当化されるのかについて検討する。

第 1 節「内戦の規制」では、敵対武装集団を中心的素材として、国際人道法の適用の主体と基盤という基本的問題について検討する。まず、国際人道法の主体については、敵対武装集団という実体の「集団」としての性格に注目することにより、人道の実現を図るべく実行が展開されてきたことを明らかにする。確かに、政府の側は、国際法の適用の相手方として敵対武装集団に一定の国際的な地位を認めるのを回避しようとする傾向がある。そのようななか、現在、国際人道法の人間化を通じて、敵対武装集団ではなく、当該集団の「個人」に注目することで、問題の解決を図ろうとする見解がある。たとえば、国際刑事事法廷等での個人責任の追及によって国際人道法の履行を確保しようとする動きが、これにあたる。本論文は、こうした国際法上の新しい動きの価値を認めながらも、非国際的武力紛争における人道の実現には、個人責任の追及だけでは不十分であるとの認識を示す。つまり、指揮・命令や管理・監督に関する責任は、個人だけでなく、集団の責任も考える必要があるのである。また実際にも、戦時復仇という制度は戦闘員個人ではなく、交戦者

である敵対武装集団に認められるものである。さらに、公正な裁判の義務も構成員個人による実施を期待できるわけではない。こうした観点から、本論文は「集団」としての敵対武装集団に注目するかたちで、非国際的武力紛争における敵対行為の規制のあり方を検討すべきことを主張する。なお、本論文は、敵対武装集団は条約の締結当事者ではないにもかかわらず、何故、条約上の義務に拘束されるのかという問題についても検討し、敵対武装集団は政府の締結した条約に拘束されるという手続が慣習法化していることを国家実行から確認している。

次に、国際人道法の適用の基盤である相互主義が、政府と敵対武装集団の間に妥当するかについて検討する。確かに、人道の考慮を中心とするジュネーヴ法系列では相互主義の妥当性に疑問を提起する見解がある。しかし、戦闘手段・方法の規制に関するハーグ法系列では、なお相互主義は妥当していると本論文は主張する。つまり、政府と敵対武装集団間においても国際人道法の履行の程度等や違反のあった場合の復讐の可否について、相互主義の妥当する余地があるとするのである。しかし、厳格なかたちで相互主義を妥当させるには困難がある。たとえば、本来、敵対武装集団は、自らの構成要素に住民を含まないにもかかわらず、政府側の国際人道法違反に対する復讐措置として住民（文民）を対象にすることがあり、こうした敵対武装集団による復讐の実行は少なくないとするなど、本論文は、非国際的武力紛争における相互主義の妥当性の問題点について触れている。

第2節「対テロ戦争の規制」では、9.11同時多発テロ以降、米国により主導されている対テロ戦争の武力紛争としての性格について検討を行っている。特に、ビンラディン殺害事件に対する国際人道法の適用の可否を素材として、イスラエル対ヒズボラや旧ユーゴ諸国における武力紛争等で問題となっている国家対非国家主体間の「越境武力紛争」への敵対行為の規制のあり方を取り上げる。この種の越境武力紛争は、国家間の武力紛争ではないので、非国際的武力紛争として敵対行為の規制のあり方を考えるしかない。国際人道法の非国際的武力紛争への適用には、ジュネーヴ諸条約共通3条の「締約国の一の領域内」という地理的条件が問題となるが、旧ユーゴ国際刑事裁判所のタジッチ事件や国連諸機関の決議等における実行から、地理的制約を問わず、共通3条の定める実体規定や国際人道法の基本原則はすべての非国際的武力紛争に適用されるとされ、越境武力紛争にも慣習国際法上の敵対行為の規制が及ぶと主張する。次に、戦闘の対象であるが、非国際的武力紛争では、政府側の戦闘員の他は文民とみなされるが、敵対行為に直接参加する文民は国際人道法上の保護の対象ではなくなる。また、テロの作戦の指揮・命令が敵対行為への直接参加であることは解釈上争いがないとされる。それゆえ、本論文は、新たなテロの作戦の指揮・命令等をしていたと確認されるビンラディンは敵対行為に直接参加していたとみなされ、軍事目標として攻撃の対象となりえたとの見解を示す。ただし、本件でも、戦闘員ないし敵対行為に直接参加する者に対して、より危害の少ない手段の選択を行う義務（可能であれば殺害するより捕捉する義務）が問題になるが、こうした義務が慣習法化しているとまでは現段階で結論することは困難であると指摘する。しかし、本論文は、無人機の

使用の頻度が高まり、捕捉の選択肢が現実的でなくなっている現状において、安全保障と人権保障のバランスのためにも、より危害の少ない手段の選択を行う義務の再検討の必要性を主張する。

第4章「軍事的必要性にもとづく敵対行為規制」では、国際人道法の基本法原則とされる人道の考慮と軍事的必要性のうち、敵対行為の規制において果たす軍事的必要性の機能に注目し、これを敵対行為禁止・制限機能と義務逸脱機能に分けて検討を行う。

第1節「軍事的必要性に対する認識の変遷」では、リーバー法典やサンクトペテルブルク宣言以降の国際文書とともに、各国の軍事マニュアルや国内裁判等の検討を通じて、軍事的必要性に関する各国の法認識の歴史の変遷をたどる。なかでも、ハーグ陸戦条約・規則（1899年、1907年）では、「戦争の必要上万已むを得ざる場合」に条約義務からの逸脱が明文上認められる一方、前文の「軍事上の必要の許す限努めて戦争の惨害を軽減する」との文言を通じて、条約上明文規定がなくとも、軍事的に必要な行為は禁止・制限されるとの規制の余地が残されているとする。しかし、第2次世界大戦前においては、敗北を避け勝利をえるためには戦争法からの拘束を免れるとする戦数論の影響により、軍事的必要性は条約の実効性を阻害するものとの懸念が生じるようになった。そして、第2次世界大戦後の戦争に対する禁忌感や国連憲章上の武力不行使原則の影響により、軍事的必要性の議論は後景に退き、1949年のジュネーヴ諸条約でも軍事的必要性に重要性は与えられていないかのようにみえる。こうした傾向を受けて、現在、人道の考慮にもとづく規制が中心に議論されている。しかし、ジュネーヴ諸条約は、交戦「国」とは別の、戦闘の外にある「個人」の保護を主に目的としていたため、軍事的必要性に重要性が与えられていないといった事情を考える必要があり、また実は起草過程でも軍事的必要性が入念に検討されていた事実を析出する。

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」では、軍事的必要性が現代でも妥当していることを示す。第1追加議定書の起草過程の検討を通じて、本論文では、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がみられることを論証する。換言すれば、明文で規定された軍事的必要性だけでなく、すべての規則にはすでに軍事的必要性の有無が勘案されており、その規定の解釈には軍事的に必要な行為は禁止・制限されるという点も含めることが必要になるのである。それゆえ、本論文は、軍事的必要性和人道の考慮は常に対立的な概念ではなく、敵対行為に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と結論する。

第3節「文化財に対する攻撃の規制」では、武力紛争時における文化財の保護を素材として、特定分野での軍事的必要性による規制の意義について検討する。人道の考慮は、基本的に「戦闘の外にある個人」の保護のために重要な役割を果たしている。しかし、「戦闘の内にある物」に対しては、人道の考慮のはたらく余地が極めて狭くなっている。これに対し、軍事的必要性は、戦闘の内の規制であっても、また人ではなく物に対する攻撃の規

制であっても、軍事目標主義等の原則・規則を通じて、規制の際の重要な考慮要因となりうる。文化財保護条約の第2議定書（1999年）の議論においても、文化財は、まさに軍事目標となり、攻撃することに絶対的な軍事的必要性が認められるような場合を除き、攻撃から保護されることになる。しかし、文化財は、国際共同体の一般利益となっており、その保護義務は、相互主義を超えて、対世的に負う義務になっているとされる。したがって、ここでの軍事的必要性は、当事国の判断のみに委ねられうるものではなく、客観的に行われる必要があるとする。他方で、シリアのクラック・デ・シュバリエ城塞やマリのトンブクトゥ遺跡等の破壊に現れているように文化財の破壊の事例は後を絶たない。このような事態を受けて、本論文は、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することが国際人道法の目的の達成にとって重要になると述べる。

結論では、地域的な条約の存在する国際人権法分野とは異なり、国際人道法は、地域性よりも普遍性の確保が重要になるなど、地域的な差異のない適用と紛争当事者間で差異のない平等適用の確保が不可欠になると述べる。他方で、武力紛争の多様化により、国際人道法の適用が確保できる紛争とそうでない紛争が現れるようになってきている現状に鑑み、*jus in bello*の軍事的必要性和 *jus ad bellum*の均衡性・比例性原則を重疊的に適用するなど、人道の実現を目指した新しい敵対行為の規制のあり方を模索していく必要があることを指摘する。

II. 本論文の評価

本論文の評価として、第一に指摘すべき点は、武力紛争に関する国際法上の規制に関する先行業績が国家間の国際的武力紛争を取り扱うのが一般的であるなかで、最近の武力紛争の例として国家・政府と非国家主体との間の武力紛争が少なくないという実態に鑑み、非国際的武力紛争に対する国際法上の規制のあり方を取り上げて、従来の議論の欠缺部分を埋める試みをしている点である。なかでも、個人責任の追及ではカバーすることのできない内戦時における国際人道法上の価値の実現を達成するために、政府と対峙する、敵対武装集団のまさに「集団」としての義務・責任を真正面から検討することで、非国際的武力紛争の当事者すべてに、公正な裁判の義務等の人道の実現において不可欠の国際義務の履行を確保するための理論的根拠を提供している点は、国際法一般の主体論との関係でも注目に値する。そして、政府と敵対武装集団との間でも相互主義が妥当することを示すことによって、少なくとも理論的には、両者に国際人道法の適用の基盤が存在していることを示している点は、今後、非国際的武力紛争の議論を進めていくうえで有益な議論の出発点を提供できていると高く評価することができる。

また、同じ国家対非国家主体の武力紛争とはいえ、内戦とは異なり、武力紛争が1国の領域内にとどまらない越境武力紛争について、その非国際的武力紛争的性格を論証することで、最近の対テロ戦争に関する国際人道法上の敵対行為の規制の基盤を示している点は本論文の特筆すべき内容の1つである。特に、敵対行為への直接参加という概念を通じて、

テロの実行の指揮・命令をする者が軍事目標として攻撃の対象となりうるという国際人道法上の地位を明らかにしつつ、この問題は捕捉より殺害を正当化する論理につながりやすいので、安全保障と人権保障の適切なバランスが対テロ戦争における人道の実現に不可欠になると述べている点は、対テロ戦争に関する今後の国際法研究において常に考慮に入れるべき重要な指摘を含んでいると評価できる。

第二の特徴として、本論文が、国際法において伝統的に行われてきた *jus ad bellum* と *jus in bello* という 2 種類の法の峻別を保ちながらも、*jus in bello* を補完する敵対行為の規制を *jus ad bellum* に求めることができることを明確化した点を挙げることができる。すなわち、自衛権の均衡性・比例性原則が武力紛争中にも継続適用されることにより、国際人道法上は禁止されていない敵対行為に制限が課される場合がありうること、そして、国連憲章第 7 章の集団行動を行う国家に対し、安保理決議に固有の比例性原則により国際人道法以上の制限が課せられる場合がありうることを指摘したことは積極的に評価される。こうした本論文の見解は、自衛権の事例を中心に継続適用説を唱えたグリーンウッドの学説を補完するものであり、継続適用説の射程を拡大させる重要な提言といえる。

第三の特徴として、本論文が、特にわが国ではほとんど議論のなかった軍事的必要性の機能を検討している点を挙げることができる。軍事的必要性は、人道の考慮とともに、国際人道法の基本法原則と呼ばれているが、従来の議論の多くは人道の考慮に関するものであった。これは、国際法上武力不行使原則が確立したなかで、基本的な矛盾をはらみつつも、武力紛争のあり方を規制する法が必要とされるのは、武力紛争という事態が発生するなかで人道の実現を確保しなければならないという現実的要請を背景にしている。本論文は、このような背景を理解しつつ、軍事的必要性にも人道の実現に寄与しうる側面があることを明確にしている。この点に筆者の問題意識の鋭さがみえるといつてよいであろう。軍事的必要性に関しては、軍事上の絶対的な必要のある場合には、国際人道法上の義務からの逸脱を認められるとする義務逸脱機能が注目を集め、消極的な評価が多かった。これに対し、軍事的必要性には、軍事的に必要でない行為は禁止ないし制限されるとする敵対行為禁止・制限機能も存在することを指摘し、この敵対行為禁止・制限機能によって人道の実現が図られる部分が存在することを示している点は、筆者独特の分析結果として、本論文の学術的価値を一層高めているといえることができる。とりわけ、軍事的必要性の有無や程度を踏まえてから人道の考慮を検討するという国家の思考の順序を条約の起草過程から析出することで、軍事的必要性の敵対行為禁止・制限機能という現実的側面と人道の考慮という理念的側面が相互補完的に作用して人道の実現が図られるとの指摘は、国際人道法関連条約の解釈に新しい視座を提供する点で高く評価することができる。

最後に、本論文は、「戦闘の外にある個人」の保護に関わる人道の考慮の役割に期待できない「戦闘の内にある物」に関わる文化財の保護の問題を取り上げて、軍事的必要性の独自の機能を明らかにしている点は、本論文の立場をより説得的なものにしている。文化財は国際共同体の一般利益になっていることから、文化財に対する攻撃の軍事的必要性の有

無は紛争当事者によってのみ判断されうるものではなく、国際共同体との関係で客観的に解釈されるべき性格を有することになるとの指摘は、軍事的必要性の射程の拡大を示すという意味において、国際人道法の研究に新たな分析軸を提供するものとして、本論文の国際法学に対する貢献が大きいと評価することができる。

本論文は、国際人道法の基本的問題を取り扱う一方で、先行業績の少ない分野に意欲的に取り組んでいるがゆえに、結論を急がず、理論と実践とを確かに結びつけつつ考察が進められており、その学問的水準は高い。こうした論証過程は、詳細な用語法や概念分類にもとづいた論述の積み重ねが必要とされるが、本論文でも、同じ“proportionality”の訳語について、損害の規模との関係では均衡性と訳され、目的との関係では比例性と訳されて議論が展開されているなど、着実な分析手法がとられている。このような着実な論証過程を踏まえながらも、国際人道法における敵対行為の規制について新しい論点を提示しえたのは、筆者の国際人道法に対する理解の深さおよび研究能力の高さを示すものといえよう。

もっとも本論文に問題がないわけではない。詳細な用語法や概念分類にもとづく論証過程であるからこそ、読み手に配慮した丁寧な論述が求められるところ、説明不足の箇所が若干みられたのは残念である。また、本論文においていまだ研究の及んでいない重要な領域が存在することも確かである。この点については、筆者が自ら認めているように、軍事的必要性とともに国際人道法の基本法原則をなす人道の考慮が、敵対行為の規制において果たす役割についての考察が少なく、もっと紙数を割いた検討を期待したかった。

しかし、軍事的必要性に比べ、人道の考慮に関する先行業績は多数あり、この問題は、筆者の今後の研究の過程できっと取り扱われて着実な成果を出してもらえるものと思われる。このように上記の本論文の問題点は、筆者の研究の進展とともに解消されると考えられ、その意味では、望蜀の嘆というべきで、本論文の独創性と学問的価値をいささかも減ずるものではない。本論文が提示する分析手法は、国際人道法の分野にとどまらず、国際法の全領域にも通じうる一般性をもつと思われ、筆者の今後の研究の深化・拡大が大いに期待される。

III. 結論

以上の審査の結果、後記の審査員は、全員一致をもって、本論文の執筆者が博士（法学）（早稲田大学）の学位を受けるに値するものと認める。

2015年1月29日

審査員

主査 早稲田大学教授 清水 章雄（国際法、国際経済法）
副査 早稲田大学教授 古谷 修一（国際法）
早稲田大学教授 萬歳 寛之（国際法）