

「テロリストの所在国に対する自衛権」の構造と限界

——テロ規制の意または能力を欠く所在国を中心に—— (2)

近藤 航* **

目次

I. はじめに

II. 前提的考察 (II. 2 から II. 5 まで本号)

*博士 (国際経済法学 / Doctor of Laws) 横浜国立大学、2012 年。一橋大学大学院国際・公共政策教育部ティーチング・アシスタント (2012 年度)、一橋大学大学院法学研究科リサーチ・アシスタント (2013～2015 年度)。グラスゴー大学法学部 (・大学院) (The University of Glasgow, School of Law) (英国 / スコットランド) 客員研究員 (2017 年 1 月～3 月)。城西国際大学経営情報学部非常勤講師 (2017 年 4 月～2020 年 3 月)。関東学院大学法学部非常勤講師 (2017 年 9 月～現在に至る)。城西国際大学国際人文学部国際交流学科准教授 (2020 年 4 月～現在に至る)。

**本稿は拙稿「テロと自衛権 一国連憲章第 51 条『武力攻撃』の主体と内容」博士論文 (横浜国立大学)、2012 年 (同年 3 月、『横浜国立大学大学院国際社会科学研究所長表彰』受賞) を、同年 4 月以降の一橋大学大学院法学研究科における再考・推敲を経て、大幅に修正したものである。修正原稿は前半と後半に二分され、前半は拙稿「テロリストに対する自衛権の適用可能性」(7 連載)『横浜法学』第 25 巻第 1 号 (2016 年)、213-250 頁～第 27 巻第 3 号 (2019 年)、397-432 頁として公表された。後半が本稿となる。なお、本稿も連載となることから、その中核部分の一部 (主に VI. 「管理不能」) の概要を速報的に「研究・調査報告」(拙稿「『テロリスト集団の所在国における軍事行動』の二層の構造に関する一考察 — *Jus ad Bellum* を中心に」『城西国際大学紀要』第 30 巻第 2 号 (2022 年)、85-99 頁) として記録に残した。

- Ⅲ. 「黙認」(1) —正当化不要論—
- Ⅳ. 「黙認」(2) —自衛権以外の法理による正当化—
- Ⅴ. 「黙認」(3) —自衛権による正当化—
- Ⅵ. 「管理不能」
- Ⅶ. おわりに

細目次

I. はじめに

1. 問題の所在

- (1) 「他国に所在するテロリストに対する軍事行動」の構造
 - 「テロリストに対する軍事行動」と「所在国への軍事侵入」—
- (2) 「所在国への軍事侵入」の実証的根拠
- (3) 「所在国への軍事侵入」の理論的根拠
 - i. 軍事侵入の正当化理論を支える「法的信念」の構造
 - ii. 軍事侵入と武力不行使原則の関係
 - 同原則の位置・法源・射程・性格・例外—

2. 分析の方法

II. 前提的考察

1. 国連と国家の実行

- (1) 今世紀の「2つの傾向」
- (2) 一見して相矛盾する「2つの傾向」の整合的解釈 (以上、第 31 巻第 3 号)

2. 国際司法裁判所 (ICJ) の判決・意見

- (1) ニカラグア事件 ICJ 判決 (1986 年)
 - i. 「武力攻撃」概念と「侵略」概念の互換性
 - ii. 侵略の定義決議第 3 条 (g) 「実質的関与」の法的性格と「帰属」概念

- (2) パレスチナ壁事件 ICJ 勧告的意見 (2004 年)
- (3) コンゴ・ウガンダ事件 ICJ 判決 (2005 年)
3. テロリストに対する *jus ad bellum* の適用可能性
4. *Jus ad bellum* の法源間の調整原理 — 国連憲章と国際慣習法の関係 —
5. 「所在国への軍事侵入」の法的枠組み
 - (1) 「管理不能」
 - (2) 「黙認」
 - i. 黙認国にテロリストの行為が帰属する場合
 - ii. 黙認国にテロリストの行為が帰属しない場合 (以上、本号)

2. 国際司法裁判所 (ICJ) の判決・意見

本稿の連載初回で述べたとおり、今世紀の国連¹⁾と国家の実行からは、テロリストのような非国家主体に対する軍事行動のために彼らの所在国に軍事侵入し、それを自衛権で正当化することについて、好意的反応が示される場合も見られる。否定的反応が示される場合もあるが、それは自衛権の要件の不充足のためであり、要件が充足される場合でも自衛権行使が認められないという趣旨であるとは推定できない。個別の行為を見れば国際法違反もありえようが、一般論としては法治国家として諸国は国際法に則って意思表示をしているものと推定される。そのような推定が、国家実行分析の前提として置かれるべきと考えられる。

ただし、その自衛権の対象が「非国家主体」であるのか、それとも「所在国」

1) 「国連」は様々な機関から構成されるが、本稿の実証分析(「II. 1. 国連と国家の実行」)においては、「国際の平和および安全の維持」に主要な責任を負う安全保障理事会(国連憲章第1条1項、第24条)の実行を中心に確認した。近藤 航『『テロリストの所在国に対する自衛権』の構造と限界 — テロ規制の意思または能力を欠く所在国を中心に — (1)』『横浜法学』第31巻第3号(2023年)、259-277頁。国際司法裁判所の判決・意見については本稿の「II. 2. 国際司法裁判所 (ICJ) の判決・意見」で補足される。

であるのかについては必ずしも十分明朗にされてきたとはいえない²⁾。そのことは、この点に関する国際司法裁判所の判決・意見が必ずしも十分明確ではなく、様々な解釈の余地を残していることにも関連している。実際、国家間対立が前面に押し出された米ソ冷戦期においては、国際司法裁判所は自衛権概念を国家間関係の枠組みで処理してきたように見える。しかし、冷戦が終わり 9.11 テロ事件を受けてテロリストのような非国家主体が実質的な武力行使能力を有

2) そのような国家実行を背景に、学説上でも①「他国に所在する非国家主体に対する自衛権」や、単に②「非国家主体に対する自衛権」などの言葉の使用が散見されてきた。しかし、そこで言う自衛権の行使対象(人的対象)が、「非国家主体」であるのか、それとも、彼らの「所在国」であるのかについて、必ずしも十分明朗にされてきたとはいえない。その旨、近藤 航「国際組織法から見た自衛権—『テロリストに対する自衛権』に関する一考察—」『一橋法学』第 17 卷第 3 号(佐藤哲夫先生退職記念)(2018 年)、149 頁で指摘した。注意すべきは、上記①よりも②の方が、自衛権の行使対象が「所在国」ではなく「非国家主体」であることを、一見して明確に記しているように見えることである。しかし実は、②であっても、言葉どおり受け止めて良いかどうかについては慎重な読解を要する。例えば、Tams の言う「非国家主体に対する自衛 (Self-defence against Non-State Actors)」とは、事実上・物理的な対象としての「軍事行動の対象」が「非国家主体」であることを指す。法的な対象としての「自衛の権利の対象」はあくまで彼らの「所在国」とされる。「法的対象」と「非法的対象(事実上・物理的対象)」が交錯した状況を Tams は「非対称的」(asymmetrical)と表現する。Christian Tams, "Self-Defence against Non-State Actors: Making Sense of the 'Armed Attack' Requirement," in Mary Ellen O'Connell, Christian Tams and Dire Tladi (eds.), *Self-Defence against Non-State Actors*, Volume 1 (2019), pp.97-98. このような「非対称的」な法解釈は人工的に過ぎるように思えるが、そのような法解釈をせざるをえないのは、後述するように、「非国家主体はそもそも武力不行使義務を負わないから、彼らに対する軍事行動は武力不行使義務違反ではなく、したがってそれを自衛権で正当化する必要はない」という意見に対して、反論に窮した結果ともいえよう。つまり、問題の根幹には、非国家主体に対する武力不行使原則の適用可能性を認めるか否かという問題が横たわっている。その適用可能性について否定または回答を避けている論者たちの言う「非国家主体に対する自衛権」の意味については、その自衛権の行使対象(法的権利の行使対象)を言葉どおり「非国家主体」として受け止めてよいか、疑問が残ることになる。

するようになると、自衛権概念を国家間関係の枠組みに必ずしも限定しない立場へと移行してきたかのようにも見える。そのような見方も、一方で有力であるように思える。他方で、冷戦の前後で国際司法裁判所の立場は一貫しており、非国家主体に対する自衛権の適用可能性について言及していないとの見方もありえよう。そのいずれの見方も、非国家主体に対する自衛権の適用可能性を国際司法裁判所が本当に一貫して否定し続けてきたのかどうか疑問を呈するものとして位置づけられる。詳細を以下で見たい。

(1) ニカラグア事件 ICJ 判決 (1986 年)

ニカラグア事件では自衛権の法理を巡って、反政府武装集団のような非国家主体の行為に他国がどの程度関与をすれば、当該非国家主体の行為が関与国の行為(「関与国の武力攻撃」として置き換えられるのか(関与国に帰属するのか)が問われた。国際司法裁判所は、「武力攻撃」概念と「侵略」概念とを概ね互換的に理解した。その上で、非国家主体による大規模越境攻撃に「実質的関与」(1974 年 侵略の定義決議第 3 条 (g)) をする国があれば、その関与国に非国家主体の行為は帰属するとした³⁾。具体的には、一国の軍隊による「武力攻撃」に匹敵する規模の武力行為を他国に対して行う非国家主体を「派遣」する関与国があれば、帰属基準を満たすとした。他方で、非国家主体に対して「武器供与」や「兵站支援」をする関与国があったとしても、その程度では帰属基準は満たされないとした。つまり、「実質的関与」概念の中には、能動的関与の中でも関与の程度の高い「派遣」は含まれるが、関与の程度の低い「武器供与」や「兵

3) Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement (hereinafter cited as "Nicaragua Case (Merits)"), *ICJ Reports 1986*, pp.103, 119, paras.195, 230. 浅田正彦「同時多発テロ事件と国際法 —武力行使の法的評価を中心に—」『国際安全保障』30 卷 1・2 合併号 (2002 年)、78、79 頁同旨(後述の「i. 『武力攻撃』概念と『侵略』概念の互換性」および「ii. 侵略の定義決議第 3 条 (g) 『実質的関与』の法的性格と『帰属』概念」参照)。

「黙認」は「実質的関与」概念に含まれないことになる。その結果、黙認国に対する自衛権は認められないことになる⁴⁾。このような判決の論理が、9.11 テロ事件における米国による自衛権の主張に対する批判の主要な根拠とされた。

もっとも、このような判決の論理（・論理の理解の仕方）については、裁判所の説明不足もあり、疑問も投げられてきた⁵⁾。主な疑問として、第 1 に、「武力攻撃」概念と「侵略」概念とを互換的に捉えることが妥当か。それが妥当であるとしても、第 2 に、侵略の定義決議第 3 条 (g) 「実質的関与」(substantial involvement) の法的性格を表す概念として「帰属」(attribution) という用語を使用することは妥当か。これら 2 つの疑問に対しては、国際司法裁判所の見解を尊重する立場からは、次のようにも補足説明できよう。

-
- 4) 国際司法裁判所によれば、「武力行使」概念は「最も重大な諸形態（『武力攻撃』を構成するもの）」と「他のより重大でない諸形態」とに二分される。その後者の諸形態に「黙認」（友好関係原則宣言武力不行使原則第 9 項）は含まれるという。Nicaragua Case (Merits), *supra* note 3, p.101, para.191.
 - 5) 国際司法裁判所による判決理由の説明が必ずしも十分でない場合もある。自衛権に関する判決・意見を通して見た同裁判所の全般的な説明姿勢については、浅田も次のように印象論的に指摘している。

「他の分野における ICJ の姿勢にも共通する点であるが、重要な判示において、結論が示されるだけでその根拠・理由・結論に至る思考過程が十分に示されないことが少なくない。…裁判所の姿勢には、当該事件の解決に専心する一方で、国際法の一般論への投影といった意識が希薄なところがあるように思える。…その究極的な権威の源泉である説得力のある理由づけが極めて重要なのである。この点に関しては、ICJ における今後の意識改革に期待したいものである。」浅田正彦「国際司法裁判所—武力攻撃要件を中心に—」浅田正彦・加藤信行・酒井啓亘(編)『国際裁判と現代国際法の展開』三省堂、2014 年、429-430 頁)。

i. 「武力攻撃」概念と「侵略」概念の互換性

ニカラグア事件で国際司法裁判所は、自衛権の「武力攻撃」概念の内実を明らかにするため、「侵略」概念を参考にした。つまり、両概念を基本的に互換可能なものと判断した。裁判所の判断を尊重して、浅田は「侵略の定義決議」（1974年）について、次のように述べている。

「この決議は、そのタイトルが示すように『侵略』を定義した文書であって、『武力攻撃』を定義した文書ではない（前文および第6条参照）。しかし、同決議の起草中、国連憲章第51条の『武力攻撃』が『侵略行為』としばしば互換的に言及されていたし、とりわけその第3条に列举する一連の行為は、『武力攻撃』の概念を解釈するに当たっても有益な示唆を提供するものと広く捉えられてきている。実際、ICJは、ニカラグア事件判決において、次に見る同決議の第3条（g）を、（用語を置き換えただけで）慣習法上の『武力攻撃』の一形態であると考えられることとしているのである（195項）。」（括弧による補足は浅田による。）⁶⁾

つまり浅田によれば、ICJはニカラグア事件判決を通じて、「武力攻撃」と「侵略行為」が互換可能な概念であることを示したという。その互換性を浅田自身も認めているようである。実際、同判決を基礎にして9.11テロ事件に関する評価をする際、「武力攻撃」概念と「侵略行為」概念の関係性について浅田自身、次のように表現している。

「ここで確認しておくべきは、テロ行為ないし武装集団の行為との関係で、友好関係宣言に定める『武力行使』と、『侵略の定義』に定める『侵略行為』（武

6) 浅田「同時多発テロ事件と国際法」（2002年）、前掲論文（注3）、78頁。

力攻撃) との間には、二つの観点からの相違が認められるという点である。」(括弧による補足は浅田による。) ⁷⁾

ここで浅田が用いた「『侵略行為』(武力攻撃)」という表現は、「侵略行為」と「武力攻撃」が互換可能な概念であることを示すものと考えられる。そのような互換性を認めるニカラグア事件判決を尊重し受け入れようとする浅田自身の認識姿勢が現れているといえよう ⁸⁾。

他方で、「武力攻撃」概念と「侵略」概念とを互換的に取り扱えるかは疑問

7) 同上、79 頁。

8) 留意点として、浅田「国際司法裁判所 ―武力攻撃要件を中心に―」浅田・加藤・酒井(編)『国際裁判と現代国際法の展開』、前掲書(注 5)、2014 年、423 頁の中では、「一般に侵略行為は、武力攻撃と同等かより広い概念、より重大性の低い事態を含む概念と考えられている」とも述べられている(同 407 頁同旨)。「侵略行為」が「武力攻撃」より広い概念としても考えられている論拠のひとつとして、「『侵略の定義』決議の非同盟 13 カ国提案の前文は、『武力攻撃はもっとも重大かつ危険な形態の侵略』と述べていた(A/AC.134/L.16 and Add.1 and 2, in A/8019, 1970, p.57)」ことが指摘されている。浅田正彦「日本と自衛権 ―個別的自衛権を中心に―」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、38、40 頁注 55。浅田のこの指摘が誤解を招かぬよう、補足訂正をしておきたい。正しくは、上記非同盟 13 カ国案の前文は、「武力攻撃(武力侵略)はもっとも重大かつ危険な形態の侵略」と述べている。英語原文は、“armed attack (armed aggression) is the most serious and dangerous form of aggression”である。つまり、前文には「武力攻撃」の直後に「(武力侵略)」と補足が挿入されている。したがって非同盟 13 カ国は「武力攻撃」と「武力侵略」は互換的概念であると理解していることになる。(その上で、「侵略」概念には「武力侵略」のみならず「武力以外の侵略」も含まれると主張したに過ぎない。)なお、「武力攻撃」と「武力侵略」が互換可能であることは、前文のみならず本文でも言及されている。非同盟諸国 13 カ国案の本文(第 3 条)によれば、「一国の個別的または集団的自衛の固有の権利は、他国による武力攻撃(武力侵略)が発生した場合のみ、国連憲章第 51 条に従って行使されうる。」(丸括弧による補足「(武力侵略)」は原文どおりである。)

であるとして、ニカラグア事件判決が下される前から、侵略の定義決議の起草過程において、米英を中心に主要な西側諸国は問題提起していた。

例えば米国は、国連憲章の第 39 条と第 51 条の中で使用されている用語が一致するか (identical or equivalent) 否かという結論の出ない概念的議論は回避されるべきであると主張した。実際、国連憲章はそのように起草されていないとして、次のように述べた。

「集団安全保障体制の作動に関する第 39 条の機能 (function) と、固有の自衛権を第 2 条 (4 項) の規定から免除させることを意図する第 51 条の機能は、全く別個のものであり、… 使用されている用語 (terms) も文脈 (context) も異なる。これら 2 つの概念を混同するいかなる試みも、国連憲章に具現されている法体制を歪曲することになる。」(括弧内の補足は近藤による)⁹⁾

つまり米国によれば、一方で、「武力攻撃」(国連憲章第 51 条) 事態下における「自衛権」に基づく措置は個別 (および支援) 国家による措置であるが、他方で、「侵略」(国連憲章第 39 条) 事態下における「安保理の決定」に基づく措置は安保理の機関としての措置である。そのような基本的な性格 (機能、用語、文脈) の相違に鑑みれば、「武力攻撃」と「侵略」を互換的に取り扱う

9) A/AC.134/SR.82 (4 February 1971), pp.18-19. 英国も、侵略の定義に自衛権の定義を挿入することは誤ったことであると同時に危険でもとする。Y.U.N.,1971, p.600. イスラエルも、武力攻撃と侵略行為は同一概念ではないとする。A/C.6/SR.1480 (18 October 1974), p.93. 詳細は、近藤 航「テロ支援国家に対する自衛権行使の『帰属の要件』— 9.11 テロ事件に関する学説の整理—」『横浜国際社会科学研究所』第 13 巻第 6 号 (2009 年)、61、73 頁の注 47、48、49 (図 1「侵略」と「自衛権の原因行為」の関係) の他、森本清二郎「間接武力行使・侵略に対する自衛権行使の許容性 (2) — 友好関係原則宣言及び侵略の定義決議を手がかりにして—」『早稲田政治公法研究』第 81 号 (2006 年)、241-242、246 頁参照。

ことは適切ではないという。

確かに、措置の決定主体は誰か (個別国家か安保理か)、措置の機能は何かといった観点からは、「武力攻撃」と「侵略」を互換的に捉えてよいか、一見して疑問も生じるかもしれない。とすれば、この疑問について、国際司法裁判所自身はどのように考えているのだろうか?このような疑問が西側諸国から提起されてきた事実を、裁判所が知らなかったわけではない。問題提起されてきた事実を知りながら、その上であえて互換性を認める立場を、裁判所は選択・踏襲してきたのである。

実際、侵略の定義決議の起草過程においては、上述のとおり、自衛権の発動要件としての「武力攻撃」概念と国連の集団安全保障における「侵略」概念とは文脈・性格が異なるため両概念の一方により他方を定義すべきでない旨の意見が一部 (主に西側諸国) にみられた¹⁰⁾。しかし他方で、森本が「多くの国は、侵略行為の定義によって、実質的には自衛権の対象となる武力攻撃の内容が設定されるとの認識を抱いており」と指摘するように、「侵略」(武力侵略)と「武力攻撃」を互換的に捉える解釈が多数派 (主に東側・非同盟諸国) を占めた¹¹⁾。そのような起草過程における趨勢を踏まえた上で、ニカラグア事件で国際司法裁判所は「侵略」と「武力攻撃」を互換的に解釈した。そしてその解釈を浅田も尊重した¹²⁾。

10) 同上、240-245 頁 (「西側諸国」の主張参照)。

11) 同上、237-240 頁 (「東側諸国と非同盟諸国」の主張参照)；森本清二郎「間接武力行使・侵略に対する自衛権行使の許容性 (1) —友好関係原則宣言及び侵略の定義決議を手がかりにして—」『早稲田政治公法研究』第 78 号 (2005 年)、250 頁 (cf. 252 頁に引用された 1972 年第 1 案参照)。

12) 近藤「テロ支援国家に対する自衛権行使の『帰属の要件』」(2009 年)、前掲論文(注 9)、61 頁。もっとも、国際司法裁判所は東側・非同盟諸国の意見ばかりを採用したわけではない。実際、確かに国際司法裁判所は、「侵略」と「武力攻撃」との互換性を認めた。この点

このように「武力攻撃」概念と「侵略」概念の互換性について意見対立が見られたことを了知の上で、裁判所は互換性を認める意見の方を選択・採用した。しかし、その理由説明は必ずしも十分であったとはいえ、そうであればその反省に立って、今後の関連裁判において一層重厚な判決理由が示されていくことが、国際社会における法の支配の強化にとって重要な課題のひとつといえよう。

しかしその課題（説明不足の改善）は別として、「武力攻撃」概念と「侵略」概念の関係については、両者の互換性を認める国際司法裁判所の判断が、どう見ても誤りであるとまではいえない。むしろ、裁判所の判断の妥当性については、次のように相当程度、補足・擁護できる部分をもつ。

第1に、国連憲章第51条の英語正文で「武力攻撃」(armed attack)とされる語は、仏語正文では「武力侵略」(agression armée)とされている。

国連憲章を「条約」としてみた場合、その解釈方法については基本的に条約法条約が重要となる。同条約によれば、「条約について二以上の言語により確定がされた場合には、それぞれの言語による条約文がひとしく権威を有する」とされる（条約法条約第33条1項）。その帰結として、「条約の用語は、各正文において同一の意味を有すると推定される。」（同第33条3項）

この点、国連憲章は5カ国語（英語、仏語、中国語、ロシア語、スペイン語）

では侵略の定義決議の起草過程における東側・非同盟諸国の意見が採用され、西側諸国の意見は採用されなかった。しかし他方で、同裁判所は、「侵略」を「武力行使の最も重大な諸形態」とした。Nicaragua Case (Merits), *supra* note 3, p.101, para.191. つまり、「侵略」を「武力侵略」と捉え、「武力以外の侵略」を「侵略」概念から除外した。この点では「侵略」概念に「武力以外の侵略」も含めようとした東側・非同盟諸国の意見は採用されなかった。『「侵略」という用語は、…国際関係における武力行使に適用される』（第2条）と述べ、あくまで武力不行使原則との関係で侵略概念を捉えようとした西側諸国の意見が採用された。（西側諸国は「侵略」概念の中に「武力以外の侵略」概念を含めなかった。）侵略の定義決議の西側6カ国提案参照。A/AC.134/L.17 and Add.1 and 2, in A/8019, 1970, pp.58-60.

が「ひとしく正文」とされる(国連憲章第 111 条)。英語正文と仏語正文の関係だけが常に解釈上の問題となるわけではない。しかし「各正文」が同一の意味を持つとされることから、「英語正文」と「仏語正文」の 2 ヶ国語の正文間の関係に着目した場合でも、両正文は互いに「同一の意味を有すると推定される」ことになる。そうであれば、「武力攻撃」(armed attack)と「武力侵略」(agression armée)の両用語を、同一の意味を有する互換的な概念とみることができる。

「条約の用語は、各正文において同一の意味を有すると推定される」という考え方は、条約と同じ内容を有する国際慣習法についても基本的に有用であろう。実際、国際慣習法上の自衛権の行使要件が問われたニカラグア事件で国際司法裁判所は、「個別的自衛の場合、当該権利の行使国は武力攻撃の犠牲者であることを必要とする。集団的自衛への依拠は、もちろん、この必要を除去はしない。」と英語正文で判示した¹³⁾。英語正文の他、判決には仏語正文も付されている¹⁴⁾。「武力攻撃の犠牲者であることを必要とする」の「武力攻撃」(英語正文)は、仏語正文では「武力侵略」(agression armée)と判示されている。このように、判決文では「武力攻撃」と「武力侵略」が互換的に扱われている。

第 2 に、1974 年に採択された「侵略の定義決議」は、「武力侵略の定義決議」という名称ではないが、「侵略の定義」に関する第 1 条において、「侵略とは、…武力の行使であって」とされる。第 2 条でも、「…武力の最初の行使は、侵略行為の一応の証拠を構成する」とされる。つまり、「侵略の定義決議」により定義される「侵略」とは、武力による侵略(「武力侵略」)を指し、武力以外の行為は基本的に「侵略」概念から除外されている。

つまり、国際慣習法にもなっている国連憲章第 51 条の自衛権の英語正文と

13) Nicaragua Case (Merits), *supra* note 3, p.103, para.195

14) 国際司法裁判所の公用語は、仏語および英語とされている(国際司法裁判所規程第 39 条)。

仏語正文を対比すれば、「武力攻撃」と「武力侵略」は同義であり、侵略の定義決議によれば「武力侵略」が「侵略」概念の内実である。そうであれば、三段論法により、「武力攻撃」と「侵略」(侵略の定義決議によって定義される「侵略」)。つまり「武力侵略」)を互換的概念として理解できることになる¹⁵⁾。

さて、それを踏まえて、米英を中心とする西側諸国により提起された以下の問題について改めて考えてみよう。それらの西側諸国によれば、一方で、「武力攻撃」(国連憲章第 51 条) 事態下における「自衛権」に基づく措置は個別 (および支援) 国家による措置であるが、他方で、「侵略」(国連憲章第 39 条) 事

15) さらに補足的要素として、次の点も指摘できよう。

国際司法裁判所によれば、「武力行使の最も重大な諸形態」が「武力攻撃」であるとされる。国際の平和および安全の維持の観点から最も重大な事態が「侵略」(国連憲章第 39 条) として想定されている。したがって、「侵略」もまた、「武力行使の最も重大な諸形態」を中核とする概念であるといえよう。

また、自衛権に基づく措置は安保理が必要な措置を取るまでの間に許される暫定的性格を有する (同第 51 条)。両措置にはスムーズかつ公平公正な連続的関連性が期待される。もっとも、そのために「武力攻撃」と「侵略」とが必ずしも互換的でなければならないとまでは言い難い。しかし、互換的であるならば「武力攻撃」が発生しているのに「侵略」でないと解釈される (または「武力攻撃」が発生していないのに「侵略」であると解釈される) 余地は残らない。その余地が残っていれば、拒否権濫用の際に政治的に悪用され、不公平・不公正な結果に繋がる可能性も危惧される。拒否権濫用を危惧する非同盟諸国等にとっては、「武力攻撃」と「侵略」が互換的であることは、自衛措置から安保理による措置への「公平公正」な連続的関連性に資する面が大きいと映った。そのようにして、両措置の基本的な規範関係を予め整理しておくことが、法的な予見可能性の向上に資すると考えられた。そのことが互換性への支持に繋がった主因と考えられる。ニカラグア事件が発生した冷戦真っ只中において、拒否権濫用・米ソ代理戦争が第三次世界大戦へと繋がることを国際司法裁判所長 Singh も危惧した。Nicaragua Case (Merits), *supra* note 3, pp.151-154, (Separate Opinion of President Nagendra Singh) . 非同盟諸国の危惧は、裁判所にとって共感できる部分も大きかった。非同盟諸国と同様、国際司法裁判所が「武力攻撃」と「侵略」とを互換的に扱ったのは、そのためでもあろうと考えられる。

態下における「安保理の決定」に基づく措置は安保理の機関としての措置である。そのような基本的な性格（機能、用語、文脈）の相違に鑑みれば、「武力攻撃」と「侵略」を互換的に取り扱うことは適切ではないという。

果たしてこのような西側諸国の主張は妥当か。一見して、妥当であるようにも見えるかもしれない。実際、確かに、「自衛権に基づく措置」と「(安保理が取る) 必要な措置措置」は、措置の決定者（個別国家か安保理か）や機能（暫定的機能か否か）などの面で異なる。しかし問題は、そうであるからといって、「武力攻撃」と「侵略」が互換的概念であってはならないということになるのか、という点である。

思うに、一方で、「『武力攻撃』と『侵略』の互換性」の話と、他方で、「『自衛権に基づく措置』と『(安保理が取る) 必要な措置措置』の規範関係」の話とは、議論の次元が異なる。前者は「第一撃」の話であり、後者は「対応措置」の話である。これら 2 つの次元の議論は、当然には直結できないものであろう。つまり、議論の次元が異なるのであれば、「対応措置」の機能・目的・決定者の相違等を理由として、「武力攻撃」と「侵略」は互換的でありえないという結論には、当然には導かれないであろう。

このように見ると「武力攻撃」概念と「侵略」概念の互換性を認めた国際司法裁判所の判断は、むしろ基本的に妥当であるようにも思える。もっとも、慎重に言えば、別次元同士（「第一撃」と「対応措置」）が関連し合うことがありうるとすれば、それに伴う問題が生じうる可能性は個別に残るかもしれない。しかし、そのような可能性を考慮したとしても、両概念の互換性を認める国際司法裁判所の判断を、著しく不合理とまでいえるだろうか。そこまでの批判には躊躇も覚える。むしろ国際司法裁判所の議論の仕方をできる限り尊重しながら自説を展開していくことが望ましく、実際にもそのような論じ方が学界では一般的であろう。

さて、その上でさらに議論の仕方を詰めるべく、留意点について考えてみよう。侵略の定義決議の起草過程において、「武力攻撃」概念と「侵略」概念を互換的に扱うことに反対した西側諸国の起草戦略について、次のような疑問も生じる。コンセンサスで採択された同決議のもつ価値の重要性に鑑みれば、その起草過程が自衛権に関する後の国際裁判の中で参照されるかもしれないことは容易に予見可能であったと考えられる。そうなれば、「武力攻撃」と「侵略」の互換性を認める多数意見が、判決の中で肯定的に扱われる可能性も十分考えられる。少数派である西側諸国にとって、「自衛権」を行使したくても行使できない事態に陥る危険性も十分考えられたということである。その危険性に対して十分な対策を取らないまま、西側諸国は侵略の定義決議の最終案を受け入れたのだろうか。少数意見であることが不利に働くこともありうるという可能性をも慎重に考慮し、自衛権行使により対応したくても対応できないような事態に将来陥らないよう、起草戦略にしたたかな工夫を凝らしていたと考えた方が、国家存亡にもかかわる重要問題を扱う際の対応としては、むしろ自然ではなかろうか。つまり、西側諸国は「武力攻撃」概念と「侵略」概念の互換性を単に否定するだけでなく、それらがたとえ互換的とされたとしても将来的に困らないように、妥協の道を慎重に探った可能性も考えられる。侵略の定義決議第3条に列挙される侵略行為が、限定列挙ではなく例示列挙にすぎないことを確認する第4条の重要性を指摘したことも、西側諸国にとっての工夫のひとつであったといえよう¹⁶⁾。とはいえ、侵略の定義の中核はやはり第3条であり、その中でも非国家主体の行為帰属の問題については同条 (g) の「実質的関与」概念が中核となる。この「実質的関与」概念の中にも、将来的に自らが自衛権を行使できずに困る事態に陥ることがないように、慎重に妥協の道を残した可能性が考えられる¹⁷⁾。

16) 近藤「テロ支援国家に対する自衛権行使の『帰属の要件』」(2009年)、前掲論文(注9)、61頁。

そのように考えると、「武力攻撃」概念と「侵略」概念を互換的に捉えることへの理論上の疑義も一部に残りうる中、それでもなお、両概念の互換性を認める国際司法裁判所の判断を尊重して議論を進めるのであれば、議論の仕方には相応の注意が必要となる。特に、「実質的関与」基準を、その基準が充たされない場合にはテロリスト（非国家主体）の所在する領域国に対する自衛権行使が認められないものとして厳格に解釈するのであれば¹⁸⁾、「実質的関与」概

17) たとえ「武力攻撃」と「侵略」とが互換的概念とされたとしても、自衛権行使が許されないために困る事態に陥ることがないようにするための工夫は、他にもありえよう。例えば、自衛権発動が許されるのは「武力攻撃」が発生した場合に限定されないとする説（非制限説）を支持する方法も考えられる。ただし、それは通説ではない。岩沢雄司『国際法』東京大学出版会、2020 年、705 頁。通説ではない以上、自衛権の発動は「武力攻撃」が発生した場合に限定されるという通説（制限説）に沿って議論が進められたとしても、自己の主張する自衛権の範囲を保守できるようにしておくことが重要とされよう。そのためには、「武力攻撃」概念を広義的に解釈する余地も併せて残しておくことが重要ということになる。その一環として、非国家主体と自衛権に関する議論においては、「実質的関与」の意味範囲が広義に解釈される余地が慎重に模索されることになる。そのような解釈上の戦略が、西側諸国を中心に取られてきた可能性も十分考えられる。

18) 例えば浅田は、「武力攻撃」概念と「侵略」概念を互換的に捉え、かつ、最低でも「実質的関与」基準が充たされない場合にはテロリストの所在する領域国に対する自衛権行使は認められないと主張する。そのような自衛権の厳格な解釈に基づき、9.11 テロ事件のアフガニスタンにおける米国による自衛権の主張に対して、否定的な立場をとる。実際、「ある国の領域に所在する非国家主体が武力攻撃相当の武力行為を行った場合に、その犠牲となった国が当該領域国に対して自衛権を行使できるのは、領域国が（のために）当該非国家主体を派遣するか、それに実質的に関与した場合に限られる」と主張する。そして、9.11 テロ攻撃を実行したとされるアルカイダの活動を、彼らの所在国であるアフガニスタンが「黙認」（友好関係原則宣言の武力不行使規定）したという程度では、「実質的関与」（侵略の定義決議第 3 条（g））をしたとはいえないため、当該所在国に対する自衛権行使は認められないとする。浅田正彦「非国家主体と国際法 —『侵略の定義』決議第 3 条（g）を中心に—」坂元茂樹・薬師寺公夫（編）『普遍的国際社会への法の挑戦—芹田健太郎先生古稀記念—』信山社、2013 年、847-849、854-858 頁；浅田「同時多発テロ事件と国際法」（2002 年）、前掲論文（注 3）、78-82 頁。同様の主張をするものとして、

念に注意深く残されたであろう自衛権概念の範囲に関する西側諸国の法意識について注意しながら、「実質的関与」概念の解釈を進めることが重要となろう。さもなければ、西側諸国の法意識の重要な部分を看過する形で、国際慣習法の存在を認めることになりかねない。そうならないよう注意を呼び掛けることは、当然だが、西側諸国の法意識を偏重せよということではない。「武力攻撃」概念と「侵略」概念を互換的に捉える方法を採用した場合には、侵略の定義決議を通して、東側・非同盟諸国の自衛権概念は浮彫りとなる。しかし、西側諸国の自衛権概念は浮彫りとならず無視されることにもなりかねない。コンセンサスで採択された決議に重要な価値が認められるのは、それが少数意見への配慮も重視するものだからである。意見の多様性を重視するコンセンサス方式の決議の意味について解釈する場合には、多数か少数かという観点から前者の意見を後者に押し付けるような強引な結論に導かれないよう注意することが肝要となる。

ii. 侵略の定義決議第3条(g)「実質的関与」の法的性格と「帰属」概念

厳密に言えば国際司法裁判所は、ニカラグア事件判決(1986年)の中で、侵略の定義決議第3条(g)の法的性格を表す概念として「帰属(attribution)」という用語を用いているわけではない¹⁹⁾。しかしその後、同裁判所は、同じ

川岸伸「非国家主体と国際法上の自衛権(2) — 9.11同時多発テロ事件を契機として—」『法学論叢』168巻2号(2010年)、33-35頁；同「非国家主体と国際法上の自衛権(3・完) — 9.11同時多発テロ事件を契機として—」『法学論叢』168巻4号(2011年)、48-51、59-60、64-66頁；Shin Kawagishi, "Clearing Uncertainties of the Jurisprudence of the ICJ on Self-Defence Against Non-State Actors," *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, Vol.77 (2017), p.30.

19) この点については、近藤航「テロリストに対する自衛権の適用可能性」『横浜法学』第25巻第1号(2016年)224頁注8でも指摘した。Cf. 浅田「非国家主体と国際法 — 『侵略の定義』決議第3条(g)を中心に—」坂元・薬師寺(編)『普遍的国際社会への法の挑戦』、前掲書(注18)、2013年、826頁。

く非国家主体と自衛権との関係が問題とされたコンゴ・ウガンダ事件において、第 3 条 (g) に言及しつつ、ウガンダの反政府武装集団の行為はコンゴに「帰属しない (non-attributable)」と判示した (2005 年)。つまり、第 3 条 (g) の法的性格を表す概念として「帰属」という用語を用いた²⁰⁾。したがって、両判決を一貫性・整合性のあるものと見れば、ニカラグア事件判決においても第 3 条 (g) の「実質的関与」は「帰属」に関する基準として想定されていたことになる²¹⁾。

もう少し丁寧に説明しておこう。「帰属 (attribution)」は国家責任法において用いられる用語であることから²²⁾、それを自衛権の文脈で用いることに懐疑的な意見も見られる。例えば Becker (2006 年) は、侵略の定義決議第 3 条 (g)

20) *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgement (hereinafter cited as “DRC v. Uganda Case”), *ICJ Reports 2005*, p.223, para.146.

21) 近藤「テロリストに対する自衛権の適用可能性」(2016 年)、前掲論文 (注 19)、224 頁注 8 同旨。浅田の論文でも「非国家主体による攻撃に対する自衛権行使の可否」という論点・文脈において、「ICJ がニカラグア事件本案判決 (以下「ニカラグア判決」という) で示した行為帰属論 (その後の ICJ の判決・意見の原点となり、その後も ICJ では基本的にその立場が維持されている) (括弧内の補足は浅田による)、「ニカラグア判決における行為帰属論」という表現が用いられている。浅田正彦「非国家主体の行為の国家への帰属 —包括的帰属関係と個別的帰属関係をめぐって—」『国際法外交雑誌』第 111 巻第 2 号 (2012 年)、1、2 頁。(3、7、22、27、28 頁同旨。) つまり、ニカラグア判決では上記文脈において「行為帰属」ないし「帰属」という言葉が使用されているわけではないけれども、同判決の趣旨を「維持」・「踏襲」した ICJ の判決・意見でそれらの言葉が使用されていることから、両者を整合性のあるものと理解すれば、「ニカラグア判決における行為帰属論」と表現できるということである。(ただし浅田によれば、他国に対する越境攻撃を行うテロリストの組織的活動を自国領域内で「黙認」することなどを禁じる武力不行使原則第 9 項を含む友好関係原則宣言の間接的武力行使の規定については、「ICJ においても帰属に関する二次規則ではなく一次規則と捉えられている」という。同上、21 頁注 60、25 頁表 2-2「個別的帰属の基準」参照。)

22) 国家責任条文第 2 条で用いられる「帰属し」の英語正文は、“attributable”である。

について「国家の行為を侵略行為として分類すること（言い換えれば、性格づけること）は、必ずしも帰属の法理に関する作業を含むものではなく、むしろ国家自身の行為に関する独立した評価を含むものである」（括弧による補足は近藤による）と指摘する²³⁾。ここで「国家自身の行為に関する独立した評価」とは、浅田の解説によれば、「一次規則違反との評価」を意味するとされる²⁴⁾。田中も、このような Becker の指摘を「非国家行為体の行為が国家に帰属する基準の問題（すなわち二次規範の問題）ではなく、非国家行為体の武力行為に関連した国家自身の行為が武力攻撃として評価されるための基準の問題（一次規範）として捉えるべきであるとの指摘」（括弧による補足は田中による）として受け止めている²⁵⁾。

Becker と同様、宮内（2007年）も「問題となるのは、非国家的行為体の武力行為の支援国への『帰属』ではなく、むしろ武力不行使原則という『一次的規則』である。…国際裁判上、…『派遣・実質的関与』『支援・黙認』は帰属基準ではない」と指摘している²⁶⁾。

確かにニカラグア事件判決でも、一方で、非国家主体の行為を「国家による武力攻撃」として置き換えるための「実質的関与 (substantial involvement)」基準と、他方で、非国家主体の行為に起因する「国家責任」を追及するための「実効的支配 (effective control)」基準とは、区別されている²⁷⁾。そのことは、「実効的支配」基準が二次規則に位置づけられ、「実質的関与」基準が一次規則に

23) Tal Becker, *Terrorism and the State : Rethinking the Rules of State Responsibility*, Hart, 2006, p.177.

24) 浅田「非国家主体と国際法 —『侵略の定義』決議第3条 (g) を中心に—」坂元・薬師寺(編)『普遍的国際社会への法の挑戦』、前掲書（注18）、2013年、826頁。

25) 田中佐代子「非国家行為体に対する越境軍事行動の法的正当化をめぐる一考察 —「領域国の意思・能力の欠如」理論 ('unwilling or unable' doctrine) の位置づけ—」『法学志林』116巻2・3号（2019年）、311頁注71。

26) 宮内靖彦「自衛の発動要件にとし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、141頁。

位置づけられることを示唆しているとも考えられる。

もっとも、このように侵略の定義決議第 3 条 (g) 「実質的関与」を一次規則と捉え、それと二次規則である「帰属基準」とを峻別すべきとする見解 (Becker, 宮内) がみられる一方で、そのような見解に対しては疑問も呈される。例えば浅田 (2013 年) は、「一般的にあって、ある規則が一次規則であるか二次規則であるかは、場合によってはアプリアリには決まらないということもある」と指摘する²⁸⁾。そして、2005 年のコンゴ・ウガンダ事件判決において [ICJ] は、ニカラグア判決を踏襲して第 3 条 (g) に照らした判断を行い、その結果として同盟民主軍 (ADF= ウガンダの反政府武装集団) による攻撃はコンゴに『帰属しない (non-attributable)』と明確に述べており (バラ 146)、同号は行為帰属論の文脈で捉えられていると考えることができる。したがって、以下ではそのような前提で論を進めることにしたい」と整理する²⁹⁾。

確かに、第 3 条 (g) の性格づけについて、ニカラグア事件判決 (1986 年) をコンゴ・ウガンダ事件判決 (2005 年) が「踏襲」したと見れば、「実質的関与」を「帰属」基準として性格づけた後者の判断は、遡ってみれば、前者の判断でもあったということになる。また、「ある規則が一次規則であるか二次規則であるかは、場合によってはアプリアリには決まらない」ということが「帰属」概念にも当てはまるとすれば、「帰属」という用語の使用は必ずしも

27) 「実質的関与」につき、Nicaragua Case (Merits), *supra* note 3, pp.101, 103-104, paras.191, 195 参照。「実効的支配」につき、*ibid.*, pp.64-65, para. 115 参照。Cf. James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, pp.110-113.

28) 浅田「非国家主体と国際法 —『侵略の定義』決議第 3 条 (g) を中心に—」坂元・薬師寺 (編) 『普遍的国際社会への法の挑戦』、前掲書 (注 18)、2013 年、826 頁。Cf. 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)、4、27-28 頁。

29) 浅田「非国家主体と国際法 —『侵略の定義』決議第 3 条 (g) を中心に—」坂元・薬師寺 (編) 『普遍的国際社会への法の挑戦』、前掲書 (注 18)、2013 年、826 頁。

二次規則のみに限られないということにもなる。実際、Randelzhofer (2012年)によれば、パレスチナ壁事件(2004年)とコンゴ・ウガンダ事件(2005年)において「複数の裁判官や多数の論者は異なる見解を表明しているが、より望ましい見解とは、帰属に関する特別な一次規則(special primary rules of attribution)に基づくものではあるが、被害国が自衛権を行使できるようにするためには、組織された武装集団による攻撃は国家に帰属しなければならない(need to be attributed)というものであるように思える」という³⁰⁾。このように述べた後で、自衛権発動に関わる帰属の問題について、「そのような帰属は一次規則としての第51条の適切な解釈から生じるのであり、必ずしも国家責任に関する副次的(二次)規則から生じるのではない」(括弧による補足はRandelzhoferによる)と補足している³¹⁾。この補足の意味については、「つまり、彼によれば「帰属(attribution)」という用語は二次規則においてのみ使用されるものではなく、また、自衛権の帰属基準は一次規則として分類されるものである。」と拙稿(「テロリストに対する自衛権の適用可能性(3)」、2017年)で解説した³²⁾。

このような学説の展開・整理を背景にして、田中(2019)は次のように述べている。

『帰属』という語を用いる論者の多くは、国家の責任が生じる基準として

30) Albrecht Randelzhofer, "Article 51," in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 3rd ed., Oxford University Press, 2012, p.1417.

31) 原文(英語)は以下のとおり。"Such attribution flows from a proper interpretation of Art. 51 as a primary rule and not necessarily from the subsidiary (secondary) rules on State responsibility." *Ibid.*

32) ただし、Randelzhoferは、二次規則である国家責任条文の帰属基準を自衛権の文脈で適用することを必ずしも否定しているわけではないようである。実際、彼は同条文第8条の適用可能性を示唆している。*Ibid.*, p.1415, fn.124. Cf. 近藤 航「テロリストに対する自衛権の適用可能性(3)」『横浜法学』第26巻第2号(2017年)、189頁注119。

ではなく、当該国家が自衛権行使の対象となりうるかの基準として論じており、また、それが国家責任法上の行為帰属の基準と必ずしも同一でないことも認めているように思われる。ここで扱うべきは、一次規範か二次規範かという性格そのもの（あるいは『帰属』は二次規範上の行為帰属論の文脈でしか用いられえない語なのかという問題）よりも、非国家行為体の武力行為に関わる国家のいかなる作為不作為が国家による武力攻撃とみなされるか、という実体的問題である。本稿では、今日の一般的趨勢（浅田「前掲論文」（注 71）828 頁）にならい、… 帰属という用語によって議論を進める。」³³⁾

このような説明の仕方により、「帰属」基準が一次規則と二次規則のいずれに位置づけられるものかという難題に深入りせず、むしろ「帰属」という用語の使用方法の問題へと視点を上手く置き換えている。ひとまず、そのような論じ方でよからう。すなわち確かに一方で、「国家責任」の発生・追及のための議論と、他方で、「自衛権」の発生・行使要件のための議論とは相異なる。本稿では「帰属」という用語を、「責任」に繋がる議論の中では捉えない。非国家主体の行為（越境テロ攻撃）が、彼らの所在国に帰属するならば、所在国による武力不行使原則違反である「武力攻撃」とみなされる。その文脈におけるものとして「帰属」という用語を用いる。国際司法裁判所もそのように「帰属」という用語を使用していると考えられる³⁴⁾。

33) 田中「非国家行為体に対する越境軍事行動の法的正当化をめぐる一考察」（2019 年）、前掲論文（注 25）、311 頁注 71。ここで田中が引用する浅田「前掲論文」（注 71）828 頁とは、浅田「非国家主体と国際法 —『侵略の定義』決議第 3 条 (g) を中心に—」坂元・葉師寺（編）『普遍的国際社会への法の挑戦』、前掲書（注 18）、2013 年、828 頁を指す。確かに、同頁には「『侵略の定義』第 3 条 (g) を帰属論で捉える昨今の学説の一般的趨勢」と記載されている。

34) 浅田も、自身の用いる「行為帰属論」の意味について「いかなる自然人のいかなる行為がいかなる場合に国家の行為とみなされるのかという行為帰属論（以下「帰属論」ともいう）」（括弧による補足は浅田による）と断っている。その上で、「従来、行為帰属論

(2) パレスチナ壁事件 ICJ 勧告的意見 (2004 年)

自衛権の帰属要件が満たされていないとの批判が 9.11 テロ事件では学説上を中心に見られたものの³⁵⁾、米国による自衛権の主張に対して国際社会からほとんど批判は呈されなかった³⁶⁾。その背景には、冷戦の崩壊に加え、テロリストのような非国家主体が実質的な武力行使能力を獲得するに至ったという時代の変化があった。そのような変化を受けて、国際司法裁判所内でも「武力攻撃」の主体が「国家」に限定されるべきか否かについて意見対立が顕著に見られるようになってきている。実際、パレスチナ壁事件 (2004 年) で国際司法裁判所は勧告的意見として、「一国による他国に対する武力攻撃」の場合に自衛権は行使できると述べた³⁷⁾。しかし裁判官の中からは、少数意見ではあったが、「非国家主体による武力攻撃」の場合にも自衛権行使は許容されうると

は、主として国家責任法との関係で語られてきたが、必ずしもそこに留まるものではなく、より重大な帰結を伴うものとして、武力行使との関係でも問題となりうる。非国家主体による攻撃に対する自衛権行使の可否などがそうである」として、論を進めている。浅田「非国家主体の行為の国家への帰属 一包括的帰属関係と個別的帰属関係をめぐって」(2012 年)、前掲論文 (注 21)、1、27、28 頁。つまり、「国家責任法」の分野と「自衛権」の分野との (性格上の) 相違を意識しつつ、両分野において使用可能なものとして「行為帰属」や「帰属」という用語を整理・使用している。

35) 自衛権の帰属要件 (としての「実質的関与」基準) が充足されていないことを理由とする批判の声は、(学説上のみならず) 一部の国からも上がったとされる。9.11 テロについて、『国の実質的関与』は存在しないとして、アメリカによる武力行使を批判した国もなかったわけではない」と岩沢は指摘している。岩沢『国際法』、前掲書 (注 17)、2020 年、708 頁。岩沢の指摘どおりであれば、帰属基準の不充足は自衛権行使の可否判別の決定打となりうるかという問いに対して、決定打となるとする見方が、学説のレベルのみならず国家実行のレベルでも、(その見方が多数か少数かは別として) 現存していることを示している。

36) 同上、708 頁。

37) Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, *ICJ Reports 2004*, p.194, para.139.

の意見が出され、注目を集めた³⁸⁾。

(3) コンゴ・ウガンダ事件 ICJ 判決 (2005 年)

さらに注目されるのは、翌年のコンゴ・ウガンダ事件判決の中で、「管理不能」の事態において、「裁判所は、不正規軍による大規模攻撃に対する自衛権を現代国際法が規定しているのか、そうであるとすればいかなる条件の下で規定しているのか、という当事者の主張に対して答える必要はない」と言及されたことである³⁹⁾。その趣旨を、非国家主体に対する自衛権の適用可能性を残すものであると解釈する有力説も出てきている。そうであれば、国際司法裁判所の抱く自衛権概念は、その適用対象を国家間関係に限定的に捉えるもの（ニカラグア事件判決）から限定的に捉えないもの（コンゴ・ウガンダ事件判決）

38) パレスチナ壁事件における Buergenthal 判事、Higgins 判事、Kooijmans 判事の意見。 *Ibid.*, p.242, para.6 (Declaration of Judge Buergenthal); *ibid.*, p.215, para.33 (Separate Opinion of Judge Higgins); *ibid.*, p.230, para.35 (Separate Opinion of Judge Kooijmans)。

39) DRC v. Uganda Case, *supra* note 20, p.223, para. 147. Tams はこの一文を、非国家主体に対する自衛権の適用可能性を残すための「安全条項」(saving clause)と呼ぶ。Christian J. Tams, “Note Analytique : Swimming with the Tide or Seeking to Stem it? Recent ICJ Rulings on the Law of Self-Defence,” *Revue Québécoise de Droit International*, Numéro 182 (2005), pp.285-286. 森はこの一文を取り上げて、他国領域内に所在する非国家行為体に対する軍事行動自体が自衛権として正当化されるかについては、「ICJ は判断を示していないと考える見解も有力である」と評している。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、(第 17 章「武力行使の規制と国際安全保障」[執筆担当者：森肇志])、496 頁。確かに、そのような有力な見解として以下を挙げることができる。Randelzhofer, “Article 51,” in Simma (ed.), *The Charter of the United Nations* (3rd ed., 2012), *supra* note 30, p. 1418; Natalino Ronzitti, “The Expanding Law of Self-Defence”, *Journal of Conflict and Security Law*, Vol.11, No.3 (2006), p.349; 佐藤哲夫「国際法秩序の変容と『武力行使禁止原則』の課題 —戦争をなくすための根本原則の機能と限界—」広島市立大学 広島平和研究所（編）『広島発の平和学 —戦争と平和を考える 13 講—』法律文化社、2021 年、229 頁。

へと変容しているという見方もできよう。他方で、これらの事件では非国家主体に対する自衛権の適用可能性について何ら判断が下されていないという見方も散見されるようになってきている。

3. テロリストに対する *jus ad bellum* の適用可能性

このような国際判例の動向を受け、2007年に万国国際法学会 (Institut) で決議が採択された。同決議第10項(ii)の規定内容は、以下のとおりである。

「(ii) 非国家主体による武力攻撃が、あらゆる国の管轄外地域から開始される場合、その標的とされた国は、当該地域において、非国家主体に対する自衛権を行使することができる。」⁴⁰⁾

ここでは、非国家主体が「武力攻撃」を実行できる立場にあり、したがって、自衛権の行使対象ともなる立場にあることが明らかにされている。なお、この決議自体には法的拘束力があるわけではない。しかし諸国の有力な国際法学者が集う学会における決議であることから、学問的に重要であることはもちろんのこと、今後の国連と国家の実行にも影響を与えうる。つまり、実質的法源のひとつとしてあるいはその形成に向けて重要な示唆を与えうるものとして、注目される。

しかし、「非国家主体による武力攻撃」が発生した場合に、「非国家主体に対する自衛権」を行使できるとする考え方に対しては、非国家主体(私人)たるテロリストを例に、次のような問題提起がされた。「私人たるテロリストに対して武力を行使することはそもそも国際法上違法ではないことから、違法性の阻却のために自衛権を援用する必要はありません。したがってテロリストに対

40) Institut de droit international, *Annuaire*, Vol. 72 (Session de Santiago [Chili], 2007), pp.234, 236.

する自衛権という観念もそもそも存在しないということになります。」つまり、テロリストのような非国家主体は国際法主体ではないため、国際法上の武力不行使義務を負わず、したがって「武力攻撃」の主体とはなれない。見方を変えれば、彼らに対する軍事行動も武力不行使原則違反とはならない。したがってそもそも、同違反とならぬよう正当化するために自衛権を援用する必要がない⁴¹⁾。

確かに、原則規定（武力不行使原則）に照らして例外規定（自衛権）を解釈すれば、つまり、武力行使を正当化するものとして自衛権の機能を理解すれば、武力不行使原則違反でない行為を、自衛権で正当化する必要はないというこの批判は、的を射ているように思える。しかし、この批判を乗り越えていく可能性を秘めた理論が出てきており注目される。主唱者の Robert Kolb（ジュネーブ大学）は、2009 年の著書 *Ius contra bellum* (2e éd.) の中で次のように主張した。

「武力行使をする能力があるから、武力行使禁止に服さなければならない」⁴²⁾

確かに、実質的な武力行使能力を有する至った非国家主体には、武力不行使義務が課せられると解釈すれば、彼らは同義務違反となる「武力攻撃」を他国に対して行いうることになる。他方で、彼らに対する軍事行動も同義務違反とならないように「自衛権」で正当化する必要が生じることになる⁴³⁾。

41) 浅田正彦「第 12 章 安全保障 一法への試練」大沼保昭（編）『21 世紀の国際法 一多極化する世界の法と力』日本評論社、2011 年、225 頁の浅田の発言。浅田正彦・大沼保昭「ロー・クラス 連続対談：21 世紀の国際社会と法 一国際法の生きた姿を考える (14) 安全保障と国際法のかかわり」『法学セミナー』54 巻 (1) 通号 649 (2009 年)、65 頁の浅田の発言同旨。

42) Robert Kolb, *Ius contra bellum : le droit international relatif au maintien de la paix : précisions* (Collection de droit international public), 2e éd., Helbing Lichtenhahn, Bruylant, 2009, p.240.

43) 一方で、「非国家主体に対する自衛権」を支持する論者は、その自衛権の行使対象（法

もっとも、この理論にも課題が残った。

第1の課題は、テロリストのような非国家主体に対する軍事行動が自衛権で正当化されうるとしても、それに付随して生じる問題として、所在国への軍事侵入の正当化根拠と限界を明らかにすることである。すなわち Kolb によれば、「領域基盤」を有するようになった非国家主体に対してのみ自衛権を行使できるとされる。しかし、その「領域基盤」概念の定義についての言及が不足しているため、その範囲に「管理不能」、「黙認」、その他の関連概念がどこまで含まれるのかが問題として残る⁴⁴⁾。それが明らかにされたとしても、各「領域

の対象)が文字通り「非国家主体」であるというのであれば、「武力不行使義務を負わない非国家主体に対する軍事行動を自衛権で正当化する必要はない」旨の浅田の意見に対し、真摯に対峙する学問姿勢が求められる。他方で、「非国家主体は武力不行使義務を負わない」と主張する論者は、「武力行使の実質的能力を有するようになれば非国家主体も武力不行使義務に服さなければならない」とする Kolb の意見に対し、真摯に対峙する学問姿勢が求められる。近藤「国際組織法から観た自衛権」(2018年)、前掲論文(注2)、147-150頁(「はじめに」)、166-167頁(「おわりに」); 近藤 航『「テロリスト集団の所在国における軍事行動」の二層的構造に関する一考察 — *Jus ad Bellum* を中心に—』『城西国際大学紀要』第30巻第2号(2022年)96-97頁(注26)。

- 44) テロリストのような非国家主体に対する自衛権の適用可能性は、(彼らの所在国との関係で)以下の3つの場合に問題となりうる。詳細は近藤「テロリストに対する自衛権の適用可能性(3)」(2017年)、前掲論文(注32)、206-214頁参照。

第1に、彼らの「所在国」が存在しない場合である。例えば、公海上の無国籍船からのテロリストによる越境攻撃の場合である。問題とされる「所在国」が存在しない以上、そこで主張される自衛権は、「所在国に対する自衛権」ではなく「テロリストに対する自衛権」ということになろう。

第2に、所在国は存在するが、同国の「同意」(強制による同意を除く)が軍事行動に与えられている場合である。テロリストに対する自国領域内での軍事行動に「同意」を与えた所在国に対して、もはや「自衛権」を行使する必要はない。

第3に、所在国の「同意」は存在しないが、テロリストのような非国家主体の行為が所在国に帰属しない場合である。他国に対して大規模越境攻撃を行ったテロリストによる組織的活動を、彼らの所在国の政府が取り締まる「意思」を有しない場合(「黙認」の場合)または「能力」を有しない場合(「管理不能」の場合)である。「黙認」・「管理不能」概念と Kolb のいう「領域基盤」概念との関係が問題となる。

基盤」の構造・特徴に応じて、軍事侵入の正当化根拠と限界も異なりうるため、個別の検討が求められる⁴⁵⁾。

第 2 の課題は、非国家主体に対する武力不行使原則の適用可能性を認めるという場合に、そこで問題とされる武力不行使原則の法源 (国連憲章 [という条約] かそれとも国際慣習法か) を明確化することである。その上で、両者の内容が異なる場合には、それにもかかわらず齟齬が生じないとすれば両者間の調整原理とは何かを明らかにすることである⁴⁶⁾。

すなわち、2009 年の上記著書を読む限り、非国家主体に対する武力不行使原則の適用可能性については、国際慣習法上の武力不行使原則については認めつつ、条約としての国連憲章上の武力不行使原則については必ずしも明朗とは言い難い⁴⁷⁾。しかし、実質的な武力行使能力を有するようになれば武力不行使原則に服すべきという考え方自体には、時代と国境を越える普遍的な説得力があるように思える。その意味では、そのような考え方は、国際慣習法に限られず国連憲章上の解釈としても、少なくとも「あるべき法」の要素を含む形であれば可能であるようにも見えた。

もっとも、武力不行使原則の内容が国際慣習法と国連憲章とで異なるとすれば、具体的な事例の評価をする際に齟齬が生じることになる。齟齬が生じないように両者の関係を調整する法的メカニズムが必要となろうが、そのメカニズムの内実は Kolb の書の中では解明されておらず、解明することが課題とし

45) 一方で「黙認」(友好関係原則宣言武力不行使原則第 9 項) は同原則違反だが、他方で「管理不能」それ自体は同違反ではない。このように同原則違反となるかにつき差異が生じるため、「黙認領域」と「管理不能領域」への軍事侵入の正当化根拠と限界も、それぞれ異なりうる。

46) 武力不行使原則が強行規範である場合には、調整原理の考察はさらに複雑となりうる。

47) 近藤 航「テロリストに対する自衛権の適用可能性 (4)」『横浜法学』第 26 卷第 2 号 (2017 年)、(223)、228 頁参照。

て指摘されていたわけでもなかった。解明の必要がなかったとすれば、非国家主体に対する武力不行使原則の適用可能性については、そもそも国際慣習法と国連憲章との間で基本的な差異はないとの考え方が前提とされているとも考えられた。

しかし、そうではなかった。この点は、2018年に出版された英語版で加筆修正され、明確化が図られている。そこでは2009年版（仏語原書）と同様、武力行使能力を有する非国家主体（私的集団：“private’ groupings”）に対しては国際慣習法上の武力不行使原則を適用可能であると記されている。注目すべきはその直後に、「国連憲章第2条4項は、しかしながら、これらの主体にはあてはまらない。彼らは国連のメンバーではないし、そうなりえもしない。」と追記されたことである⁴⁸⁾。ここでは「国連メンバーではない」ことが決定的理由とされているように見える。その理由説明の妥当性については異論もありえようが、それが妥当であったとしても、非国家主体に対する武力不行使原則の適用の是非について国際慣習法と国連憲章第2条4項との間で相反する結論が導かれることになる。そのことに矛盾がないとすれば、矛盾回避のメカニズムについて説明をすることが同書の課題として残されたといえよう。

4. *Jus ad bellum* の法源間の調整原理 —国連憲章と国際慣習法の関係—

2007年に万国国際法学会（Institut）では、「非国家主体による武力攻撃」お

48) Robert Kolb, *International Law on the Maintenance of Peace: Jus Contra Bellum*, Edward Elgar, 2018, pp.327-328. なお同書は、著者（近藤）が2016年12月にジュネーヴ大学法学部に於て学術講演（Lecture、司会はKolb）をした後に出版されたものである。同講演のテーマは、“Legal Positions of Extraterritorial Military Actions against Terrorists: Clarifying the Personal of Structure of *Jus ad Bellum*”であり、Kolbの2009年版（仏語原書）を最も主要な参考文献として引用した。そして、「武力行使をする能力があるから、武力行使禁止に服さなければならない」とするKolbの考え方は国際慣習法のみならず国連憲章第2条4項にも応用可能であろうと指摘した。

よび「非国家主体に対する自衛権」という法概念を認める決議第 10 項が採択された (先ほど紹介した同項 (ii) 参照)。この第 10 項は次の一文で始まっている。

「一国に対する非国家主体による武力攻撃の場合に、国際慣習法により補われる憲章第 51 条は、原則として適用される。」⁴⁹⁾

これによれば、「非国家主体による武力攻撃」が発生した場合に自衛権 (同項 (ii) によれば「非国家主体に対する自衛権」のこと) が原則として適用されるという点において、国連憲章第 51 条と国際慣習法は共通している。

この決議およびそれを収録する Institut の報告書の中では、このような自衛権概念の基礎として、非国家主体に対する武力不行使原則の適用可能性が認められているわけではない。実際、同決議の中で国連憲章の「第 51 条」という条番号には言及があり、詳しく評釈されているが、「第 2 条 4 項」という条項番号については言及がなく、詳しい評釈もない⁵⁰⁾。例えば、武力不行使原則の人的対象については、Institut 決議の前文 1 項にて (万国国際法学会は)「国際関係における武力行使 (the use of force in international relations) により提起される諸問題に留意し」と表現される程度に留まる⁵¹⁾。ここで「国際関係」の意味が「国家間関係」のみに限定されるのか否かについては、決議中には特に補足説明はなく、必ずしも明らかではない。

この点、決議文言の不明確さを補うものとして、報告書の内容が注目される。特に注目される箇所は、報告書のパラグラフ 137 と 138 である。パラグラフ 137 ではまず、安保理が非国家主体による行動を国際の平和及び安全に対す

49) Institut de droit international, *Annuaire*, Vol. 72 (Session de Santiago [Chili], 2007), p.234.

50) *Ibid.*, pp.233-236.

51) *Ibid.*, p.233.

る脅威と繰り返しみなしてきたこと、そして9.11 テロ事件を受けて採択された安保理決議 1368 と 1373 が、前文においてではあるが、明確な言葉で (*expressis verbis*) 自衛権を確認していることが指摘される。さらに、国連憲章でも文言上、「武力行使」という用語が、「戦争」という用語に対する対抗概念として導入されたことが指摘される。つまり、その導入にあたり「武力行使」の形式的側面への依存 (*reliance to the formal aspects*) を避けること (言い換えれば、事実上の「戦争」も規律対象に含めること) が意図されていたことが指摘される。このように、安保理の態度を見ても、国連憲章の文言を見ても、形式的な側面 (問題とされる行動主体が「国家」という形式的地位を有しているか否か、また、形式上の宣戦を伴う「戦争」か否か) は (実質的な側面ほど) 重視されてはこなかったことが指摘される。この指摘には報告書の結論 (国連憲章第 51 条「武力攻撃」の主体の範囲は、攻撃主体が「国家」という形式的地位を有するか否かという問題に左右されない) に向けた伏線としての意味がある。

もっとも、「国家」という形式的地位は、*jus ad bellum* の分野で、実質的諸要素との対比において、常に軽視されるわけではない。実際、報告書によれば、「憲章第 2 条 4 項は国家間関係における禁止のみ (*the prohibition only in interstate relations*) を扱い、武力を行使する非国家主体を無視している (*ignores*)」という⁵²⁾。つまり、第 2 条 4 項の適用対象は「国家」(という形式的地位を有している国際法主体) に限定されるという。ただし、そのことは非国家主体に起因する武力紛争を国際法が一切規律していない、ということの意味しない。実際、国連憲章第 51 条の「武力攻撃」は一国に帰属せずとも、非国家主体に起因して発生しうるといふ。その代表的事例としてパラグラフ 138 の冒頭で、「2001 年 9 月 11 日の攻撃の後、自衛権は、元来は国家間関係 (*State-to-State relations*) のためのものとして考えられてきたものではあるが、そのような関

52) *Ibid.*, p.140.

係のみにもはや限定されえないと認識される傾向にある」と指摘される⁵³⁾。

ここで重要な点は、「憲章第 2 条 4 項は国家間関係における禁止のみを扱い、武力を行使する非国家主体を無視している」という指摘であるが、この指摘の根拠については報告書の中に十分な説明がない。その結果、僅か数行下に記載された「自衛権は、…国家間関係のみにもはや限定されえないと認識される傾向にある」という指摘との法的整合性について、注意深い読者には疑問を抱かせることになる。非国家主体に対して武力不行使原則が適用されないのであれば、つまり、非国家主体に対する武力行使が禁じられていないのであれば、そのような武力行使を自衛権で正当化する必要はそもそもないということにはなるまいか、という疑問を抱かせてしまうのである。実際、このような疑問は浅田によって指摘されている⁵⁴⁾。

しかし、このような疑問は、非国家主体に対する自衛権の適用のみならず、彼らに対する武力不行使原則の適用をも認めることにより、理論上解消可能となろう。実際、そのような理論を主唱する国際法学の世界的な大家が出てきており、それが Kolb である。彼は非国家主体に対する武力不行使原則の適用可能性を認めた⁵⁵⁾。それにより非国家主体に対する自衛権の適用可能性に基礎を与えた。しかし、厳密に言えば、その基礎は国連憲章上には与えられず、国際慣習法上にしか与えられなかった⁵⁶⁾。とすれば、国連憲章と国際慣習法とは *jus ad bellum* の人的適用範囲が異なることになるため、そのことは具体的

53) *Ibid.*, p.140.

54) ただし、浅田は本報告書を名指しして、その内容について疑問を呈しているわけではない。浅田・大沼、前掲対談録(注 41)、2009 年、65 頁の浅田の発言。浅田「第 12 章 安全保障—法への試練」大沼(編)『21 世紀の国際法』、前掲書(注 41)、2011 年、225 頁の浅田の発言同旨。

55) Kolb, *Ius contra bellum* (2e éd., 2009), *supra* note 42, p.240.

56) Kolb, *International Law on the Maintenance of Peace* (2018), *supra* note 48, p.327.

な事例の評価にも影響を与えうることになる。国際慣習法から観れば合法（・違法）だが、国連憲章から観れば違法（・合法）であるといった相反する評価がありうるとした場合、結局のところ総合的にはいかなる判断が下されることになるのか。その判断プロセスの解明がKolb説の課題のひとつとして残されたといえよう。

このような法源間の調整を必要とするような解釈をKolbはなぜ採用したのだろうか。スイスを主な拠点として教育研究経験を積んできたKolbの学問的背景に思いを馳せれば、文言重視の大陸法系の法解釈の影響も考えられる。実際、文言重視は条約法条約に規定された条約の解釈規則の基本でもある。その規則に従えば、国連憲章第2条4項の「国際関係」は「国家間関係」を意味するという解釈も有力となろうが、Kolbはさらに文言に厳格に解釈整理しようとする。すなわち、武力不行使義務とは「誰が（義務の主体）」「誰に対して（義務の客体）」負う義務かと分析すると、一方で、国連憲章第2条4項には「義務の主体」は「すべての加盟国（All Members）」と明記されている。つまり、「国連加盟国」である。他方で、同条項には「義務の客体」は「いかなる国（any state）」と明記されている。つまり、「国連加盟国」と「国連非加盟国」の両方である。

このことから、Kolbによれば、国連憲章第2条4項の武力不行使義務が「国連加盟国間」に適用されるもの（「国連加盟国」による「国連加盟国」に対する義務）であることは当然とされる。問題は「国連加盟国」による「国連非加盟国」に対する武力不行使義務の性格であるが、Kolbによれば、これは第2条4項が有する「条約上の対世的義務（conventional *erga omnes* character）」として説明される⁵⁷⁾。このように、国連憲章の武力不行使原則については、義務の客体が「国連加盟国」と「国連非加盟国」の2種類ある一方で、義務の

57) *Ibid.*

主体は「国連加盟国」の 1 種類であるとされる。

その上で Kolb は、武力不行使義務の主体が「国連非加盟国」にも及ぶとし、それは同義務が「普遍的慣習法 (universal customary law)」となっているからであると説明する⁵⁸⁾。つまり、国連憲章上の武力不行使義務の主体は「国連加盟国」であって「国連非加盟国」ではなく、「国連非加盟国」が負う武力不行使義務については国際慣習法の方でカバーされているという。このような Kolb の見方からすれば、国連憲章第 2 条 4 項が「国際関係」つまり「国家間関係」に適用されるとする見方は、義務の主体と客体を区別整理していないという意味で、大雑把に過ぎるということになろう。このような Kolb の精緻な分析は、武力不行使原則と「非国家主体」との関係にも現れる。武力不行使義務の主体に「非国家主体」は国際慣習法上なりうるけれども、国連憲章上はなれないとする⁵⁹⁾。

確かに、同一名称の規則であってもその性格等によっては、条約と国際慣習法とでは内容的な差異が一部に生じることもありえよう。実際、条約法条約に規定される条文の解釈に関する一般的規則が、国際慣習法の解釈についてもそのまま当てはまるとは限らない。(「解釈」のレベルを超えて法の「修正」について言及する場合でも、条約と国際慣習法とでは「修正」のされ方は異なる場合もありうるだろう。) 他方で、仮に Kolb が指摘するように、武力不行使原則の人的適用範囲について国連憲章と国際慣習法に差異があり、両者間で何らかの調整 (優先関係の明確化等) が必要となるのであれば、同原則の例外として位置づけられる「自衛権」も影響を受け、同様に調整上の問題が生じることになろう。もっとも、浅田によれば以下のとおり、「国連憲章上の自衛権」と「国際慣習法上の自衛権」の内容はほとんど異ならないという解釈が「通説」であ

58) *Ibid.*

59) *Ibid.*, pp.327–328.

るとされる。

「ほとんどの国が国連に加盟している今日では、ほとんどの国が国連憲章上の自衛権に拘束されるのであり、たとえ慣習法上の自衛権が存在するとしても、国連の普遍性からして、国連憲章上の自衛権とほとんど異ならないものとなっている、とするのが多数説であろう」⁶⁰⁾。

確かに、国連の普遍性と重要性に鑑みれば、そのように理解できよう。他方で、国連憲章上の自衛権と国際慣習法上の自衛権が内容面（実体面）において共通化していくメカニズムについては⁶¹⁾、未解明な部分も残されているように思える。

すなわち、浅田によれば、国連憲章は他の国際協定に優先する一方で、国際慣習法に対しては必ずしも優先しない⁶²⁾。その上で、後法優先の一般原則をここで広く当てはめれば、新たな国際慣習法が生成した場合には、それにより

60) 浅田「同時多発テロ事件と国際法」(2002年)、前掲論文(注3)、70-71頁。山形も「国連憲章第51条の自衛権が慣習法化しているとは言えても、その逆ではない。慣習法上の自衛権を語るとしても、それは、国連憲章第51条と同一内容を持つものである」と述べている。山形英郎「同時多発テロに対する『報復』攻撃」『法律時報』74巻1号(2002年)83頁。同「9・11以降の国際法の世界 —単独主義(unilateralism) 国際法理論の台頭—」『法の科学』33号(2003年)、114-115頁同旨。

61) 浅田によれば、「ICJは、国連憲章の定める安保理への報告という手続的要件は慣習法上の自衛権には存在しないとしつつも、武力攻撃の発生という実体的要件の点では、両者は共通するとしているのである。」浅田「同時多発テロ事件と国際法」(2002年)、前掲論文(注3)、71頁。Cf. Nicaragua Case (Merits), *supra* note 3, pp.103, 105, 110, 121, paras.195, 200, 211, 235.

62) 国連憲章第103条には「国際連合加盟国のこの憲章に基づく義務と他のいずれかの国際協定に基づく義務とが抵触するときは、この憲章に基づく義務が優先する」と規定されている。ここで国連憲章が優先される対象として明文上、「国際協定」が挙げられているが、「国際慣習法」については挙げられていない。

国連憲章が実質的に修正されることにより、国連憲章と国際慣習法の内容は共通していく可能性も考えられるという⁶³⁾。

新たな国際慣習法の生成により国連憲章が実質的に修正される可能性について探求する試みは、両者の基本的な関係性を解明していく上でも大変興味深い。ただ厳密に言えば、新たな国際慣習法が生成された「後」で、それによって国連憲章が実質的に修正される、という時間的な「前後関係」が存在するとすれば、そのような解釈には疑問も残る。実際、その解釈に従えば、たとえ僅かであれ、その時差において両者が矛盾しうる問題状況が生じることになる。国際慣習法の方が国連憲章よりも優先されるとすれば、国連の活動が（主権尊重原則等の国際慣習法上の諸原則・規則によって）阻害される可能性も危惧される。そのように考えるとむしろ、国際慣習法と国連憲章の内容が共通化していく（共通性が保持される）とすれば、そのように両者は「同時」に変化していくと理解する方がよかろう。すなわち、法的信念を伴う新たな慣行が定着していくことにより、国連憲章の文言とは異なる意味が確定していくという意味で、新たな国際慣習法の成立と同時に、国連憲章が実質的に修正されるのである⁶⁴⁾。

この修正理論は「自衛権」に関する浅田の理論を基礎に、それを発展させようとしたものである。すなわち、この修正理論は国連憲章と国際慣習法の間には内容面における共通化のメカニズムが働いているのではないかという考え方を基礎としている。そのような共通化の推定は、浅田が指摘するように「国連

63) 浅田正彦「国際法における先制的自衛権の位相 —ブッシュ・ドクトリンを契機として—」浅田（編）『21 世紀国際法の課題 安藤仁介先生古稀記念』有信堂高文社、2006 年、303-308 頁。

64) 「国連憲章上の自衛権」と「国際慣習法上の自衛権」がともに変化し、それらの内容が共通化していくメカニズムに関する詳細については、近藤 航「テロリストに対する自衛権の適用可能性 (2)」『横浜法学』第 26 卷第 1 号 (2017 年)、135-137 頁参照。他方で、自衛権の法理の(解釈・修正による)変容にも限界はあろう。その限界の詳細については、同上、137-139 頁参照。

の普遍性」に由来する。「国連の普遍性」が「自衛権」の解釈に影響するのであれば、それは「自衛権」を例外とする「武力不行使原則」の解釈にも当然、影響を与えると考えられる。すなわち、第2条に規定される国連の原則は、国連の目的を達成するために必要不可欠な手段として、国連憲章の体系全体に影響を与えるものとして位置づけられている。「国連の普遍性」に基づく共通化メカニズムが「自衛権」のような例外規定を含む細部にまで行き届くのであれば、同様の共通化メカニズムは国連憲章の中核規定である「武力不行使原則」にも行き届くと考えられる。細部（例外規定）に行き渡るのであれば、そこまでの中継経路である中核部（原則規定）にも行き渡るものと考えられるのである。

5. 「所在国への軍事侵入」の法的枠組み

テロリストの所在国への軍事侵入の正当化根拠が問題となるのは主に、同国政府に自国領域内のテロリストを取り締まる意思がない場合（黙認）と能力がない場合（管理不能）である。軍事侵入の法的枠組みの仔細は、前者については主に「V. 『黙認』(3) 一自衛権による正当化一」で、後者については「VI. 『管理不能』」で論じるが、それらは連載形式をとる本稿の終盤に位置づけられる。そこに至るまで結論が明かされないというのでは、読みにくいかもしれない。そこでまず結論を、ここで簡潔に示しておく。

(1) 「管理不能」

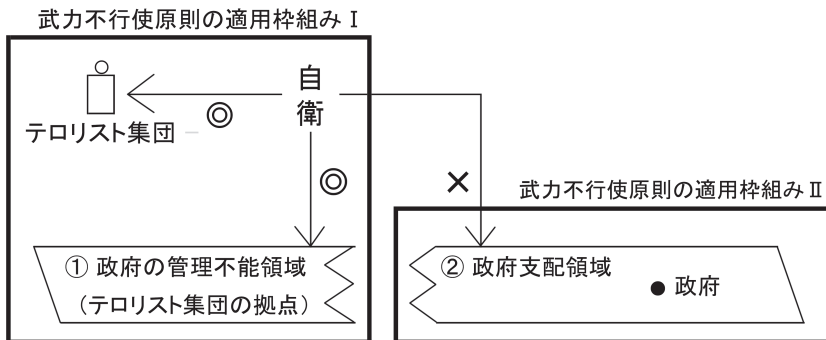
「管理不能領域」への軍事侵入の法的評価は、形式的観点と実質的観点では異なる。

形式的観点から言えば、政府の管理が及んでいなくても、国家領域の一部であるから、そこへの軍事侵入は「管理不能領域」を抱える国に対する領域侵害（領域主権侵害、武力不行使原則違反）となる。

実質的観点については、下記「図2. 武力不行使原則の実質的射程」を見て

ほしい。①政府による管理の及ばない「管理不能領域」と、②政府による管理の及ぶ「政府支配地域」との区別が重要となる。両領域は実質的には異なる領域であるから、適用される武力不行使原則の枠組みもそれぞれ異なる。すなわち、「管理不能領域」には「武力不行使原則の枠組みⅠ」が、「政府支配領域」には「武力不行使原則の枠組みⅡ」が適用される。テロリストの巣窟とされるのは「管理不能領域」の方であり、その実態を踏まえて同領域は、実質的な支配者（政府ではなくテロリスト集団⁶⁵⁾）と一体的に扱われる。このように考えると、所在国への軍事侵入は、「管理不能領域」においては許されることになる。そもそも同領域には国家の領域主権が実質的に及んでいないためである。しかし他方で、「政府支配領域」への軍事侵入までは認められない。そこには所在国の領域主権が実質的に及んでいることから、領域主権を守る武力不行使原則と抵触するためである。

図 2 武力不行使原則の実質的射程⁶⁶⁾



65) 用語法の問題として、本稿では「テロリスト」という用語と「テロリスト集団」という用語について、特に断りが無い限り、両者を区別なく用いる。後者が複数形であることから、前者が単数形を想定しているようにも映るかもしれないが、そうではない。むしろ

(2) 「黙認」

自国領域内のテロリストの組織的活動を政府が「黙認」することにより、当該テロリストの行為が領域国に帰属するの否かによって、黙認国への軍事侵入の法的枠組みは異なってくる。帰属する場合には侵略の定義決議第3条 (g) が軍事侵入の基礎となる。帰属しない場合には同決議第3条 (f) が軍事侵入の基礎のひとつとして参考とされる。

ろ、前者も基本的に複数形を想定している。「武力行使の実質的能力を持つようになれば、武力不行使原則に服さなければならない」という考え方が本稿の（全体を一貫する）自衛権理論の根本的基礎となっているが、「武力行使の実質的能力を持つようになる」には、集団としての組織力が基本的に重要となると考えられるためである。それでも「テロリスト」という単数形が論文タイトルを中心に使用されるのは、彼らが「国家」との対比において、「非国家主体」という地位・性格を有することに自衛権理論としての重要な意味があると考えられるからである。「国家」か「非国家主体」かという属性に注目する場合には、単数が複数かという視点は捨象したほうがよく、そのためには複数形よりもむしろ単数形の方がよからうとの判断に過ぎない。もっとも、そのような中でも、「テロリスト集団」という複数形が本稿で使用されることもある。その場合は、文脈上、集団性ではなく単独性を念頭に置いてイメージされると違和感が強く出てしまう場合である。例えば、「非国家主体」が国家領域の一部を実効支配している状況のイメージを伝えたい場合、そこでの「非国家主体」とは基本的には単独ではなく集団ということになる。実際、一部であれ、単独（1名）による国家領域の実効支配というのは不自然である。そのような場合には個々の文脈に合わせて、本稿では複数形で適宜表現される。

- 66) 本図の出典は、(レジュメ・資料) 近藤 航「テロリストに対する越境軍事行動の法的位置づけ — *Jus ad bellum* の人的射程と構造の解明を通じて—」国際法学会編『2016年度国際法学会研究大会 レジュメ・資料集』(2016年9月9日(金) — 11日(日)、静岡県コンベンションアーツセンター・グランシップ)、113頁の「図4. 武力不行使原則の実質的射程」; 近藤 航「テロリストに対する自衛権の適用可能性 (7・完)」『横浜法学』第27巻第3号(2019年) 431頁の「図4. 武力不行使原則の実質的射程」; 近藤 航「『テロリスト集団の所在国における軍事行動』の二層的構造に関する一考察 — *Jus ad Bellum* を中心に—」『城西国際大学紀要』第30巻第2号(2022年) 89頁の図1「武力不行使原則の実質的射程」。

i. 黙認国にテロリストの行為が帰属する場合

友好関係原則宣言武力不行使原則第 9 項は、同原則違反の一例として「黙認」を以下のとおり挙げる。

「すべての国家は、他国において内戦行為もしくはテロ行為を組織し、教唆し、これに援助を与えもしくは参加すること、またはかかる行為の実行に向けられた自国領域内における組織的活動を黙認することを、本項にいう諸行為が武力による威嚇または武力の行使を伴う場合には、慎む義務を有する。」

他方で、侵略の定義決議第 3 条 (g) は次のとおり定める。

「上記の諸行為（一国の軍隊による侵略行為）に相当する重大性を有する武力行為を他国に対して実行する武装した集団、団体、不正規兵又は傭兵の国家による若しくは国家のための派遣、又はかかる行為に対する国家の実質的関与」(括弧による補足は近藤による。)

つまり、テロリスト集団のような武装集団の行為に国家が「実質的関与」をすれば、当該テロリスト集団の行為はその規模次第で、「関与国による武力攻撃」とみなされる。帰属要件として機能する「実質的関与」概念に「黙認」が含まれるか否かが問題となる。ニカラグア事件における ICJ の判旨からすれば、含まれないということになるだろうが、9.11 テロ事件後の国家実行の観点等からは疑問も呈される。「実質的関与」概念に「黙認」が含まれるとすれば、大規模越境テロ攻撃は「黙認国」による「武力攻撃」とみなされることになる。その結果、本国への軍事侵入は「自衛権」により正当化されることになる。

ii. 黙認国にテロリストの行為が帰属しない場合

侵略の定義決議第 3 条 (g) 「実質的関与」には「黙認」が含まれないと解釈された場合、越境テロ攻撃はたとえ大規模なものであっても「黙認国」に帰

属せず、「テロリスト集団」自身の行為とみなされる。その場合、大規模越境テロ攻撃は、実質的な武力行使能力を有するテロリスト集団による「武力攻撃」とみなされる。その結果、当該テロリスト集団に対する自衛権が認められる。彼らの所在国への軍事侵入については、以下の行為を「侵略行為」と定める侵略の定義決議第3条 (f) が準用される。

「他国の使用に供した領域を、当該他国が第三国に対する侵略行為を行うために使用することを許容する国家の行為」(侵略の定義決議第3条 (f))

ここで、「侵略行為」を「武力攻撃」に置きかえ、さらに、「他国」を「テロリスト集団」に置き換えれば、以下のとおりとなる。

「テロリスト集団の使用に供した領域を、当該テロリスト集団が第三国に対する武力攻撃を行うために使用することを許容する国家の行為」

なお、「侵略行為」と「武力攻撃」とは、前述のとおり、ICJによれば互換可能とされる。ここで、「テロリストのような非国家主体であっても実質的な武力行使能力を有するようになれば、武力不行使原則に服さなければならないとする」とする Kolb の考え方を推し進めれば、「他国」を「テロリスト集団」に置き換えることも可能となろう。その結果、所在国への軍事侵入は、当該所在国による侵略行為（武力攻撃）に対する自衛権の行使として正当化されることになる。

もっとも、侵略の定義決議第3条 (g) と (f) のいずれにせよ、上記のとおり「黙認」事態における自衛権の援用根拠とするには学説上も抵抗が残る。実際、第3条 (g) については、その起草過程において「黙認」事態における自衛権の援用に反対する国が多数派を占めていたことが問題視される。第3条 (f)

については、そもそも非国家主体の行為への適用が（起草当初）予定されていたとは言い難い。実際、国家実行上も、第 3 条 (f) が「黙認」事態における自衛権の根拠として明確に援用されてきたとはいえ、そのような解釈が現行法上、定着しているとまでは断定できない。それらを軍事侵入の根拠とする場合には、理論的な補足的根拠も必要となろう。例えば、テロリストの所在国の主権への配慮ばかりでなく、大規模越境テロ攻撃を受けた国（被攻撃国）の主権への配慮もすべきであるという点は、補足的根拠のひとつとなるだろう。次の点も軍事侵入の補足的根拠として指摘できよう。「テロリストに対する自衛権」が認められるのであれば、その権利を行使するために不可避となる軍侵入も一定条件の下で許容されると考えねばならない。さもなければ、権利の存在を認めておきながら、権利の行使を一切許さないことになり、それは権利の存在を認めないことにも等しいという矛盾が生じるからである。

以上の結論を念頭に、その結論に至る思考プロセスを次回以降の連載で丁寧に解説することにしよう。