

第 3 章

海上阻止活動への自衛権の援用とその拡大

第 2 章においては、従来の枠組みにおける海上阻止活動の適合性及び実効性に係る制約の顕在化という現象を説明するとともに、それらの制約緩和のための諸方策を道具的要素 (instrumental factor) として分析した。

本章においては、これに動機的要素 (incentive factor) というものを加味した場合、その帰結として「自衛権の援用」というものが一見合理的に導かれるということを前提として、海上阻止活動への自衛権の援用とその拡大について論ずる。

第 1 節 自衛権援用への動機

前章では、近年顕在化してきた海上阻止活動に関する既存の枠組みにおける諸制約を緩和するための道具的要素としては、「慣習国際法」の利用が、最も利便性の良い道具であると仮定し、その道具による加工の材料となるのが「自衛権」であると推察した。しかし、道具及び材料としての存在のみでは、実際の使用には直接的に結び付かない。したがって、本節においては、使用の契機となり得る動機的要素を加味することにより、海上阻止活動に対する自衛権の援用が合理的に導出されることを検証する。このため、まず、「自衛権の淵源に拠る援用の利便性」及び「公海自由原則への対抗性」の二点に焦点を当てる。

第 1 項 自衛権の淵源に拠る援用の利便性

自然法に淵源を有するとされている自力救済 (self-help) 又は自己保存 (self-preservation) の観念とは、「そもそも主権国家が併存し組織化されていない国際社会、中央に統一的権力の存在しない国際社会、そこでは、国際紛争処理の手段あるいは国際的権利・義務関係実現の最後の手段は、個々の国家において行われる自力救済であり、窮極には自力救済としての武力行使、戦争であった¹。」というものである。その観念の下においては、国家は自己の存在を維持するため、さらには自己の発展を図るためにも、必要に応じて武力を行使し、(自衛や復讐はもとより) 戦争を行うことが認められると考えられていたわけである²。

¹ 高野雄一『国際法概論下 (全訂新版)』(弘文堂、1990年) 398頁。

² I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (Oxford University Press, 1963), pp. 46-8.

この観念と自衛権との関連については、近世初頭の一部の国際法学者³の見解として、自己保存権（**right of self-preservation**）を国家の基本的権利の一つとして認め、それに基づくものとして自衛権を位置付ける⁴、というものがあつた。もっとも、自力救済が一般に認められていた当時においては、自衛権を違法性阻却事由として主張する理由は乏しかったわけである。自衛権が特に問題とされるようになったのは、第一次世界大戦後の現象である。すなわち、戦争が違法化されるのに伴い、その例外をなすものとして、実定法上の権利としての性格が認められるようになった⁵、といわれている。つまり、現在の実定法としての自衛権の当初の淵源は、自然法に起源を持つ自力救済又は自己保存の権利に見出すことができるといえるわけである。

そもそも、国家という主体から離れて考えた場合、自衛権は主として、武力・戦闘集団である軍隊に固有のものとして付随する慣習的権利という性格が濃いと見える⁶。ゆえに、この概念が国際条約中に反映されることは、一般的には期待され得ない⁷。それにも関わらず、国際条約である「国際連合要員及び関連要員の安全に関する条約⁸」においては、個人の自衛権というものが、明確に規定されている⁹、という事実を看過することはできない。一方で、当該条約の起草過程において、複数の代表が、個人の自衛権が存在することは「自明（**self-evident**）」であり、条約中での明示が冗長であるという考慮から、包含に反対したことは¹⁰、先述した自衛権の淵源を裏付けるものとして注目に値する。また、米国軍隊において、「部隊の自衛（**unit self-defense**）」と定義

³ いわゆる自然法主義者（**naturalist**）である。例えば、グロチウスは次のように述べて、自衛権の淵源を自然法に求めている。

「戦争とは力によって争う人々の状態であり … 私的戦争は、事実上、公的戦争の前から存し、かつ疑いなく公的戦争と同一の性質を有している。」

「戦争の目的は、生命と身体の各部分の保全及び生存に有用なものの保持又は獲得である故、戦争はこれら自然の第一原理と完全に一致する。」

「防衛権は自然が各人に対してこれを与えた。」

グロチウス『戦争と平和の法（第一巻）』一又正雄訳、（巖松堂書店、1950年）45、77、247頁。

⁴ 国際法学会編『国際関係法辞典（第2版）』（三省堂、2005年）421頁。

⁵ 同上。

⁶ See D. Stephens, “Rules of Engagement and the Concept of Unit Self Defense”, *Naval Law Review*, Vol. 45 (1998), p. 130.

⁷ *Id.*

⁸ Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel, December 15, 1994, *International Legal Materials* [hereinafter *I.L.M.*], Vol. 34, 492.

⁹ 「この条約中のいかなる規定も、自衛の行動をとる権利を損じるものとして解釈してはならない。」 *Id.*, art. 21.

¹⁰ See M. Bourlogannis-Vrailas, “The Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 44 (1995), p. 586; E. Bloom, “Protecting Peacekeepers: The Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel”, *American Journal of International Law*, Vol. 89 (1995), p. 630.

されている概念の中にも、個人の自衛権に言及している部分がある¹¹。この点から、同概念についても、自然法にその淵源を求めていた初期の自衛権の性格

¹¹ 米軍の統合参謀本部常備交戦規定 (Standing Rules of Engagement) は、第 2-a 項において「部隊指揮官は、敵対行為又は明示された敵対意図に対応して部隊の自衛を行使する権限と義務を有する。」と規定している。

第 2-a 項で使われた一般的な原則は、第 3-a 項において個人の自衛権という文脈で言い換えられ、次のとおり規定されている。

「部隊指揮官は常に、敵対行為又は明示された敵対意図に対応して部隊の自衛を行使する権限と義務を有する。他に指示がない場合において、軍隊構成員は敵対行為又は明示された敵対意図に対応して、個人の自衛を行うことが認められる。個人が指名され、部隊の一部として行動する場合、個人の自衛は、部隊の自衛の一部分と見なされなければならない。したがって、部隊指揮官が指揮下の部隊構成員による個人の自衛を制限することは認められる。部隊の自衛及び個人の自衛双方とも、近傍の他の合衆国軍隊を防衛することを含むものである。」

自衛を行使する場合のトリガーとなる事象、すなわち「敵対行為」及び「敵対意図」はそれぞれ、第 3-e 及び 3-f 項において次のとおり定義されている。

「敵対行為： 敵対行為とは、合衆国、合衆国軍隊又は他の指定された者若しくは財産に対する、攻撃若しくは他の武力の行使をいう。さらには、合衆国民及び重要な合衆国政府財産の救出を含む合衆国軍隊の任務及び／又は義務を排除又は妨害するために直接使用される武力も、これに含まれる。」

「敵対意図： 敵対意図とは、合衆国、合衆国軍隊又は他の指定された者若しくは財産に対する、切迫した武力行使の脅威をいう。さらには、合衆国民及び重要な合衆国政府財産の救出を含む合衆国軍隊の任務及び／又は義務を排除又は妨害する武力による威嚇も、これに含まれる。」

Chairman of the Joint Chiefs of Staff, Instruction. 3121.01B, STANDING RULES OF ENGAGEMENT/STANDING RULES FOR THE USE OF FORCE FOR U.S. FORCES (June 13, 2005) [hereinafter CJCSI 3121.01B].

また、米海軍の作戦法規マニュアルには次のように記述されている。

「部隊指揮官は常に、敵対行為又は敵対意図の明示に対し部隊の自衛を行使するという固有の権利と義務を有している。敵対意図とは、合衆国、合衆国軍隊又は指定された人若しくは財産に対する武力行使の切迫した脅威である。攻撃が切迫しているか否かの決定は、その時点において米軍部隊が知り得る全ての事実及び状況の評価に基づくことになるとともに、いかなるレベルにおいてもなされ得る。部隊指揮官から別の指示がない場合、軍隊構成員は敵対行為又は敵対意図の明示に対し、個人の自衛を行使し得る。個人が部隊の一部として指定され行動する場合、個人の自衛は、部隊の自衛の一部分と見なされなければならない。したがって、部隊指揮官は、指揮下の部隊の構成員による個人の自衛を制限する場合もあり得る。部隊及び個人の自衛双方とも、近傍にある他の米軍部隊の防衛を含むものである。」

U.S. Department of the Navy, Office of the Chief of Naval Operations, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, Edition July 2007 (NWP1-14M) (2007) [hereinafter The Commander's Handbook], para. 4.4.3.5.*

我が国の場合、自衛官個人の自衛というものを明確、かつ包括的に授権する規定は存在していない。しかし、自衛隊が行動・活動する際の武器使用に係る権限規定は、その多くが警察官職務執行法（昭和 23 年 7 月 12 日法律第 136 号）第 7 条を準用しており、「自己又は他人の防護」のために武器を使用することが危害要件（正当防衛又は緊急避難）を付して認められている。したがって、米軍における「個人の自衛」とは、その開始要件及び限度にある程度の差異を有しているものの、実体上は「個人の防護」というものが法的に担保されているといえる。

なお、米軍における「部隊の自衛」の理解をより深めるためには、対比する概念である「国家の自衛 (national self-defense)」も併せて理解することが適当であることから、ここで紹介する。

「国家の自衛には、『合衆国、合衆国軍隊、及び一定の状況においては米国民、その財産並びに合衆国の商業資産、また、指定された場合に外国軍隊、外国国民及びその財産』を敵対行為及び敵対意図の明示から防衛するための行動が含まれる。」

CJCSI 3121.01B, para. 3-b.

「国家の自衛を行使するに際しては通常、外国軍隊又はテロリストを敵 (hostile) と宣言する行為が含まれる。適切な権限保有者により、外国軍隊又はテロリストが一旦敵と宣言されたならば、それ以降、現場指揮官は、当該敵と交戦する前に敵対行為及び敵対意図の明示を確認する必要はない。」

R. Grunawalt, “The JCS Standing Rules of Engagement: A Judge Advocate's Primer”, *The Air Force Law Review*, Vol. 42 (1997), p. 254.

を強く残しているといえるわけである¹²。

もちろん、本論文における議論の対象は、実定法（慣習国際法及び国連憲章第 51 条）上の自衛権であり、自然法としての自衛権の存在という主張を試みるものではない¹³。ここでは、援用の動機として、自然法にその淵源を求めていた初期の自衛権の性格上、あえて正当性を作為せずとも「自然に」説得力が付与されること、また、それがゆえに、他に拠るところがない場合における最終的な根拠として利用し易い、ということを強調するものである。

このことは、自衛権に関する最も新しい、かつ唯一の条約規定である国連憲章第 51 条においても当てはまる。例えば、当該条項は自衛権を「固有の権利 (inherent right)」と規定している。自衛を「自然の」とか「固有の」権利と特徴付けること自体は目新しいものではない。なぜなら、国連憲章起草の当時、すでに冷戦の萌芽としての国益の競合に直面しつつあった国家が、憲章の当該文言には将来の武力行使のための現実の、かつ重大な含意があるとの示唆の下、文言の採択に問題なく同意したという点に、この裏付けが存在するからである¹⁴。また、自然的な権利（自然権という意味ではない。）を表す「固有の」という文言には、さらなる含意が存在している。すなわち、そもそもの定義の不正確さ、および、この用語に制御される国際社会における利害関係の重大さがゆえに、この権利の及ぶ範囲は、国際法の中心的問題であったわけであるし、現在においてもそうである¹⁵。言い換えれば、憲章による明文化によっても、自衛権の淵源に拠る援用の利便性自体は強められこそすれ、損なわれることはないということである¹⁶。

第 2 項 「公海自由」の原則への対抗性

「公海自由¹⁷ (freedom of high seas)」は、海洋法における伝統的、かつ強

¹² しかし、すでに慣習国際法の権利として実定上規定され、独立して存在するものとされている。 *Id.*, p. 251.

¹³ バウエットは、「自衛を自然法に基づく権利であると定義しようとする試みは、一般的に信用されなくなっている。」と主張しているが、一方で「自然法における自衛のいくつかの様相、すなわち、自衛の権利が国家の財産及びその国民の生命の防護に限定される点などは、今日においても未だ存在している。」ことは認めている。 D. Bowett, *Self-Defense In International Law* (Manchester University Press, 1959), pp. 4-5.

¹⁴ S. Magenis, "Natural Law as the Customary International Law of Self-Defense", *Boston University International Law Journal*, Vol. 20 (2002), p. 414.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ 現代の国際法においては、国連安保理による承認の方が、武力行使をより確証するものとなる。しかしながら、自衛の根源は歴史的に、国際関係における法及び慣行の中に、より深く食い込んでいる。それゆえに、国家の慣行を見るに、武力行使の正当化を試みる場合、他の正当化事由よりも自衛を優先させてきたわけである。 See D. Brown, "Use of Force against Terrorism after September 11th: State Responsibility, Self-Defense and Other Responses", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 11 (2003), p. 32.

¹⁷ 第 1 章第 1 節第 2 項を参照せよ。なお、公海自由の原則は、その大部分が、排他的経済水域（接続水域も含まれる。）においても適用され得る。したがって、実体上は、「国際水域自由の原則」と読み替えても差し支え

固な原則であるといえる¹⁸。一方、この「公海自由」の原則は、必ずしも絶対的なものではない。例えば、旗国主義の例外として、国際水域上の外国船舶に対し、公海海上警察権としての管轄権を行使することが認められおり、これについては第 1 章において詳述した¹⁹。その他にも、「公海自由」の原則の適用が除外される場合がいくつか存在している。ここでは、その中でも「条約」、「交戦国の権利」、「国連による承認」及び「自衛権」について詳述する。

1 条 約

公海海上警察権以外にも、国際水域上における外国船舶に対する干渉が例外的に認められる場合がある。その一つが「条約」による場合である。

歴史的に、条約という枠組みの下では通常、締約国間において双務的に他の締約国の船舶を拿捕する権限が付与されることが一般的であった。この代表的な例は、漁業資源の保存²⁰や海底電線の保護²¹のための条約というものである。しかしながら、近年、この種の条約の対象を拡大する傾向が見受けられているといえよう。例えば、1985 年 10 月に生じたテロリストによるイタリアの

ない。

¹⁸ See generally, J. Roach & R. Smith, “Excessive Maritime Claims”, *U.S. Naval War College International Law Studies*, Vol. 66 (1994).

例えば、1983 年 3 月 10 日の海洋政策に関する声明の中で、レーガン米大統領は次のように述べている。

「第一に、合衆国は、航行や上空飛行のような海洋の伝統的な利用に関する利害の均衡を受け入れ、かつ、それに従って行動する用意がある。この点に関して、合衆国は（1982 年の海洋法）条約に反映されているような沿岸国の水域における当該沿岸国の権利を承認する。ただし、合衆国及びその他の国の国際法上の権利と自由が、その沿岸国によって承認されていなければならない。

第二に、合衆国は、本条約に反映された利害の均衡と両立する方法により、世界的規模での自国の航行及び上空飛行の権利と自由を行使し、かつ、主張していく。しかし、合衆国は、航行及び上空飛行その他関連する公海の利用における国際社会の権利と自由を制限することを意図した他国の一方的行為を黙認しない。」

A. Thomas & J. Duncan (eds.), “Annotated Supplement to the Commander’s Handbook on the Law of Naval Operations”, *U.S. Naval War College International Law Studies*, Vol. 73 (1999) [hereinafter Annotated Supplement], ANNEX A1-3: *United States Oceans Policy Statement by the President, March 10, 1983* [Reproduced from the weekly Compilation of *Presidential Documents*, Vol. 19, No. 10 (March 14, 1983), pp. 383-5.].

¹⁹ United Nations Convention on the Law of the Sea, December 10, 1982, A/Conf.62/122 [hereinafter UNCLOS], arts. 110 & 111.

例えば、外国船舶が次のいずれかを疑うに足りる十分な根拠を有する場合である。

- (1) 海賊行為を行っている場合。
- (2) 奴隷取引に従事している場合。
- (3) 許可を得ていない放送に従事している場合。
- (4) 国籍を有していない場合。
- (5) 当該船舶が外国の旗を掲げているか又は旗を示すことを拒否しているが、実際には当該軍艦と同一の国籍を有する場合。
- (6) 領水、接続水域又は排他的経済水域から開始される追跡権の行使が、公海上にまで及ぶ場合。

上記各項目の詳細については、第 1 章第 1 節第 2 項 1~6 を参照せよ。

²⁰ *E.g.*, Convention Between the United States, Great Britain, Russia And Japan for the Preservation And Protection of Fur Seals (Washington, July 14, 1911).

²¹ *E.g.*, Convention for the Protection of Submarine Telegraph Cables (Paris, 14 March 1884).

旅客船「アキレ・ラウロ号 (*Achille Lauro*)」奪取事件²²後に、イタリア等による発議を契機に IMO における採択にまで至った 1988 年の「海上航行の安全に対する不法な行為の防止に関する条約²³」(以下、SUA 条約)、「大陸棚プラットフォーム不法行為防止議定書²⁴」及び「麻薬及び向精神薬の不正取引の防止に関する国際連合条約²⁵ (以下、麻薬・向精神条約)」等である²⁶。しかしながら、いかに双務的とはいえ、管轄権の全てを相互に移譲しているわけではない。例えば、この種の条約においては一般的に、拿捕に関する双務的な権能が認められている一方、違反者は拿捕の後、裁判のために旗国に引き渡されなければならないとされている²⁷。

この側面から見れば、第 1 章において詳述した、米国が複数の国家と締結している二国間臨検合意²⁸、また、米国主導による、多国間条約である SUA 条

²² イタリア船籍の客船、「アキレ・ラウロ号」が、地中海(エジプトの領海)を航行中に、パレスチナ人に乗っ取られて、乗客が人質にされ、犯人がイスラエルに抑留中のパレスチナ人政治犯の釈放を求めた事件(結局、米国人の人質一名が殺害された)。犯人はエジプトに投降したが、その後イタリアに拘束され、被害者の国籍国である米国が裁判管轄権を主張したが、最終的にはイタリアにおいて裁判にかけられた。アキレ・ラウロ号事件の詳細及び国際法的意義については、山本草二『国際刑事法』(三省堂、1991年)、39-46頁を参照せよ。

²³ Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, March 10, 1988, *United Nations Treaty Series* [hereinafter *U.N.T.S.*], Vol. 1678, 222 [hereinafter SUA Convention].

²⁴ A Protocol to that Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf, IMO document SUA/CONF/15/Rev.1.

²⁵ The 1988 U.N. Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, *I.L.M.*, Vol. 28, 497.

²⁶ なかでも、麻薬・向精神条約においては、「締約国は、国際法に基づく航行の自由を行使する船舶であつて他の締約国の旗を掲げ又は登録標識を表示するものが不正取引に関与していると疑うに足りる合理的な理由を有する場合には、その旨を旗国に通報し及び登録の確認を要請することができるものとし、これが確認されたときは、当該船舶について適当な措置をとることの許可を旗国に要請することができる(第 17 条第 3 項)。」旨、及び「締約国は、この条の規定を実施し又はその実効性を高めるため、二国間又は地域間の協定又は取極を締結することを考慮する(第 17 条第 9 項)。」ことが規定されている。

²⁷ P. Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th ed. (Routledge, 1997), p. 188.

この件に関わる海洋法上の大きな紛争の一つといわれているのが、カナダとスペインとの間の「ターボット(turbot)戦争」である。本事件の焦点は、北大西洋漁業機関(North Atlantic Fishery Organization)による合意は、当事国が相互の漁船に対し一定の管理及び監督の権限を認めているものの、執行の権利(及び義務)は旗国にのみ認められているという点であった。なお、事件の概要は、次のとおりである。

「1995 年 3 月、カナダの沿岸警備艇が、ニューファンドランド沖のグランド・バンク海域でターボット(グリーンランド・カレイ)漁に従事中であったスペインの漁船『エスタイ号(*The Estai*)』を拿捕した。この事件に先立ち、カナダは、スペイン漁船が当該海域におけるストラドリング魚種資源保護のための国際的漁獲割当量に違反する操業を実施している旨の抗議を行っていた。エスタイ号船上において、カナダ当局の監督官は、ほぼ八十%の漁獲が違法、すなわち、網目の細かい魚網を使用して捕獲された小型のものであることを確認した。

スペインは直ちに、カナダ沿岸警備隊によるエスタイ号の臨検及び同船乗員の一時的な抑留が国際法の下での公海における航行及び漁獲の自由に違反すると主張し、国際司法裁判所に提訴した。カナダは、同裁判所の義務的管轄権を除外している自国法及び北大西洋漁業機関が規制する公海上の海域において操業中の船舶に対し執った措置であることを理由に同裁判所が管轄権を有するものではないと対抗した。1998 年 12 月 4 日、同裁判所は当該事件に関する管轄権を有さない旨の決定をなした。」

A. Bardin, “Coastal State’s Jurisdiction over Foreign Vessels”, *Pace International Law Review*, Vol. 14 (2002), pp. 57-8. See also J. Colburn, “Turbot Wars: Straddling Stocks, Regime Theory, and a New U.N. Agreement”, *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol. 6 (1997), p. 323.

²⁸ 第 1 章第 1 節第 3 項 2 (1) を参照せよ。

約の拡大²⁹も、「公海自由」の原則への対抗性をより追求しようという性格を有しているといえよう。

2 交戦国の権利³⁰ (belligerent rights)

戦時において、交戦国の軍艦は、敵国の商船を拿捕することが認められている。また、一定の状況（敵性を有する場合又は中立性であっても他に拿捕する嫌疑を有する場合）においては、中立国の商船を拿捕することも認められる。

したがって、近年の趨勢として実行自体はその数を減少させてはいるものの、交戦国に認められる措置の限度及び対象となる船舶の範囲の広さから評価するに、公海自由の原則に対抗する最も大きな例外と考えることができよう。

3 国連による承認

国連憲章第 7 章に規定される集団安全保障に基づく措置には、二つの形態がある。一つは国連憲章第 41 条が規定する「非軍事的措置」、代表的には国連による経済制裁であり、もう一つは憲章第 42 条が規定する「軍事的措置」である。後者の措置には、加盟国海軍による封鎖 (blockade) も含まれ得る。

前者の場合、経済制裁の一部である禁輸の実効性を確保するための禁輸執行という措置が国連安保理の決議に基づいて実施され、新たな海軍力の使用として国際社会に定着していることは、すでに述べた³¹。非軍事的措置及び軍事的措置のいずれの場合においても、安保理の「決定」決議は加盟国を法的に拘束することから、公海自由の原則に基づく旗国（加盟国）の自国船舶に対する排他的管轄権は、一定の制約を受けることとなる。

4 自衛権

戦時以外においても、自衛権を根拠に外国船舶への干渉を正当化する場合がある。しかしながら、当該事項を規律する法自体には不明確性が残っている。一例を挙げれば、1950～60 年代にかけてのアルジェリア紛争の際、フランスによる外国船舶に対する干渉が行われた。その際のフランス当局に対する国際社会からの強い抗議³²と、2002 年のイスラエルによるトンガ船「カリン号」（パレスチナ当局の指示により運航）拿捕事件に対する国際社会の反応³³との間には、大きな差異が存在した。両者がともに、自衛を根拠とした主張であることを鑑みるに、当該差異は自衛に関する法の不明確性の一つの証左となろう。

²⁹ 第 1 章第 1 節第 3 項 2 (2) を参照せよ。

³⁰ 第 1 章第 3 節を参照せよ。

³¹ 第 1 章第 2 節を参照せよ。

³² 第 2 章第 3 節第 1 項 2 (1) を参照せよ。

³³ 第 2 章第 3 節第 1 項 2 (4) を参照せよ。

もちろん、一国の軍艦が外国の軍艦に侵害を受けた場合、仮に当該侵害が国連憲章第 51 条に規定される「武力攻撃 (armed attack)」を構成しないものであったとしても、武力の行使に当たらない実力行使をもって対抗することに異論を唱える国家はないであろう³⁴。この場合の国際法上の根拠を自衛に求めるとするならば、それは、慣習国際法上の自衛とせざるを得ない³⁵。

また、上記の自衛とは若干性格を異にするものとして、例えば、外国船舶が沿岸国に対する切迫した海洋汚染（原油流出等）の脅威をもたらすような海難に遭遇した場合、沿岸国が自衛を根拠として、汚染防止のために当該遭難船舶を破壊することが認められる、という主張もある³⁶。もっとも、沿岸国に対する意図的な海洋汚染でもない限り、上記事例の根拠を自衛に求めることは不適切であり、緊急避難 (necessity) の適用と見るのが妥当であろう³⁷。

これら「公海自由」の原則に対抗し得る諸枠組みに、優劣を付与することは困難である。しかしながら、動機的要素という側面から捉える限りにおいて、実効性又は有効性の優劣を決定する必要はない。なぜなら、枠組み使用の契機としての誘引という要素で評価することができるからである。その観点から見れば、「条約」及び「交戦国の権利」は、それぞれ、条約自体及び武力紛争状態の存在を前提としているという点において条件が留保されている。また、「国連による承認」に関しても、冷戦期ほどではないとしても、憲章第 7 章に規定されている非軍事的措置又は軍事的措置の前提となる憲章第 39 条に基づく「平和に対する脅威、平和の破壊又は侵略行為の存在」の認定は、安保理における討議及び議決（特に拒否権を有する常任理事国の動向）に左右される

³⁴ 国際司法裁判所もコルフ海峡事件において、アルバニア領海を無害通航中のイギリス軍艦が攻撃を受けた場合、反撃する権利が認められると述べている。 See, *Corfu Channel case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Judgment of April 9th, 1949, *I.C.J. Reports* (1949), pp. 30-1.

³⁵ 米軍における「部隊の自衛」の直接的根拠は慣習法の自衛権である。慣習国際法と「部隊の自衛」の関係については、Stephens, *supra* note 6 を参照せよ。

³⁶ 代表例が、「トレイ・キャノン号 (The *Torrey Canyon*)」の事故であり、その概要は次のとおりである。

「1967 年、リベリアのスーパー・タンカー『トレイ・キャノン号』が、英国沖の公海上で座礁する事故が生じた。同船からは大量の油が流出し、英国及びフランスの海岸に沿って汚染をもたらすこととなった。さらなる被害の拡大を懸念し、英国はサルベージによる船舶の救助を試みたが、状況を悪化させるだけの結果に終わった。最終的に、軍隊が同船を爆撃し、残油を燃え尽きさせることによって解決されることとなった。英国による当該措置に対し、リベリア政府はもとより、国際社会からの抗議・非難も生じなかった。」

I. Johnstone, “The Plea of “Necessity” in International Legal Discourse: Humanitarian Intervention and Counter-terrorism”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 43 (2005), pp. 344-5.

³⁷ 「トレイ・キャノン号」の事故において、英国は、自国の海岸に対する切迫した脅威をもたらしつつある外国船舶に介入する根拠として、「緊急避難及び自衛 (necessity and self-defense)」に依拠した。 Bardin, *supra* note 27, p. 62.

他方、座礁が英国の領水内ではなく、公海上で生じたことを理由に、同船に対する爆撃は、当時の慣習国際法に照らしても明らかに正当化されるとはいえず、法的に疑問を有しているとする主張もある。 See R. Reuland, “Interference with Non-National Ships on the High Seas: Peacetime Exceptions to the Exclusivity Rule of the Flag-State Jurisdiction”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 22 (1989), p. 1221.

という点が懸念される。

他方、自衛権についてはいかなる評価がなされるであろうか。まず、憲章下における自衛権行使の前提となる「武力攻撃」については、その定義が不明確であり、援用する国家の主観的判断により、ある程度の振れ幅をもって解釈することが可能である。さらに、慣習法の自衛を援用する場合、当該慣習法自体の持つ内容の不明瞭さに加え、国連憲章が及ぼした効果についての議論も収斂していない。この点でも、援用者の裁量（又は恣意）の幅を大きくしているといえる。

したがって、慣習国際法の利用が最も利便性の良い「道具」であり、その材料となるのが自衛権であるという分析に、これを加味するに、海上阻止活動の既存の枠組みにおける制約緩和のためには、自衛権（特に慣習国際法上の自衛）の援用が合理的な選択として導出される可能性は高いといえる。

第3項 援用による新たな可能性への拡大

自衛権を援用すること自体は、それが濫用・誤用ではなく「必要性³⁸」及び「均衡性³⁹」の原則に従う限りにおいて問題は生じない。しかしながら、対テロリズム及び大量破壊兵器等の拡散防止という文脈において、伝統的自衛権⁴⁰からの拡大の傾向が容易に推察されるとともに、すでに一部顕在化している状況にあるといえる。それが、先制自衛及び予防自衛と呼ばれるものである。

自衛権の当該拡大については、次節において詳細な検討を行うこととするが、序章において言及したとおり、「anticipatory self-defense」、**「preemptive self-defense」**及び**「preventive self-defense」**という用語法には不統一が見られることから、ここでは、それらの使用を概観するとともに、本論文における用語法を定義とともに確立しておくこととしたい。

文献等に見られる上記用語の使用法の類型は、概ね次のとおりに集約される。

³⁸ Necessity: 「必要性」とは法律上、武力攻撃の切迫した危険の存在として定義される。軍事的用語でいえば、「必要性」は敵対行為の生起又は敵対意図の明示（例えば、何者かが貴官を撃っている又は撃とうとしている。）と表現され得る。 Grunawalt, *supra* note 11, p. 251. See also L. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict* (Manchester University Press, 1993), p. 122.

³⁹ Proportionality: 自衛における「均衡性」の要素とは、「必要性」の要素が存在する場合に認められる反撃の性質及び強度が均衡していることである。しばしば誤解された概念として捉えられるが、均衡性とは被害の均衡（相手方が我が方を六名殺傷したので、当方も六名殺傷する。）でも、兵力の均衡（相手方が166ミリ榴弾砲で攻撃したので、当方も同様の反撃をなす。）でもない。国際法上の「均衡性」の定義は、「武力の程度がその強度、期間及び範囲に関して、必要性を構成する敵対行為又は敵対意図の明示に対抗するために、合理的に必要とされるものに限られる。」というものである。 Grunawalt, *supra* note 11, p. 251. See also Green, *supra* note 38, pp. 330-2.

⁴⁰ ここでは、国連憲章第51条に結実している自衛権を意味する。

- (1) 「anticipatory」と「preemptive」を区別することなく同義のように用い、「preventive」を区別しているもの⁴¹。
- (2) (1)の対置として、「preventive」と「preemptive」を区別することなく同義のように用い、「anticipatory」を区別しているもの⁴²。
- (3) (1)の変形として、「preemptive」という用語を用いることなく、「anticipatory」と「preventive」を区別しているもの⁴³。
- (4) (2)の変形として、「preventive」という用語を用いることなく、「anticipatory」と「preemptive」を区別しているもの⁴⁴。
- (5) 一切の区別を設けず、互換的に使用（単一の用語を全ての意味に使用する場合も含む。）しているもの⁴⁵。

⁴¹ See, e.g., C. Stahn, “Terrorist Acts as “Armed Attack”: The Right to Self-Defense, Article 51 (1/2) of the UN Charter, and International Terrorism”, *The Fletcher Forum of World Affairs*, Vol. 27 (2003), pp. 48-9; M. Sapiro, “The Shifting Sands of Preemptive Self-Defense”, *American Journal of International Law*, Vol. 97 (2003), p. 600; M. Cook, “The Rule of Law in Conflict and Post-Conflict Situations: Ethical and Legal Dimensions of The Bush “Preemption” Strategy”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 27 (2004), pp. 809-10; J. Kastenber, “The Use of Conventional International Law in Combating Terrorism: A Maginot Line for Modern Civilization Employing the Principles of Anticipatory Self-Defense & Preemption”, *Air Force Law Review*, Vol. 55 (2004), p. 115; C. Pierson, “Preemptive Self-Defense in an Age of Weapons of Mass Destruction: Operation Iraqi Freedom”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 33 (2004), pp. 151-2.

⁴² See, e.g., R. Lawrence, “The Preventive/Preemptive War Doctrine Cannot Justify the Iraq War”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 33 (2004), p. 24.

⁴³ See, e.g., W. Bradford, “A Natural Law Justification for the Bush Doctrine of Preventive War”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 79 (2004), pp. 1422-3; A. Arend & R. Beck, *International Law & The Use of Force: Beyond the UN Charter Paradigm* (Routledge, 1993), pp. 71-9; Brownlie, *supra* note 2, pp. 257-259; D. Joyner, “The Proliferation Security Initiative: Nonproliferation, Counterproliferation, and International Law”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 30 (2005), pp. 522-4.

⁴⁴ See, e.g., S. Murphy, “The Doctrine of Preemptive Self-Defense”, *Villanova Law Review*, Vol. 50 (2005), pp. 703-4; M. O’Connell, “The Myth of Preemptive Self-Defense”, *The American Society of International Law Task Force Papers* (2002), p. 2; J. Stromseth, “New Paradigms for the *Jus ad bellum*?”, *George Washington International Law Review*, Vol. 38 (2006), pp. 564-5; W. Reisman, “Assessing Claims to Revise the Law of War”, *American Journal of International Law*, Vol. 97 (2003), p. 87; *Report of the Secretary-General’s High Level Panel on Threats, Challenges, and Change, A More Secure World: Our Shared Responsibility* (U.N. GAOR, 2004, U.N. Doc. A/59/565) [hereinafter *Our Shared Responsibility*], para. 189 at <http://www.un.org/secureworld/report3.pdf> (as of December 19, 2007); C. Gray, *International Law and the Use of Force*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2004); C. Bordelon, “The Illegality of the U.S. Policy of Preemptive Self-Defense Under International Law”, *Chapman Law Review*, Vol. 9 (2005); J. Gathii, “Assessing Claims of a New Doctrine of Pre-Emptive War Under the Doctrine of Sources”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 43 (2005).

⁴⁵ See, e.g., T. Graham, Jr., “Is International Law Relevant to Arms Control?: National Self-Defense, International Law, and Weapons of Mass Destruction”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 4 (2003), p. 1; J. Yoo, “International Law and the War in Iraq”, *American Journal of International Law*, Vol. 97 (2003), p. 571; M. Nabati, “International Law at a Crossroads: Self-Defense, Global Terrorism, and Preemption (A Call to Rethink the Self-Defense Normative Framework)”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 13 (2003), p. 773; R. Zayac, “United States’ Authority to Legally Implement the Self-Defense and An-

個々の文献における各用語の定義自体にも相違が存在するため、一概には断定し得ないが、「anticipatory self-defense」、「preemptive self-defense」、「preventive self-defense」の順で、自己に対する脅威の切迫度が弱くなるという環境における適用を主張しているという一般的傾向が見受けられる。

また、(1)～(4)の類型においては、その区別において一方を合法とし、他方を違法とする主張と、区別を設けながらも双方とも違法とする主張が混在（ほぼ半々の割合）している。それに比して、(5)の類型では、大多数がその合法性を主張する傾向が窺える。これは方法論的に見ても、極めて自然な傾向であろう。すなわち、自衛権の拡大を極めて強く主張するという考えに立てば、先制的なものと予防的なものとを区別する必要性は認められず、最大限度としての予防的なものが認められれば、より緩やかな程度に過ぎない先制的なものが認められることは自明であり、それ以上の説明は必要とされないわけである。

これに対し、自衛権の拡大に慎重な、又は、反対を唱える立場からすれば、上記とは逆の論法、すなわち、先制的なものすら認められないのであるから、予防的なものはいうに及ばない、という主張を展開することが可能なわけである。しかしながら、自衛権が先制的な性格を多少なりとも帯びているような場合においても、そのような自衛全てを否定することが、学理的問題から離れて可能であるかという問題が、先述した慣習法上の自衛権の不明瞭性及び国連憲章第51条の解釈の不統一に起因して生じることとなる。この場合、拡大論者に有効に対抗するために、先制的なものと予防的なものに明確な区別を持たせつつ、かつ先制的なものにおいても、許容され得る部分とそうではない部分がある、ということをも主張するという手法は、当然意義を有するものであろう。

上記を踏まえつつ、本論文における用語法については、まず、先制的な自衛と予防的なそれとを明確に区別する。そのうえで、先制的なものの訳語としては、「anticipatory」と「preemptive」という両用語を区別することが可能ではあるものの、ほぼ同義であること、また、両者の差異をあえて強調する必要がないことから、より高い頻度で採用されている前者を使用する⁴⁶。他方、予

anticipatory Self-Defense Doctrines to Eradicate the Threat Posed by Countries Harboring Terrorists and Producing Weapons of Mass Destruction”, *Southern Illinois University Law Journal*, Vol. 29 (2005), p. 454; J. Woods & J. Donovan, ““Anticipatory Self-defense” and Other Stories”, *Kansas Journal of Law & Public Policy*, Vol. 14 (2005), pp. 487-8; I. Johnstone, “*Jus ad bellum*: the Next Iraq”, *ILSA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 11 (2005), pp. 396-8; M. Kelly, “Pulling at the Threads of Westphalia: “Involuntary Sovereignty Waiver”? Revolutionary International Legal Theory or Return to Rule by the Great Powers?”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 10 (2005).

⁴⁶ 浅田教授は、「anticipatory self-defense」及び「preventive self-defense」の用語法には一般的な傾向、すなわち、武力攻撃の脅威が急迫している場合には前者が用いられ、急迫していない場合には後者が使用される、というものが見受けられるとしながらも、「preemptive self-defense」の使用に関しては前者又は後者を指す場

防的なものについては、重大な性質の相違が存在する⁴⁷ことから「preventive」を用いることとする。そして、それぞれを次のように定義する。

先制自衛 (anticipatory self-defense) :

「武力攻撃は生起していないが、その脅威が顕在化し、かつ、極めて切迫している場合に当該脅威を排除すること。」

予防自衛 (preventive self-defense) :

「武力攻撃に結びつく脅威は未だ顕在化していないが、潜在的脅威が存在する場合にそれを予め排除すること。」

第2節 先制自衛及び予防自衛に関する考察

前節においては、海上阻止活動への自衛権の援用及びその拡大というものが、「援用の可能性としての道具的要素」及び「援用の利便性としての動機的要素」の双方が融合した帰結として、合理的に導かれ得ることを論じた。

そもそも、自衛権に関わる法は、諸国家間における最も基本的な意見の相違の対象であったといえる⁴⁸。特に、自衛権の及ぶ範囲としての「先制自衛が合法であるか否か」という議論は未だ収斂に至っていない⁴⁹。これに係る諸論者の主張については後述するが、ここではまず、議論の中心にある慣習国際法としての先制自衛又は予防自衛の存在及びそれらの存在を前提としたうえでの国連憲章が及ぼした影響について述べることにする。

第1項 慣習法としての存在

1 自衛権に関わる慣習国際法

国家が自衛のために軍事力を行使する権利というものを理解するためには、

合の双方があり、一様性が欠如していると指摘している。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 —」浅田正彦編『二十一世紀国際法の課題』(有信堂、2006年) 292頁。

⁴⁷ 米国防省で使用されている軍事用語の定義においても(「self-defense」という文言は使用されていないものの)、「preemptive attack」を「敵からの攻撃が切迫しているという明白な証拠に基づいて開始される攻撃」と定義し、「preventive war」を「軍事的衝突は切迫していないものの不可避であり、行動の遅延がより重大な危険をもたらす得るとの確信に基づいて開始される戦争」と定義している(強調筆者)。See United States Joint Chiefs of Staff, Department of Defense Dictionary of Military Terms (2008), at <http://www.dtic.mil/doctrine/jel/doddict/data/p/04217.html>; <http://www.dtic.mil/doctrine/jel/doddict/data/p/04255.html> (as of October 23, 2008).

すなわち、前者の場合においては、明確な挙証責任が含まれているのに比して、後者の場合、事態の解釈に一定の主観性が許容されているわけである。S. Barela, “Preemptive or Preventive War - A Discussion of Legal and Moral Standards”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 33 (2004), pp. 32-3.

⁴⁸ Gray, *supra* note 44, p. 95. なお、現在においてもそうであろう、といえる。Id.

⁴⁹ Id.; Murphy, *supra* note 44, p. 703.

当該権利がなぜ存在しているのかということを理解しておく必要がある。そのためには、自衛というものの目的を再確認しておかなければならない。国際社会において許容され得る自衛は、侵略を抑止し、国家権益を防護することを目的としている⁵⁰。それは、予防的な性質を有するものであり、報復的なものではない⁵¹。もちろん、ここでいう予防的な性質とは、報復的なものとの対比としての意味であり、予防自衛を表すものではない。それは、自衛という権利が存在することにより、恣意的な武力行使が予防されるという含意である。

自衛の権利の対象に関していえば、例えば十七世紀のスペインにおいては、自衛の権利が領土防衛のみに制限されると考えられていた一方で、当時の学者の中には国家の権利に対するいかなる侵害に対しても自衛権が及ぶと主張するものもあった⁵²。言い換えれば、他国に帰するところのあらゆる責任をも、自衛権行使の前提条件と見なすということである。しかしながら、軍事的措置を正当化するために必要とされる損害なり、過失責任の程度なりについては、十分な指針を提供するものではなかったわけである⁵³。

歴史的に見て、諸国家は相当な範囲にまで自衛の権利を要求し、当時の慣習国際法は、他国により標的とされた国家に対し、自国を防衛するために必要な軍事力の使用を認めていたわけである⁵⁴。他方で、当該慣習法は最低限、国家がその政治的独立又は領土保全に対する脅威に対し、自国を防衛するために行動することを認めていたに過ぎなかった⁵⁵。しかしながら、この自衛の権利は現実の武力攻撃に対抗する場合のみに限られるものではなかったわけである。国家は、攻撃が切迫しており、かつ紛争の平和的解決が不可能な場合には、自衛のための行動をとることが認められていた⁵⁶。この慣習国際法の自衛に関し、最も頻繁に引用される先例が、「カロライン号 (The *Caroline*)」事件である。

2 カロライン号事件

1837年に生じた英米間でのカロライン号事件⁵⁷に際しての米国政府から

⁵⁰ J. Gravelle, "The Falkland (Malvinas) Islands: An International Law Analysis of the Dispute Between Argentina and Great Britain", *Military Law Review*, Vol. 107 (1985), p. 56.

⁵¹ Bowett, *supra* note 13, p. 20.

⁵² D. O'Connell, *International Law* (Oceana Publications, 1965), p. 339.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ M. McDougal, "The Soviet-Cuban Quarantine and Self-defense", *American Law Journal of International Law*, Vol. 57 (1963), p. 598.

⁵⁵ B. MacChesney, "Some Comments on the 'Quarantine' of Cuba", *American Journal of International Law*, Vol. 57 (1963), p. 595.

⁵⁶ McDougal, *supra* note 54, p. 598.

⁵⁷ See R. Jennings, "The Caroline and McLeod Cases", *American Law Journal of International Law*, Vol. 32 (1938); L. Rouillard, "The Caroline Case: Anticipatory Self-Defence in Contemporary International Law", *Miskolc Journal of International Law*, Vol. 1 (2004), pp. 104-20, at <http://www.uni-miskolc.hu/>

の抗議に対し、英国は、自衛の下に合法的に行動したものであると主張した。

米国のウェブスター（D. Webster）国務長官は、英国当局との交換書簡において、適切な自衛の主張に必要な条件と信じるころを次のとおり概説した。

「... 自衛の必要性が差し迫っており、圧倒的で、手段を選択することも熟慮のための時間的余裕もないことを証明するよう要求される。さらに英国は、当時の必要性によりカナダ現地当局の米国領土への進入が認められると仮定するとしても、不当又は過度な行為が無かったことも示さなければならない。なぜなら、自衛の必要性により正当化されるためには、行為がその必要性により制限され、明確にその限度内に止まらなければならないからである。」⁵⁸

英国の猛烈な主張にも関わらず、米国が自衛の正当性を認めることはなかった。しかしながら、事件は本質的に、英国からの謝罪を米国が受け容れたことにより解決された。それよりも特筆すべきことは、ウェブスター国務長官の書簡中に表現されている「必要性及び均衡性⁵⁹」が現在においても、自衛権に関する検討の際の基準を構成し続けている⁶⁰、ということである。

このうちの一つの要素である「必要性」は、自衛のための軍事力使用の正当化において最も重要な前提条件である。軍事力の使用が必要か否かの決定に際しては、多数の要素、例えば、侵略国による強制の性質、侵略国の相対的規模と能力、侵略国の目的及び当該目的が達成された場合の影響等を注意深く比較考量しなければならない⁶¹。もちろん、自衛においては、標的とされた国家自

~www.drint/20042rouillard1.htm (as of October 23, 2008); M. Byers, *War Law: Understanding International Law And Armed Conflict*, (Grove Press, 2006), pp. 53-4; O'Connell, supra note 52, p. 343. なお、当該事件の概要は、次のとおりである。

「1837年、カナダの反乱者達は、英軍を排除することにより上部カナダにおけるカナダ人の統治を確立しようと企図した。反乱軍は、米国との国境を接するナイアガラ瀑布のカナダ側に位置するネイビー島（Navy Island）に引きこもり、再攻撃のための編成と増強を開始した。彼らは武器及び人員を同島に補給するため、私的に米船『カロライン号』を傭船した。英国政府は、この補給を止めさせるために、越境して米国領に入り、強制的に同船を捕獲、放火した後、ナイアガラ川の下流に放棄、同船は瀑布から落下し、破壊され、米国人二名が死亡するに至ったものである。」

⁵⁸ R. Jennings & A. Watts, (eds.), *Oppenheim's International Law* 9th ed. (Longman Group UK Limited, 1993), p. 420. See also O'Connell, supra note 52, p. 343.

⁵⁹ See supra notes 38-9.

本事件に関していえば、「必要性を証明するため、国家は、『他国による武力の行使が切迫しており、かつ、強制的な措置以外にいかにも当該攻撃の機先を制する術がないこと』を示さなければならない。また、国家は、『切迫した脅威には均衡した態様をもって、すなわち、使用される武力が国家の回避しようとする危険に釣り合うように』對抗しなければならない。」ということである。A. Arend, "International Law and the Preemptive Use of Military Force", *The Washington Quarterly*, Vol. 26-2 (2003), p. 91.

⁶⁰ 「必要性」及び「均衡性」に分解された合法的自衛のための原則は、自衛のみならず、全ての国際的な武力の行使に適用されるものである。See, O. Schachter, "In Defense of International Rules on the Use of Force", *University of Chicago Law Review*, Vol. 53 (1986), pp. 131-2.

⁶¹ U. Shoham, "The Israeli Aerial Raid Upon the Iraqi Nuclear Reactor and the Right of Self-Defense",

身が軍事力使用の必要性に関する最初の決定をなすことはいうまでもない⁶²。

もう一方の要素である「均衡性」とは、「武力の使用又は強制が、許容される自衛の目的を速やかに確保するために合理的に必要な強度及び範囲に限られなければならない。」という要求である⁶³。自衛の目的は現状（status quo）を維持することであるから、一旦危険が排除された段階で軍事行動を終止することは、均衡性の当然に要求するところである。

ところで、ウェブスター定式（Webster Formula）が広範囲にわたり言及されているにも関わらず、それが批判なしに受け容れられているわけではない。これら批判の代表的なものは、カロラインの時代の定式は制限的に過ぎるものであり、核兵器及びそれらの迅速な運搬手段が発達した現代において「圧倒的で、手段を選択することも熟慮のための時間的余裕もない」段階まで行動を起こせないことは非現実的であるという主張である⁶⁴。しかしながら、自衛の援用を必要とする状況において、ウェブスター定式が依然として、依拠され続けていることも事実である。

3 慣習国際法としての先制自衛

英国による自衛の正当性の主張は、結局、米国により受け容れられることはなかった。それにも関わらず、上記で述べたウェブスター定式が、そのまま先制自衛の要件として広く言及されていることにも注目しなければならない⁶⁵。もっとも、カロライン号事件は、慣習国際法上の自衛権が先制的自衛を認めていることを示すものではなく、それが国内法上の「緊急避難」に近い概念であることを示す事例であるとするのが今日の一般的な理解である⁶⁶。しかしながら、ウェブスター定式に示されている「緊急避難」の要件が、「自衛」の要件へと転化したと見れば、その理解は容易であろう⁶⁷。さらにいえば、ウェブス

Military Law Review, Vol. 109 (1985), p. 193.

一般的に、「必要性」の概念は、次のような三つの要素に分解され得る。

- (1) 自衛の権利を発動させるための契機となる事象。
- (2) 契機となる事象が生起する可能性の程度。
- (3) 当該契機となる事象の時間的側面。

K. Mueller *et al.*, *Striking First: Preemptive and Preventive Attack in U.S. National Security Policy* (RAND Corporation, 2006), p. 56.

⁶² McDougal, *supra* note 54, p. 598.

⁶³ M. McDougal & F. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order* (Yale University Press, 1961), p. 242.

⁶⁴ McDougal, *supra* note 54, p. 598.

⁶⁵ もっとも、カロライン事件は「予防戦争遂行の認可ではなく、制限のための規則」を確立したものである。See O. Schachter, *International Law in Theory and Practice* (Martinus Nijhoff, 1991), pp. 151-2; Malanczuk, *supra* note 27, pp. 311-4.

⁶⁶ 田岡良一『国際法上の自衛権（補訂版）』（勁草書房、1981年）123-4頁。

⁶⁷ この点に関連して、浅田教授はニュルンベルグ国際軍事裁判所の判決を引用し、「規範論理的には『緊急避

ター定式は約一世紀を経て、ほぼ広範に受容された先制的自衛権の権威ある基準としての地位を得るとともに⁶⁸、1928年のパリ不戦条約⁶⁹の解釈⁷⁰や1946年のニュルンベルグ国際軍事裁判所の判決⁷¹にも影響を与えたとされている。

カロライン号事件から離れて俯瞰しても、国連憲章採択以前において、国家が（先制的）自衛を行使する慣習法の権利が存在していたことについては、論争はない⁷²。その存在を確認する上での裏付けとして、まず、遅くとも二十世紀初頭までには欧州における多国間の防衛条約が、侵略に対する先制としての集団的自衛権の行使を明文の規定として締結していたという主張がある⁷³。

しかしながら、先制的自衛の権利の存在が、伝統的な慣習国際法の下で確立されていたとしても、国連憲章の採択によってもたらされた自衛を規律する国際法制度の変容が、「十分な強度を有する切迫した脅威」という極めて狭義に制限された「必要性」の条件においてさえも、先制的自衛を行使する国家の権利を損なうものまでをも含んでいるのか否かという問題は残るわけである⁷⁴。この問題については、次項において焦点を当てることとする。

難』の事例であったカロライン号事件のウェブスター・フォーミュラが、本裁判においては、『自衛』の事態にも妥当するものとして裁判所によって援用されたという点で、ニュルンベルグ判決は、緊急避難が先制的自衛へとパラダイム転換する一つの重要な転機となったということができよう。」と分析している。浅田「前掲論文」(注46) 295-7頁。

⁶⁸ 浅田教授は「第二次大戦終結までの間に、ウェブスター・フォーミュラを中心として、先制的自衛の概念が、法的には必ずしも整理されないながらも、形成され維持されてきたことは否定できない事実といわざるを得ない。」と説明している。同上、297頁。

⁶⁹ The Kellogg-Briand Pact: Treaty Providing for Renunciation of War as an Instrument of National Policy, August 28, 1928.

⁷⁰ 十四の締約国が署名したパリ不戦条約の有権解釈に関する声明には、当該条約が締約国の「絶対的」な自衛の権利（先制的自衛の権利を含む。）に影響を及ぼすものではないと宣言されていた。 See G. Walker, “Anticipatory Collective Self-Defense in the Charter Era: What the Treaties Have Said”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 31 (1998), pp. 342-3; Brownlie, *supra* note 2, pp. 235-6; J. Meyer, “Collective Self-Defense and Regional Security: Necessary Exceptions to a Globalist Doctrine”, *Boston University International Law Journal*, Vol. 11 (1993), p. 396.

⁷¹ 外国領域における予防的行為は、切迫、かつ圧倒的な必要性が存在し、手段を選択することも熟慮のための時間的余裕もないという自衛の状況においてのみ正当化され得る。ドイツによる、デンマーク及びノルウェーに対する侵攻は当該基準を満たすものではなかった。 See *Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal: Nuremberg 14 November 1945 - 1 October 1946* (Blue Series), (William S Hein & Co; Reprint, 1995), p.448.

⁷² See Arend & Beck, *supra* note 43, p. 72; H. Lauterpacht (ed.), *Lassa Oppenheim, International Law: A Treatise*, 7th ed. (Longmans, Green & Co. 1952), pp. 300-3; Meyer, *supra* note 70, p. 395.

⁷³ See G. Walker, *supra* note 70, pp. 351-2.

また、米国のモンロー主義を、ヨーロッパ列強が西半球に対し自己の勢力を及ぼそうと試みた場合、米国が先制的自衛をもって対応する意図を明確に表明したものとする見解もある。 See W. Bradford, “A Natural Law Justification for the Bush Doctrine of Preventive War”, *Notre Dame Law Review*, Vol. 79 (2004), p. 1381; B. Polebaum, “National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age”, *New York University Law Review*, Vol. 59 (1984), p. 190.

⁷⁴ 例えば、切迫性の要求に加え、先制自衛に訴えることを正当化するためには、脅威が十分に強烈なものであることも要求されるという主張がある。これは、武力行使が一般的に禁止される制度においては、比較的弱い脅威は武力に依ることなく処理すべきであり、又、処理できるという理論に基づいている。 See J. Addicott, “Proposal for a New Executive Order on Assassination”, *University of Richmond Law Review*, Vol. 37 (2003), p. 778.

第2項 国連憲章による慣習法への影響

大多数の国際法学者及び国家が慣習法の問題としては、先制的に武力を行使する限定的な権利を認めているといえる⁷⁵。そこで浮上してくるのは、その慣習法の規則に対して国連憲章が制限を及ぼしているのか否か、また、制限を及ぼしていないとするならば、その論拠をどこに求めるかという問題である。いずれにしても、それらを解く鍵は、国連憲章、特に第51条にあると考えることから⁷⁶、まず、当該条項の意義について論ずることとする。

1 国連憲章第51条の起草過程

国連憲章第2条第4項は「全ての加盟国は、その国際関係において、武力による威嚇又は武力の行使を、いかなる国の領土保全又は政治的独立に対するものも、また、国際連合の目的と両立しない他のいかなる方法によるものも慎まなければならない。」と規定している⁷⁷。しかしながら、憲章の下での武力行使の禁止に関しては、他の妥当する条項にも考慮を及ぼす必要がある。なぜなら、安保理は憲章第7章の枠組みにおいて、空軍、海軍又は陸軍の行動をとることができるわけであるし⁷⁸、第51条は、武力攻撃発生の場合の合法的な武力行使を規定しているからである。

そこで、まず、憲章第51条の起草の過程を振り返ることとする。第一次世界大戦後、国際政治の手段としての戦争の違法化という思想は、1928年のパリ不戦条約に反映されることとなった。しかし、個別的自衛の権利は、すでに

⁷⁵ 当該議論の概観としては、主として次を参照せよ。T. Franck, *Recourse to Force: State Action Against Threats and Armed Attacks (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, 15)* (Cambridge University Press, 2002), pp. 97-108; Gray, *supra* note 44, pp. 129-33; Y. Dinstein, *War, Aggression and Self-Defense*, 3rd ed. (Cambridge University Press, 2001), pp. 165-9; O. Schachter, "International Law: The Right of States to Use Armed Force", *Michigan Law Review*, Vol. 82 (1984).

⁷⁶ すなわち、国連憲章第51条が国際法上、国家の自衛権の唯一の根拠となり、それが先制自衛を許容するか否かを検討すること自体に制限が課せられているのか、または、当該条項は、既存の固有の自衛権の適用に一定の条件を課すものに過ぎないのかということである。もっとも、国連安保理の理事国においても、当該条項が自衛権の行使を現実の武力攻撃がすでに生じた場合のみに制限しているか否か、という問題についての明確な意見の一致は得られていない。See C. Joyner & A. Arend, "Anticipatory Humanitarian Intervention: An Emerging Legal Norm", *United States Air Force Academy Journal of Legal Studies*, Vol. 10 (1999-2000), p. 35.

⁷⁷ 大多数の見解として、第2条第4項は武力の行使に関する現代の慣習法、いわゆる「*jus contra bellum*」(the law against war)を反映したものであると見なされている。See Report of the International Law Commission on the Work of its 18th Session, reprinted in *Yearbook of the International Law Commission 1966*, Vol. I (Part II), art. 49, para. 8, U.N. Doc. A/6309/Rev. 1; J. Gardam, "Proportionality and Force in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 87 (1993), p. 403.

したがって、加盟国のみならず全ての国をも拘束することとなる。Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, *I.C.J. Reports* (1986) [hereinafter, Nicaragua], p. 104 (para. 188); Jennings & Watts, *supra* note 58, pp. 7-8.

⁷⁸ *Charter of the United Nations*, June 26, 1945, 59 Stat. 1031, T.S. 993, *Treaties and Other International Agreements of the United States of America, 1776-1949 (Bevans)*, Vol. 3, 1153, entered into force October 24, 1945 [hereinafter U.N. Charter], art. 42.

国際法上、強固に確立されていると見なされていたことにより、当該権利は自動的に、かつ一切の言及なしに、不戦条約の例外とされたわけである⁷⁹。

仮に、国連憲章中に第 51 条が存在しなければ⁸⁰、自衛の行為を国際法の文書中から自動的に除外（例外化）するという原則が踏襲されたことは予想に難くない。もっとも、憲章に第 51 条が挿入された目的は、個別的自衛権を明確にするためではなく、地域主義との関係においてであった⁸¹。サンフランシスコ会議に出席した代表団の中には、国連憲章が、その一か月前に締結された米州協定⁸²に影響を及ぼすとの懸念が存在していたわけである⁸³。結果的に、この件を明確にするために第 51 条が起草され、自衛権の拡大としての集団的自衛権⁸⁴が明文として規定されることになった⁸⁵。つまり、第 51 条の起草過程からは、当該条項は、慣習国際法の下ですでに存在していた固有の自衛権に言及しているに過ぎないという見方もできるわけである⁸⁶。

⁷⁹ See M. Lohr, “Legal Analysis of US Military Responses to State-Sponsored International Terrorism”, *Naval Law Review*, Vol. 34 (1985), p. 17.

条約交渉過程において米国が発表した次のような声明が、当時の諸国家の認識を端的に示している。

「不戦条約の米国草案中には、いかなるものであっても自衛の権利を制限し、又は損なうものは含まれていない。当該権利は全ての主権国家にとって固有のものであり、かつ全ての条約において暗黙なものである。条約の規定に関わらず、全ての国家は常に、その領域を攻撃又は侵略から防衛する自由を有しており、又、国家のみが、自衛の下で戦争に訴えることが要求される状況か否かを決定する資格を有している。」

田岡『前掲書』(注 66) 172 頁。

⁸⁰ 実際、当初のダンバートン・オークス提案 (the original Dumbarton Oaks Proposals) には存在していなかった。大場昭「英米法における Self-Defense の概念」安田寛他『自衛権再考』(知識社、1987 年) 128-9 頁。See also T. Plofchan, Jr., “Article 51: Limits on Self-Defense”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 13 (1992), pp. 348-9.

⁸¹ 同 上。

⁸² Inter-American Reciprocal Assistance and Solidarity (Act of Chapultepec), March 8, 1945. チャプルテペック協定：米州の一国に対する攻撃は、他の署名国全てへの侵略であると見なし、これを防止し、撃退するための軍隊の使用について別途取り極めるというもの。

⁸³ L. Van den hole, “Anticipatory Self-Defence Under International Law”, *American University International Law Review*, Vol. 19 (2003), p. 76.

⁸⁴ ケルゼンは、第 51 条が集団的自衛権を生み出している限りにおいて、自衛の権利の拡大であると指摘している。さらに、第 51 条を自然法の自衛権を具現化するものであると見る者は、「当該条項が、自然法の理論上は認められていない新たな集団的自衛権を生み出したものであるがゆえに問題がある。」と批判している。See H. Kelsen, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems* (Frederick A. Praeger, 1950), p. 914.

⁸⁵ J. Kunz, “Individual and Collective Self-Defence in Article 51 of the Charter of the United Nations”, *American Journal of International Law*, Vol. 41 (1947), p. 873.

なお、当初、第 51 条を憲章第 8 章中に置き、集団的自衛権を地域的機構のみに限定するとともに、安保理の承認をも要求させるという案も存在した。See R. Erickson, *Legitimate Use of Military Force Against State-Sponsored International Terrorism*, (Air University Press, 1989), pp. 140-1.

⁸⁶ もっとも、問題はそう単純ではなく、起草者は、第 51 条において二つの矛盾する目的を達成しようとしていた、ということも指摘され得る。すなわち、目的の一つは、憲章の下で制限された権利としての集団的自衛権を確立することであった。また、当該権利には予防的な武力行使が含まれるべきではない（旧連合国及び安保理によるものを除く。）ことも同意されていた。これらの制限を能動的な用語で表現するために「武力攻撃が発生した場合」という文言が使用されたわけである。他方、第二の目的は、国家が自国を防衛するために認められ続けてきた慣習国際法としての権利を明確にすることであった。そのため、永年確立されてきた個別的自衛権とその拡大としての、しかし制限を有する集団的自衛権を両者の区別を明確にすることなく巧妙に付

他方、先制自衛及び予防自衛に関して、起草過程から導かれるものはないであろうか。予防自衛⁸⁷に関していえば、第 51 条が起案される以前から、憲章起草者の意図は、そのような独断的な行動を、安保理が憲章第 7 章の強制的措置として特別に承認した場合又は敵国条項⁸⁸に基づく行動をとる場合を除き、禁止するというものであった⁸⁹。第 51 条の規定は、この意図を確認するものである。すなわち、安保理の承認なく予防的武力が使用され得る状況を拡大しないという意識的な決定を反映しているわけである。また、第 51 条を起案した主な目的は、強制的措置及び予防的な武力行使に関して、地域的機構に対する安保理の優位性を確認するという構造的又は組織的な性質を有するものであったともされている⁹⁰。

つまり、憲章の趣旨及び目的 (object and purpose) から、次の理由により予防的な武力の行使が安保理に専有されることが重要となるのである⁹¹。

- (1) 予防的武力の必要性に係る意思決定は極めて主観的なものであり、個別の国家又はそれらの小集団に委ねられた場合、当該武力の行使が相当地増加する可能性が多大にある。
- (2) 一方的な予防的武力は極めて容易に、憲章が排除しようとしている侵略的な武力に混在し得るし、また、その隠れ蓑にもなり得る。
- (3) 一方的な予防的武力は、憲章の中心的特色であるところの強制的行動 (予防的武力を含む。) を承認する安保理のほぼ排他的な権利を損ねるものとなり得る。

着させたわけである。 See T. Kearley, "Regulation of Preventive and Preemptive Force in the United Nations Charter: A Search for Original Intent", *Wyoming Law Review*, Vol. 3 (2003), p. 727.

⁸⁷ 当時、この用語は使用されておらず、予防的武力 (preventive force) が一般的に用いられた。

⁸⁸ 国連憲章第 107 条 [敵国に関する行動]

「この憲章のいかなる規定も、第二次世界戦争中にこの憲章の署名国の敵であった国に関する行動でその行動について責任を有する政府がこの戦争の結果としてとり又は許可したものを無効にし、又は排除するものではない。」

U.N. Charter, *supra* note 78, art. 107.

⁸⁹ 憲章の武力行使の規則においては、一定の態様の予防的武力も認められ得るというのが米国代表のダレス (Dulles) 及びスタッセン (Stassen) の見解であったが、米国代表団の中では少数派に過ぎなかった。 See Kearley, *supra* note 86, p. 724.

米国以外の大国も憲章の一般的な原則として、予防的武力に関しては旧敵国に対するものを例外として、安保理の承認が必要であるという見解を共有していた。 See *Id.*, p. 725.

⁹⁰ 第 51 条に先立ち起案されていた第 53 条第 1 項の内容、すなわち「安全保障理事会は、その権威の下における強制行動のために、適当な場合には、前記の地域的取極又は地域的機関を利用する。但し、いかなる強制行動も、安全保障理事会の許可がなければ、地域的取極に基づいて又は地域的機関によってとられてはならない。もっとも、本条 2 に定める敵国のいずれかに対する措置で、第 107 条に従って規定されるもの又はこの敵国における侵略政策の再現に備える地域的取極において規定されるものは、関係政府の要請に基づいてこの機構がこの敵国による新たな侵略を防止する責任を負うときまで例外とする。」は、これを示唆するものであろう。

⁹¹ See Kearley, *supra* note 86, p. 725.

憲章下での先制的自衛に関していえば、上記の予防的武力とは異なる見解がとられ得る。例えば、先制的自衛を禁止することが、必ずしも憲章の趣旨及び目的を満足するものではないという見解がある。これは次の理由に基づくものである⁹²。

- (1) ウェブスター一定式の制限内での先制自衛の許容性を引き続き認めることにより、武力行使の著しい増加がもたらされる可能性は低い⁹³。
- (2) 武力攻撃に対応して行使される自衛と同様に、先制自衛が侵略的な武力に混在し、また、その隠れ蓑になる可能性は低い。
- (3) 先制的な武力は、脅威の切迫性により当該脅威に対する武力行使に関する安保理の事前の承認が得られない場合、また、武力攻撃に対する自衛同様に、国連機構が活動を開始する前においてのみ使用されるものであることから、安保理の権限を損ねるものではない。

つまり、起草過程から見るに、自衛のための先制的な武力行使を包括的に禁止しようとした意図は認められないといえよう⁹⁴。

2 国連憲章第 51 条の解釈

起草過程に加え、国連憲章第 51 条の文言自体も、憲章が慣習国際法としての自衛の概念を維持していることを示している⁹⁵。すなわち、第 51 条における「この憲章のいかなる規定も、... 個別的又は集団的自衛の固有の権利を害するものではない。」(傍点筆者)との規定である。また、このことは、すでに国際司法裁判所⁹⁶ (International Court of Justice) (以下、ICJ) 及び国連安保理⁹⁷により確認されてもいるわけである。ただし、この「固有の」という文

⁹² Kearley, *supra* note 86, p. 726.

⁹³ 国連憲章が効力を発して以来、先制自衛を抗弁として用いた国はほとんど存在していない。 *See* Arend & Beck, *supra* note 43, pp. 74-9.

⁹⁴ 他方で、制限しようとした意図は、憲章の文理解釈及びその趣旨並びに目的からみても明白であるといえる。 *See* M. O'Connell, *International Law and the Use of Force, Documentary Supplement* (Foundation Press, 2005), pp. 210-219; Barela, *supra* note 47, p. 35.

また、シャクターも、次のように述べている。

「第 51 条が慣習国際法上の自衛の権利を削除する意図があったか否かについては明確ではないし、当該効果をもたらす得ると考えるべきではないという見解が妥当するであろう。しかしながら、慣習国際法は、予防的攻撃や脅威に対抗する先制自衛を広範に認めている、と解釈することは、これを避けなければならない。」

Schachter, *supra* note 75, p. 1634.

⁹⁵ *See*, Nicaragua, *supra* note 77, p. 94 (para. 176) & p. 102 (para. 193).

⁹⁶ *See, Ids.*

⁹⁷ S. C. Res. 1368, U.N. Doc. S/RES/1368 (September 12, 2001); S. C. Res. 1373, U.N. Doc. S/RES/1373 (September 28, 2001).

言は、武力攻撃に対する合法的な自衛の目的のための武力行使を「武力行使の一般的な禁止」の例外とすることが、全ての主権国家の権利であることを強調する意図で使用されているものであり⁹⁸、正当な権利行使のための一定の条件も、第 51 条中に同時に規定されている⁹⁹。

一方で、憲章が固有の自衛権の内容を全ての側面において、直接的に規定しているものではないという点も認められる¹⁰⁰。また、第 51 条で規定されている自衛権行使の前提条件は、曖昧ともいえることから¹⁰¹、慣習法の自衛権を成文法の規定で置き換えようとするものとは見なし得ないとの主張もある¹⁰²。その帰結として、自衛権の分野において引き続き、慣習法が、条約法とは独立して併存しているという結論も導かれ得るのであろう¹⁰³。つまり、第 51 条の文言は、先制的自衛を禁止すると解釈され得る性質を有するものの、依然として不明瞭であるともいえよう。

しかしながら、上記とは趣旨を異にする解釈も存在する。すなわち、第 51 条は、自衛における武力の行使が「武力攻撃」に対応するためにのみ認められ得ることを規定している、というものである。その論拠として、ICJ は 1986 年のニカラグア事件判決において、憲章第 51 条における「攻撃」とは、現実の武力攻撃を構成する行為にのみ言及したものであると解釈している¹⁰⁴。さらに ICJ は、国連総会における侵略の定義に関する決議¹⁰⁵を援用し、「『武力

⁹⁸ See Lohr, *supra* note 79, p. 17.

⁹⁹ See *Nicaragua*, *supra* note 77, p. 102 (para. 193) & p. 103 (paras. 194-195).

¹⁰⁰ 例えば、自衛の前提条件（必要性）や許容される武力の使用（均衡性）に関しては、第 51 条に何ら明文の規定も存在しない。See T. McCormack, *Self-defense in International Law - The Israeli Raid on the Iraqi Nuclear Reactor* (Palgrave Macmillan, 1996), 120-1; M. Kelly, "Time Warp to 1945 - Resurrection of the Reprisal and Anticipatory Self-Defense Doctrines in International Law", *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol. 13 (2003), p. 24; C. Greenwood, "International Law and the Pre-Emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq", *San Diego International Law Journal*, Vol. 4 (2003), p. 12.

「必要性」及び「均衡性」の存在は、慣習国際法の規則又は法の一般原則にその拠り所を求めているわけである。See generally J. Gardam, *Necessity, Proportionality and the Use of Force by States* (Cambridge University Press, 2004).

¹⁰¹ 代表的な例が、「武力攻撃が発生した場合 (if an armed attack occurs)」に関する多様な解釈の存在である。

¹⁰² See M. McDougal, "The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defence", *American Journal of International Law*, Vol. 57 (1963), pp. 599-600.

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Nicaragua*, *supra* note 77, p. 103 (para. 195).

¹⁰⁵ 第 3 条において「侵略行為」が、次のとおり定義されている。

「次に掲げる行為は、いずれも宣戦布告の有無に関わりなく、第 2 条の規定に従うことを条件として、侵略行為とされる。

- (a) 一国の軍隊による他国領域に対する侵略若しくは攻撃、一時的なものであってもかかる侵入若しくは攻撃の結果もたらされる軍事占領、又は武力の行使による他国の全部若しくは一部の併合
- (b) 一国の軍隊による他国の領域に対する砲爆撃、又は一国による他国の領域に対する兵器の使用
- (c) 一国の軍隊による他国の港又は沿岸の封鎖
- (d) 一国の軍隊による他国の陸軍、海軍若しくは空軍又は船隊若しくは航空隊に関する攻撃
- (e) 受入国との合意に基づきその国の領域内にある軍隊の当該合意において定められている条件に反する使用、又は、当該合意の終了後のかかる領域内における当該軍隊の駐留の継続

攻撃』とは、正規軍により実行される実際の武力攻撃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集団、団体、不正規兵又は傭兵を国家により、もしくは国家のために派遣することを意味する。」としたうえで、第 51 条における自衛の権利は、武力攻撃の場合のみに発生することを明確に述べているわけである¹⁰⁶。

つまるところ、第 51 条自体が自衛全てを武力攻撃に対するもののみに限定しているのか、他に自衛を許容する状況が存在し得るのかという点に関しては、明確性を欠くものであるといえる。この論点、すなわち、第 51 条が慣習国際法に及ぼしている効果の範囲については、学説上の大きな対立が存在する¹⁰⁷。次項において、この対立を概観し、改めて憲章第 51 条の意義を見直すこととする。

第 3 項 諸論者の主張

1 制限主義論者 (restrictionist) と反制限・適合主義論者 (counter-restrictionist/adaptivist)

いわゆる制限主義論者の主張の根幹は、国連憲章第 2 条第 4 項に具現化されている強制的自救の絶対的禁止を前提とし、第 51 条に規定されている限定的な例外のみを認めるというものである¹⁰⁸。つまり、第 51 条は、既存の慣習国際法上の自衛権を制限するものであり、国家は現実の武力攻撃を受けた後に初めて反撃することが認められることとなる¹⁰⁹。したがって、予防自衛はも

(f) 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

(g) 上記諸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]

G. A. Res. 3314 (XXIX), GAOR 29th Sess., Supp. No. 31 (1974), art. 3.

¹⁰⁶ 憲章第 51 条の下での国家による自衛権の行使は「当該国家が武力攻撃の犠牲となっていることを条件とする。」 Nicaragua, supra note 77, p. 103 (para. 195).

¹⁰⁷ Arend & Beck, supra note 43, p. 73.

¹⁰⁸ See, e.g., J. Maogoto, "Walking an International Law Tightrope: Use of Military Force to Counter Terrorism - Willing the Ends", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 31 (2006), p. 414; M. Glennon, "Military Action Against Terrorists Under International Law: The Fog of Law: Self-Defense, Inherence, and Incoherence in Article 51 of the United Nations Charter", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 25 (2002), pp. 546-9; S. Murphy, "Terrorism and the Concept of 'Armed Attack' in Article 51 of the U.N. Charter", *Harvard International Law Journal*, Vol. 43 (2002), p. 44; B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2002), p. 803.

¹⁰⁹ A. D'Amato, "Israel's Air Strike Against the Osiraq Reactor: A Retrospective", *Temple International & Comparative Law Journal*, Vol. 10 (1996), p. 261; A. Weiner, "The Use of Force and Contemporary Security Threats: Old Medicine for New Ills?", *Stanford Law Review*, Vol. 59 (2006), p. 423.

国際法は緊急の場合の例外として自衛を認めているが、それは現実の武力攻撃に対するものに限定している。現実の武力攻撃とは、明確であり、曖昧性がなく、証明を前提とするものでもある。さらに、誤解や偽装を生じ易いものでもない。L. Henkin, *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2d ed. (Columbia Univer-

とより、先制自衛も認められないわけである¹¹⁰。彼らの主張においては、憲章第 51 条に基づく武力行使が認められる唯一の状況が、「武力攻撃の生起」というわけである¹¹¹。また、憲章以前の伝統的な自衛においても、軍事的な反撃を正当化するための契機となる行為が、すでに生起しているか、少なくとも切迫していることが要求されていた、という見解である¹¹²。

制限主義論者は、国連憲章起草の時点において「自衛とは国家の軍隊による攻撃の場合のみに正当化され得ると理解されており¹¹³」、「国連憲章第 51 条が自衛権の解釈の源泉であり、慣習法による修正又は補足を受けないのであれば、国家は成文法 (black-letter law) である憲章に拘束され、憲章の枠組み外での武力行使を支持する根拠は狭くなるはずである¹¹⁴。」と主張している。その証左として、1945 年以來、憲章の規定は国家実行に強い影響を及ぼしており、第 51 条の文言又は同様の概念が、いくつかの重要な多国間条約及び草案文書中に認められることを挙げている¹¹⁵。

これに対し、反制限主義論者は拡張論的な見解を有しており、国連憲章が、その起草以前に慣習法として存在していた自衛の権利を認め、かつ包含していると解釈している¹¹⁶。すなわち、慣習法は伝統的に、ウェブスター定式 (自

sity Press, 1979), pp. 140-4 & 295.

¹¹⁰ 仮に先制自衛を認める慣習法が存在していたとしても、もはや、そうではない。憲章の採択以降、慣習的権利の存在を識別し得るための十分な期間が経過しているが、1945 年以降の国家実行は、一般的に先制自衛に異議を唱えるというものであった。Brownlie, *supra* note 2, pp. 275-78. See also I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed. (Oxford University Press, 2003), p. 701.

第 51 条の許容する自衛における武力行使は、国家が現実の武力攻撃に直面した場合にのみ適用する。したがって、第 51 条の下では、攻撃の「切迫した」脅威が武力による侵略を正当化し得るものではない。H. Kelsen, *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of Its Fundamental Problems* (Stevens & Sons, 1951), pp. 797-98. See also Kelsen, *Recent Trends in the Law of the United Nations* (Stevens & Sons, 1961), pp. 914-5.

国連憲章は、「武力による自衛の権利を、武力攻撃に至らない非友好的な様々な行為とは区別される武力攻撃の場合に限定する」ものである。Lauterpacht, *supra* note 72, p. 156.

¹¹¹ 国家が武力を行使するための例外としての「武力攻撃が発生した場合」という憲章 51 条の規定は、当該国家が自衛の行動をとり得る状況を言い尽くしたものである。先制とは武力攻撃に先立つものであり、憲章はそれを許容してはいない。Dinstein, *supra* note 75, pp. 165-9.

¹¹² See H. McCoubrey & N. White, *International Law and Armed Conflict* (Dartmouth, 1992), pp. 91-2.

¹¹³ Brownlie, *supra* note 2, pp. 280.

¹¹⁴ *Id.*, p. 279.

¹¹⁵ *Id.* この例として、1947 年の米州相互援助条約 (リオ条約) 第 3 条は、「武力攻撃」の場合における個別的又は集団的自衛を規定している。See Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance, 1947, *United States Treaties and Other International Agreements* [hereinafter *U.S.T.*], Vol. 62, 1681, *U.N.T.S.*, Vol. 324, 21, art. 3.

また、1949 年に国際法委員会により採択された国家の権利及び義務に関する宣言草案第 12 条は、「全ての国家は、武力攻撃に対する個別的又は集団的自衛の権利を有している。」と規定している。See International Law Commission, Draft Declaration on Rights and Duties of States art. 12, at http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/2_1_1949.pdf (as of October 23, 2008).

もっとも、他国による脅威に晒されている国家は、別の手段、例えば、経済制裁、平和的な対抗措置又は国連安保理への提議等を講ずることができることはいうまでもない。

¹¹⁶ 憲章第 51 条の一つの解釈として、自衛が武力攻撃の場合に限定されるというという見方がある。しかしながら、当該条項が慣習法の下での自衛 (武力攻撃の場合に限定されない) に言及していないからといって、当

衛の必要性は、差し迫っており、圧倒的で、手段を選択することも熟慮のための時間的余裕もない。また、自衛の行為は不当又は過度であってはならない。)に従った限定的な先制的自衛を認めていたということである¹¹⁷。彼ら反制限主義論者は、国連憲章第 2 条第 4 項においても伝統的な自衛権は損なわれておらず、暗黙裡に受容されている当該権利は、第 51 条の枠内の「武力攻撃」への対応に限定されるものではなく、一定の本質的権利の防護のためにも認められるとしている¹¹⁸。また、第 51 条、とりわけ「固有の (inherent)」という文言は、既存の慣習としての先制自衛の権利を制限するものではないという憲章起草者の意図を反映したものである、と主張している¹¹⁹。

反制限主義論者の主唱に従えば、第 2 条第 4 項の制限的な文言は別として、第 51 条及び第 2 条第 4 項は、慣習国際法において規定されている「加盟国が自衛のために武力を行使する権利」を制限する意図を有するものではなく、また、制限していないと解釈することができる。第 51 条は「武力攻撃」のみに言及しているが、これは、当該条項が外部からの攻撃のみを懸念した防衛条約の立場を明確にするという特別の目的のために挿入されたという理由によるのであり¹²⁰、明白な特殊性にも関わらず、憲章はより広い慣習法の権利を暗黙裡に留保しているとしている。

この考え、すなわち、国際法上、先制自衛の法理が引き続き現存しているという学説を信奉する論者は、次のような二通りの主張をなしている。

「まず、適合主義論者は、「武力攻撃」という文言が、当該攻撃に係る計画、組織化及び支援準備にまで拡大されたことを理由に、先制自衛の法理が憲章第 51 条の下においても存在するという¹²¹。

他方で、反制限主義論者は、たとえ憲章第 51 条が規定上、先制自

該自衛を排除する意味に解釈するべきではない。憲章第 51 条は、憲章以前に存在していた自衛権を損なうものではない。Schachter, *supra* note 75, pp. 1633-4. これが、反制限主義論者が拡張主義論者とも呼ばれる所以である。

¹¹⁷ M. Byers, "Iraq and the "Bush Doctrine" of Pre-Emptive Self-Defence", *Crimes of War Project*, August 20, 2002, at <http://www.crimesofwar.org/expert/bush-byers.html> (as of October 23, 2008).

¹¹⁸ すなわち、国家の政治的独立、領土保全、国民の生命及び財産の防護（及び経済的独立さえも）を目的とする、かつ、それらに限定されとられる行為は当然、いかなる国の「領土保全又は政治的独立に対する」武力による威嚇若しくは武力の行使に含まれ得るものではない。Bowett, *supra* note 13, pp. 185-6.

¹¹⁹ J. Cohan, "Formulation of a State's Response to Terrorism and State-Sponsored Terrorism", *Pace International Law Review*, Vol. 14 (2002), p. 102; M. Baker, "Terrorism and the Inherent Right of Self-Defense (A Call to Amend Article 51 of the United Nations Charter)", *Houston Journal of International Law*, Vol. 10 (1987), pp. 31-2.

¹²⁰ See J. Maogoto, "Rushing to Break the Law. The "Bush Doctrine" of Pre-emptive Strikes and the UN Charter on the Use of Force", *University of Western Sydney Law Review*, Vol. 7-1 (2003), p. 26.

¹²¹ L. Martinez, "September 11th, Iraq and the Doctrine of Anticipatory Self-Defense", *University of Missouri-Kansas City Law Review*, Vol. 72 (2003), p. 134.

衛を許容していないとしても、先制自衛という法理は、憲章第 51 条の採択によっても制限を受けない慣習国際法として併存しているとする¹²²。」

いずれの場合においても、国家が攻撃を受けるまで対応を待つ必要がないという点は共通している¹²³。また、憲章第 51 条の文脈における最近の意見として、「国連憲章において規定されている自衛権は、憲章規則の有用な目的に適うように解釈されるべきである¹²⁴。」というものもある。

2 他の諸説

憲章 51 条が慣習法に及ぼす影響の内容及び程度に関しては、先述した制限主義論者と反制限・適合主義論者の主張の対立が最も顕著なものである。

他方で、焦点を先制自衛の可否という問題に絞った場合、四つの諸派、いわゆる「厳正解釈派 (Strict-Constructionist School)」、「切迫脅威派 (Imminent Threat School)」、「質的脅威派 (Qualitative Threat School)」及び「憲章死文化派 (Charter-Is-Dead School)」に区分されるという見方がある¹²⁵。もともと、いずれの派における主張も、制限主義又は反制限・適合主義における主張との重複が存在することはいうまでもない。しかしながら、今後の議論を展開させるうえで、特に各主張のより詳細な特色を際立たせるためには有用であると考量すること、また、本章第 4 節におけるパラダイム・シフト (paradigm shift) についての議論にも深く関わってくることから、ここでは四派の主張を概観する。

(1) 厳正解釈派 (Strict-Constructionist School)

厳正解釈派の論理の始点は、憲章第 2 条第 4 項が武力行使の広範囲な禁止を含んでいる、という主張である。したがって、憲章起草以前に現れていた多様な理論、すなわち、強制的自救、復仇、自国民保護及び人道的介入に言及す

¹²² Martinez, supra note 121, p. 134.

¹²³ Arend & Beck, p. 196; D. Bowett, "Reprisals Involving Recourse to Armed Force", *American Journal of International Law*, Vol. 66 (1972), pp. 184-93; Cohan, supra note 119, pp. 101-2; M. McDougal & F. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order: The Legal Regulation and International Coercion* (Yale University Press, 1961), pp. 232-44; J. Stone, *Aggression and World Order: A Critique of United Nations Theories of Aggression* (University of California Press, 1958), pp. 98-100; Schachter, supra note 75, p. 1634; Schachter, supra note 60, pp. 131-6.

¹²⁴ M. Koskeniemi, "Iraq and the "Bush Doctrine" of Pre-Emptive Self-Defence", *Crimes of War Project*, August 20, 2002, at <http://www.crimesofwar.org/expert/bush-koskeniemi.html> (as of October 23, 2008). コスケネイミは、さらに「第 51 条の目的とは、国家の主権及び独立を防護することであり、国家が他国の行為により、その主権及び独立が脅かされると認識した場合において、当該他国による敵対的行為が未だ実際の武力攻撃の段階まで至っていないとしても、武力を行使する権利を獲得し得るものである。」と主張する。 *Id.*

¹²⁵ Murphy, supra note 44, p. 706.

ることによって正当化されていたものも含み、全ての武力行使が、憲章によって違法化されたという点を強調している¹²⁶。その根拠とされているのが、第2条第4項は他国に対する武力の行使を包括的に禁止する意図であったという憲章起草の過程である¹²⁷。

もちろん、彼らも二つの例外、すなわち、憲章第7章の枠組下における安保理の承認による武力の行使及び第51条に従った自衛のための武力行使を否定しているわけではない。しかしながら、先制・予防自衛に関しては、当該形態の自衛というものは、武力攻撃の実際の生起を単に予期又は想像するうえにのみ成り立っていることを理由に、その合法性を認め得ないとしている¹²⁸。また、いかなる創造的な憲章の解釈も、一貫、かつ一様な実行に裏付けられない限りは、許容されないという立場である¹²⁹。

(2) 切迫脅威派 (Imminent Threat School)

切迫脅威派は、憲章第51条の文言が武力攻撃に対応する自衛を規定しているものである、という点は認めている。しかしながら、先制的自衛権への賛意を促すものとして、次のような三つの主張を展開させている。

「第一に、第51条が『固有の権利』としての自衛権を損なうものではない。すなわち、当該条項は、自衛の権利を新たに創出したものではなく、憲章以前に存在していた権利を保護しているに過ぎないということである¹³⁰。したがって、1945年以前の自衛に関する慣習国際

¹²⁶ Murphy, *supra* note 44, p. 706. *See also* Sapiro, *supra* note 41, pp. 600-1.

¹²⁷ *See* Brownlie, *supra* note 2, pp. 265-8; Simma, *supra* note 108, pp. 123-4.

¹²⁸ 例えば、次のような諸見解が呈されている。

「第51条が先制的行為を許容しないという見解は正しく、... 逆の主張は、説得力を欠くものであるか、決定的ではない証拠に基づくものであるかのいずれかである。」

Brownlie, *supra* note 2, p. 278.

「憲章の下において、隣国が行う軍事行動の準備によりもたらされる不安は安保理への訴えを正当化するものであるが、それを脅威と信じる国による先制的な武力への訴えを正当化するものではない。」

P. Jessup, *A Modern Law of Nations* (Archon Books, 1968), p. 166;

「国家が武力攻撃の威嚇により脅威を感じた場合、憲章に従って許容される全てのことは、直ちに当該事象を安保理に提起することはもちろんのこと、敵対行為が現実のものとなった時に反撃を行うために必要な軍事的準備をなすことである。」

Dinstein, *supra* note 75, pp. 167;

「先制的軍事行動のための合理的な主張があるのであれば、それを支持し得る合理的な証拠とともに、安保理に提起するべきである。安保理のみが当該軍事行動を承認することができるのである。」

Our Shared Responsibility, *supra* note 44, p. 63.

しかしながら、厳正解釈派の中には、先制的又は予防的行動は違法であるものの、一定の状況下においては「道義的及び政治的理由により正当化され得るものであり、国際社会もやがては、これに対して寛容になるであろう。」という見解を受容する者も存在する。 *See* A. Cassese, *International Law in a Divided World* (Clarendon Press, 1986), pp. 230-6.

¹²⁹ *See* Y. Dinstein, “Comments on War”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 27 (2004), p. 879.

¹³⁰ Bowett, *supra* note 13, p. 187.

法は現存する攻撃に対してのみならず、攻撃の切迫した脅威に対しても自国を防衛する権利を認めており、それは憲章第 51 条においても留保されている、とする主張である¹³¹。

第二に、『武力攻撃 (armed attack)』という文言の意味する範囲が拡大しているということである¹³²。この主張の本質は、脅威の有する時間的及び地理的性質に注目した場合、武力攻撃の幅を拡げない限り、自衛をもってしても対応し得ないということである¹³³。

第三に、1945 年以降の国家実行も、攻撃が切迫し、不可避の場合における自衛に基づく行為を受容していることを示すようだ、と主張している¹³⁴。」

このように、切迫脅威派は、憲章第 51 条の意味を厳正解釈派よりも幅広く捉えている。しかしながら、彼らの主張においても、切迫した武力攻撃への対応という概念を超えようとまではしていないわけである¹³⁵。すなわち、予防自

¹³¹ 当該主張が主に依拠する先例が、「カロライン号」事件である。当該事件の概要については、本章第 2 節第 1 項 2 を参照せよ。カロライン号事件から引き出される結論として、切迫性 (imminence) が、必要性とは全く別の独立した要件であるとする主張がある。例えば、シュミット等は「国際法は、先制的なものか否かに関わらず自衛におけるいかなる武力行使も三つの基本的な基準、すなわち、必要性、均衡性及び切迫性を満足しなければならないことを要求している。これらの要求は、歴史的にカロライン号事件に起源を持つものである。」と、結論付けている。 See M. Schmitt, “Preemptive Strategies in International Law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 24 (2003), p. 529; J. Yoo, “Using Force”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 71 (2004), pp. 776-84; B. Polebaum, “National Self-Defense in International Law: An Emerging Standard for a Nuclear Age”, *New York University Law Review*, Vol. 59 (1984), p. 198.

もっとも、現在の基準においては、合理的な代替手段を尽くしたか否かの尺度としての必要性の側面と、脅威の時間的近接の尺度としての必要性は、相互に固着したものである。現代的な理論においては、「切迫性」と「最後の手段」は、必要性の独立した二つの尺度ではなく、むしろ、前者は、後者の必要十分条件となるものであろう。 See M. Totten, “Using Force First: Moral Tradition and the Case for Revision”, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 43 (2007), p. 101.

また、シャクターは、先制自衛の場合、国際法学者は自衛の行使に関し、切迫性という要件を追加している、と述べている。 Schachter, *supra* note 75, pp. 1635 & 1637.

¹³² 武力攻撃の狭義の解釈では、武力の行使の段階まで至ったもののみを指すが、広義に解釈すれば、切迫した、不可避の攻撃までをも含み得るということである。例えば、ある国が、隣国との国境に沿って軍隊を攻撃態勢で集結させている場合、当該国にとってみれば、それは複数の段階をもって完成される武力攻撃の初期段階を構成するに過ぎないわけであるが、隣国は、これに対して自衛のための反撃をなすことができるというものである。

¹³³ これに関しては、一般に厳正解釈派の立場をとっているといわれるヘンキンも一部受容的（ただし、極めて例外的なものとして）ともいえる、次のような見解を述べている。

「攻撃が切迫しており、それを予防するための政治的行動をとる暇がないという明白な証拠が存在する場合、潜在的犠牲国を防衛するための唯一の手段は予防的攻撃であり、憲章第 2 条第 4 項及び第 51 条の制度もそのような攻撃を禁止する意図ではないとの主張をなし得るであろう。しかしながら、当該主張は、核兵器による奇襲攻撃のような特別の場合に、極めて稀な特別の例外としてのみ成り立ち得るものである。」

Henkin, *supra* note 109, pp. 143-4.

¹³⁴ この主張のため頻繁に言及される先例が、1962 年の米国によるキューバの海上隔離、1967 年のアラブ-イスラエル戦争、1981 年のイスラエルによるイラク原子炉破壊及び 1986 年の米国によるリビア空爆等である。

¹³⁵ See T. Franck, “What Happens Now? The United Nations After Iraq”, *American Journal of Interna-*

衛の合法性を認めることは法自体を危険な状況に追い込み、正戦論の時代へと逆行させてしまうというおそれは認識されているといえよう¹³⁶。

(3) 質的脅威派 (Qualitative Threat School)

質的脅威派は、国家が自衛に基づく行動をとるに際し、実際の武力攻撃を待つことまでをも要求されないという点では、切迫脅威派と意見を一にしている。しかしながら、切迫した脅威の要件については、その見解が異なっている。すなわち、質的脅威派は、1945年以來、とりわけ大量破壊兵器の出現及び世界的テロリズムの勃興により、世界が極端に変化したという前提の下に¹³⁷、将来起こり得る攻撃の時間的性質を強調するのみならず、他の質的な要素にも注目しているわけである。例えば、将来のある時点で攻撃が生起する可能性、状況に対応するために非強制的な手段に訴えることの実効性及び攻撃によりもたらされる損害の程度、というような要素である¹³⁸。これに従えば、高い破壊性を有する攻撃が、将来的に生起する高い可能性が存在する場合、必要性和均衡性に従った予防的自衛の行為が許容され得るという主張が導かれる¹³⁹。また、当該主張に関して「予防的自衛は、国家又は非国家主体による武力紛争に至る可能性のある計画の発動を抑止するものであるがゆえに、世界的公序の維持の実現性を高める結果をもたらす¹⁴⁰。」というものが、その底流にある。

質的脅威派も、1945年以降の国家実行、例えば、米国による1962年のキューバに対する海上隔離、1986年のリビア空爆、1989年のパナマ侵攻、1993年のイラク、1998年のスーダン及びアフガニスタンに対する攻撃が、予防自衛に対する国際社会による許容を支持するものであると見なしている。もっとも、これらの武力行使の事例の多くが国際社会からの強い非難を受けた点、

tional Law, Vol. 97 (2003), p. 619.

¹³⁶ 「許容され得る武力の有効な定義を提供しない規則の創出は、武力行使の禁止をも廃止させてしまうという結果をもたらし得る。」 M. Bothe, "Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force", *European Journal of International Law*, Vol. 14 (2003), p. 227.

¹³⁷ 例えば、キューバ危機に際してのケネディー米大統領の演説がこのことを端的に示す例として言及される。
「我々はもはや、実際に兵器を発射することのみが国家の安全保障に対し、最大限の危機を構成するに十分な挑戦を示すような世界に生存しているわけではない。核兵器は極めて破壊的であり、弾道ミサイルの迅速性は顕著である。ゆえに、それらの使用の可能性が十分に高まったこと、又は展開の突然の変更も平和に対する明確な脅威として十分に見なされ得るのである。」

President J. F. Kennedy, Radio and Television Report to the American People on the Soviet Arms Buildup in Cuba (White House, October 22, 1962) [hereinafter Radio and Television Report] at <http://www.jfklibrary.org/Historical+Resources/Archives/Reference+Desk/Speeches/JFK/003POF03CubaCrisis10221962.htm> (as of October 23, 2008).

¹³⁸ A. Sofaer, "On the Necessity of Pre-emption", *European Journal of International Law*, Vol. 14 (2003), pp. 219-220; Yoo, *supra* note 45, p. 574.

¹³⁹ 一般的に分析すれば、攻撃の切迫性が高ければ予防的行為の受容性も高く、非強制的手段の有効性が高ければ予防的行為の受容性は低くなる。また、行使される武力の程度が低ければ予防的行為の受容性は高くなる。

¹⁴⁰ See Reisman, *supra* note 44, p. 87.

さらには、ほとんどの場合、米国という単一の主体により武力が行使されたことを考量すれば、予防的自衛に対する国際的な受容が醸成されているという見解は、妥当性を欠くものであるといわざるを得ない。

(4) 憲章死文化派 (Charter-Is-Dead School)

憲章死文化派の見解は、国連憲章に埋め込まれている武力行使に関する規則自体を、法的に重要な規範的価値を欠くものであると見なしている。すなわち、1945年の時点においては当該規則がかなりの威信を有していたといえるわけであるが、その後六十年間の国家実行を見るに、国家が法的に規範的意義を有するものとして憲章を遵守しているとはいえず¹⁴¹、したがって、「当該規則は、すでに廃れた¹⁴²。」という結論しか導かれ得ないということである。

結果的に、憲章死文化派は、国家が自国民の安全及び幸福を守る必要性を認知した場合、自衛、先制自衛又は予防自衛の権利を行使することに関していかなる法的障害も存在しないという見解を有しているといえる¹⁴³。

第4項 国家実行による検証

これまでのところ主に理論的な側面から、先制自衛及び予防自衛に関する検討を行ってきた。次に、本項においては、国連憲章制定後の国家実行を分析し、理論的な結論を検証することとする。もちろん、各実行を先制自衛の事例と見ることが適当か否かについては異論もある。したがって、ここでは、全部又は少なくとも部分的に先制自衛に依拠していると一般的に解されている2003年以前の国家実行として¹⁴⁴、「キューバ・ミサイル危機(1962年)」、「中東・六

¹⁴¹ 国家が、「規則が存在し、自ら当該規則を遵守している。」と声明を発することはあろう。しかし、それは単なる空虚な修辭であり、政治的利益を追求するという国家の現実性を隠蔽するための国際関係上の策略に過ぎない。Murphy, *supra* note 44, pp. 717-8.

¹⁴² 「憲章の武力行使規則は広範に、かつ定期的に無視されてきた。... 1945年以来、国連加盟国の三分二(百八十九か国中の百二十六か国)が二百九十一の国家間の紛争において戦い、二千二百万人が死亡するに至った。... これらの紛争の全てにおいて、少なくとも一の交戦国は必然的に憲章に違反していたこととなる。... これら紛争のほとんどにおいて、大部分の当事国は自衛に基づく行動であると主張した。... (憲章の) 文言に表されていた諸国家の当初の意図は、行動によって示された爾後の意図により、取って替えられたのである。」M. Glennon, "Preempting Terrorism: The Case for Anticipatory Self-Defense", *Weekly Standard*, January 28, 2002, at <http://www.weeklystandard.com/Content/Public/Articles/000/000/000/810hjeup.asp?pg=2> (as of October 23, 2008). See also Glennon, *supra* note 108, p. 540; J. Yoo & W. Trachman, "Less than Bargained for: The Use of Force and the Declining Relevance of the United Nations", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5 (2005), p. 381.

もっとも、現時点では、このような包括的な主張を取り入れている国家は、イラクに対する有志連合諸国を含めても存在しているとはいえないであろう。See A. Paulus, "The War Against Iraq and the Future of International Law: Hegemony or Pluralism?", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25 (2004), pp. 700-1.

¹⁴³ Murphy, *supra* note 44, p. 719.

¹⁴⁴ See e.g., Nabati, *supra* note 45, pp. 788-9.

日戦争（1967年）」、「イラク原子炉爆撃（1981年）」、「リビア空爆（1986年）」、「イラクに対する攻撃（1993年）」及び「スーダン及びアフガニスタンに対する攻撃（1998年）」を題材として概観・分析するとともに、最近の事例として「2003年のイラク侵攻」を取り上げ、より詳細な分析を試みることにする。

1 2003年以前の実行

(1) キューバ・ミサイル危機（1962年）¹⁴⁵

1962年10月中旬、米国の衛星情報により、ソ連がキューバにおいて中距離核ミサイル基地の建設、同ミサイルの搬入及び据付に着手したことが明らかになった。当該行為を中止し、撤去するようとの米国の要請が受け容れられなかった結果、ケネディー米大統領は海上隔離¹⁴⁶を命じた。当該活動は、キューバに向かう全ての船舶を検査し、同国へのミサイル及び同関連物資の輸送を防止し、すでに設置されたミサイルの撤去を強いるための海上封鎖¹⁴⁷から成るものであった。米国は、ソ連による当該武器のキューバへの搬入が国際の平和及び安全に対する脅威を構成するものであることを根拠に安保理に事態を提議した。本危機は結果的に、二国間の交渉により解決がもたらされ、安保理が当該事態に係る決議を採択することはなかった¹⁴⁸。

本件に関する国際的な評価としては、安保理における討議を考量するに¹⁴⁹、一定の状況下においては先制的な武力の行使が正当化され得るということが多くの国により受容されたとする見方がある¹⁵⁰。また、米国によるソ連のミサイルに対する防衛的な海上隔離が合法的であると広範に受け容れられてい

¹⁴⁵ See generally, R. Sadurska, “Threats of Force”, *American Journal of International Law*, Vol. 82 (1988).

¹⁴⁶ この活動が「海上隔離 (naval quarantine)」と呼称されたのは、「海上封鎖 (naval blockade)」が戦争行為であるからである。また、米国は、この軍事的活動を注意深く「海上隔離」と呼称することにより、国連憲章第51条に違反する武力行使を構成するものではない、と主張したとされている。See Q. Wright, “The Cuban Quarantine”, *American Journal of International Law*, Vol. 57 (1963), pp. 553-6; T. Ehrlich, *International Law and the Use of Force* (Little Brown & Co., 1993), p. 110. See also, Franck, supra note 75, p. 99. なお、「海上隔離」に関しては、第2章第3節第1項2(2)も参照せよ。

¹⁴⁷ 実際に封鎖の侵破を試みた船舶は存在せず、当然、拿捕された船舶も皆無であった。10月26日にソ連に備船されたレバノン船が平和裏に臨検された件が、米ソ間における唯一の物理的対峙であった。Franck, supra note 75, p. 99.

¹⁴⁸ 米国、ソ連及びガーナ（アラブ連合共和国と共同）がそれぞれ決議案を提出したが、いずれも表決には至らなかった。Franck, supra note 75, p. 101.

¹⁴⁹ チリ、中国、フランス、アイルランド、英国及びベネズエラが海上隔離の合法性を支持した一方、ガーナ、ルーマニア、ソ連及びアラブ連合共和国は反対を表明した。S. Alexandrov, *Self-Defense Against the Use of Force in International Law* (Martinus Nijhoff, 1996), p. 156 n. 174.

¹⁵⁰ Martinez, supra note 121, p. 137; Arend & Beck, supra note 43, pp. 75-6.

もっとも、米国の立場を支持する国々が、冷戦における西側同盟国という考慮により動機付けられたのか、米国により提議された正当化を真に支持したのか、という点是不明であるとする主張も存在する。See S. Condon, “Justification for Unilateral Action in Response to the Iraqi Threat: A Critical Analysis of Operation Desert Fox”, *Military Law Review*, Vol. 161 (1999), p. 136.

たことから、核による均衡に対する明白な脅威への対抗という限りにおいて、初期の、かつ成功裏の先制的武力行使の援用といえる、との主張もある¹⁵¹。さらには、キューバへのミサイルの設置自体が、ウェブスター定式に照らし合わせても武力攻撃の脅威の時間的切迫性を欠いている点、および、ソ連が当該ミサイルを即座にも、近い将来においても使用する兆候が認められなかったこと¹⁵²を理由に、予防的自衛の先例とするものもある¹⁵³。

もともと、当事国である米国が、憲章第 51 条に依拠することを避け、第 52 条及び第 53 条を用いて地域的機構の活動として海上隔離を正当化しようとしたことを見るに、当時の国際社会においては、先制としても予防としても、自衛を根拠とすることの困難性が認識されていたと見る方が妥当であろう¹⁵⁴。また、本論文における先制・予防自衛の定義¹⁵⁵に照合しても、米国の活動は予防自衛の範疇に属するものであり、先制自衛の先例と見なされ得るものではない。ゆえに、法的根拠としては、緊急避難の援用が妥当であろう¹⁵⁶。すなわち、「米国は、ソ連による米州に対する先制核攻撃能力の導入という米ソ間の現状 (status quo) の不安定な変動要素に直面したわけである。その状況において、世界的核戦争をもたらす恐れのある相手との交戦にまで至らない唯一の現実的措置が、海上隔離というものであった。」¹⁵⁷という主張である。

¹⁵¹ R. Wedgwood, "The Fall of Saddam Hussein: Security Council Mandates and Preemptive Self-Defense", *American Journal of International Law*, Vol. 97 (2003), pp. 584-5.

¹⁵² See Radio and Television Report, supra note 137.

¹⁵³ J. Yoo, "International Law and the War in Iraq", *American Journal of International Law*, Vol. 97 (2003), p. 573.

¹⁵⁴ 確かに、米州機構 (Organization of American States: OAS) に理論的根拠を求めたことは完全な説得力を有するものではない。なぜなら、憲章第 53 条は、いかなる「強制行動」も、安全保障理事会の許可がなければ、地域的取極に基づいて又は地域的機関によってとられてはならない、と規定しているからである。しかしながら、その意義は、憲章第 51 条という「パンドラの箱」を開けることを避けたこと、言い換えれば、武力行使に関する伝統的な法的制約に穴を開けざるを得ないとしても、その穴は可能な限り小さいものに止めるべきである、ということに見出され得よう。See R. Gardner, "Neither Bush nor the "Jurisprudes"", *American Journal of International Law*, Vol. 97 (2003), pp. 587-8.

¹⁵⁵ 本章第 1 節第 3 項を参照せよ。

¹⁵⁶ 国連国際法委員会「国家責任条文草案」(Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts of International Law Commission of the U.N.) 第 25 条 (緊急避難) は、次のように規定する。

- 1 次の場合を除き、緊急避難は、国際義務に違反する行為の違法性を阻却するための根拠として、国家により援用されない。
 - a 行為が、重大で差し迫った危険に対する本質的利益を守るため、国家にとっての唯一の予防手段である場合、かつ、
 - b 行為が、義務の存在する国家又は国際社会全体の国家の本質的利益に対し、重大な侵害を与えない場合。

¹⁵⁷ 緊急避難の理論に海上隔離の正当化を見出そうとする場合、その合法性は次により支持され得る。

- 1 国家による次のような認識
 - a 国家の安全に対する脅威及び国家が自衛権を発動するような状況の存在
 - b 戦略的環境における安全保障の現状を不安定が、先制的な行動を要する。
- 2 重大な脅威に対する非常な手段を正当化し得る危機的状況の存在
- 3 戦争には至らない適切な措置の決定及び実行
- 4 当該行動が国益の防護のためにとられるという国際社会への通知

(2) 中東・六日戦争（1967年）¹⁵⁸

1967年6月、エジプト、ヨルダン及びシリア三国によるイスラエルに対する軍事的行動が切迫していることを理由に、イスラエル軍がそれら三か国に対する攻撃を行った。先制自衛、とりわけ切迫性の要件を強固にするため、イスラエルは、1956年以来、同国とエジプトの間に展開していた第一次国連緊急軍¹⁵⁹（United Nations Emergency Force I: UNEF I）の放逐及び国境沿いにおけるエジプト軍の増強を指摘した¹⁶⁰。しかしながら、当該主張は、攻撃の切迫性という根拠に乏しく¹⁶¹、「攻撃が起こり得るかもしれないことを示す状況証拠の集積に過ぎない¹⁶²。」との評価もあった。引き続き行われた安保理における討議においても、大部分（全てではない）の国がイスラエルによる当該武力行使に異議を唱えたが¹⁶³、安保理において最終的に採択された決議においては、イスラエルに対する明示的な非難は盛り込まれなかった¹⁶⁴。

Jaques, R. (ed.), *Maritime Operational Zones* (U.S. Naval War College, International Law Department, Center for Naval Warfare Studies, 2006), p. 3-11.

¹⁵⁸ See generally Alexandrov, *supra* note 149, pp. 153-4.

¹⁵⁹ エジプトが、スエズ運河を国有化した際、イスラエル、フランス及び英国の三か国が、これに介入した。仏・英両国の拒否権により、安全保障理事会の活動は妨げられたが、緊急総会によって、初の国連平和維持軍となる UNEF I が創設された。UNEF I は、侵入軍の撤退を監督し、エジプト軍とイスラエル軍の間における緩衝の役割を果たした。しかし、1967年5月、エジプトの強い要求により UNEF I は撤退することとなったものである。

¹⁶⁰ D. Zajac, *The Best Defense is a Good Offense: Preemptions, Ramifications for the Department of Defense*, (Strategic Studies Institute of U.S. Army War College, 2003), p. 12.

¹⁶¹ 今日、国際社会は、イスラエルが説得力のある証拠に基づかないで行動したことを認識している。したがって、1967年のアラブ・イスラエル戦争は、合法的な先制自衛の実例を提供するものではない。O'Connell, *supra* note 44, p. 9.

¹⁶² McCoubrey & White, *supra* note 112, p. 94.

¹⁶³ See, U.N. Doc. S/PV. 1348 (June 6, 1967).

フランクは「これら多数国による非難が、当該攻撃を『先制自衛の一般的な権利』を正当化する先例と見なすものではないということを確認している。」と述べている。See Franck, *supra* note 75, p. 105.

¹⁶⁴ S. C. Res. 242, U.N. SCOR (November 22, 1967). 本決議の内容は、次のとおりである。

「安全保障理事会は、

中東における深刻な状況に継続的な懸念を表明し、

戦争による領土の取得は受け入れられないこと並びに当該地域のいかなる国家も安全に住むことのできる公正で永続的な平和のために活動する必要性を強調し、

さらに、国際連合憲章を受諾したあらゆる国家は国際連合憲章第2条に従い行動する責務があることを強調し、

1 国際連合憲章の原則の実現には、以下の原則の適用を含む中東における公正で永続的な平和を確立することが要請されることを確認する。

i 最近の紛争で占領した領土からのイスラエル軍の撤退

ii 主戦論の終了並びに主権・領土保全・当該地域におけるあらゆる国家の政治的独立及び安全と承認された国境の下で脅威や力の行使から自由で平和に生きる権利の認識と尊重

2 さらに、非武装地帯の設置を含む措置により、以下の必要性を確認する。

a 当該地域の国際運河の航行の自由の保障

b 難民問題の公正な解決の実現

c 当該地域のあらゆる国家の領土不可侵と政治的独立の保障

3 事務総長に対し、協定の促進と平和的かつ本決議の条項と原則に従った受諾に基づく解決の達成への努力のために特別代表を任命することを要請する。

当該紛争に関し、国連（安保理及び総会）によるイスラエルに対する非難決議がなかったことが、イスラエルによる先制自衛に対する国連の黙示の承認を物語っているという意見もある¹⁶⁵。しかしながら、紛争の発生に関し、いずれの側の当事国に対する非難も行っていない決議から黙示の承認を合理的に導き出すことはできないであろう¹⁶⁶。

(3) イスラエルによるイラク原子炉に対する爆撃（1981年）¹⁶⁷

1981年6月7日、イスラエルは、バグダットのオシラク（Osiraq）原子炉に対する爆撃を敢行した。イスラエルは当該行為を「イラクは当該原子炉（未だ稼動状態には至っていないが）を核兵器製造のために使用する意図を有しており、最終的には、その核兵器によりイスラエルという国家の存在に対する脅威がもたらされ得る¹⁶⁸。」という主張を根拠に正当化しようとした。

イスラエルによる攻撃は、当事国が明白に先制自衛の理論に依拠した稀有な例である¹⁶⁹。安保理での議論においては、先制自衛の許容性に関し、意見の対立が見られた。しかし、先制自衛の理論が及び得る範囲や本件への適用に関しては意見の一致を見なかったものの、ほとんどの代表が、国際法における当該理論の存在自体については認識を一にしていたようである¹⁷⁰。

結局、6月12日、安保理は全会一致でイスラエルの行為を非難するとともに、イラクが適切な賠償を請求する権利を有している旨の決議を採択した¹⁷¹。

4 事務総長に対し、安全保障理事会に対し特別代表の努力の進展に関し可及的速やかに報告することを要請する。」

¹⁶⁵ L. Beres, "A Rejoinder", *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 9 (1995), p. 447.

¹⁶⁶ 「継続中の武力紛争を処理するに際し、国連が非難を回避する傾向が頻繁に見受けられる。その理由は、どちらの側に非があるかについての意見の相違、又は非難された側が弁護に躍起になるあまり紛争の解決自体が遠のくことに対する懸念のいずれかであろう。」 J. Quigley, "A Weak Defense of Anticipatory Self-Defense", *Temple International and Comparative Law Journal*, Vol. 10 (1996), p. 256.

¹⁶⁷ See generally, Arend & Beck, supra note 43, p. 77-9.

¹⁶⁸ Alexandrov, supra note 149, p. 159.

¹⁶⁹ 「先制的な攻撃を実施する国家は、当該行為の節操のある正当化事由として先制自衛を主張することには躊躇を感じるものである。なぜなら、そのような主張が大多数の国家の支持を受け得ないことを承知しているからである。」 See Gray, supra note 44, p. 130.

¹⁷⁰ 安保理において、先制自衛の存在に関するイスラエルの主張は、イラン、パキスタン、アイルランド、シリア、バングラデシュ、ガイアナ、トルコ、エジプト、スペイン、ユーゴスラビア及びメキシコにより拒否された。他の理事国、すなわち、英国、シエラレオネ、マレーシア、ニジェール及びウガンダは、切迫の脅威があり、それに対応するための他の手段をとり尽くしたことが示されるという条件の下、憲章下での先制的武力行使は認められ得るものの、イスラエルに当該基準を満足し得る、差し迫った、圧倒的な自衛の必要性が存在したとはいえないと主張した。 *Id.*, pp. 160-1.

シャクターは、イスラエルに対するほぼ世界的な非難から、より制限的な見解を表明している。

「我々は、これらの公式見解から『攻撃が切迫しており熟慮の余裕がない場合においてのみ、現実の攻撃以前に自衛のために武力を行使する固有の権利』が引き続き有効であると認められている、と推測することができよう。」

Schachter, supra note 75, p. 1635.

¹⁷¹ S. C. Res. 487, U.N. SCOR, 2288th mtg., U.N. Doc. S/14509 (June 12, 1981).

なお、イスラエルの伝統的な同盟国であり、ある状況においては先制自衛の唱道者である米国でさえ、イス

(4) 米国によるリビア空爆（1986年）¹⁷²

1986年4月14日、米国のレーガン大統領は、海外での米国市民に対するテロ攻撃の計画に使用されたとされるリビア国内の五つの軍事目標に対する空爆を命じた¹⁷³。レーガン政権は、当該空爆を武力攻撃¹⁷⁴に対する憲章第51条に従った伝統的な自衛権の行使として正当化した¹⁷⁵。しかしながら、レーガン政権は、少なくとも一部において、将来のテロ攻撃を防ぐという意志を含めた先制自衛（予防自衛の要件をも満たすとの評価もなされ得る）にも依拠していたといえる¹⁷⁶。

米国の見解が国際社会から疑問視されたことも事実ではある¹⁷⁷。しかしながら、イスラエルによるイラク原子炉破壊の後の議論と同様に、米国に対する非難は、先制自衛の理論の存在自体よりも、その適用を問題とするものであった¹⁷⁸。すなわち、平和的手段が尽くされたのか、米国を標的とした攻撃の切迫性が存在したのかという必要性と均衡性の観点において、米国の行動が問題視されたわけである¹⁷⁹。安保理においては、米国の行動は国連憲章及び国際的行動規範に違反する、と非難する決議案が提出された¹⁸⁰。しかし、フランス、英国及び米国による拒否権の行使により採択には至らなかった¹⁸¹。一方、

ラエルが紛争解決のために平和的手段を尽くさなかったことを理由に、原子炉爆撃は国際法違反であると結論付けた。 *See Gray, supra note 44, p. 133.*

¹⁷² *See generally* Alexandrov, *supra note 149*, pp. 184-6; Arend & Beck, *supra note 43*, pp. 154-5.

¹⁷³ M. Bonafede, "Assessing the Proportionality Doctrine and U.S. Uses of Force In Response to Terrorism After the September 11 Attacks", *Cornell Law Review*, Vol. 88 (2002), pp. 171-7.

¹⁷⁴ すなわち、1985年12月に生起し、十九名の死者及び百十二名の傷者を出したローマ並びにウィーン空港での爆弾テロ、及び、1986年4月5日に二名の死者及び二百三十名以上の傷者を出した西ベルリンのディスコでの爆弾テロである。 *Id.*

¹⁷⁵ *Id.*

¹⁷⁶ *Id.* 例えば、空爆の翌日に米国の国連大使は安保理において、「米国の行動は、リビアがテロ行為を実施する能力を粉砕するとともに、リビアによる将来のテロ行為を抑止するという目的を有するものであった。」という声明を発している。 U.N. Doc. S/PV.2674 (April 15, 1986).

また、大統領官邸も「非難されるべきリビアによる暴力行為及び将来における攻撃を計画しているという明確な証拠に鑑み、米国は自衛権の行使を選択した。... 米国の行動が、リビアによる無辜の市民に対する将来の攻撃を思い止まらせ、かつ阻止することを願うものである。」との声明を発表している。 Statement by Principal Deputy Press Secretary Speakes on the United States Air Strike Against Libya (April 14, 1986) at <http://www.reagan.utexas.edu/archives/speeches/1986/41486f.htm> (as of October 23, 2008).

¹⁷⁷ 大多数ではないが国際社会の多方面から、米国の行為は国際法の下では、すでに受容され得なくなっている復讐行為と近似するものであるという批判が向けられた。 *See* P. Seymour, "The Legitimacy of Peacetime Reprisal as a Tool against State-Sponsored Terrorism", *Naval Law Review*, Vol. 39 (1990), p. 223; B. Clemmons & G. Brown, "Rethinking International Self-Defense: The United Nations' Emerging Role", *Naval Law Review*, Vol. 45 (1998), p. 225. *See also* Kelly, *supra note 100*, p. 18.

¹⁷⁸ Martinez, *supra note 121*, p. 141.

¹⁷⁹ Alexandrov, *supra note 149*, pp. 185-6; Bonafede, *supra note 173*, pp. 174-175; McCoubrey & White, *supra note 112*, pp. 115-6.

¹⁸⁰ コンゴ、ガーナ、マダガスカル、トリニダード・トバコ及びアラブ首長国連邦により提出された。

¹⁸¹ なお、オーストラリア、デンマークが決議案に対する反対票を投じ、ベネズエラは棄権した。 W. O'Brien, "Reprisals, Deterrence and Self-Defense in Counterterrorism Operations", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 30 (1990), pp. 464 & 467.

総会においては米国を非難する決議が採択された¹⁸²。

(5) イラクに対する攻撃（1993年）¹⁸³

1993年6月26日、米国は、同年4月にクウェート訪問中のブッシュ前大統領に対するイラクによる暗殺計画が存在していたことに対応し、イラク情報部隊を目標とするトマホーク・ミサイルによる攻撃を敢行した¹⁸⁴。クリントン政権は、憲章第51条の下での伝統的自衛権に依拠したが、当該行為がイラクの体制におけるテロ基盤の破壊、テロ行為促進能力の減殺及び米国に対する将来にわたる攻撃的行為の抑止を目的としているとの主張もなされていることから判断するに、部分的にはあるが先制自衛（むしろ、それを超える予防自衛）をも援用しているといえよう¹⁸⁵。

当該攻撃はリビア空爆同様に、国際社会からの批判に晒された。しかし、批判の声自体はリビア空爆後のそれに比較して、低いものであった。また、国連においては、安保理、総会のいずれによる非難決議もなされなかった¹⁸⁶。なお、少数なりとも存在した米国に対する非難は、攻撃の切迫性という必要性も存在せず、事態を平和的に解決しようとする試みもなされなかったがゆえに、先制自衛の要件を満足していない¹⁸⁷、というものであった。

(6) スーダン及びアフガニスタンに対する攻撃（1998年）¹⁸⁸

1998年8月7日、ケニアのナイロビ及びタンザニアのダルエスサラームの米国大使館前で自動車爆弾が爆発し、三百名以上の死者及び四千五百名を超える負傷者が発生した¹⁸⁹。二週間後、米国はスーダン及びアフガニスタンにおけるオサマ・ビン・ラディン（Osama bin Laden）のテロリスト根拠地と見

¹⁸² 本決議において総会は、「1986年4月15日にトリポリ及びベンガジ両市に対して行われた軍事攻撃が地中海地域の平和と安全に対する重大な脅威となることを深く憂慮する。」とともに、リビアに対する攻撃を「国連憲章及び国際法に対する違反である。」と非難した（賛成：79、反対：28、棄権：33）。G. A. Res. 41/38, 41st Sess., 78th plenary meeting (November 20, 1986) at <http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r038.htm> (as of October 23, 2008).

¹⁸³ See generally Alexandrov, supra note 149, pp. 186-8.

¹⁸⁴ Id. See also J. Beard, "Military Action Against Terrorists Under International Law: America's New War on Terror: The Case for Self-Defense under International Law", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 25 (2002), p. 561.

¹⁸⁵ Alexandrov, supra note 149, pp. 186-187; Glennon, supra note 142.

¹⁸⁶ さらに、中国のみが公式に米国の行為を疑問視したが、フランス、ドイツ、ロシア、カナダ及び英国全てが、当該行為に理解を示す趣旨の声明を発表した。R. Hendrickson, "Article 51 and the Clinton Presidency: Military Strikes and the U.N. Charter", *Boston University International Law Journal*, Vol. 19 (2001), pp. 214-5; Beard, supra note 184, p. 563.

¹⁸⁷ Ids.

¹⁸⁸ See generally Gray, supra note 44, p. 163; F. Biggio, "Neutralizing the Threat: Reconsidering Existing Doctrines in the Emerging War on Terrorism", *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 34 (2002), pp. 15-6.

¹⁸⁹ Biggio, supra note 188, pp. 1-2.

られる目標に対し、トマホーク・ミサイル攻撃を実施した¹⁹⁰。クリントン政権は、憲章第 51 条に従った伝統的自衛に依拠するとともに、当該行為は、米国市民及び施設に対するさらなるテロ攻撃の脅威への必要、かつ均衡した対応であったと述べ、部分的に先制自衛の理論をも援用した¹⁹¹。

他方で、「クリントン政権はミサイル攻撃を正当化するために先制自衛の理論に依拠してはならず、むしろ、実際の武力攻撃に対応した伝統的な自衛の理論を援用した¹⁹²。」との意見や「ケニア及びタンザニアにおける爆発は、ビン・ラディンの計画が単に可能性ではなく、現に進行中であることを示しており、ウェブスター一定式の要求があるとしても、ビン・ラディン一派による新たな攻撃の危険は、米国の行動を正当化するものである¹⁹³。」との主張もある。しかしながら、当初のテロ攻撃と米国による対応との間の二週間という遅延を鑑みるに、米国が伝統的自衛及び（部分的に）先制自衛の双方に依拠していたと見るのが妥当であろう。

当該事象に対し、安保理は、米国の軍事行動を評価するための公式の会合すら行わなかった¹⁹⁴。なお、国際社会の反応は、一般的に米国を支持するものであり、少なくとも米国の立場を理解するというものであった¹⁹⁵。これに対し、米国の行動を批判する意見は、当該行動はウェブスター一定式を満足していない、すなわち、攻撃の必要性がなく、平和的手段も尽くされていないうえに、対応の均衡性をも欠いている¹⁹⁶、というものであった。

2003 年以前に生起した上記の六つの事例からは、主に米国及びイスラエルが先制自衛の理論を持ち出し、当該理論援用の動きを求め、少なくとも彼ら自身の見解においてはその理論に従って行動したということが見出される。

これに対する国際社会の反応としては、理論的には先制自衛を容認するよう

¹⁹⁰ W. Reisman, "Legal Responses to International Terrorism", *Houston Journal of International Law*, Vol. 22 (1999), p. 47.

¹⁹¹ Hendrickson, *supra* note 186, p. 220. *See also* Glennon, *supra* note 142; S. Magenis, "Natural Law as the Customary International Law of Self-Defense", *Boston University International Law Journal*, Vol. 20 (2002), p. 427.

¹⁹² J. Lobel, "The Use of Force to Respond to Terrorist Attacks: The Bombing of Sudan and Afghanistan", *Yale Journal of International Law*, Vol. 24 (1999), p. 544.

¹⁹³ R. Wedgwood, "Responding to Terrorism: The Strikes Against Bin Laden", *Yale Journal of International Law*, Vol. 24 (1999), pp. 564-5.

¹⁹⁴ Lobel, *supra* note 192, p. 537.

¹⁹⁵ もっとも、これは米国に対する伝統的な支援又は抗議を反映したものと見ることもできる。例えば、英国、ドイツ、オーストラリア、ニュージーランド及びイスラエルは、米国による攻撃を支持、フランス、日本及びイタリアは、形式的な支持の声明を発表した。ロシア、パキスタン及びアラブ諸国の一部が非難の声明を發し、中国は当初、曖昧な態度であったが、後に米国の行為を批判した。 Lobel, *supra* note 192, pp. 538, 540 & 556-7; Beard, *supra* note 184, p. 564; Biggio, *supra* note 188, p. 15.

¹⁹⁶ Bonafede, *supra* note 173, pp. 180-1.

にも見受けられるが、これまでのところ、その適用に関しては否定的なものが大勢を占めており、また、先制自衛の理論自体を完全に否定するものも存在する、と見るのが妥当であろう¹⁹⁷。なお、先制自衛理論の存在を支持する諸国は通常、その根拠を国連憲章第 51 条に求めているが、場合によっては、より一般的な固有の先制自衛というものに言及し、国連憲章とは別の、併存しているとされる慣習国際法としての先制自衛を想起させているといえよう¹⁹⁸。

他方、国連の対応に関しては、明確な傾向を見出し難い点は否めない¹⁹⁹。これは、国連自体が法的というよりも、むしろ政治的機関であることに起因しているものと推察される。

2 イラクの自由作戦 (Operation Iraqi Freedom) (2003 年)

2003 年以降の最近の事例として、イラクの自由作戦 (Operation Iraqi Freedom) (以下、OIF) を取り上げる。

一般に、イラクに対する武力行使の正当化のために二つの主張がなされている。一つは、OIF が安保理決議第 678 号²⁰⁰及び 687 号²⁰¹の継続的効力並びに第 1441 号²⁰²に対する「重大な違反 (material breach)」を根拠に承認されたとするものである²⁰³。もう一つは、予防的自衛権の正当な行使として合法で

¹⁹⁷ 例えばサピロは、「キューバ・ミサイル危機 (1962 年)」、「中東・六日戦争 (1967 年)」及び「イラク原子炉爆撃 (1981 年)」について、いずれの事例においても当事国は、先制自衛のみを根拠としての武力行使の正当化には成功し得なかった、と評価している。 Sapiro, *supra* note 41, p. 601. *See also*, Franck, *supra* note 75, pp. 99-107; Gray, *supra* note 44, pp. 129-32.

¹⁹⁸ Martinez, *supra* note 121, p. 145.

しかしながら、この立場をとるとしても、国家実行に対する国際社会の反応の不一致というものは、切迫した脅威の構成に係る判断に使用される伝統的な基準の曖昧性を示すものであり、慣習法としての存在を弱める効果をもたらしているとするのが妥当であろう。 *See* M. Rockefeller, "The "Imminent Threat" Requirement for the Use of Preemptive Military Force: Is it Time for a Non-Temporal Standard?", *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 33 (2004), pp. 134-5.

¹⁹⁹ あえて分類すれば次のような要約がなされる。

- (1) 上記のうち三つの事例 (キューバ・ミサイル危機、イラク攻撃 (1993 年) 及びスーダン・アフガニスタン攻撃) においては、安保理も総会も、何らの措置を取らなかった。
- (2) 六日戦争において、安保理はイスラエルの行為を明確に非難しているとはいえない決議を採択した。
- (3) リビア空爆の際には、安保理は措置を取らなかったが、総会は米国の行動を明確に非難する決議を採択した。
- (4) イラク原子炉破壊に関しては、安保理がイスラエルの行為を明確に非難する決議を採択した。

²⁰⁰ クウェートを侵攻したイラクに対して、アメリカを中心とする多国籍軍に「必要なすべての措置 (all necessary means)」をとる権限を与えたものである。 S. C. Res. 678, U.N. Doc. S/RES/678 (November 29, 1990).

²⁰¹ イラクに対して、国際機関による監視の下、大量破壊兵器や射程百五十キロ・メートル以上の弾道ミサイルなどを破壊又は撤去することを求めたものである。 S. C. Res. 687, U.N. Doc. S/RES/687 (April 3, 1991).

²⁰² イラクが安保理決議 687 号に違反していると断定し、イラクに対して、大量破壊兵器や弾道ミサイルの検証可能な破壊又は撤去を履行しないと「深刻な結果 (serious consequences)」をもたらすと通告したものである。 S. C. Res. 1441, U.N. Doc. S/RES/1441 (November 8, 2002).

²⁰³ *See*, P. McLain, "Settling the Score With Saddam: Resolution 1441 and Parallel Justifications for the Use of Force Against Iraq", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 13 (2003), pp. 257-8.

あるとする主張である²⁰⁴。米国の実際の立場としては、これら二つの正当化事由を混合させていると思われる²⁰⁵。

先制自衛理論の適用としての OIF の性格は、イラクに対する介入前のブッシュ大統領による声明により、その色合いをさらに濃厚にしている。紛争の開始に際し大統領は、「イラクのもたらす脅威の性質及び態様を含め、合衆国は常に、国連憲章第 51 条において認められている固有の自衛権の行使を続行し得るわけである²⁰⁶。」という点を強く主張した。さらに、2002 年 9 月に公表された「アメリカ合衆国の国家安全保障戦略²⁰⁷」（以下、「国家安全保障戦略」）も、伝統的な自衛の理論を憲章の枠組みを超えて拡大しようという米国の要求を明白に示している。以下、「国家安全保障戦略」に見られる種々の記述をもとに、OIF の底流にある先制・予防自衛への回帰を検証する。

まず、テロリスト及び無法国家²⁰⁸ (rogue state) に対してとり得る行動には、彼らの行う武力による威嚇又は武力行使の抑止や、彼らの行為に対する現実の対応に限らず、「未だ完全に構成されていないまでも、その出現しつつあ

²⁰⁴ Nabati, *supra* note 45, p. 788; Sapiro, *supra* note 41, p. 599. *See also* A. Eckert & M. Mofidi, “Doctrine or Doctrinaire-The First Strike Doctrine and Preemptive Self-Defense Under International Law”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 12 (2004), p. 128; Martinez, *supra* note 121, p. 123.

²⁰⁵ *See* Joint Resolution to Authorize the Use of United States Armed Forces Against Iraq (October 2, 2002) at <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/10/20021002-2.html> (as of October 23, 2008).

また、米国国務省の法務官は、次のように示している。

「イラクによる大量破壊兵器の保有及びその使用を防止することが有志連合部隊 (coalition forces) の主要な目的である。... 米国及び国際社会は、長期にわたり確認されてきたようにイラクによる過去の行為及びそのもたらす脅威に直面して、予防的な武力を行使するための確固とした根拠を得た。予防的な武力行使は、疑いなくイラクによって開始され拡大しつつある紛争という事実及び安保理決議との両立性により、明らかに合法である。」

W. Taft IV & T. Buchwald, “Preemption, Iraq, and International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 97 (2003), p. 563. *See also*, J. Yoo, *supra* note 45, p. 575; J. Ramirez, “Iraq War: Anticipatory Self-Defense or Unlawful Unilateralism?”, *California Western International Law Journal*, Vol. 34 (2003), p. 20.

²⁰⁶ Report In Connection With Presidential Determination Under Public Law 107-243, at http://www.c-span.org/resources/pdf/Report107_243.pdf (as of October 23, 2008).

²⁰⁷ President George W. Bush, The National Security Strategy of the United States of America (September 17, 2002) [hereinafter National Security Strategy] at <http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf> (as of October 23, 2008).

²⁰⁸ 2002 年のブッシュ大統領の一般教書演説においては、「悪の枢軸」(axis of evil) がイラク、イラン及び北朝鮮から構成されることが確認されていた。George W. Bush, U.S. President, State of the Union Address (January 29, 2002), at <http://whitehouse.gov/news/releases/2002/01/20020129-11.html> (as of October 23, 2008). したがって、同年発表された「国家安全保障戦略」では、当該諸国が無法国家として考慮の焦点とされていたといえる。なお、2006 年に発表された「国家安全保障戦略」においては、「イラクの自由作戦」を通じて申し立てられた同国の脅威とともに、圧政的な「嫌悪の七角形」(heptagon of hate)、すなわち、北朝鮮、イラン、キューバ、シリア、ベラルーシ、ミャンマー及びジンバブエにまで、懸念の対象が広がられている。The National Security Strategy of the United States of America (March 2006), at <http://www.whitehouse.gov/nsc/NSS/2006/NSS2006.pdf> (as of October 23, 2008). もっとも、現実的な注意を惹いているのは、北朝鮮 (大量破壊兵器による脅威関連)、イラン (テロリズム支援及び大量破壊兵器による脅威関連) 及びシリア (テロリズム支援関連) の三か国である。See C. Henderson, “The 2006 National Security Strategy of the United States: The Pre-emptive Use of Force and the Persistent Advocate”, *Tulsa Journal of Comparative & International Law*, Vol. 15 (2007), p. 7.

る脅威に対する²⁰⁹」行為も含まれるとしている。また、米国は、テロリストが米国民や米国に危害を加えることを防ぐため「必要ならば単独で行動し、先制して自衛権を行使することを躊躇するものではない²¹⁰。」とし、さらには、米国は「もはや、これまでのように受け身の対応にのみ依存することはできない。... 敵に先制攻撃を許すわけにはいかないのである。... 米国は危険が増大するのを何もせずに見ているわけにはいかない。」²¹¹とも述べている。

これらの根拠として、「何世紀にもわたり、国際法は、国家が攻撃を受けなくても、攻撃の差し迫った危険性をもたらす勢力に対しては合法的な自衛措置を取っても差し支えないことを認めてきた²¹²。」ことを挙げ、「我々は、差し迫った脅威の概念を、今日の敵の能力と目的に適応させなければならない。脅威が大きいほど、行動をとらないことの危険は大きく、また、敵の攻撃の時間と場所が不確かであっても、自衛のために先制攻撃を行う論拠が強まる。」²¹³ことを主張しているわけである。つまり、「国家安全保障戦略」は、予防的な武力の行使が国際法に従っているという確信の下に記されているといえる²¹⁴。

OIF の二つの正当化事由のうち、仮に過去の国連決議（安保理決議第 678 号、687 号及び第 1441 号）の効力が乏しいとされた場合²¹⁵、米国が、慣習国

²⁰⁹ National Security Strategy, *supra* note 207, para. 5 *in* Introduction.

²¹⁰ *Id.*, p. 6.

²¹¹ *Id.*, p. 15.

²¹² *Id.*

²¹³ *Id.*

ここにおいて、先制自衛と予防自衛との明確な境界を表す指標ともいえる「切迫性」という要素が曖昧とされてしまうわけである。米国の意図は、予防的な武力行使という新たな戦略における法的議論の中心となるであろう「切迫性」の範囲の拡大を図ることに他ならないであろう。See A. Laursen, “The Use of Force and (the State of) Necessity”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 37 (2004), p. 489.

²¹⁴ 「より正確に言えば、国家安全保障戦略は『予防戦争理論』を明確に述べたものである。」という評価も存在する。See R. Falk, “Future Implication of The Iraq Conflict: What Future for the UN Charter System of War Prevention?”, *American Journal of International Law*, Vol. 97 (2003), p. 598.

²¹⁵ なお、本論文の目的は、過去の国連決議が米国の行為を正当化する法的根拠となり得るかを議論するものではないため、この第一の主張については深く言及しない。しかしながら、本仮定をとる上で必要な範囲で概観すれば、次のようになる。

まず、米国の述べた侵攻の法的根拠（国連決議に係るもの）としては、

- 1 1990年8月のイラクのクウェート侵攻に対し、安保理は同年11月、決議第678号を採択し、国連加盟国に対し、イラクに関する安保理決議を維持し、「当該地域における国際の平和及び安全を回復する (restore international peace and security in the area)」ために「必要なすべての手段をとる (use all necessary means)」権限を付与した。
- 2 イラク軍がクウェートから駆逐された後、安保理は1991年4月、「停戦 (cease-fire)」決議 (第687号) を採択し、締結された停戦の条件として、イラクに対し広範囲にわたる軍備縮小を含む一連の義務を課した。決議第687号は、イラクに対する武力行使の承認を「一時中止 (suspend)」させるものではあったが、当該承認を「終止 (terminate)」させるものではなかった。
- 3 イラクは、大量破壊兵器計画を明らかにし、中止し、かつ破棄することを行わなかったことにより、その軍備縮小の義務に「著しく違反 (materially breached)」した。安保理は再三にわたるイラクによる「著しい違反 (materially breach)」を認識し、2002年11月、イラクに対し「当該軍縮を履行する最後の機会 (a final opportunity to comply with its disarmament obligations)」を与え、履行しない場合には「重大な結果 (serious consequences)」をもたらす旨を警告する決議第

際法上の先制的自衛に依拠して自己の武力行使を正当化し得るためには、次の五つの事項に係る明確で、信用に足り、適切、かつ説得力のある証拠を示す必要がある。

- 1) さらなる安保理での討議を待つだけの余裕がない緊急の状況であった（事態の緊急性）。
- 2) イラクに対する単独²¹⁶での武力行使が、イラクによる攻撃の切迫性から米国を防衛するために必要なものであった（必要性）。
- 3) イラクに対する単独での武力行使の規模が、イラクによる攻撃という脅威を排除することに均衡するものであった（均衡性）。
- 4) 米国は他の全ての平和的手段を尽くしたか、または当該手段が実現不可能であった。

1441号を全会一致で採択した。

4 決議第 687 号に対する著しい違反は、停戦の根拠を除去し、決議第 678 号の下での武力行使の承認を復活させることとなる。これは、安保理の実行としても 1993 年 1 月に先例が見られる。

5 イラクによる長期間の不履行は、2003 年 3 月の武力行使の必要性を示すに十分な要素であった。しかし、上記の主張は多くの点で説得力を欠くものとなっている。例えば、

- 1 決議第 678 号により承認された武力行使は、クウェートからイラク軍を撃退するためのものであり、停戦決議違反に対するものではない。その承認は、目的が達成された 1991 年に消滅しており、十年以上も経過した時点におけるイラクに対する武力行使の正当化事由としては主張され得ない。
- 2 決議第 687 号の文言及び当該決議採択時の議論のいずれから、当該決議が、イラクに対する一般的な武力行使承認の継続を包含するという見解は導かれ得ない。また、仮に決議第 678 号が復活するとしても、その及ぶ範囲は「重大な違反」を是正するための武力行使に限定されるはずである。
- 3 停戦決議は、国連安保理とイラクの間の合意であり、当該決議違反が当事国（機関）以外に何らの権限を付与するものではない。

See generally S. Murphy, “Assessing the Legality of Invading Iraq”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 92 (2004). *See also* W. Nagan & C. Hammer, “The New Bush National Security Doctrine and the Rule of Law”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 22 (2004), p. 413; J. Paul, “The Bush Doctrine: Making or Breaking Customary International Law?”, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 27 (2004), p. 459; B. Saul, “The Legality of the Use of Force Against Iraq in 2003: Did the Coalition Defend or Defy the United Nations?”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 8 (2003), p. 275; D. Sarooshi, *The United Nations and the Development of Collective Security: The Delegation by the UN Security Council of its Chapter VII Powers*, (Oxford University Press, 1999), pp. 231-2; D. Morriss, “From War to Peace: A Study of Cease-fire Agreements and the Evolving Role of the United Nations”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 36 (1996), pp. 822-3.

さらに、決議第 1441 号についていえば、次の理由から武力攻撃の正当化事由とはされないとの主張がある。

- 1 安保理は、「重大な結果」がいかなるものかについて、具体的に示していない。
- 2 安保理は、この問題に引き続き積極的に取り組むことを決定している。
- 3 当該決議がイラクに対する軍事攻撃を承認するものであるならば、その旨の文言により、明確に規定されなければならなかった。
- 4 米国、英国及びスペインは、イラクに対する武力行使を明確、かつ直接的に承認する旨の別決議案の提出を試みていた。

N. Schultz, “Was the War on Iraq Illegal?: The German Federal Administrative Court’s Judgment at 21st June 2005”, *German Law Journal*, Vol. 7 (2005), pp. 30-1.

²¹⁶ 実際には、英国及びオーストラリアとともに OIF が開始されたが、多数国 (multilateral) によるものの対比としては、単独 (unilateral) という用語を用いることに問題はないであろう。

- 5) 米国がイラクによる将来の切迫したテロ攻撃を予防するためであったと申し立てるのであれば、テロリスト組織への国家的支援という要件を満足していたか。

上記に関し、1) ~ 3) の三点²¹⁷について検討する。まず、「事態の緊急性」に関しては、2002 年以降、安保理を通じてイラクへの対応を画策していた米国が、最終的に安保理を迂回 (bypass) したことを正当化する事由とはなり得ない。むしろ、イラクに対する武力行使を安保理が承認することの可能性の低さを認識し、米国の望む絶好の機会 (タイミング) で安保理を迂回したという見方²¹⁸が妥当であろう。また、「必要性」についても、イラクにおける大量破壊兵器等の存在²¹⁹及びアル・カイダに対するイラクの国家的支援という二点において、イラクによる武力攻撃の切迫性という要素を満足するものではなかった²²⁰。さらに、「均衡性」に関しても (そもそも、必要性を満たさない状況で、均衡性を論ずることには意義を見出せないわけであるが、仮に必要性が満たされていたとしても)、米国の行動は切迫した脅威の除去という目的に均衡したものでなければならず、それより広く指向されるもの、例えば、体制変換 (regime change) などは、たとえ、それが民主主義の回復や地域の安定を目的とするものであったとしても認められないわけである²²¹。

²¹⁷ 残りの二点についていえば、国際社会における検討結果がなされていないか、または困難であること、さらにいえば、最初の三点に関し否定的な回答がなされるために、検討の意義も喪失されるわけである。

²¹⁸ Martinez, *supra* note 121, p. 184.

²¹⁹ もっとも、ブッシュ政権は、米国の安全保障に対する重大な脅威が存在すると思われる場合においては、不確実性も、信頼できる証拠の欠如のいずれも、予防的措置を排除し得るものではないと主張している。 National Security Strategy, *supra* note 207, pp. 15-6.

このような主張の背景には、次のような分析があるものと思料される。

「イラクにおける大量破壊兵器の不存在は、米国が第二次湾岸戦争のために用いた予防自衛という理論的根拠を希薄にしたわけであるが、ブッシュの主張する予防自衛自体を損なわせるためには無意味といっても差し支えないものであった。予防自衛に係る他の全ての証拠の提示が失敗に帰したとしても、当該主張の支持者たちは、正に予防自衛において期待されるどころの、サダム・フセインは悪人であり、彼を権力の座から引きずり下ろすことにより国際社会は利益を得る、と指摘するであろう。すなわち、元々事実に基づく主張ではない予防自衛には、事実に基づく反証は何の効果も持たないわけである。」

Woods & Donovan, *supra* note 45, p. 496, n. 67.

²²⁰ See P. McLain, *supra* note 203, p. 278.

もちろん、当時のイラクを巡る情勢を鑑みれば、国際の平和及び安全に対する脅威の存在を根拠に、国連憲章第 7 章の枠組みにおける安保理による集団的措置の法的根拠にはなり得たと考量される。 Martinez, *supra* note 121, p. 187.

²²¹ 国際法学者は、民主的統治なる権利の存在について議論を重ねてきたが、これまでのところ、民主主義が軍事的行動を正当化するという主張をなす者は存在していない。 G. Fox & B. Roth (eds.), *Democratic Governance and International Law* (Cambridge University Press, 2000), p. 389.

政府を打倒することも認められ得るとするような広範囲に及ぶ先制自衛の概念は、国際の平和及び安全を構成する基本的な制度に対する極めて深刻な侵害であろう。 B. Roth, "Terrorism and the Inherent Right to Self Defense", *Michigan State University-DCL Journal of International Law*, Vol. 10 (2001), p. 549.

第5項 国連憲章第51条の今日的意義

先に検討したとおり、憲章第51条の起草過程及び文言の解釈からは、当該条項と先制自衛との関係を明確に示すものは導かれ得なかった。また、諸国家の実行からも上記の一助となり得るようなものを提供するような明確な傾向を捉えることは困難であったといえる。さらには、これに関する学説上の対立が収斂する気配を見せていないことも²²²、この裏付けとなるものであろう。

しかしながら、この仮のものとしての暫定的な見解というものは、あくまでも微視的（micro）な視点、すなわち、各要素を個別的に観察したことにより導出されたものであり、それらを巨視的（macro）な観点から総合的、かつ包括的に観察することにより、別な分析結果としての国連憲章第51条の今日的意義が浮き出てくるものと考えられるわけである。つまり、憲章の起草過程及び文言というものは、あくまでも1945年当時の国際社会の構造及び背景、とりわけ人類未曾有の大惨事としての第二次世界大戦を反省し、そのような世界的紛争の再発を防止しようという認識を共有しつつも、すでに萌芽しつつあった冷戦構造を底流としていた一断面の結実に過ぎないという見方が可能なわけである。これに加えて、当時から連綿として変化していない憲章の趣旨及び目的である「国際の平和及び安全の維持²²³」という静的（static）な層（layer）及び諸国家の意識（国家が何をしたかという実行ではなく、何を意図又は企図していたかということ）という動的（dynamic）な層を併せて観察することにより、1945年当時に存在していたとされる慣習国際法が、果たして当時のままの姿で存続しているのかという「視点」が提供されるわけである。

この視点に関しては二つの考え方が可能であろう。一つは、1945年以前の

²²² 浅田「前掲論文」（注46）287頁。

²²³ 国連憲章前文は、次のように唱っている。

「われら連合国の人民は、われらの一生のうちに二度まで言語に絶する悲哀を人類に与えた戦争の惨害から将来の世代を救い、基本的人権と人間の尊厳及び価値と男女及び大小各国の同権とに関する信念をあらためて確認し、正義と条約その他の国際法の源泉から生ずる義務の尊重とを維持することができる条件を確立し、一層大きな自由の中で社会的進歩と生活水準の向上とを促進すること、並びに、このために、寛容を実行し、且つ、善良な隣人として互に平和に生活し、国際の平和及び安全を維持するためにわれらの力を合わせ、共同の利益の場合を除く外は武力を用いないことを原則の受諾と方法の設定によって確保し、すべての人民の経済的及び社会的発達を促進するために国際機構を用いることを決意して、これらの目的を達成するために、われらの努力を結集することに決定した。…」

U.N. Charter, *supra* note 78, Preamble.

また、同第1条第1項は国際連合の目的の一つとして、次の規定を設けている。

「国際の平和及び安全を維持すること。そのために、平和に対する脅威の防止及び除去と侵略行為その他の平和の破壊の鎮圧とのため有効な集団的措置をとること並びに平和を破壊するに至る虞のある国際的の紛争又は事態の調整又は解決を平和的手段によって且つ正義及び国際法の原則に従って実現すること。」

Id., art. 1 (1).

慣習法に依拠している反制限主義論者の主張と密接に関連するものである。

「1945年時点における慣習国際法が、憲章中に留保されているわけである。第51条の『固有の自衛権』という文言は、動的（その意義が変化し得るような）な用語ではなく、1945年の慣習国際法における自衛権の範囲は、爾後の国家実行に照らしての制限という影響を受けるものではない。」²²⁴

すなわち、1945年以前の慣習法が、変化することなく存続しているという見方である。しかしながら、ウェブスター定式に具現化されている慣習国際法の自衛権に依拠する限りにおいて、前項において検討を加えた（全面的又は部分的に）先制自衛とされる国家実行を全て妥当なものとして結論付けることは困難である。そこで二つ目の見方として、次のような反論が呈され得る。

「自然法概念に基づく予防的武力行使の概念は、十九世紀には実定法として存在していた。しかしながら、それを示すウェブスター定式が十九世紀の法に関するものであるという限りにおいて、今日的には厳格に過ぎるものである。」²²⁵

これは、1945年以前の慣習法の存続を認めつつも、それがより緩和的に変化してきていることを主張するものである。確かに、ウェブスター定式が静的なものではなく、状況に応じて適宜、適用され得るものである、ということは理解できる。しかしながら、ウェブスター定式が緩和的に適用されるという確立された概念が、憲章発効時において生残していたこと、または、それ以降に復活したことを示す国家実行はないといえるわけである²²⁶。

上記の二つの見方は、1945年当時に存在していたとされる「先制自衛を容認する慣習国際法」が現在においても存在しているという点においては共通しているが、その存続の形態、すなわち、爾後の国家実行の影響を受けることなく存続しているのか（静的）、環境の変化に伴い緩和的に適用されるべく変化しているのか（動的）という点において相違を有しているわけである。

しかしながら、いずれの見方においても、国家が先制自衛としての武力行使の正当性を強く主張するための根拠としては十分なものではないであろう。言い換えれば、当該根拠は未だ論争の的になる状態のままであるということであ

²²⁴ See Gray, *supra* note 44, pp. 98-9.

²²⁵ See McDougal, *supra* note 54, p. 598.

²²⁶ McDougal, *supra* note 54, p. 598.

る²²⁷。その場合に、諸国家の実行として、根本的な論理に関する議論を避けるために「武力攻撃」というものの意義を拡大して解釈する傾向が窺える。すなわち、慣習国際法の下で認められていた広範な権利を明確に主張するのではなく、むしろ「武力攻撃」の存在を幅広く認めることにより、当該実行を憲章第 51 条の枠内に無理やりに持ち込もうと「意図」するわけである²²⁸。

結論としては、この点においてこそ（上記の「意図」に断固として対抗しなければならないものとして）憲章第 51 条の今日的意義が見出されるといえよう²²⁹。裏を返せば、憲章第 51 条にいう「武力攻撃」は、現実の武力攻撃（生起したものであり、おそれのあるものを含むものではない。）を意味しており、攻撃のおそれを認識した場合における武力による対応は、「武力攻撃」という文言がより広い意味で解釈される場合²³⁰にしか合法とされ得ないということである。

第 3 節 海上阻止活動への先制自衛・予防自衛の援用が内在する危険性

幸いなことに、先制自衛・予防自衛は未だ、海上における阻止活動に関連しては直接的な援用の主張がなされてはいない²³¹。しかしながら、先制自衛一

²²⁷ 国際司法裁判所が、先制自衛の正当性についての言及を慎重に回避している点も、この証左であろう。See Nicaragua, supra note 77, p. 103 (para. 194).

²²⁸ See Gray, supra note 44, p. 133.

²²⁹ また、法的なものとは別に政策的な観点からも、次のような結論が導かれ得る。

「第 51 条中の『武力攻撃が発生した場合』という文言に表される厳格な制限は、多くの文脈において問題となっている様々な政策、すなわち、平和、安全、民族の平等権・自決権及び紛争の平和的解決の必要性並びに共通利益のための場合を除いては武力が行使されないことを確認する必要性等に適うものである。また、少なくとも、正当な自衛のためでありながらも、厳密には軍事力が必要とはされない場合において、多様な種類の言い訳の下になされ得る一方的、かつ予防的攻撃を禁止する意図を有するものであろう。」

J. Paust, “Use of Armed Force against Terrorists in Afghanistan, Iraq, and Beyond”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 35 (2002), pp. 537-8.

²³⁰ See O’Connell, supra note 44, pp. 8-9; Henkin, supra note 109, p. 144.

²³¹ しかしながら、理論的根拠の問題としては、米国主導の海上阻止戦略は一部において自衛に基づくという見方も可能である。例えば、PSI における米国の交渉代表であったボルトン (John Bolton) は「自衛権により、北朝鮮船の阻止は正当化され得る。」と述べている。See R. Weiner, “Proliferation Security Initiative to Stem Flow of WMD Materiel,” *Center for Non-Proliferation Studies*, July 16, 2003 at <http://cns.miiis.edu/pubs/week/030716.htm> (as of October 23, 2008). See also J. Garvey, “The International Institutional Imperative for Countering the Spread of Weapons of Mass Destruction: Assessing the Proliferation Security Initiative”, *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 10 (2005), p. 134.

さらに、「仮に、潜伏中のテロリストが切迫した攻撃を計画中であるか、または切迫した攻撃を実行するという目的のために武器が輸送されているような場合においては、先制自衛の理論の下、国連憲章第 51 条に基づく自衛措置のために当該攻撃が生起するまで待つ必要はなく、切迫した攻撃を防止するために措置をとり得ることとなる。そのような疑いのある船舶に船長の同意を得ることなく乗船し、検査を行い、乗員・乗客から認証データを採取することは、潜在する脅威に比して均衡性を有するものと見なされ得よう。」という見解も存在している。See S. Hodgkinson et al., “Challenges to Maritime interception Operations in the War On Terror: Bridging the GAP”, *American University International Law Review*, Vol. 22 (2007), p. 640.

一方で、チャーチル及びロウは、海上通商に対する自衛の主張に基づく干渉についての過去の事例を指摘し

般についていえば、伝統的に米国及びイスラエルが繰り返し当該権利を主張してきたことに加え、最近では英国²³²及びオーストラリア²³³も、同様の主張をなしている。また、米国の「国家安全保障戦略」が先制自衛を予防自衛にまで拡大しようとしていることに対し、米国の同盟国とはいえないインド、ロシア、イラン等が予防的自衛措置の正当性を認めるような言及をなしている²³⁴。

そこで、本節においては、「暴力のスパイラル」及び「援用の拡散」という一般的な危険性の論理から先制自衛及び予防自衛を評価するとともに、規範的側面にも焦点を当て、「人道的介入との相似」という傾向的な要素においても「国際の平和及び安全の維持」に対する副作用が存在し得ることを検証することとする。

第1項 暴力のスパイラル²³⁵

先制自衛又は予防自衛が武力行使の法的根拠として明白に（又は黙示的にも）援用された場合、当該武力行使という断面において、いかなる結果がもたらされるであろうか。これに関しては、二つの側面からの評価が可能であろう。

第一に、「相互状態（reciprocity）の瓦解」というものが容易に予想される。幸いにも国際社会の現状において、無制限な先制自衛や（制限的なものであっても）予防自衛に対する容認は、未だ確立されていない。すなわち、先制自衛・予防自衛の権利を主張している国は極少数に止まっており²³⁶、多くの国家は制限主義的な自衛権の概念を保持している状態といえよう。

しかし、先制自衛・予防自衛の権利を主張している国家同士が相互に武力行

ながらも、1956年から62年までのアルジェリア紛争におけるフランスの干渉に対する国際の反応及び1982年のフォークランド/マルビナス紛争においてアルゼンチンへ武器を輸送中の仏船に対し、英国が干渉しなかった実行が、公海上における外国船への立入根拠としての自衛の主張に対抗し得るものであると分析している。R. Churchill & A. Lowe, *The Law of The Sea*, 3rd ed. (Manchester University Press, 1999), pp. 216-7.

また、テロリストに対する先制自衛の適用を支持する立場、大量破壊兵器の取得に対する同適用を支持するもの、及び、どちらに対しても先制自衛の援用が認められるとする主張については、それぞれ、次を参照せよ。See Stahn, *supra* note 41; Bradford, *supra* note 43; L. Feinstein & A. Slaughter, "A Duty to Prevent", *Foreign Affairs*, Vol. 83, No. 1 (2004), pp. 136-50.

²³² Gathii, *supra* note 44, p. 94.

²³³ 例えば、バリ島のナイトクラブでの爆弾テロにより八十名以上のオーストラリア人が死亡した後、ハワード(John Howard)豪首相は、テロリストに対する予防的軍事行動を厭わないことを示唆している。See *Id.*, pp. 88-91; See also Kearley, *supra* note 86, p. 664, n. 2.

²³⁴ See W. Reisman & A. Armstrong, "The Past and Future of the Claim of Preemptive Self-Defense", *American Journal of International Law*, Vol. 100 (2006), pp. 545-6.

また、欧州連合(EU)は欧州安全保障戦略において、多国間主義の必要性及び国際の平和及び安全の維持のための国連安保理の一義的な責任を強調しながらも、予防という背景理論に対して支持を表明しているといわれている。See Henderson, *supra* note 208, p. 4.

²³⁵ モデル論的にいえば、「紛争スパイラル・モデル(the Conflict Spiral Model)」、すなわち、行為とそれに対する対応の悪循環により、激化がもたらされるという図式である。J. Rubin *et al.*, *Social Conflict: Escalation, Stalemate, and Settlement*, 2nd ed. (McGraw-Hill, 1994), p. 74.

²³⁶ Gathii, *supra* note 44, pp. 95-9.

使に訴えるという状況、例えば、米国対英国、英国対オーストラリア、あるいは米国対イスラエルという構図は、現在の国際関係においてはまず想定されない²³⁷。したがって、先制・予防自衛に依拠した武力行使は、当該権利を主張する国家が当該権利を許容しない国家に対して、これを行使する形態となり得る。その場合、後者は当然に、当該武力行使を違法なものとして認識する。後者の対応が前者に対する適切な、すなわち、必要性和均衡性の原則に合致した自衛権の行使に止まるのであれば（国際の平和及び安全にとっては望ましいものではないが）、それは正当な権利の行使である。しかし、そこに止まらない可能性がある。なぜなら、先制・予防自衛という国際社会において許容されていない概念を隠れ蓑としているという評価がなされることにより、国連憲章第2条第4項に対する単なる違反以上の行為という認識を与え得るからである。その結果、復讐なり、報復という、本来 *jus ad bellum* には馴染まない性質の対抗措置がとられる危険性が生じるわけである²³⁸。また、先制・予防自衛による武力行使とそれに対抗する武力行使という *Jus in bello* の構図においても同様の理由により、以下に示す戦争法の平等適用²³⁹という原則を瓦解さ

²³⁷ なぜなら、先制・予防自衛に係る実行（見解の表明も含む。）を分析するに、比較的少数ではあるが強力な国家が団結し、当該理論の採用を相互に支持するという構図になっているからである。これらの国家とは、米国を中心として英国、イスラエル、オーストラリア、ロシア、イタリアであり、また、程度は弱まるものの日本及び台湾にまで及んでいる。See Gathii, *supra* note 44, p. 100.

²³⁸ 軍事力の使用というものは報復を招くこととなり、より烈度の高い暴力による対応を余儀なくされるわけである。G. Travalio, "Terrorism, International Law, and the Use of Military Force", *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 18 (2000), p. 179.

これを、特にテロリズムという文脈において捉えれば、次のように表すこともできる。

「武力は、テロリズムの長期的な解決にはならない。武力をもって対抗する国家は、それ自身を武力による報復及び武力の激化に晒すこととなる。このような状況は限定的な場面において、一定の国家にとっては許容されることもある。しかしながら、武力に対して武力をもって対抗することが、テロリズムを根絶するようには思われない。」

L. Murphy, "A Proposal on International Legal Responses to Terrorism", *Touro Journal of Transnational Law*, Vol. 2 (1991), p. 79.

²³⁹ 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）の前文には、次のような記述がある。

「千九百四十九年八月十二日のジュネーヴ諸条約及びこの議定書が、武力紛争の性質若しくは原因又は紛争当事者が掲げ若しくは紛争当事者に帰せられる理由に基づく不利な差別をすることなく、これらの文書によって保護されているすべての者について、すべての場合において完全に適用されなければならないことを再確認して、...」

Preamble of Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts of 8 June 1977, U.N.T.S., Vol. 1125 (1978), 7.

当該原則に関わる歴史的変遷は、次のとおりである。

「... 古代ギリシャ・ローマ文明の下では、*jus in bello* は国王国家間の正当な戦争にのみ適用されていた。中世においても同様であったが、そこではキリスト教徒間の戦争においてのみの適用であった。国際法の父と呼ばれるグロチウスは、*jus in bello* と *jus ad bellum* との区別を強調することにより、それまでの原則を変更した。その主な理由は、合法的に武力に訴えたか否かを決定する裁定者の不在というものであった。カントも裁定者の欠如に関して、グロチウスと意見を共有していた。武力の行使に関わる法体系を区別することにおいて、グロチウスは、如何にして紛争が開始されたかに拘わりなく、*jus in bello* が紛争の両当事者に平等に適用されることを強調したわけである。ヴィットリアも同様に、紛争の両当事者ともに正戦を主張するであろうことを理由として、*jus ad*

せる危険性がある²⁴⁰。

「無差別戦争観²⁴¹の下では交戦国は『合法的』に戦争を行っていることになるので、戦争法適用に差別はないが、戦争が違法化された下では、少なくともどちらか一方が違法であることになる。この時、違反国に戦争法上の権利を平等に与えるのはどうか、という議論がある。しかし、違反国に対して差別適用する（実際には当該国の捕虜や文民の扱いに差をつけることになる）と、その報復手段が講じられる危険性があり、かえって状況を悲惨なものとするおそれがある。したがって、違反国に対しても戦争法を平等に適用する。」

第二に、均衡性に係る問題がある²⁴²。先制・予防自衛においては未だ現実の武力攻撃は発生していない。未だ発生していない武力攻撃との関係において、いかにして、また、いかなる均衡を図るのであろうか。これは事実上、不可能であろう²⁴³。そもそも、単なる脅威に実際の武力をもって対応することは、

bellum が *jus in bello* を決定し得るものではないと主張した。*jus in bello* は、二十世紀においても紛争の両当事国に対し、平等に適用され続けているのである。」

J. Fry, “The UN Security Council and the Law of Armed Conflict: Amity or Enmity?”, *George Washington International Law Review*, Vol. 38 (2006), pp. 330-1.

²⁴⁰ これは原則としてだけでなく、事実としても差別適用された事例はない。アブ・グレイブ (Abu Ghraib) 収容所におけるイラク人抑留者に対する虐待に関し、それが平等適用の例外であるとの見方もなされ得るが、そもそもタリバン又はアル・カイダ構成員に対する戦争法の適用自体が国際法上の問題を孕んでいることから、平等適用の議論には馴染まないものである。また、被収容者に捕虜資格が認められると仮定しても、当該虐待は差別適用の事例ではなく、戦争法違反（戦争犯罪）と評価されるだけであろう。アブ・グレイブでの虐待に係る文献としては、E. Wallach, “Terrorism on Trial: The Logical Nexus between the Decision to Deny Application of the Third Geneva Convention to the Taliban and Al Qaeda and the Mistreatment of Prisoners in Abu Ghraib”, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol.36 (2004), pp.541-638 を参照せよ。

²⁴¹ 近代から十九世紀にかけて出現した「戦争に正義も不正義もなく、全ての戦争は合法であり、かつ許容される。国家は、正当な事由により、または不当な事由によっても、さらには何の事由がなくとも戦争に訴え得る完全な裁量を有している。」とする考え方である。このような考え方が出てきたのは、1648年のウェストファリア条約によって主権国家が誕生し、全ての国が少なくとも国際法上は、対等になったからである。この条約によって、中世のローマ法王の権威が失墜し、戦争当事国のいずれが正義であるかを判定する上位機関が消滅してしまったわけである。全ての国がお互いに正義を主張すれば、戦争は正義と正義の衝突になるわけであり、この帰結として、戦争には正義も不正義もないと考えられるようになったのである。例えば、十九世紀のドイツの軍人クラウゼヴィッツは、「戦争とは別の手段をもってする政治の延長」と主張した。主権国家には戦争をする権利があり、外交で決着がつかなければ、戦争で決着をつけるのもやむなしとされたのである。 See, e.g., Dinstein, *supra* note 129, p. 877.

²⁴² 浅田「前掲論文」(注46) 325頁。

²⁴³ オCONNELLは、予防自衛というものが戦争の非人道性に対する制限を取り除いてしまいかねないことを、次のように指摘している。

「予防自衛は、国家が武力を行使し得る時機に関する制限を損なわせるのみならず、いかにして武力を行使し得るかに係る制限をも損なわせるものである。今日、国家は、すでに生起した、又は計画されている攻撃に対しての均衡性を評価しているわけである。潜在的な攻撃の可能性に対する均衡性を評価するために、いかなる尺度が用いられ得るのであろうか。予防的な行為を実行中の国家は、将来の事象に関する主観的な決定を行っているとともに、予防のために必要とされる武力の程度に関しても主観的な決定をする必要に迫られるのであろう。」

O'Connell, *supra* note 44, p. 19. See also Eckert & Mofidi, *supra* note 204, p. 149; D. Ulrich, *A Moral Argument on Preventive War*, (Strategic Studies Institute of the U.S. Army War College, 2005), p. 12.

間違いなく不均衡であると主張されよう²⁴⁴。これに係る最悪のシナリオとしては、大量破壊兵器による攻撃（極めて甚大な破壊をもたらす）の脅威に対する自衛措置が大規模なものになり得ること、また、テロリストによる攻撃（時機及び場所に関する隠密性を有する）の脅威に対する自衛措置が時間的及び地理的制約を受けることなく行使され得る、というものが想定されよう。

仮に、武力行使を規律する規則が緩和された場合、現実の武力攻撃の発生を要件とする自衛の規則の下では防ぐことができたであろう紛争も生起してしまう可能性がある²⁴⁵。さらに、脅威の切迫性という依拠すべき基準が緩和された場合においても、自国が脅威に直面しているか否かという防御側の判断において、錯誤が生じる可能性は増加するであろう²⁴⁶。自衛権の援用拡大を主張する論拠となっている「核」に対する懸念が存在しているという現実においては、先制的自衛のいかなる正当化であれ、容易に「核戦争」の引鉄となり得るわけである²⁴⁷。

上記のいずれにしても、暴力を抑制しようという試みは結局、体をなすことなく、螺旋状に暴力の連鎖と拡大がもたらされることとなろう。そして、最終的には「武力行使の一般的禁止」原則という、過去の悲惨な経験から漸く得られた国際社会における最も重要であるといっても過言ではない原則の存続の危機をも招くことが懸念されるわけである²⁴⁸。

第2項 援用の拡散

次に、先制・予防自衛が武力行使の法的根拠として明白に（又は黙示的に

彼の脅威によってもたらされ得る潜在的な損害と私の行動の緊急性を評価し、均衡させることにより理論的な可能性は見出され得よう。しかしながら、国境に沿って何百両もの戦車が配置されているような明白な脅威及び切迫性が認められる場合は別として、道路の拡張、航空機等の増産及び軍隊の訓練等のような攻撃準備行為については、評価は困難、かつ微妙なものとなる。ましてや、テロ行為などは、より評価の困難性を増すだけであろう。 See Clemmons & Brown, *supra* note 177, p. 229, n. 75.

²⁴⁴ Brownlie, *supra* note 2, p. 259.

²⁴⁵ 当該状況においては、国家は、以前ほど武力の行使に関する抵抗を感じる事がなくなる。したがって、不適切な武力行使がなされる事象が増加し、国家間の暴力が新たに生み出され続けることとなろう。 Ramirez, *supra* note 205, pp. 23-4. See also Brownlie, *supra* note 2, p. 259; J. Quigley, "The Afghanistan War and Self-Defense", *Valparaiso University Law Review*, Vol. 37 (2003), pp. 558-9; Baker, *supra* note 119, pp. 45-6; Woods & Donovan, *supra* note 45, p. 489; Foley, B. "Avoiding a Death Dance: Adding Steps to the International Law on the Use of Force to Improve the Search for Alternatives to Force and Prevent Likely Harms", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 29 (2003), pp. 172-3.

²⁴⁶ Quigley, *supra* note 245, p. 560.

²⁴⁷ 先制的自衛の論理でいえば、第一撃を受けることにより自己の持つ大量破壊兵器が喪失してしまわないように、当該兵器の先制的な使用が現実には助長されてしまうという懸念がある。 Schmitt, *supra* note 130, p. 513.

²⁴⁸ 自衛の理論は国際の法秩序にとって重要である一方、国家間における武力の使用の禁止を損なう可能性を有している。自衛が適切な範囲内に止まらない限り、武力行使の禁止は意味をなさないものになってしまうのであろう。 *Id.*, p. 562. See also Henkin, *supra* note 109, p. 295.

も) 援用された場合、爾後の国際社会という断面において、いかなる結果がもたらされるであろうか。まず、おそらくは自衛というものが、国家主権の中心的、かつ根本的なものであるという仮定に立てば、主権国家の平等という観点から、全ての国は先制・予防自衛の権利を享受することとなる²⁴⁹。

また、この問題については、先制・予防自衛の合法性主張の急先鋒が米国であるということが大きな要素として考慮されなければならない。すなわち、米国が常に国際社会という舞台において特権的な地位を占めてきたがゆえに、米国のあらゆる政治的主張というものは、国際法に重大な影響を及ぼす可能性を有しているといえるわけである²⁵⁰。したがって、先制・予防自衛理論の米国による権威付けが、既存の国際法の原則を打倒する恐れは十分に現実性を有している²⁵¹。しかしながら、これは国際社会のみならず、米国に対してさえも危険を負わせる結果となり得る²⁵²。なぜなら、米国の実行によって創造された先例は、他国も同様にこれを使い得ることを意味しているからである²⁵³。米国は 1945 年以來、予防的な武力行使に反対する努力を傾注してきたにも関わらず²⁵⁴、予防自衛の先例は、「パキスタンがインドを、イランがイラクを、ロシアがグルジアを、アゼルバイジャンがアルメニアを、そして北朝鮮が韓国

²⁴⁹ したがって、米国により、イラクとともに「悪の枢軸」に含まれることとされた北朝鮮及びイランは、イラクが、すでに攻撃を受けた現在、米国を攻撃する法的権利を有しているといえることができるわけである。See, A. Anghie, “The War on Terror and Iraq in Historical Perspective”, *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 43 (2005), p. 49. See also S. Marks, “Branding the “War on Terrorism”: Is There A “New Paradigm” of International Law?”, *Michigan State Journal of International Law*, Vol. 14 (2006), pp. 114-5.

仮に、当該権利が国際社会における唯一の超大国である米国のみ、特権的に認められるとすれば、他の諸国による見境のない濫用の危険は抑制されよう。しかしながら、その場合においても、自制を喪失した当該超大国による濫用の危険は回避され得ない。See Reisman, *supra* note 44, p. 96.

²⁵⁰ S. Bellier, “Unilateral and Multilateral Preventive Self-Defense”, *Maine Law Review*, vol. 58 (2006), p. 528.

²⁵¹ このことは、アナン国連事務総長による米国の新戦略に対する次のような言及にも窺える。

「(米国の新戦略は、) 過去五十八年間、世界の平和及び安定が不完全ながらも頼りとしてきた原則に対する根本的な挑戦を呈している。... 私は、当該戦略が採用された場合、正当化の有無如何にかかわらず、一方的、かつ不法な武力行使の拡散をもたらす先例になる可能性があることを懸念するものである。」

Kofi Annan, U.N. Secretary General, Address to the U.N. General Assembly (September 23, 2003), at <http://www.un.org/webcast/ga/58/statements/sg2eng030923> (as of October 23, 2008). See also Schmitt, *supra* note 131, p. 513.

²⁵² 軍事力の使用というものが法的に明確に確立されていない状況において軍事力を使用することは、米国が「逆の立場」にある環境において同様の正当化が(直接的に又は類推的に)行われる可能性を醸し出すものである。Travalio, *supra* note 238, pp. 179-80. See also Gardner, *supra* note 154, p. 588.

²⁵³ もし、実行がある頻度で繰り返しなされ、他国も徐々に当該実行を模倣するようになった場合、最初の実行は、非行として永久に非難されるよりも、先例と見なされ始めるであろう。T. Farer, “The Prospect for International Law and Order in the Wake of Iraq”, *American Journal of International Law*, Vol. 97 (2003), p. 623. See also O’Connell, *supra* note 44, p. 19; Kelly, *supra* note 100, p. 33; Martinez, *supra* note 121, pp. 164-5; Eckert & Mofidi, *supra* note 204, p. 150; Hendrickson, *supra* note 186, p. 229.

²⁵⁴ 米国が予防的自衛の権利に反対してきた理由は、国連憲章規範の中に政策及び賢明さの問題としての米国の国益が存在し、予防自衛の禁止という規範を希釈し、かつ混乱させるような憲章法の再構成には米国の国益を見出せないことを理解していたからである。See O’Connell, *supra* note 44, pp. 12-3 & 15.

を攻撃するための法的正当性を提供する²⁵⁵」ことになる可能性を有している。もちろん、米国が国連憲章の消滅を企図しているわけではないであろう²⁵⁶。しかし、その真意に関わらず、憲章の曖昧性及び脆弱性を助長する結果をもたらすことは明らかであろう²⁵⁷。自国による援用のみを主張し、他国による援用を頑として認めないような二重基準²⁵⁸ (double-standard) が、国際社会において永続的に通用するものではない。

第3項 人道的介入 (Humanitarian Intervention) との相似

前二項の危険性に加え、いわゆる人道的介入も、憲章に謳われている武力行使の禁止の例外として主張され得る余地を残している。この主張は、仮に国連がその承認を与えなかったとしても、国家による武力の行使が必ずしも国連憲章の違反を構成するとはいえない、とするものである。その論拠は、「憲章における明示的な武力行使禁止の例外は唯一、第51条に規定される個別的又は集団的自衛権の行使であるものの、いくつかの暗黙的な正当化が国際的な慣行を通じて発展してきた²⁵⁹。」というものである。その多年にわたり徐々に発展してきた暗黙の正当化の一つに人道的介入があるとされているのである²⁶⁰。

²⁵⁵ O'Connell, *supra* note 44, p. 19; Ramirez, *supra* note 205, p. 26, n. 128.

²⁵⁶ See Yoo & Trachman, *supra* note 142, pp. 379-80.

²⁵⁷ 例えば、非同盟諸国 (The Non-Aligned Movement) は、次のような声明を発表している。

「テロとの戦いを口実とした非同盟諸国に対する武力の行使又は武力による威嚇を拒否し、非同盟諸国や他の発展途上国に対する政治的目的を追求するための口実としてテロとの戦いを論じることを拒否するとともに、これらに対抗するための連携を強調するものである。テロリズムへの国際的対抗において重要な役割を担うのは国連であることが確認されている。他国をテロ支援国として非難するための独善的リストの準備と同様に、他国をテロとの戦いという口実の下に標的とする『悪の枢軸』のような用語は、国際法とも、国連の目的及び原則とも両立するものではないことから、断固拒否するものである。これらの行為こそが、心理的、かつ政治的なテロリズムを構成するものである。」

Final Document, *XIII Conference of Heads of State or Government of the Non Aligned Movement Held 24-25 February 2003*, para. 119, at <http://www.nam.gov.za/media/030227e.htm> (as of October 23, 2008).

²⁵⁸ 大量破壊兵器の脅威という文脈でいえば、「核兵器を単に保有していることが、主権国家に対して武力を行使することの十分な理由になるのであれば、インドがパキスタンに対して (その逆も) 武力を行使することも、イラクがイスラエルに対してそうすることも認められよう。また、多数の国が、大量破壊兵器を保有している米国、英国、フランス、中国及びロシアを標的となし得るわけである。米国が、自国にのみ適用され得る一方的な予防政策を有すべき理由は正当化され得ないであろう。」 R. Vatanparast, "International Law Versus The Preemptive Use of Force: Racing to Confront the Specter of a Nuclear Iran", *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 31 (2008), p. 790.

²⁵⁹ See L. Henkin, "The Use of Force: Law and U.S. Policy", in W. Rogers & D. Scheffer (eds.), *Right v. Might: International Law and the Use of Force* (Council on Foreign Relations Press, 1989), p. 41.

²⁶⁰ See R. Zayac, "United States' Authority to Legally Implement the Self-Defense and Anticipatory Self-Defense Doctrines to Eradicate the Threat Posed by Countries Harboring Terrorists and Producing Weapons of Mass Destruction", *Southern Illinois University Law Journal*, Vol. 29 (2005), p. 440; Henkin, *supra* note 258, pp. 43-4; M. Schmitt, "Counter-terrorism and the Use of Force in International Law", *The George C. Marshall European Center for Security Studies, The Marshall Center Papers*, No. 5 (2002), p. 12; R. Lillich, "Humanitarian Intervention: A Reply to Ian Brownlie and a Plea for Constructive Alternatives", in J. Moore (ed.), *Law and Civil War in the Modern World* (Johns Hopkins University Press, 1974), pp. 229-51; S. Simon, "The Contempor-

これに関し、最近において最も頻繁に引用される事例が、1999年のNATOによるユーゴスラビア連邦共和国（以下、ユーゴ連邦）に対する干渉である²⁶¹。

1 コソヴォ紛争の概要

1990年以降のコソヴォにおける状況の悪化の中²⁶²、安保理は1998年3月31日、「コソヴォ解放軍による全てのテロ行為及びセルビア警察軍によるコソヴォにおける民間人並びに平和的なデモ参加者に対する過度な武力の行使」を非難する決議第1160号²⁶³を採択した。9月23日に採択された決議第1199号においては、全当事者に敵対行為の終止を要求するとともに「本決議において要求された措置がとられない場合、地域の平和及び安定の維持並びに回復のために追加的措置がとられる²⁶⁴」という注意が喚起された。三つ目の第7章決議は10月24日に採択され、再度、全ての暴力及びテロ行為を非難するとともに、「憲章の下、国際の平和及び安全の維持のための主要な責任が安保理に委ねられている²⁶⁵」ことが再確認された。しかしながら、ユーゴ連邦に対する武力行使を承認するいかなる安保理決議も、中国及びロシアの拒否権行使の対象になることは明白であった。1999年3月19日、セルビアは、コソヴォの暫定的自治を要求するランブイエ合意²⁶⁶への署名を拒否し、コソヴォのアルバニア系住民に対する大規模攻撃を開始するとともに、民族浄化作戦に取り掛かった²⁶⁷。これに対し、NATOは3月24日、セルビアによる当該合意履行

rarity Legality of Unilateral Humanitarian Intervention”, *California Western International Law Journal*, Vol. 24 (1993), p. 144; J. Mertus, “Reconsidering the Legality of Humanitarian Intervention: Lessons from Kosovo”, *William & Mary Law Review*, Vol. 41 (2000), p. 1748; J. Levitt, “Humanitarian Intervention by Regional Actors in Internal Conflicts: The Cases of ECOWAS in Liberia and Sierra Leone”, *Temple International & Comparative Law Journal*, Vol. 12 (1998), p. 375.

もっとも、憲章の厳格な解釈の下では、安保理の承認がない場合における当該武力の行使は違法である、という意見が多数を占めている。See S. Murphy, *Humanitarian Intervention: The United Nations in an Evolving World Order* (University of Pennsylvania Press, 1996), p. 129; T. Farer, “Human Rights in Law's Empire: The Jurisprudence War”, *American Journal of International Law*, Vol. 83 (1991), p. 121; L. Henkin, “NATO's Kosovo Intervention: Kosovo and the Law of “Humanitarian Intervention””, *American Journal of International Law*, Vol. 93 (1999), p. 824; I. Brownlie, “Humanitarian Intervention”, in *Law and Civil War in the Modern World*, supra, pp. 217-28; Y. Tyagi, “The Concept of Humanitarian Intervention Revisited”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 16 (1995), p. 890; S. Chesterman, *Just War or Just Peace?: Humanitarian Intervention and International Law* (Oxford University Press, 2001), p. 227.

²⁶¹ Nabati, supra note 45, pp. 783-6.

²⁶² コソヴォは、ユーゴ連邦内の二つの自治州の一つであり、その住民は、多数民族であるアルバニア人と少数民族のセルビア人から構成されていた。1990年、セルビア共和国の大統領に選出されたミロシェビッチ (Slobodan Milosevic) は、コソヴォの自治権を剥奪し、戒厳令下においた。1991年のユーゴ連邦崩壊に伴い、コソヴォ共和国は一方的に独立を宣言した。1996年から始まったコソヴォ解放軍 (Kosovo Liberation Army (KLA)) とセルビア警察及びユーゴ連邦軍との間の紛争は1998年にかけて激化の一途を辿った。Id.

²⁶³ S. C. Res. 1160, U.N. Doc. S/RES/1160 (March 31, 1998).

²⁶⁴ S. C. Res. 1199, U.N. Doc. S/RES/1199 (September 23, 1998).

²⁶⁵ S. C. Res. 1203, U.N. Doc. S/RES/1203 (October 24, 1998).

²⁶⁶ Interim Agreement for Peace and Self-Government In Kosovo, Rambouillet, France on February 23, 1999 at <http://jurist.law.pitt.edu/ramb.htm> (as of October 23, 2008).

²⁶⁷ See R. Wedgwood, “NATO's Kosovo Intervention: NATO's Campaign in Yugoslavia”, *American Journal*

を目的として、事前の安保理の承認を得ることなくユーゴ連邦に対する軍事的措置に踏み切ったわけである²⁶⁸。

2 違法性

コソヴォに対する軍事的介入の合法性については、各分野において広く議論されているところではあるが²⁶⁹、「コソヴォに関する独立国際委員会（Independent International Commission on Kosovo）」（以下、コソヴォ委員会）は、NATO による介入を「違法であるが正当²⁷⁰」と特徴付けている。コソヴォ委員会は、安保理が明確に武力の行使を承認していないことを理由に全会一致で NATO による空爆を違法と結論付けている²⁷¹。すなわち、介入以前に採択された憲章第 7 章の下での三つの決議において、コソヴォをめぐる情勢が国際の平和及び安全に対する脅威を構成し、重大な人権侵害を含む紛争であると決定されてはいたが、NATO による介入は安保理の公式の承認前に発動されてしまったのである²⁷²。さらに付言すれば、当該介入は、憲章第 51 条に規定されている自衛権の伝統的解釈の下においても正当化され得ない。なぜなら、武力攻撃の犠牲国のみが集団的自衛の権利を行使するように要請し得るからである²⁷³。

of International Law, Vol. 93 (1999), p. 829.

²⁶⁸ 空爆のみに頼る七十八日間の作戦により、6 月 3 日、ユーゴは和平案を受け容れ、数日後、兵力の撤退に関する NATO との合意に署名した。Wedgwood, *supra* note 267, p. 829.

²⁶⁹ *See, e.g.*, Henkin, *supra* note 260; Joyner & Arend, *supra* note 76; A. Weisburd, “International Law and the Problem of Evil”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 34 (2001); T. Franck, “Humanitarian and Other Interventions”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 43 (2005); C. Joyner, “Humanitarian Concern and the Lawfulness of Armed Intervention”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 47 (2007).

²⁷⁰ *See, Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned* (Independent International Commission on Kosovo, 2002), pp. 185-98. [hereinafter *Kosovo Report*].

この表現は、次のように言い換えられよう。

「一般的な問題としては、安保理の承認があれば合法、そうでなければ違法である。しかしながら、極度の人道的要求という稀有な状況においては、承認を得ていない措置が事実上、国際社会によって免責されることもあり得るわけである。」

See Johnstone, *supra* note 45, p. 396.

²⁷¹ *Kosovo Report*, *supra* note 270, pp. 185-98. また、当該状況においては、自衛という主張も支持され得ない。 *See* M. Byers & S. Chesterman, “Changing the Rules about Rules? Unilateral Humanitarian Intervention and the Future of International Law”, in J. Holzgrefe and R. Keohane (eds.), *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal, and Political Dilemmas* (Cambridge University Press, 2003), pp. 181-4; Johnstone, *supra* note 45, p. 396.

²⁷² NATO は、中国及びロシアの反対を予期し、安保理を迂回することを決定したのであろう。 *See* Nabati, *supra* note 45, p. 785, n. 83.

²⁷³ ニカラグア事件を例にとれば、米国が合法に集団的自衛権を行使するためには、まず、ニカラグアがエルサルバドル、ホンジュラス又はコスタリカに対して武力攻撃を行っていることを確認しなければならなかったわけである。 *See* Nicaragua, *supra* note 77, p. 119 (para. 229).

3 正当性

NATO による介入の違法性を確認する一方で、コソヴォ委員会は、当該介入は人道的根拠により正当化されるとした²⁷⁴。すなわち、安保理がコソヴォにおけるアルバニア系住民が直面している人道的大惨事にも関わらず武力行使の承認を躊躇しているという推定の下、NATO が当該人道的大惨事に対応するために、その道義的責任 (moral duty) に訴えたものであると判断したわけである。介入を「合法」なものとして正当化しようとする努力において、当該介入を行った NATO 諸国は、ユーゴ連邦に対して行使された武力は「圧倒的な必要性 (overwhelming necessity) に基づく例外的な措置²⁷⁵」であったと主張したのである。当該介入は、ユーゴ連邦により NATO 加盟の十か国に対する提訴として国際司法裁判所に付託されたが、NATO 諸国は人道的大惨事としての正当化の主張に終始した²⁷⁶。これら NATO による事後的な正当・合法化の試みを、先制的な人道的大惨事介入 (anticipatory humanitarian intervention) という新たな理論の基礎を形成するものとして評価する意見もある²⁷⁷。当該理論の本質とは、「憲章第 51 条には暗黙の例外として人道的大惨事介入が包含されており、外国政府が大規模な人権侵害及び残虐行為を犯すことを予防するために、国家が軍事力を使用することを許容している²⁷⁸。」というものである。また、理論的根拠としては、人道的大惨事介入は大規模な人権侵害を犯している国の「政治的独立 (political independence)」に対する武力行使でもなければ (介入国は政治的支配を追求していない。)、 「領土保全 (territorial integrity)」に対するものでもない (介入の目的は領土の獲得ではない。) がゆえに、

²⁷⁴ See *Kosovo Report*, supra note 270.

²⁷⁵ U.N. Doc. S/PV. 3988 (March 24, 1999), at <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/kos%20SPV3988.pdf> (as of October 23, 2008).

²⁷⁶ 例えば、ベルギーは、「NATO は生起しつつある人道的大惨事に対し、機先を制して介入し、生存権、身体保全、拷問禁止等の本質的価値を保護しなければならない義務を感じたのである。」と述べた。また、カナダは、「コソヴォ紛争は、安保理決議第 1199 号のような拘束力を有する法的手段が予防しようとした人道的大惨事に変容した。」との確証を示した。 See, *The cases concerning Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium) (Yugoslavia v. Canada)...*, *Request for the Indication of Provisional Measures, Oral Pleadings* (May 10, 1999), at <http://www.icj-cij.org/docket/files/105/4473.pdf> (as of October 23, 2008). なお、ベルギーの主張は一部、緊急避難に依拠していると思なされ得る。しかしながら、ブラウンリー等は「コソヴォ危機は、コソヴォにおいて計画的に扇動された国内騒擾にその源を發し、当該騒擾への NATO 諸国の介入によって内戦にまで拡大されたものである。このような状況においては、国内騒擾及び介入に対して国家責任を有する諸国が人道的大惨事という抗弁を行うことは認められない。」ことを理由に、反論を呈している。 See I. Brownlie & C. Apperley, “Kosovo Crisis Inquiry: Memorandum on the International Law Aspects”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 49 (2000), p. 903.

また、国連憲章違反 (憲章が認めている国家間の武力行使の禁止の二つの例外のいずれにも該当しない) を構成するような状況において、当該武力行使を正当化することは「正戦論」の時代への逆行に過ぎない、との評価もある。 See Dinstein, supra note 129, p. 880.

²⁷⁷ Joyner & Arend, supra note 76, p. 28.

²⁷⁸ Nabati, supra note 45, p. 785.

憲章第 2 条第 4 項の下においても許容され得るというものである²⁷⁹。もっとも、憲章第 51 条が上記のような暗黙の含意を有することには疑問が呈せられるし、人道的介入が「国際連合の目的と両立」するか否かについても明確、かつ肯定的な回答はなし得ないであろう²⁸⁰。

一般的に、個々の人道的介入が国際法の下、正当化され得るためには、厳格な条件との合致が必要とされるわけである²⁸¹。

4 合法性と正当性の関係

これまでに述べてきた違法性と正当性という要素を評価するに当たり、合法性と正当性というものの一般的な関係について整理しておくこととする。

合法性と正当性は、不可分なほどに密接な関連を有している。まず、問題なく合法的な行為に対しては、一般に正当性が付与されるといえよう²⁸²。反対に、合法性に関し問題を有するような行為は、その結果として正当性に関しても問題がある行為となり得よう²⁸³。また、合法性と正当性は密接に関係しているものの、両者の間には重要な相違というものが存在している。まず、行為の合

²⁷⁹ Nabati, *supra* note 45, pp. 785-6.

もっとも、このような主張は、国連憲章における武力行使の一般的禁止というものが、そのような解釈を認めることを意図してはいないという簡単な反論により覆され得るものである。すなわち、「領土保全」及び「政治的独立」というオーストラリアの要求により挿入された文言は、武力行使の禁止という包括的な性質の保証を促進するためのものであり、武力行使の「例外」や「許容」を導くためのものではなかったからである。

See Franck, supra note 75, p. 12.

また、実際にも一国による他国に対する武力の行使は、国連憲章に依らずとも慣習国際法の下で普遍的に禁止されているという一般的な合意が存在しているわけである。 *See McCoubrey & White, supra* note 112, p. 167.

²⁸⁰ 道義的観点から見れば、コソヴォの空爆は憲章に対する「言い訳の立つ違反」であるかもしれないが、あくまでも違反であることに変わりはない。 *See J. Stromseth, "Rethinking Humanitarian Intervention: The Case for Incremental Change", in Humanitarian Intervention: Ethical, Legal, and Political Dilemmas, supra* note 271, p. 243. *See also* Henkin, *supra* note 109, pp. 139-140; Murphy, *supra* note 108, p. 42.

²⁸¹ 例えば、キャセッスは、次のような六つの条件を列挙している。

- (1) 人道的危機が極めて重大であり、「人道に対する罪」を構成している。また、当該犯罪が実行されている領域を有する主権国家自体が、犯罪実行者であるか、それらを防止する能力も意図も有していない。
- (2) 人道的犯罪が主権国家内の混乱に起因する場合において、当該犯罪を防止する意図を中央政府が有していないことが、介入前に証明されなければならない。
- (3) 単独 (unilateral) での介入は、安保理が機能していない状況においてのみ生じ得るものである。
- (4) いかなる介入においても、事前に平和的解決のための全ての努力が尽くされなければならない。
- (5) 介入は国家の集団により行われなければならない。「いかに軍事力、政治力及び経済力に優れているとも、単一の覇権的権力により」介入が実施されてはならない。
- (6) 介入は「残虐行為を終止させ、人権に対する尊重を回復させるという目的に限定されなければならない。当該目的を超える何物をも追求してはならない。」

A. Cassese, "Ex iniuria ius oritur: Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?", *European Journal of International Law*, Vol. 10 (1999), p. 27.

²⁸² したがって、国連安保理により明示的に承認された行動や、継続中の攻撃を排除するための自衛に基づく行動は、正当なものとして見なされる。

²⁸³ 先制自衛、あるいは安保理の黙示の承認等を合法性根拠として主張する場合においては、行為の正当性は不可避的に問題を有することとなる。 *See, Mueller, et al., supra* note 61, pp. 86-7.

法性は、当該行為がなされた時点で存在していた規則に従って評価されるわけである。したがって、評価者によって異論が生じることはあるものの、実行時点においては、当該行為は合法であるか、そうではない（違法）かのいずれかである。仮にその後、新たな事実が判明したとしても、行為の合法性が変更されることはない²⁸⁴。これに対し、行為の正当性についての認識は時間の経過につれて、新たな事実の判明や行動基準の変化により、しばしば変化することがある。例えば、行為が法に厳格に従っていないとしても、道義的目的のために実行されたという点が認識され、強調されるならば、おそらくは正当と見なされ得るということである。これを本項におけるコソヴォの事例に当てはめれば、「コソヴォにおける介入の合法性は疑わしいものであり、いまだに議論を醸し出している²⁸⁵。しかしながら、当該介入の認識された目的が人道的必要性のためであるという理由により、かなりの正当性を付与されるものであろう。」ということである。

また、行為の結果というものも、当該の行為の合法性及び正当性に対し、それぞれ異なる関連を有しているといえよう。つまり、行為の合法性が当該行為の結果とは独立して評価されるのに対し、行為の正当性は、結果主義者の見方により評価され得るということである。したがって、行為自体は違法と見なされても、好ましい結果をもたらささえすれば正当と見なされる可能性が残るわけである²⁸⁶。

5 危険性

2003年のイラク侵攻をコソヴォ紛争のような人道的介入の事例であるとする一般的な見解はない²⁸⁷。しかしながら、これら二つの事例は、適用され得

²⁸⁴ 例えば、行為実施時に武力行使の根拠となる脅威が存在していたことを理由に合法と見なされた行為は、後に当該武力行使の根拠となる脅威は不十分であったことが分かっても、違法とされることはない。逆関係において、行為実施時に武力行使の根拠となる脅威が不十分であったことを理由に違法と見なされた行為は、後に当該武力行使の根拠となる脅威が存在していたと判断されても、合法とされることはない。 *Mueller, et al., supra note 61, p. 87.*

²⁸⁵ 例えば、グレイの評価は、次のとおりである。

「コソヴォにおける紛争の合法性は、二つの別々の根拠により主張されてきた。しかし、いずれの根拠、すなわち、安保理による黙示の承認も人道的承認という理論の双方とも、問題を有している。」

Gray, supra note 44, pp. 31-42 & 193-5.

²⁸⁶ 例えば、イスラエルによるイラク原子炉に対する爆撃（1981年）に対する国際社会による否定的な評価は、先述したとおりである（本章第2節第4項1(3)）。しかしながら、第一次湾岸戦争後、イラクによる核兵器開発の可能性及びサダム・フセインの好戦的性格が明らかになるにつれ、オシラク原子炉を破壊したことにより「イスラエルは国際社会に非常な貢献をした。」というような見解も多く見られることとなったわけである。

See, D'Amato, supra note 109, pp. 259-64.

²⁸⁷ *See J. Spectar, "Beyond the Rubicon: Presidential Leadership, International Law & the Use of Force in the Long Hard Slog", Connecticut Journal of International Law, Vol. 22 (2006), p. 85. But see J. Falvey, "Our Cause is Just: An Analysis of Operation Iraqi Freedom Under International Law and the Just War*

る武力行使の規範が、それに優越する重要な価値、すなわち、コソヴォの場合には「倫理・道徳上の原則」、また、イラクの場合においては「安全保障上の緊急性」により、無視されたという結果をもたらしている点で一定の共通性を有している²⁸⁸。つまり、いずれの事例も「先制的な人道的介入」又は「予防自衛」という国連憲章の枠外に置かれる実行の出現を確認するものであり、これらの理論は、憲章に含まれている伝統的な制限の正当性及び権威に対抗しようとするものであるといえる²⁸⁹。この論理的帰結として、伝統的自衛の制度が修正、再構成又は明確化されなければならないという主張が出現するわけであるが、その側面での結論にのみ依拠することは危険であろう²⁹⁰。この点については、次節の冒頭において再度論ずることとする。

予防自衛と人道的介入の相似のもたらす最も大きな危険は、「違法であるが正当」というような人道的介入特有の修辞がもたらす効果により、その大きさを増すといえる。すなわち、予防自衛の援用に関し、人道的介入同様の道徳的・倫理的根拠が主張された場合、違法性が正当性に隠蔽されてしまう危険性が極めて高いということである²⁹¹。

Doctrine”, *Ave Maria Law Review*, Vol. 2 (2004), pp. 80-1.

さらに、フォーク等は、適及的に人道的介入を適用させることも支持を保ち得ない、と主張している。

Falk, *supra* note 214, pp. 595-597; Paulus, *supra* note 142, p. 713.

²⁸⁸ 他の共通点としては、両ケースともに介入等の対象となった国家は、安保理決議を無視し、国連憲章における不干渉の規範に甚だしく違反し、また、大規模、かつ計画的に人権を侵害し続けてきたという点が挙げられよう。 Farer, *supra* note 253, pp. 625-6.

しかしながら、一見共通するようではあるが、その性質は明確に異なっているわけである。すなわち、前者と後者は、「正に切迫した大惨事を防ぐためにとられる善人による行為」と「国益の露骨な追求としての悪人による旧態依然たる武力への依拠」として明確に区別されるわけである。 See Franck, *supra* note 269, p. 328; *Id.*

²⁸⁹ Nabati, *supra* note 45, p. 789.

²⁹⁰ この危険性に関しては、マーフィーによる次のような主張からも、その存在を窺うことができよう。

「... 先制自衛のシナリオを超えたところにおいても、武力行使の国家実行が見出される場合もある。仮に、憲章第 51 条に組み込まれている明白な規範からの逸脱を示すような実行が、人道的介入又は自国民救出のような分野において認識された場合、それらが集合的なものと考察されることにより、一般的、かつ現代的な武力行使への好ましい洞察として解釈され、結果的に先制自衛を好意的に考慮させる誘因となる恐れが存在するわけである。」

See, Murphy, *supra* note 44, p. 740.

また、ディンステインは現時点における評価として、次のように述べている。

「コソヴォの事例は、規則に対する（非合法的な）例外であり、新たな規則の出現の証拠を示すものではないと信じられる。」

Dinstein, *supra* note 129, p. 881.

²⁹¹ これについては、コソヴォの先例に関するスローターによる次の言が正鵠を得ていよう。

「この先例が認められるとすれば、それに引き続いた合法性と正当性に関する多くの議論は、正当性が時として、合法性の代用品となり得ると決めつけてしまうこととなる。つまり、武力の行使が形式上は違法、すなわち、憲章第 51 条に基づく自衛を構成するものでもなければ、安保理により承認されたものでもない場合においてさえも、国際世論の目に正当であると映れば、合法的なものとしてしまし得るのである。」

A. Slaughter, “Security, Solidarity, and Sovereignty: The Grand Themes of UN Reform”, *American Journal of International Law*, Vol. 99 (2005), p. 626. See also Saul, *supra* note 215, p. 274, n. 8.

また、フォークは、次のような現状分析を行っている。

第4節 パラダイム・シフト (paradigm shift) 生起の検討

ここまで、自衛権の援用及び拡大に関する異なる立場として、主に慣習法としての存在、および、それに対する国連憲章の及ぼす効果という法自体の規範的側面からの検討を行った。

他方、これに関しては、実行上の側面からの批判も当然のこととして存在する。例えば、法の期待するところを評価するためのより豊富なデータ基盤提供の可能性というものを根拠に、先制・予防自衛の合法性を評価する際には考慮すべき実行の範囲を拡大する配慮が必要である、という次のような主張がある。

「... (先制・予防自衛の合法性評価のためには、) 実際の先制自衛に係る実行を観察することが最も妥当であることは明白であるが、注意深い調査により他の形態での国家実行が見出されるすこともあり得る。例えば、国家が先制自衛の実行を意思決定した²⁹²、又は先制自衛による威嚇を実施した²⁹³、というような場合、最終的に当該行為が行われなかったとしても、妥当な実行と見なされ得ることがある。」²⁹⁴

もっとも、実行を観察する範囲を広げたとしても、それにより、脅威に対抗するためには、先制的な武力行使が国連憲章下での義務と両立するものとして許容されるとの見解が導かれる可能性がある一方で、当該先制的な武力行使は、国連憲章に組み込まれた全世界的な期待を侵犯するという懸念により、批判の対象となることも考えられる。したがって、有効な批判とはいえないであろう。

より強固な主張として、「現行の国際社会の枠組み自体が、前例のない挑戦及び危険に直面する等、現実の国際社会の問題に適切、かつ十分に対応し得なくなってきたおり、国際秩序の新体系並びに現行国際法の改訂が要求されている。」というものがある²⁹⁵。この種の批判の代表が、いわゆるパラダイム²⁹⁶・

「現時点においては、国連の枠組み内における公式及び非公式の行為を通じての正当性と合法性の間隙を狭めることに関する何らの進展も予期され得ない。アジア諸国の中には、国連及び人権を背景とした政治的関係団体による介入的権限の拡大に対する相当な反対が存在している。この反対は、米国が安全保障と人権の議論を結びつけた自国の対テロ作戦において主張している物議を醸すような武力行使を理由として、コソヴォ以降、より深刻になってきたものである。」

Falk, *supra* note 214, p. 592.

²⁹² クリントン政権下の1993年、米国は北朝鮮の潜在的核開発計画を無力化するために、北朝鮮に対する先制的攻撃を考慮したが、北朝鮮が米国との対話に同意したために、実行は見送られたとされている。Murphy, *supra* note 44, p. 740.

²⁹³ 1993年2月、日本は、北朝鮮がミサイル攻撃を計画しているという確固たる証拠を得た場合には、北朝鮮に対する先制的な軍事行動を開始すると、断言した。See BBC News, Japan Threatens Force Against N. Korea, (February 14, 2003), at <http://news.bbc.co.uk/2/hi/asia-pacific/2757923.stm> (as of October 23, 2008).

²⁹⁴ Murphy, *supra* note 44, p. 740. See also K. Guernsey, "The North Continental Shelf Cases", *Ohio Northern University Law Review*, Vol. 27 (2000), p. 143.

²⁹⁵ この考えは、第3章において述べた適合主義論者 (adaptivist) の主張の帰結として捉えられよう。例え

シフト生起の主張である²⁹⁷。当該主張に基づけば、先制自衛が許容され得るような例外的状況の頻発や実行の蓄積、または、道義・倫理的な考慮を優先することにより正当化されるような予防自衛の実行が、新たな規範を醸成し得る

ば、米国国務省の政策立案局長であるハースは、次のように述べている。

「極めて簡潔ではあるが、国家は、国際的テロリストを扇動し、支援し、又は匿う国、もしくは、自国の領土からのテロリストの活動を規制し得ない国に対抗し、自国民を防護する権利を有している。... さらに、国家が世界的な安全に対する明確な脅威を呈するような措置をとる場合、当該国家は主権を喪失する危険を負うこととなる。侵略の歴史を有し、かつ、テロリズムを支援してきたような特定の体制が、大量破壊兵器を保有しようとする場合、それは国際社会を危険に陥れるものであり、当該体制は、大量破壊兵器の開発能力を破壊するための先制的な行動を含む干渉からの主権免除を危ういものとする事となる。

自衛の権利（明白、かつ切迫した脅威に対する『先制的』行動をとる権利を含む。）は、国際法及び国際的実行の下で長きにわたり認められてきている。今日的な要求は、自衛の原則を大量破壊兵器の拡散により呈される独特の危険に適合させることであろう。」

R. Haass, Director, Policy Planning Staff, “Sovereignty: Existing Rights, Evolving Responsibilities”, *Remarks to the School of Foreign Service and the Mortara Center for International Studies*, Georgetown University, Washington, DC, (January 14, 2003), at <http://www.state.gov/s/p/rem/2003/16648.htm> (as of October 23, 2008).

さらに、より制限緩和の方向での適合を主張するものとして、次のような主張も存在する。

「国家は、特定の国際テロ組織による常軌を逸した性質及び活動方法が一貫して表出されている限りにおいて、当該組織による攻撃が常時『切迫している』という仮定の下で正当に行動することが許される。仮に、テロ組織が過去に攻撃を実施したか、または、そうする意図を明示的若しくは黙示的に表明した場合、将来の攻撃も全て、切迫していると見なされ得るのである。」

G. Travalio and J. Altenburg, “Terrorism, State Responsibility, and the Use of Military Force”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 4 (2003), p. 116. See also B. Langille, “It's "Instant Custom": How the Bush Doctrine Became Law After the Terrorist Attacks of September 11, 2001”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol. 26 (2003), p. 156.

²⁹⁶ 「パラダイム」とは、米国の科学史家であるクーン (T. Kuhn) が科学理論の歴史的発展を分析するために導入した方法概念であり、「他の対立競争する科学研究活動を棄てて、それを支持しようとする特に熱心なグループを集めるほど、前例のないユニークさを持ち」、「その業績を中心として再構成された研究グループに解決すべきあらゆる種類の問題を提示してくれる」という二つの特徴を持つ業績のことである。すなわち、科学研究を一定期間導く、規範となる業績を意味するものである。クーンの提出したこの概念は、本来は限定された専門分野において用いられることを想定していたものである。特に、クーンは自然科学に対してパラダイムの概念を考えたのであり、社会科学にはパラダイムの概念は適応できないと発言している。 See T. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 3rd ed. (University of Chicago Press, 1996).

もっとも、「パラダイム」という概念自体は、後に一般化され、ある一時代の人々のものの見方・考え方を根本的に規定している概念的枠組みを指すようになっていく。したがって、ここでは、「パラダイム」という用語を「一時代の支配的考え方を規定している科学的認識体系又は方法論」として理解することとする。

²⁹⁷ パラダイム・シフトは、現在においては自然科学のみならず社会科学の分野においても使用される概念であるが、これに関し、パステラロは、次のように端的、かつ適切に説明している。

「科学者は、ある『パラダイム』又は理論的枠組みから、実験的な要素同様に、社会的及び心理的要素に基づく別なパラダイム等へ移行することがある。科学的理論でさえ、社会における受容という面では、政治、個人的影響及び歴史的機会のように短命な要素と多分に絡み合っている。科学におけるパラダイム・シフトは、科学的仮説がもはや観察される現象に一致し得ない、または実験結果の解釈に耐えられない時に生起する。一般的な原則が、特定の実験結果との矛盾を生じる場合、まず、当該結果を説明し得るように仮説が変更されるか、仮説を支持し得るように実験方法が変更されなければならない。いずれもが不可能な場合、すなわち、仮説又は理論がそれを覆す圧倒的なデータの存在により、正当化され得ない時には、原則自体が否定されなければならない。その場合、当初は現存する仮説に対する矛盾なり、例外なりと見なされていたデータが、今度は新たな仮説の基礎となり得るわけである。同様に、慣習国際法の文脈においても、もはや規範が遵守されない、または膨大な数の例外若しくは一定の合理性により正当化される違反が存在する場合、旧規範に対する例外が、新規範の根源となりつつある時期の到来と見なされ得るわけである。」

C. Posteraro, “Intervention in Iraq: Towards a Doctrine of Anticipatory Counter-Terrorism, Counter-Proliferation Intervention”, *Florida Journal of International Law*, Vol. 15 (2002), pp. 155-6.

わけである²⁹⁸。

以下、本節においては、このようなパラダイム・シフトが果たして現実として生起しているのか否かについて、生起していると主張する立場及びその論拠を紹介するとともに、それらに対する反論を提示することとする。

第1項 パラダイム・シフト生起論者の主張

1 パラダイム・シフト生起の起源

9.11 同時多発テロが、国際関係及び国際法分野における主要なパラダイムについての再考を必要ならしめているという議論がある²⁹⁹。この問題に関する意見は未だ収斂していないようではあるが、少なくともパラダイム・シフトが必要であるという傾向なり、主張なりというものが存在感を増していることは認められる。この傾向等は、次の二つに起源を発していると推察される。

第一に、9.11 同時多発テロが、ある意味で衝撃（ショック）を引き起こし、その衝撃が感情的な傾向として³⁰⁰、9月11日（2001年）を境に国際社会が根本的に変化したという錯覚を蔓延させる要因となったということである。

第二に、9.11 同時多発テロという事実により、特に、米国の外交政策における原則及び実行としてのパラダイム・シフト、すなわち、「国家安全保障戦略」及び「テロとの戦争」という表現に内包されている類のものが受容されつつあるという認識であろう³⁰¹。

それでは、仮にパラダイム・シフトが生起したとして、その結果として出現しているとされる「新たなパラダイム」とは、いかなるものなのであろうか。

9.11 同時多発テロに対する米国の反応には「新たなパラダイム」、すなわち、

²⁹⁸ J. Cohan, “The Bush Doctrine and the Emerging Norm of Anticipatory Self-Defense in Customary International Law”, *Pace International Law Review*, Vol. 15 (2003), p. 289.

²⁹⁹ もっとも、9.11 同時多発テロの以前においても、大量破壊兵器の拡散という懸念の下に、武力の行使に係る国際法規則の緩和という新たなパラダイムの創成を主張していた論者も見られる。 *See e.g.*, G. Roberts, “The Counter-proliferation Self-Help Paradigm: A Legal Regime for Enforcing the Norm Prohibiting the Proliferation of Weapons of Mass Destruction”, *Denver Journal of International Law & Policy*, vol. 27 (1999), pp. 537-9.

³⁰⁰ 米海軍の法務官でさえ、米国の「国家安全保障戦略」に記述されている予防自衛の法的根拠に関する質問に対し、「9.11 同時多発テロは、米国未曾有の大惨事であった。」「多くの米国人が犠牲になった。」「同様の事態は二度と許容され得ない。」というような法的な説明には関係しない、いわゆる感情的な回答しかしなかった（2008年3月13日、海上自衛隊幹部学校第3研究室と米海軍大学校国際法部との意見交換）。

³⁰¹ 逆の視点から見れば、現行の国際法の下では予防的自衛の権利という理論が受容され得ないという認識から、当該理論を正当化するために、現実が存在しているか否かも不明である「新たなパラダイム」に依拠せざるを得ないということであろう。 *See Marks, supra note 249, p. 95.*

また、第一次世界大戦が国際連盟及びパリ不戦条約を先導し、国際連合が第二次世界大戦の結果としてもたらされたことの類推として、9.11 同時多発テロが同様の（特に国際法に係る）劇的変化を促進するべきであるとの主張もある。 *Rockefeller, supra note 198, p. 147.* しかしながら、仮に当該主張が妥当であるとしても、その変化の目的は、あくまでもテロの予防及び取締りの強化であり、テロに対抗するために、武力行使に係る既存の国際法を緩和するという方向性は、目的と手段の混同に過ぎないものであろう。

当該テロ攻撃のように国家安全保障に対する重大な脅威と認識された場合においては、「国際の法秩序における一定の重要な規範が、国際法の問題として拘束力を有しないと解釈する。」こと、または、「憲法上認められた大統領の（テロに対する）『戦争』遂行権限が国際法に優越すると見なす。」ことが、正当、かつ合法とされる、という概念の主張が含まれていた³⁰²。これに対比して、国際法の伝統的パラダイムにおいては、国連憲章第 2 条第 4 項に従い、武力に訴えることが厳格に制限されている。また、テロ行為の実行者は国際法の下、あくまでも犯罪者として取り扱われ、管轄権を有する国家が刑事手続きに付することとされているわけである³⁰³。少なくとも米国が、その認識するところの「新たなパラダイム」という環境において、イラクに対する侵攻を実施したことは明らかであろう。他方で、テロリズムに対する国際刑事法に関していえば、9.11 同時多発テロに関連する容疑者に対して、捜査・司法当局による捜査や刑事訴追が実施されたことを見ても、伝統的な手続きが放棄されたとはいえないであろう。

しかしながら、「新たなパラダイム」という前提に立てば、9.11 同時多発テロがより強制力を有する手段を要求していることから、従来の刑法手続きではテロによる挑戦には対抗し得ないという主張が当然なされるわけであり、その帰結として、「戦争」遂行による対抗の可能性が導出されたという推測も成り立つのである³⁰⁴。

2 パラダイム・シフトと大量破壊兵器等の拡散及び国際的テロリズム

パラダイム・シフトの根拠として、特に好んで用いられるのが、大量破壊兵器等の拡散と国際的テロリズムの連環という文脈である。すなわち、感情的（emotional）側面から導かれるものとして、国際的テロリズムを助長したり、大量破壊兵器を開発又は保有することを企てたり、もしくは実際に保有したりする圧政的な体制に対して攻撃を行い、体制を変更させることは、十分に正当化され得る行為であるというものである³⁰⁵。そのためには、国連安保理の承認がない場合においても、他国の間接的侵略による重大な脅威が先制的な武力の使用を正当化し得るという明確な証拠の存在を条件として、単独又は有志連

³⁰² Marks, *supra* note 249, p. 74.

³⁰³ テロ関連条約における管轄権については、第 2 章第 1 節第 1 項 3 を参照せよ。

³⁰⁴ Marks, *supra* note 249, p. 75.

また、スペクターも「従前において訴追を要求する犯罪として取り扱われてきたテロ行為が、軍事的対抗の引き金となる戦争行為とされるようになったことは、一種のパラダイム・シフトである。」と表現している。

See Spectar, supra note 287, p. 58.

³⁰⁵ *Id.*, p. 155.

合諸国による武力行使が黙許される可能性があるということである³⁰⁶。

また、より現実的な見方をすれば、国連憲章第 51 条が起草された当時には大量破壊兵器等に対する考慮なり、懸念というものが存在しなかったということ根拠に、現在におけるそれらのもたらす脅威により、当該条項が先制自衛（又は予防的なものさえ）を許容するものとして解釈される余地を提供しているとの主張がある³⁰⁷。当該主張に属するものとしては、「この新たなパラダイムにおいて出現しつつある脅威及び挑戦に十分、かつ効果的に対応するためには、新たな規則が必要である³⁰⁸。」、「国際的テロリズム及び大量破壊兵器等の拡散により呈せられる脅威の増大には、武力に訴えることの合法性を評価する新たなパラダイムが要求される³⁰⁹。」、「攻撃が開始されるまで対応を待つことを国家に要求している自衛の法は、新たな安全保障上の脅威に対抗するには不適切である³¹⁰。」、「自衛における武力への訴えを規定する国際法は、大量破壊兵器及びテロリズムの問題を適切に処理していない³¹¹。」、「自爆テロ及び大量破壊兵器の拡散により特徴づけられる新たな戦略環境は、これまでとは異なる取り組み（アプローチ）を必要としている³¹²。」、「武力行使を規律する規則及び体系は、洗練、かつ改善される必要があり、また、自衛権に関する我々の理解と地域的取極の役割も、今日の緊急の脅威に対応するごとく調整・修正されるべきである³¹³。」及び「今日、武力行使に関する国連の規則は、もはや時代

³⁰⁶ T. Franck, “The Institute for Global Legal Studies Inaugural Colloquium: The UN And The Protection Of Human Rights: When, If Ever, May States Deploy Military Force Without Prior Security Council Authorization?”, *Washington University Journal of Law & Policy*, Vol. 5 (2001), p. 54..

³⁰⁷ See, e.g., A. Arend, “International Law and Rogue States: The Failure of the Charter Framework”, *New England Law Review*, vol. 36 (2002), pp. 750-3; S. Condon, “Justification for Unilateral Action in Response to the Iraqi Threat: A Critical Analysis of Operation Desert Fox”, *Military Law Review*, vol. 161 (1999), pp. 179-80; F. Kirgis, “Pre-emptive Action to Forestall Terrorism”, *ASIL Insights* (June 2002), at <http://www.asil.org/insights/insigh88.htm> (last visited Dec 13, 2007); Roberts, *supra* note 299, pp. 519-28.

これらを要約した見解が、次のようなものである。

「近年、非国家主体により実行される国際的テロリズム及び危険な国家に対する大量破壊兵器等の拡散が、国際秩序に対する最も重大な安全保障上の脅威として出現してきている。このように脅威の性質が劇的に変化したにも関わらず、国際的な武力の行使というものを規律する法的枠組み (legal regime) は、未だ同様の変革の過程にあるとはいえない。そこには、国家の安全保障上の所要と安全保障における国際法の構造の乖離が認められるわけである。国連憲章に基づく国際法の規則及び国際機構が現代の安全保障上の脅威に対抗するには不適當であるとの主張に立てば、国家が単独で自衛の権利を拡大して行使するという新たな理論の帰結が導かれ得る。」

A. Weiner, *supra* note 109, pp. 415-6.

³⁰⁸ A. Slaughter & W. White, “An International Constitutional Moment”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 43 (2002), p. 2.

³⁰⁹ R. Turner, “Operation Iraqi Freedom: Legal and Policy Considerations”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 27 (2004), p. 793.

³¹⁰ Wedgwood, *supra* note 151, p. 583.

³¹¹ A. Arend, “International Law and the Preemptive Use of Military Force”, *Washington Quarterly*, (Spring 2003), p. 99.

³¹² Gardner, *supra* note 154, p. 586.

³¹³ J. Stromseth, “Law and Force After Iraq: A Transitional Moment”, *American Journal of International*

遅れである。現代戦において国家は、国連憲章規則の厳格な解釈の下で許容されているよりも柔軟な武力の行使を享有するよう要求される。」³¹⁴等である。

3 米海軍のマニュアルに見るパラダイム・シフト

上記のような学術的分野におけるパラダイム・シフト生起の主張のみならず、実務的分野においても、すでにその兆しが認められている。例えば、米海軍が使用（沿岸警備隊にも配布されている。）している作戦法規マニュアルにおいては、先制自衛（anticipatory self-defense）に関する次のような記述がある。

「切迫した攻撃から自己を保護するための国家（及びその軍隊）の権利は、固有の自衛権に含まれる。切迫（imminent）とは必ずしも、直近（immediate）や即時（instantaneous）を意味するものではない。攻撃が切迫しているか否かの決定は、その時点における全ての事実及び状況の評価に基づくことになる。国際法は、脅威を受けた国家が切迫した攻撃を防ぐために必要な軍事的措置をとる前に、自国を無能にするおそれのある侵略者による先制の第一撃を受けるよう要求されるのであれば、それは国連憲章の目的に反することを認めている。攻撃が切迫しており、平和的手段の合理的な選択が不可能な場合、先制自衛は、必然的結果として武力行使を含むこととなる。」³¹⁵

この記述は、同マニュアルの従来版におけるものとは異なっている³¹⁶。従来版における表現が、カロライン号事件に際してのウェブスター米国务長官の声明に由来していることは明らかである³¹⁷。それが現行マニュアルにおける記述に変化した理由の一つは、ウェブスター定式が今日的には明らかに制限的に過ぎ、ほとんど警告なしに運用される現代兵器システムの性質及び致命性を考慮するに、「差し迫った（instant）」とか「圧倒的（overwhelming）」というものは問題を醸し出すからということである³¹⁸。すなわち、確実な脅威は、「差し迫る」ことなく切迫（imminent）し得ることがあり、合法的な手段の選択には「熟慮のための時間的余裕（moment for deliberation）」以上のも

Law, Vol. 97 (2003), pp. 635-8.

³¹⁴ Yoo & Trachman, *supra* note 142, pp. 381 & 394.

³¹⁵ *The Commander's Handbook*, *supra* note 11, para. 4.4.3.1.

³¹⁶ 従来版の該当記述は、次のとおりであった。

「... 明確な必要性が差し迫っており、圧倒的で、かつ平和的手段を合理的に選択する余裕もない場合、先制自衛は、武力行使を含むこととなる。」

The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, (NWP-9 (Rev. A)) (1988), para. 4.3.2.1.

³¹⁷ カロライン号事件及びウェブスター声明については、本章第2節第1項2を参照せよ。

³¹⁸ *Annotated Supplement*, *supra* note 18, p. 4-13, n. 32.

のが要求されるということである³¹⁹。

これは、特に大量破壊兵器や国際テロリズムに直接的な言及をしているわけではない。しかしながら、科学技術及び戦術の進歩によるパラダイム・シフトが必要であることを示唆するとともに、総体として、大量破壊兵器や国際テロリズムへの対抗にも適用させようとする含意があるといえよう。

4 「国家安全保障戦略」に見るパラダイム・シフト

さらに、これまでに何度か言及した米国の「国家安全保障戦略」は、パラダイム・シフトの必要性を最も顕著に示しているといえよう。当該戦略における米国の立場は、国際法の変更を主張するものである、と評することが最も的確を射ていると思われる³²⁰。これに関しては、「自衛を根拠とした武力の行使が、武力攻撃の生起以前においても許容され得るという仮定の下、イラク侵攻が、必要性及び均衡性という自衛権行使に係る原則的制約を緩和するごとく慣習法を変化させたことを証明する国家実行である³²¹。」との主張がある。さらには、「武力行使の禁止は存続力を欠くに至っており、予防自衛を目的とするような武力行使も、もはや禁止されるものではない³²²。」との主張も存在する。それらを端的に示す表現として、「... 切迫した脅威という概念を、今日的な理解に適合させなければならない³²³。」という慣習国際法の変更を要求するようなものが出現するわけである³²⁴。

第2項 パラダイム・シフト生起論者への反論

前項において紹介したパラダイム・シフト生起論者の主張に対し、本項においては主に 9.11 同時多発テロに関し、次のように反論を試みることにする。

1 一般的反論

まず、原則には例外というものが付随するといえる。仮に「武力行使の禁

³¹⁹ Annotated Supplement, *supra* note 18, p. 4-13, n. 32.

³²⁰ Bordelon, *supra* note 44, p. 144.

特に、当該戦略における主張の要点である「国家は、自国の安全にとって潜在的な脅威として認識されるいかなる敵に対しても、自己の選択した時機に、自由な手段に訴えること、すなわち、自由に武力を行使することができる。」というものは、当該戦略と国連憲章を逆転させてしまうであろう。 *See Franck, supra* note 135, p. 619.

³²¹ Cohan, *supra* note 298, p. 356.

³²² Martinez, *supra* note 121, p. 164.

³²³ National Security Strategy, *supra* note 207, p. 15.

³²⁴ 米国は、仮に受容された場合には、新たな法となるようなものを明確に主張している。当該主張、すなわち、「たとえ以前はそうする権利を有していなかったとしても、今はそうすることができるのである。」というものは、既存の法についての万人の理解に合致していないがゆえに、新たな法の追求と見なされるわけである。 *Byers, supra* note 117.

止」という原則を見た場合、その例外の範囲を拡大するとすれば、反比例的に当該禁止規則の枠を狭めてしまうこととなる。したがって、このような基本的規則の変更には、やはり根本的な事象又は状況の変化というものが必要とされるわけである³²⁵。この点に関し、国際テロリズムというものが決して新たな現象ではないものの、9.11 同時多発テロが国際法のための「立憲的な瞬間³²⁶ (constitutional moment)」であったのか否かという問題は提起され得る。

ある側面に限定すれば、例えば、非国家主体による行為が自衛権の対象となる武力攻撃を構成し得るということが、より確実になりつつある現状においては、上記の問題提起も正鵠を射ているといえよう³²⁷。しかし、当該非国家主体からの攻撃を予防するための武力行使、又は、大量破壊兵器の脅威を有する国家に対する武力行使の権利が一般的に受容されているとは見なされ難いのである³²⁸。

2 現象的側面からの反論

次に、より現象的な側面に焦点を当てることとするが、9.11 同時多発テロ自体は、国際関係、国際政治及び国際法の統合としての国際社会システムの性質を本質的に変更するものではないということである。

その論拠としては、まず、9.11 同時多発テロ以降、新たな文明の衝突という現象が確認されてはいるが、新たな地政学上の境界なりというものが生成されたわけではないということである。また、大規模な国際的テロリズムの脅威というものが、大国間（例えば、安保理における常任理事国）の協調・結束の根源として機能し得るという楽観論にも関わらず、これら世界の主要国間の関係を適切に維持・管理することは、依然として国際社会における主要、かつ重要な挑戦と位置付けられている点である。つまり、9.11 同時多発テロ以前においても、国際社会が対応すべき事項の優先順位のリスト中に、テロリズムへ

³²⁵ 仮に、根本的な事象又は状況の変化を、「条約関係における一当事国による重大な違反」というものに置き換えるとした場合、条約法に関するウィーン条約 (Vienna Convention on the Law of Treaties, May 23, 1969, *U.N.T.S.*, Vol. 1155, 331) 第 60 条第 2 (c) 項の「条約の性質上、一の当事国による重大な違反が条約に基づく義務の履行の継続についてのすべての当事国の立場を根本的に変更するものであるときは、当該違反を行った国以外の当事国は、当該違反を自国につき条約の全部又は一部の運用を停止する根拠として援用することができる。」という規定から何らかの推論が導かれるであろうか。まず、他国による国連憲章第 2 条第 4 項に対する違反を、憲章規則自体の廃棄を主張するための法的理由付けとした実行はないといえる。また、当該条項は、絶対的規範 (peremptory norm) の典型的な例と見なされている。さらには、憲章上の義務は、他の条約における義務に優越する。したがって、理論的に国連加盟国が、憲章を廃止させることはあり得ないのである。See Schachter, *supra* note 60, p. 129.

³²⁶ ここでいうところの「立憲的瞬间」とは、「国際法における地震的な変動が生じた瞬間」の意で用いられている。Murphy, *supra* note 44, pp. 719-20.

³²⁷ Henderson, *supra* note 208, p. 12.

³²⁸ *Id.*

の対応というものは当然含まれていたわけである。9.11 同時多発テロは、「テロとの戦い」という表現にも見られるようにテロへの対応の必要性を強調してはいるが、本質的には、その優先順位を上げたに過ぎないといえよう。

また、慣習法の変更³²⁹を要求しているともいえる「国家安全保障戦略」に関していえば、その主張自体が不適切である。伝統的に、新たな慣習国際法の成立には、「確立し、広範、かつ一貫した実行³³⁰」と結合した「法規則の存在により、当該実行が義務的なものとして要求されるという信念³³¹」が必要とされる。しかしながら、先制又は予防自衛を根拠とした武力行使を正当化する実行は、一貫性もなければ、広範にも及んでいない³³²。さらに、イラクにおける武力行使を予防的自衛により正当化しようとする米国に対し、多数の国が不適切との見解を明らかにしていることを見れば³³³、主観的要素である「法的信念 (*opinio juris*)」が存在していないことも明らかである。さらにいえば、2002年6月1日、陸軍士官学校の卒業式におけるブッシュ大統領の演説においては、9.11 同時多発テロの結果として、伝統的な抑止の概念が粉碎されたという一般的な通念の下³³⁴、「前世紀の大部分において、米国はその防衛を、抑止 (*deterrence*) と封じ込め (*containment*) という冷戦における理論に依存していた。ある状況においては、それらの戦略が依然として適用されるわけであるが、新たな脅威はまた、新たな思考過程をも必要としている。」³³⁵と言及し、「国家安全保障戦略」において、より具体的に「大規模な報復の脅威のみに基づく抑止は、守るべき国家や国民を持たない影の如きテロリスト組織に対しては意味を持たないこと、また、平衡感覚を喪失した独裁者が、自己の保有する大量破壊兵器を隠密裏にテロリストに供給する場合、封じ込めは不可能となる³³⁶。」という趣旨を表している。確かに、上記の思考過程自体は妥当であるといえる。しかしながら、新たな脅威³³⁷に対抗するために新たな戦略が

³²⁹ See Bordelon, *supra* note 44, p. 144.

³³⁰ See H. Thirlway, "The Sources of International Law", in M. Evans (ed.), *International Law* (Oxford University Press, 2003), p. 125.

³³¹ *Id.*

³³² Gray, *supra* note 44, pp. 133-4.

³³³ D. Fidler, "International Law and Weapons of Mass Destruction: End of the Arms Control?", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 14 (2004), pp. 72-3; Eckert & Mofidi, *supra* note 204, p. 127.

³³⁴ J. Kraska, "Torts and Terror: Rethinking Deterrence Models and Catastrophic Terrorist Attack", *American University International Law Review*, Vol. 22 (2007), p. 373. Cf. R. Turner, "State Responsibility and the War on Terror: The Legacy of Thomas Jefferson and the Barbary Pirates", *Chicago Journal of International Law*, Vol. 4 (2003), pp. 139-40.

³³⁵ See Commencement Address at the United States Military Academy in West Point, New York (June 1, 2002), at <http://www.dartmouth.edu/~govdocs/docs/iraq/060102.pdf> (as of October 23, 2008).

³³⁶ See National Security Strategy, *supra* note 207, p. 15.

³³⁷ もっとも、テロリズムが歴史的に存在していたことから、「それほど新たではない挑戦に対する新たな対

必要であるとしても、それを直ちに武力行使に係る法的枠組みの抜本的な変更
に結びつけることは適切とはいえないであろう³³⁸。

また、この新たな脅威に係る主張の多くが、戦術的又は技術的な進歩という
ものに極めて深く依拠している。すなわち、大量破壊兵器自体の進歩、その運
搬手段の隠密性の向上及び高速化、テロリストによる大量破壊兵器及び同関連
物質への接近・入手の容易化、あるいは国際社会のグローバル化に伴うテロリ
スト自体の移動の広範性、高速性並びに隠密性等である³³⁹。先述した米海軍
の作戦法規マニュアルにおける科学技術及び戦術の進歩によるパラダイム・シ
フトの必要性の示唆も³⁴⁰、この範疇に属するものと特徴付けることができる。

しかしながら、当該主張においては、テロリスト又は無法国家がその優位性
を確保し得るような科学技術又は戦術の進歩及び発展については、十分過ぎる
ほどの言及がなされている一方、テロリストの活動を阻害するために実効的な
ものとなり得るような情報収集手段、厳格な出入国管理、空港・港湾における
警備を強化するうえでの技術・手続の進歩等についての言及は、皆無といつて
も差し支えない³⁴¹。また、いわゆる無法国家による弾道ミサイルによる大量
破壊兵器使用の脅威が強調される一方で、衛星等の情報収集手段を通じた早期
の兆候探知や海上及び陸上における縦深的な迎撃能力等については、脆弱性と
まではいかなくとも不完全性が指摘されていることが多いわけである。

応」という評価も存在する。See K. Meessen, “Current Pressures on International Humanitarian Law: Uni-
lateral Recourse to Military Force Against Terrorist Attacks”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 28
(2003), pp. 341-2.

³³⁸ この点を端的に示す、次のような主張がある。

「全世界的に組織され、分散され、かつ隠蔽された敵に直面した場合、唯一効果的な予防手段とは、
武力行使以外の段階に存在するものであろう。爆弾やロケット、ジェット戦闘機や戦車などは、何
の助けにもならない。助力をもたらしてくれるのは、情報機関及び訴追当局間における国際的情報
交換網、資金流通に対する管制並びに敵に対する後方支援の根絶であらう。また、核・化学・生物
兵器に関する不拡散方針における手抜きから生起する危険についても、北朝鮮の軟化した態度が
示すように、少なくとも根気強い交渉と査察による方が、事態をより好ましく処理し得るものとな
らう。」

J. Habermas, “Interpreting the Fall of a Monument”, *German Law Journal*, Vol. 4 (2003), pp. 705-6.

³³⁹ See, e.g., J. Romano, “Combating Terrorism and Weapons of Mass Destruction: Reviving the Doctrine
of a State of Necessity”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 87 (1999), pp. 1023-30; S. Brugger, “International
Law, Terrorism, and Weapons of Mass Destruction: Finding and Filling the Gaps”, *Rutgers Law Review*,
Vol. 57 (2005), pp. 803-11; Wedgwood, *supra* note 208, pp. 559-60; Schmitt, *supra* note 131, p. 534; Yoo,
supra note 45, pp. 572-3.

³⁴⁰ 本節第1項3を参照せよ。

³⁴¹ 当該技術・手続自体への言及がなされている場合においても、それは進歩なり、発展なりという側面では
なく、一様に脆弱性を強調する場合が多いといえよう。See J. Mellor, “Missing the Boat: The Legal and
Practical Problems of the Prevention of Maritime Terrorism”, *American University International Law Re-
view*, Vol. 18 (2002), pp.341-66.

さらには、大量破壊兵器及びテロリズムと戦う国際社会の主要構成員間のより緊密な協力が実現されつつあ
る点や国連の集団安全保障システムが冷戦期に比べて能力を発揮し得る点についても、否定的な見解は多数見
受けられるが、肯定的に評価するものは少数である。See Sapiro, *supra* note 41, p. 604.

もちろん、上記の指摘を全体的外れなものとして評価することはできないであろう。しかし、安全保障に限らず社会一般においても全ての脅威（例えば、災害、事故、犯罪及び貧困等）に完璧に対抗し得る枠組みなり、措置なりが存在し得ていないという現状を鑑みるに、現象的側面からパラダイム・シフトが生じている、又は必要であるとする結論は、それに係る評価要素を選定するうえでの偏向により導かれたものであると非難されても仕方がないのではないかと思料する。

さらにいえば、テロリズムという現象の衝撃なり、重大性なりというものが、それに対抗する手段の範囲及び対抗を規律する国際法の妥当性を歪曲してはならないわけである。すなわち、政治的な意思決定者は、人間の生存に対するテロリズムの衝撃を測定可能な冷徹な分析³⁴²よりも、自己の認識や政策に依拠しがちであるということである³⁴³。また、法的観点からみれば、政治的な色合いが強くなればなるほど、「法の現在の姿」の分析と「法がどうあるべきか」という唱道とを見分けることが困難となるといえよう。その結果、法自体が不明確という主張の下に、法以外の側面に議論がすり替わってしまうことになるわけである。例えば、9.11 同時多発テロ後の二年間におけるテロ攻撃の犠牲者（死者）の概数は、千五百名（イラク）、七百名（ロシア）、三百五十名（イスラエル）、二百名（スペイン）及び百名（フィリッピン）といわれている³⁴⁴。もちろん、これらの犠牲自体は、決して許容され得るべきものではない。しかし、人類が被った数的犠牲という視点に立てば、伝染性及び寄生性の疾病に起因する毎年千百万人の死者（三百万人のエイズ患者及び百万人超のマ

³⁴² 例えば、9.11 同時多発テロの数週間後に実施された調査によれば、平均的な米国人が一年以内にテロにより個人的に被害を受ける可能性は、二十パーセントであると認識していた。この危険認識は、相当程度に誇張されたものである。実際、9.11 同時多発テロと同一規模のテロ攻撃が一年間毎日生じた場合においても、当該確率には遠く及ばないからである。 See J. Lobel, "The Preventive Paradigm and the Perils of Ad Hoc Balancing", *Minnesota Law Review*, Vol. 91 (2007), p. 1442.

また、イグナティエフは、次のように指摘している。

「テロについて明解に思考するためには、脅威評価と規範的非難を峻別し、テロが実際に有する危険性とテロに対する怒りとを区別しなければならない。... 9.11 のテロ攻撃は、米国の社会秩序を危険に晒したわけでもなく、また、米国の民主主義を崩壊の危機に晒したわけでもなかったのである。」

M. Ignatieff, *The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror*, (Princeton University Press, 2004), p. 54.

現実的にも、テロリズムは、損害の程度及び可能性に関する計算を狂わせるといえよう。テロ行為が生起する可能性は低く、犠牲者の数も比較的限られている一方で、予防できる疾病の発生確率は極めて高く、死亡者の数も大規模に及ぶわけである。しかしながら、両者に対する政治的計算は完全に異なっている。前者に対しては劇的ともいえる対応が要求されるのに比して、後者のために資源及び政治的意思を見出すことは常に困難である。 See Marks, *supra* note 249, p. 74.

³⁴³ 例えば、政策決定者自身が、「9.11 同時多発テロにおける約 3000 名という犠牲者数は、2001 年における何らかの暴力に起因する死者の合計の 0.17 %に過ぎない。」という事実に言及することは考えられない。 See *Id.*, p. 73.

³⁴⁴ Worldwide terrorism-related deaths on the rise, at <http://www.msnbc.msn.com/id/5889435/> (as of October 23, 2008).

ラリア患者を含む。)と比較しても極小という評価が可能なわけである³⁴⁵。この観点において、9.11 同時多発テロにおける三千名の犠牲が、パラダイム・シフトと称されるものの動機なり、根拠となり得るといふ主張は説得力が弱いと評価せざるを得ない。

3 規範的側面からの反論

次に、規範的な側面からの反論であるが、その主旨は、9.11 同時多発テロがパラダイム・シフトを生起させたという主張に対しては、積極的、かつ強固に抵抗しなければならないということである。なぜなら、パラダイムを転換させることは、9.11 同時多発テロの計画・実行者がその目的とするところのイスラム世界と西洋との明確な対立という構図の完成を認めてしまうことになるからである³⁴⁶。

また、パラダイム・シフトを認知することにより、それ自体が自己満足的な預言としての地位を獲得するという危険性も存在する。この危険は、すでに一部顕在化しているともいえよう。例えば、米国の政策に関していえば、まず、一極主義の及ぼす影響に対して国際社会が抱く懸念への対抗としての「米国の予防主義 (preemption) 及び単独主義 (unilateralism) こそが安定のための主要素である³⁴⁷。」との主張が存在する。また、多国間主義を基調とする国際協調の本質を否定する米国による国際機構に対する態度³⁴⁸、すなわち、ブッシュ政権下における「気候変動に関する国際連合枠組条約の京都議定書³⁴⁹」からの脱退、「1972 年の米ソ対弾道ミサイル条約³⁵⁰」の一方的廃棄及び「国際刑事裁判所設立条約 (ローマ規程) ³⁵¹」への署名取り消し等である³⁵²。こ

³⁴⁵ See Marks, *supra* note 249, p. 73.

³⁴⁶ ブッシュ政権はテロとの戦いを立ち上げたが、これは、オサマ・ビン・ラディンの台本に従って戦われているものである。 See I. Lustick, "Fractured Fairy Tale: The War on Terror and the Emperor's New Clothes", *Minnesota Journal of International Law*, Vol. 16 (2007), p. 349.

³⁴⁷ Nagan & Hammer, *supra* note 215, pp. 435-6.

³⁴⁸ See O. Hathaway, "Between Power and Principle: An Integrated Theory of International Law", *University of Chicago Law Review*, Vol. 72 (2005), pp. 469-72. See also Spectar, *supra* note 287, p. 75.

³⁴⁹ Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, (opened for signature December 11, 1997, entered into force February 16, 2005), *I.L.M.* Vol. 37 (1998), 22.

³⁵⁰ Limitation of Anti-Ballistic Missile Systems, U.S.-U.S.S.R., May 26, 1972, *U.S.T.*, Vol. 23, 3435.

³⁵¹ The Rome Statute of the International Criminal Court, (opened for signature July 17, 1998, entered into force July 1, 2002), *U.N.T.S.*, Vol. 2187, 3.

³⁵² それぞれに対する評価及び勧告に関しては、次のようなものがある。

(1) 対弾道ミサイル条約 (Anti-Ballistic Missile Treaty)

米国は、現在の政策傾向が示すような核保有国による第一撃の脅威を増加するものではなく、戦略的安定に向けての当該脅威の減少に関与するべきである。世界的な、かつ実証された核兵器の廃棄がなされない限り、ミサイル防衛は排除されるべきではない。この意味において、全地球的なミサイル防衛システムは、非国家主体又は核保有国による核攻撃を防止するために創成され得るものである。全地球的システムは、単に一国又は排他的な同盟国の市民に限らず全ての人民を防護すべきである。全人民の防護は、世界的な各撤廃への関与を示すという意義においてのみ成功し得るものである。攻

れらによる米国とそれ以外の国際社会との根本的な認識の相違は明白であり、共同体としての国際社会の大きな分裂、多大な人的並びに物的資源を犠牲にしているイラク占領政策、地球規模における反米感情及び世界における米国の孤立という構図として証明されているものである。

仮に、パラダイム・シフトが認知されたとすると、これは上記に示したような米国だけの問題ではなくなる。すなわち、武力の行使を制限する規則が除去されたり、本質的に弱体化されたりした場合、国際の秩序に対する有害な影響を及ぼす可能性、例えば、米国以外の諸国家が彼らの係る紛争を解決する手段として武力の行使が許容されるとの見解を有するに至り、結果的に無秩序をもたらすことも否定され得ないのである³⁵³。

4 総括

以上のことから、自衛権の援用・拡大又は海上における阻止活動の枠組みの根本的変更を要求するようなパラダイム・シフトは、現象的にも未だ生じていないし、規範的にも現時点において生起させるべきではないことを主張するものである。

もちろん、この評価は、政策決定者や国際法学者を新たな、かつ困難な挑戦に直面させることとなった 9.11 同時多発テロという事件の重大性を捨て去る

撃的な第一使用及び第一撃政策は、ミサイル防衛のための基盤とはなり得ない。全地球的な核協力を達成し、非国家主体及び非核保有国による核兵器の入手及び使用を防止するため、米国は、他の核保有国と多国間で全ての核兵器の確証的な廃棄を追求する重要な第一歩を踏み出すのみならず、完全な核撤廃への関与を示すためにもロシアとの二国間において同様のことを行わなければならない。

(2) 京都議定書

米国は、全温室効果ガスの排出量を現実に削減するための政策及び目標を立案するべきである。これには、予想される経済成長率を上回る速度での温室効果ガスの強烈的な削減が要求されるであろう。米国は国際社会と再度協力することを示す手法を表明するべきであり、当該手法をもって京都議定書が現在想定している向こう十年間での温室効果ガスの削減をはるかに超える絶対量の削減を三十～四十年後までを見通して実現する方策を探求すべきである。

(3) 国際刑事裁判所設立条約（ローマ規程）

米国は、ローマ規程を批准し、国際刑事裁判所（ICC）に完全に参加するべきである。完全な参加がないのであれば、米国は ICC に米国市民を引き渡すことを禁止するための二国間合意を求める努力を終止し、ICC を支援することを禁止する法律を撤廃し、かつ、ICC への不参加を軍事又は財政援助の条件とするような立法を控えるべきである。さらに米国は、裁判所の管轄権、発展又は実行を損なわせるために国連安保理を活用しようとする企図も捨て去るべきである。

N. Deller, A. Makhijani & J. Burroughs (eds.), *Rule of Power or Rule of Law?: An Assessment of U.S. Policies and Actions Regarding Security-Related Treaties* (Apex Press, 2003).

上記の三つの事例以前においても、多国間主義からの逸脱を示すような米国の実行が指摘され得る。1982 年レーガン政権は、米国が深く関与した八年間の慎重な交渉の賜である国連海洋法条約への署名を拒否した。1983 年には、米国の国連憲章に対する責任とは全く矛盾するグレナダに対する軍事行動を命じている。また、1986 年には、国際司法裁判所による管轄権を受諾するという従前の宣言を無視するとともに、ニカラグアにおける軍事作戦の実施という国際法違反に対する賠償の支払いを命じた同裁判所の判決に従うことを拒否することさえ表明したわけである。 See J. Head, "What Has Not Changed Since September 11 - The Benefits of Multilateralism", *Kansas Journal of Law & Public Policy*, Vol. 12 (2002), p. 3.

³⁵³ See Martinez, *supra* note 121, pp. 164-5; Eckert & Mofidi, *supra* note 204, p. 150; O'Connell, *supra* note 44, p. 19; Marks, *supra* note 249, pp. 113-4.

ものではない。とりわけ、テロリズム、大量破壊兵器及び無法国家（rogue nations）という危険な連結に対するブッシュ政権の懸念は、正に現実のものである。米国が、国際的に解決すべき問題の筆頭にこれらの事項を位置付け、これらに関連する脅威に対抗するためには、先制的又は予防的武力の行使が必要であると提唱していることには、一定の理解を示すこともできよう。しかしながら、この米国のいう新たな現実とは、武力行使に係る現存の規範の更新をも要求しているわけである。少なくとも、その時期は未だ到来していないといえよう。テロリスト集団が核兵器の入手を達成し、その使用に訴える場合にこそ、国際関係及び国際法の分野でのパラダイム・シフトが必要とされるものと考量する。もちろん、パラダイムを軸とした分析・評価というものは、対象とされる分野の展開に応じて変化しなければならない。しかし、その変化は、あくまでも自然な、理知的な進展の一部として到来するものであり、9.11 同時多発テロに対する急激な過剰反応³⁵⁴としてもたらされるべきではない。

「新たなパラダイム」の側面についても、当該主張は、国際法の原則を変化する現実と整合させる必要性に依拠している。この場合、整合の対象となる二つの最も重要な原則とは、「武力の不行使」及び「拷問その他の虐待行為の禁止」であり、いずれも強行規範（*jus cogens*）としての性格を有しているものである³⁵⁵。「テロとの戦い」という環境を前提に当該原則が廃れているという主張は、支持され得るものではないであろう³⁵⁶。国際法は、テロリスト及び

³⁵⁴ ラスティックは、この過剰反応の帰結ともいえる「テロとの戦争という罠（The trap of the war on terror）」に関する冷静な分析を行っている。 See Lustick, *supra* note 346, pp. 335-51.

³⁵⁵ 強行規範の例として最も頻繁に引用されるものとしては、侵略、奴隷制度並びに奴隷取引、ジェノサイド、人種差別・隔離及び拷問の禁止がある。また、他の規則も、いかなる逸脱も認められない規範として、国際社会全体により受容され、かつ認識された場合においては強行規範としての性質を持ち得ることとなる。 *Conclusions of the work of the Study Group on the Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law*, by the International Law Commission at its Fifty-eighth session, in 2006 [hereinafter *Conclusions*], para. 33. さらには、武力紛争において適用される国際人道法の基本的規則及び自決の権利も、上記規範として捉えられている。 *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement 10 (A/56/10)*, Commentary to article 40 of the draft articles on State Responsibility, paras. (4)-(6). See also commentary to article 26, para. (5). See also Case concerning armed activities on the territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), *I.C.J. Reports* 2006, para. 64.

「二十世紀における最も偉大な業績の一つは、拘束力を有する多国間条約である国連憲章において、国家がその政策手段として武力を行使することを違法化したことである。憲章の核心的原則、すなわち、第 2 条第 4 項に規定される武力行使の一般的禁止は、1986 年に国際司法裁判所が強行規範の原則として認めるところまで進化してきている。」 “The ASIL Centennial Annual Meeting Adopts a Resolution on the Use of Armed Force and the Treatment of Detainees”, *American Society of International Law Insight*, Vol.10-12 (May, 2006), paras. 1 & 3.

「国家間の侵略的武力行使の禁止に対する尊重は、それが強行規範的特質、すなわち、受容され、認められ、最も価値を有し、かつ、一切の逸脱が許されない国際法規範としての性質を有していることの確証である。」 C. Joyner, *International Law in the 21st Century, Rules for Global Governance* (Rowman & Littlefield, 2005), p. 116.

³⁵⁶ すなわち、米国による「イラク侵攻」及び拘束されたテロ容疑者に対する「通常とは異なる方法による尋

それを支援する国家並びに組織に対する自衛の理論の解釈及び適用に関し、相当の柔軟性を有しているといえる³⁵⁷。しかし、国際法の絶対的規範の一方的な廃棄までを認めるものではない。

「テロとの戦い」という理論に暗示されているパラダイム・シフトは、テロリストという敵に対する決然とした行動をとることを示すための政治的な努力として根拠付けられる。しかし、それは同時に、国際の安全及び人権という最も基本的な防御体系までを脆弱化してしまう危険性を有しているわけである。確かに、国際法は国際政治や国際関係とは不可分であり、地政学的変化にも柔軟に対応していかなければならないものではある。しかしながら、それは、国際法の真の基盤が、合意の過程を経ない急進的な改訂の対象とされ得ることを意味してはいない³⁵⁸。したがって、「新たなパラダイム」とは、国際法における新たな規範の根拠となり得る概念ではなく、政治的な目的のための修辞と見る方が適切であろう。さらにいえば、必要とされているのは全く新たなパラダイムではなく、適切に更新された状況認識なのである³⁵⁹。その観点では、9.11 同時多発テロに対する米国の反応自体が、許容され得ないパラダイム・シフトと見なされるわけである³⁶⁰。

法が現実には追いついていない状況は、安全保障に限らず多くの分野においても見られるものである。その場合、ある程度の柔軟性をもって法を解釈し、現実的な対応を行うことは許容されるであろう。しかしながら、国際社会の大多数から賛意の得られないような拡大解釈、すなわち、「逸脱」は、もはや法解釈とは見なされ得ない。

第5節 先制・予防自衛に関する小括

これまで、海上における阻止活動の新たな法的根拠として、先制・予防自衛

問」の正当化に関する主張である。スピロは、次のように的確に述べている。

「そもそも、テロとの戦いという前提に関わりなく、『国連憲章第2条第4項が武力の行使を止め得ていないことが、その可能性までを否定するものではない』し、『拷問を実施している政府の存在が、当該行為を禁止する国際法規範の重要性を否定するものではない』わけである。すなわち、禁止規定が国家の行動に影響を及ぼさないことが、国際法全体としての有効性に疑問を呈するものではないのであり、国際法の規則に従っていないという現実のみを強調しても、国際法の重要性を否定するには不十分であろう。」

See P. Spiro, "A Negative Proof of International Law", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 34 (2006), p. 452.

³⁵⁷ See Marks, *supra* note 249, p. 118.

³⁵⁸ 国家安全保障戦略（ブッシュ・ドクトリン）は、国際法の極めて重要な原則である、国家実行及び相互主義というものを無視している。Eckert & Mofidi, *supra* note 204, p. 150

³⁵⁹ Stromseth, *supra* note 44, p. 562.

³⁶⁰ Lobel, *supra* note 342, p. 1407.

が援用され得る可能性及び援用された場合の危険性について、自衛権一般（慣習国際法及び国連憲章）の現状を背景に論じてきた。ここでは本章の結論として、先制自衛及び予防自衛に関する評価を提示する。

第 1 項 先制自衛の評価

本論文における先制自衛の定義とは、「武力攻撃は未だ生起していないが、その脅威が顕在化し、かつ極めて切迫している場合に当該脅威を排除すること。」というものであった。これに関する評価としては、まず、当該権利についての解釈的アプローチが明確に二分されているとともに、その隔たりは深く、先制自衛の可能性に関する法の現状については依然として不明確のままであるということがいえる。むしろ、先制自衛を容認する立場が主張する慣習法としての自衛の存在は否定されるものではない。例を挙げれば、軍隊における「部隊の自衛³⁶¹」なり、その部分集合としての「個人の自衛」などの概念は、国際法上の根拠を慣習法に求める他ないわけである。しかしながら、自衛権の行使を制限する実定法としての慣習規則の内容については、明確に大筋の合意なるものが存在していることも事実である³⁶²。一例として、先制自衛の有効性を確信する立場においてさえも、慣習規則がその行使を制限していることに関して、一般的な合意があるといえよう³⁶³。したがって、憲章第 51 条の解釈に関する立場の相違に関わらず、これら最低限の慣習法の基準に違反する自衛としての武力行使が、国際法違反を構成することは明らかである³⁶⁴。

もちろん、憲章第 51 条を制限的に、又は厳格に解釈すれば、先制自衛が許容される余地はなくなるわけであるが、文言上の要件としての「武力攻撃の生起」及び慣習法におけるウェブスター一定式（必要性及び均衡性）自体の持つ固有の曖昧性により、実体として許容され得る場合も想定されるわけである³⁶⁵。

³⁶¹ 本章第 1 節第 1 項を参照せよ。

³⁶² 自衛の中核をなすものとして、自衛が必要、かつ均衡していなければならないことに関する諸国家の合意が存在する。See Gray, *supra* note 44, p. 120.

³⁶³ See, e.g., L. Beres, "Preserving the Third Temple: Israel's Right of Anticipatory Self-Defense Under International Law", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 26 (1993), pp. 147-8; J. Singh, *Use of Force Under International Law* (Harnam Publications, 1984), p. 16.

³⁶⁴ Bordelon, *supra* note 44, p. 141.

³⁶⁵ その場合においても、先制的な行為は、切迫した脅威に対抗するために必要なものでなければならず、当該脅威に対して均衡したものでなければならない。慣習法が、自衛権をめぐる解釈の限界を延伸させているとはいえ、まったくの私利的な主張までが許容されるわけではない。先制自衛が必要性及び均衡性の基準に従って評価されなければならないという事実は、外観（客観）的な尺度による評価が課されることを意味するものである。See, J. Brunné & S. Toope, "The Use of Force: International Law After Iraq", *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 53 (2004), p. 788. See also Dinstein, *supra* note 75, pp. 220-6; Schachter, *supra* note 65, pp. 150-2.

第2項 予防自衛の評価

本論文における予防自衛の定義とは、「武力攻撃に結びつく脅威は未だ顕在化していないが、潜在的脅威が存在する場合にそれを予め排除すること。」であった。これに関して、予防自衛の理論を明確に謳い、イラク侵攻の潜在的正当化要因ともされる米国の「国家安全保障戦略」を題材に評価を進めていく。

まず、制限主義論者の立場をとる場合、当該戦略は、潜在的攻撃側が行動を起こす準備をする以前に防衛的武力の行使を企てるものであるがゆえに、その立場には当然のことながら適合しない³⁶⁶。さらに、先制自衛を許容する立場をとるとしても、全ての条件を満足するものではない。第一に、憲章 51 条を緩和的に解釈するとしても、武力攻撃という要件を完全に廃止することはできないわけである。すなわち、予防自衛が、いかなる武力攻撃とも関連しない推測的な脅威に対する武力行使を正当化する限りにおいて、憲章下で認められる余地はないのである³⁶⁷。第二に、憲章以前の慣習規則においても予防自衛の許容性は否定されていたといえる³⁶⁸。つまり、慣習法において許容される可能性があるとしていた先制自衛と正当化され得ない予防自衛とは、全く異なるものである³⁶⁹。したがって、自衛を寛大に解釈する先制自衛を支持する立場においても、国家が、脅威が現存し、かつ切迫していることを証明しない限り、当該自衛は許容され得ないわけである³⁷⁰。対照的に、「国家安全保障戦略」において要求されているような予防自衛は、対抗としての武力行使を正当化し得る客観的、かつ立証できる脅威の兆候を示すことができなくとも、単に脅威を感じた国家が武力を行使することを認めるものである³⁷¹。

次に、緩和的な解釈を支持する立場においても、慣習法概念である必要性及び均衡性に制限されなければならないという制限主義論者の立場への理解は示されているといえる³⁷²。しかしながら、実際に武力攻撃が生起しない限り、武力行使の必要性の根拠となる事実及び背景情勢を評価することも、必要な武力を均衡性の範囲内に制限することも不可能であろう³⁷³。この点においても

³⁶⁶ See National Security Strategy, *supra* note 207, p. 15.

³⁶⁷ 国家が武力攻撃を構成しない武力による威嚇を受けた場合、武力による自衛に至らない措置に訴えなければならない。 O'Connell, *supra* note 44, p. 6.

³⁶⁸ 予防自衛の理論は古典的な時代においても、道義的及び法的な権利としての論証の一部さえも構成し得なかった。また、現代の慣習国際法の原則としての基盤にも、これを見出すことはできない。 Joyner, *supra* note 43, p. 524.

³⁶⁹ See A. Cassese, *International Law* (Oxford University Press, 2001), p. 310; Bordelon, *supra* note 44, pp. 111-2.

³⁷⁰ Simma, *supra* note 108, p. 803.

³⁷¹ O'Connell, *supra* note 44, p. 21; Cassese, *supra* note 367, p. 310.

³⁷² See Van den hole, *supra* note 83, p. 97; Gray, *supra* note 44, p. 120.

³⁷³ See Brownlie, *supra* note 2, p. 259.

「国家安全保障戦略」は、予防的武力行使が認められるために切迫した脅威を証明することを要求していない³⁷⁴。また、明白に、切迫した脅威という概念を予防的なものに適合させようとしている³⁷⁵。

イラクに対する米国の実際の行動を鑑みるに、「国家安全保障戦略」にいう切迫性が、潜在的攻撃国による直近又は強大な脅威までもを要求するものではないことを示しているようである³⁷⁶。これは、自衛の規則に対する現行の理解を誤るものであり、自衛のために用いられる武力と侵略との差異を消し去ってしまいかねないものであるともいえよう。言い換えれば、有効な規範的指針を全く提供し得ない概念の主張であり³⁷⁷、皮相的には法的規範と見受けられるが、現実には規範とはほど遠いと断定せざるを得ないものである³⁷⁸。

以上のことから先制・予防自衛に係る結論として、次が導かれ得る。

まず、「現状において、先制自衛は極めて例外的な場合にのみ許容されることがあり得る³⁷⁹。」ということがいえる。しかしながら、これは一般的な問題としては妥当であるが、海上阻止活動という側面からみた場合、その合法性根拠としては、容易には想定され得ない³⁸⁰。

他方、「現行の国際法の下においては、予防自衛の合法性は認めら

³⁷⁴ 「… 常識と自衛の問題として、米国はそのような新たな脅威に対して、それが完全に形となる前に対処する。」 *National Security Strategy*, supra note 207, para. 5 in Introduction.

³⁷⁵ 「我々は、差し迫った脅威の概念を、今日の敵の能力と目的に適応させなければならない。… 脅威が大きいくらいほど、行動を取らないことのリスクは大きく、また、敵の攻撃の時間と場所が不確かであっても、自衛のために先制攻撃を行う論拠が強まる。敵によるそのような敵対行為を未然に防ぐために、米国は必要ならば先制的に行動する。… 米国は危険が増大するのを何もせずに見ているわけにはいかない。 *Id.*, p. 15.

³⁷⁶ 大量破壊兵器よりもたらされる脅威の存在という米国の行動を正当化するために使われた主張とイラクにおける当該兵器の明白な欠如という大きな矛盾も、このことを示す証左であるといえよう。 *See Eckert & Mofidi*, supra note 204, p. 126.

³⁷⁷ *See V. Lowe*, “The Iraq Crisis: What Now?”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 52 (2003), p. 865.

³⁷⁸ *See Franck*, supra note 135, p. 620.

³⁷⁹ 理論的には、例外的に認められ得る場合が存在するものの、現実的に「必要性及び均衡性」という要件に合致する状況を想定することは困難であろう。 *Gathii*, supra note 44, p. 76. *See also Sapiro*, supra note 41, p. 604; *Roth*, supra note 221, p. 544; *G. Maggs*, “How the United States Might Justify A Preemptive Strike On A Rogue Nation’s Nuclear Weapon Development Facilities under the U.N. Charter”, *Syracuse Law Review*, Vol. 57 (2007), p. 495.

³⁸⁰ 「仮に、北朝鮮船籍の貨物船がロサンゼルス沖合十三海里の海上を港内に向けて航行中であり、入手された情報により当該船舶が核兵器を搭載していることが明らかな場合、米国が当該船舶を強制的に停船させ、捜索し、要すれば拿捕する権利に異議をはさむ者は、ほぼ皆無であろう。」 *M. Byers*, “Policing the High Seas: The Proliferation Security Initiative”, *American Journal of International Law*, Vol. 98 (2004), p. 532.

「同様のシナリオにおける自衛の適用については、法的にも政治的にも正当化され得る。」 *See A. Winner*, “The Proliferation Security Initiative: The New Face of Interdiction”, *The Washington Quarterly*, Vol. 28-2 (2005), p. 129; *I. Barry*, “The Right of Visit, Search and Seizure of Foreign Flagged Vessels on the High Seas Pursuant to Customary International Law: A Defense of the Proliferation Security Initiative”, *Hofstra Law Review*, Vol. 33 (2004), p. 330.

れない³⁸¹。」

現時点で、憲章第 51 条下の自衛を根拠とする国際水域上の船舶の阻止を可能とする旨の主張は、極めて弱いものに止まっている。それゆえに憲章の枠外にあるとされる自衛権の援用が試みられるわけであろう。また、海上における措置に関して先制自衛が例外なく認められ、予防自衛も許容された場合といえども、国際水域上の航行船舶に対する攻撃にまで至る事態が頻繁に生起することは想定され難いであろう。しかしながら、国連海洋法条約に謳われている「国

³⁸¹ See e.g., Alexandrov, *supra* note 149, p. 165; Arend & Beck, *supra* note 43, pp. 72-9, 154; Brownlie, *supra* note 2, pp. 257 & 275-8; Dinstein, *supra* note 75, pp. 165-9; Henkin, *supra* note 109, pp. 141-4 & 295; R. Higgins, *The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations* (Oxford University Press, 1963), pp. 200-5 & 217-8; Lauterpacht, *supra* note 72, p. 156; M. Byers, “Terrorism, The Use of Force and International Law After 11 September”, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 51 (2002), pp. 401 n. 1 & 410; J. Charney, “The Use of Force Against Terrorism and International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 95 (2001), pp. 835-6; T. Farer, “Beyond the Charter Frame: Unilateralism or Condominium?”, *American Journal of International Law*, Vol. 96 (2002), pp. 359-60; Glennon, *supra* note 108, p. 547; Murphy, *supra* note 108, p. 42; O’Connell, *supra* note 44; A. Pellet, “Brief Remarks on the Unilateral Use of Force”, *European Journal of International Law*, Vol. 11 (2000), pp. 386, n. 3 & 388; Quigley, *supra* note 245, pp. 558-60; Sapiro, *supra* note 41, p. 602.

また、コロンビア大学のフレッチャー教授は、民主的な法が他人のみならず他国に対する予防的武力行使を禁止している理由を、次のように明確、かつ適切に説明している。

「予防的な攻撃は、世界中の全ての法体系において国内的に違法であるのと同様に、国際法においても違法である。それらは、明らかな侵略の存在明示を根拠とするものではなく、憂慮されている敵が将来においてとる可能性がある行為に関する予測を根拠としているがゆえに、違法なのである。」

G. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law* (Oxford University Press, 1998), p. 134.

さらに、2004 年 12 月に国連からリリースされた、アナン事務総長の諮問機関である脅威、挑戦及び変革に関するハイレベル・パネルによる報告書「より安全な世界 — 我々の共有する責任」(supra note 44)においても、国家が「切迫した脅威 (imminent threat)」に対抗して単独で行動することは、合法であり得るとしながらも、より間接的な「出現しつつある脅威 (emerging threat)」には、同様の対応をなし得ないことを確認している。同報告書は、後者の行為を「予防的軍事行動 (preventive military action)」と表現するとともに、当該行為の関わる事項についての決定をしなければならないのは、安保理である、と二つの最も重要なパラグラフにおいて述べている。

190 項 「... 予防的軍事行動のための妥当な主張がそれを支持する妥当な証拠とともに存在するならば、それらは安保理に提出されるべきであり、安保理の選択により当該行動が承認され得るのである。安保理がそのような選択をしない場合、他の戦略、すなわち、説得、交渉、抑止及び封じ込めを追求すべき時期なのであり、その結果、再度軍事的選択がもたらされることとなる。」

191 項 「... 明確に認識された潜在的脅威に対し、前項のように対応することに耐えられないという者に対する答えは、集団的に認可された行動ではない一方的な予防的行動の合法性が許容されるには、基盤として存在し続けている世界的秩序及び不干渉の規範に対する危険があまりにも大きいということである。」

また、2005 年 3 月のアナン事務総長報告書「より大きな自由を求めて」(*In Larger Freedom*) においても、次のように述べられている。

124 項 「切迫した脅威は、第 51 条に完全に当てはまるものである。当該条項は、武力攻撃から自国を防衛する主権国家の固有の権利を保障するものである。法律家は長きにわたり、当該権利がすでに生じた攻撃同様に、切迫したそれに対しても及ぶものであることを認めてきている。」

125 項 「脅威が切迫したのではなく、潜在的な場合、憲章は、国際の平和及び安全を維持するために予防的なものを含めて、軍事力を使用する完全な権限を安保理に付与している。...」

See, The Secretary General, “In Larger Freedom: Towards Development, Security And Human Rights For All”, *Report of the Secretary General*, pp. 122-6, U.N. Doc. A/59/2005 (March 21, 2005).

際交通を促進し、かつ、海洋の平和的利用、海洋資源の衡平かつ効果的な利用、海洋生物資源の保存並びに海洋環境の研究、保護及び保全を促進するような海洋の法的秩序を確立³⁸²」することにより、「国際連合憲章に規定する国際連合の目的及び原則に従い、正義及び同権の原則に基づくすべての国の間における平和、安全、協力及び友好関係の強化に貢献し並びに世界のすべての人民の経済的及び社会的発展を促進する³⁸³」という目的とは相容れない状況が生じ得るのみならず、「国際の平和及び安全の維持」に対する副作用の危険性を推察するに³⁸⁴、今後とも認められるべきではないことを主張するものである。

³⁸² UNCLOS, *supra* note 19, *in* Preamble.

³⁸³ *Id.*

³⁸⁴ 米国等によるイラク侵攻の結果が、この懸念を如実に表しているといえよう。表面上はテロリスト等が大量破壊兵器の入手経路を確保することを予防するために遂行された戦争が、戦争前には存在していなかったテロリストのための安息の地をイラク内に創り出したわけである。さらに当該戦争は、イラクにおけるテロリストの温床を醸成させ、世界中のより多くのテロリストを鼓舞し、米軍を勝ち目のないように見える混乱に巻き込むとともに、北朝鮮やイランが自国による核兵器の開発を急務の努力として促進するという動機をも提供したのである。 Lobel, *supra* note 342, p. 1450.

また、当該戦争に訴えたことによる政治的費用も甚大であった。安保理内及び米国と枢要同盟国との間における分裂は、イラクにおける軍事的な安定性及び民生の復興に必要な国際的な協力を阻害する要因となっている。 Sapiro, *supra* note 41, p. 605.