

## テロリストに対する自衛権の適用可能性 (3)

近藤 航\*\*\*

### 目 次

#### I. はじめに

##### 1. 問題の所在

- (1) テロと国際法
- (2) テロと自衛権
- (3) テロと武力攻撃

##### 2. 分析範囲

#### II. 「武力攻撃」の主体

##### 1. 所在国による武力攻撃

---

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

\*\* 本稿は拙稿「テロと自衛権—国連憲章第 51 条『武力攻撃』の主体と内容—」博士論文 (横浜国立大学)、2012 年の第 3 章と第 4 章を全面的に修正したものである。

- (1) 国際司法裁判所の基本姿勢
- (2) 国際司法裁判所の曖昧性
- 2. テロリストによる武力攻撃

### Ⅲ. テロリストに対する自衛権の適用根拠

- 1. 理論的根拠
  - (1) 憲章第 51 条
  - (2) 憲章第 2 条 4 項
  - (3) 憲章第 1 条
- 2. 実証的根拠
  - (1) 安保理決議 1368 および 1373
  - (2) 9.11 テロ事件後の国家実行（以上、第 25 巻第 1 号）

### Ⅳ. 憲章第 51 条「固有の権利」の意義

- 1. 戦前の国際慣習法上の権利
  - (1) 憲章による明示的保存
  - (2) 憲章による黙示的保存の可能性
  - (3) 保存の困難性
    - i. 新たな国際慣習法の生成
    - ii. 新たな国際慣習法に基づく憲章の解釈・修正
      - (i) 憲章の解釈
        - a. 文言主義的解釈
        - b. 目的論的解釈と事後の実行
      - (ii) 憲章の修正
    - iii. 解釈・修正の限界
- 2. 自然権に由来する権利
  - (1) 国家防衛の最後の砦としての自衛権
  - (2) 最後の砦となりうる他の法理

## V. 憲章第2条4項「武力行使」の主体・客体との整合性

### 1. テロリストに対する武力不行使原則の適用可能性

#### (1) 否定説

##### i. 国内法の域外適用

(i) 立法管轄権と執行管轄権

(ii) 域外法執行の目的

##### ii. 緊急避難

(i) 強行規範との抵触可能性

(ii) 強行規範の主体

(iii) 強行規範の敷居 (以上、第26巻第1号)

##### iii. 自衛権

(i) 自衛権の構造

a. テロリストによる攻撃

b. テロリストに対する反撃

(ii) 所在国に対する自衛権の例外

(iii) テロリストに対する自衛権

a. 自衛権による正当化の必要性

(a) 所在国が存在しない場合

(b) 所在国の同意がある場合

(c) テロリストの行為が所在国に帰属しない場合

b. 正当化対象

(a) 「武力行使」という国際違法行為

(b) 「武力行使」以外の国際違法行為

(c) 国際違法行為以外の行為 (以上、本号)

#### (2) 肯定説

##### i. 自衛権

##### ii. Kolb 説の特徴：憲章第2条4項の人的適用範囲の目的論的解釈

(i) 武力行使能力

(ii) 領域基盤

- a. 領域基盤を持つテロリスト
- b. 領域基盤を持たないテロリスト
- c. 「領域基盤」要件の法的位置づけ

iii. 矛盾：憲章第2条4項「国際関係」の意味と効果

iv. 意義

(i) 武力不行使原則の実効性

(ii) 問題解決のための実践性

2. 友好関係原則宣言

(1) 東側・非同盟・中南米諸国の解釈

(2) 西側諸国の解釈

(3) 対立解釈の部分的残存

i. 従属人民に対する「強制行動」の禁止

ii. 「強制行動」に対する「自衛権」

3. 国際司法裁判所

(1) 壁事件(2004年)

i. パレスチナの未成熟な国家性

ii. パレスチナに対する武力不行使原則の適用可能性

(2) 壁事件のインパクト

VI. 事例

1. 自衛権の主張と肯定的反応

(1) 不朽の自由作戦(2001年～)

(2) 壁事件(2004年)

(3) 第2次レバノン戦争(2006年)

(4) オサマ・ビン・ラディン殺害作戦(2011年)

(5) 対ISIL空爆(2014年～)

2. 否定的反応とその理由

- (1) 自衛対象の誤認 (誤爆)
  - i. ケニア・タンザニア米国大使館爆破テロ事件 (1998 年)
  - ii. ダマスカス事件 (2003 年)
- (2) 自衛方法の残忍性 (均衡性・自決権・人権法・人道法違反等)
  - i. 第 2 次チェチェン戦争 (2002 年)
  - ii. 壁事件 (2004 年)
  - iii. 第 2 次レバノン戦争 (2006 年)
  - iv. イスラエルのガザ地区攻撃 (2008 ~ 2009 年)
- (3) 「武力攻撃」の不在 — FARC 事件 (2008 年) —

## VII. おわりに

### 1. テロリストに対する武力不行使原則と自衛権の適用可能性

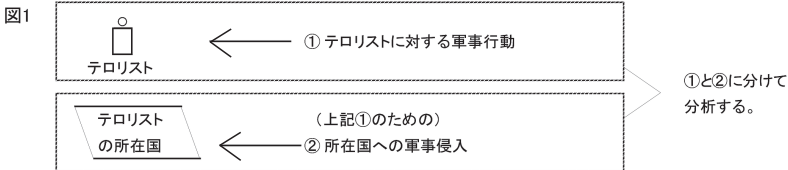
- (1) 適用理論の特徴と意義
  - (2) 法的基礎
    - i. 実証的基礎
      - (i) 国際司法裁判所の動向
      - (ii) 今世紀の慣行
    - ii. 理論的基礎—目的論的解釈を土台として—
      - (i) 憲章第 2 条 4 項「国際関係」
      - (ii) 友好関係原則宣言武力不行使原則第 7 項
      - (iii) 憲章第 51 条「自然権」に由来する「固有の権利」
  - (3) 付随的問題
    - i. テロリストの自衛権
    - ii. テロリストの国際責任
- ### 2. テロリストに対する自衛権の限界
- (1) 人に対する配慮
    - i. 自決権主体
    - ii. 交戦者と市民

（2）国・国際社会に対する配慮

iii．自衛権

他国に所在するテロリストに対する越境軍事行動を「自衛権」で正当化できるという学説が出てきている。その妥当性を検証する必要があるが、「テロリスト」、彼らの「所在国」、「自衛（権援用）国」という三者が絡み合う複雑な問題構造であるため、検証作業は難しいものとなっている。それをより容易な作業にするためには、この複雑な問題構造を紐解いて、よりシンプルな問題に置き換えればよい。そこで、本稿では、「他国に所在するテロリストに対する越境軍事行動」の法的位置づけとは何かという大きな（複雑な）問題を、「①テロリストに対する軍事行動」の法的位置づけとは何か、そのための「②所在国への軍事侵入」の法的位置づけとは何か、という2つのより小さな（シンプルな）問題に切り分けて、分析することにした<sup>104)</sup>。そして、上記②の問題の前提となる①の問題に着目し、テロリストに対する軍事行動が「自衛権」で正当化できるものであるのかどうかを解明することが本稿の目的である<sup>105)</sup>。そのためには、自衛権の発動要件をいかに解釈するかが当然重要となるが、同時に、自衛権以外の法理ではなぜ正当化できないのかについて検討することも重要である。他の法理で正当化できるならば自衛権で正当化し

104) 「他国に所在するテロリストに対する越境軍事行動」の構造については以下の図1参照。



※上記②は、所在国の「同意」がない場合に問題となる。

105) 上記②の問題は、別途検討が必要であるが、本稿では扱わない。

なくてもよいではないかという疑問に答えることが、どのような結論を導くにせよ、説得力の向上に繋がるからである。そこで、連載論文となっている本稿の前号では、自衛権以外の代表的な法理として、「国内法の域外適用」と「緊急避難」を取り上げ、それらがテロリストに対する軍事行動の正当化根拠として十分・適切なものといえるかどうかを検討し、結論として不十分・不適切であることを述べた。

すなわち、「国内法の域外適用」の理論は、テロリストには国際法人格がないため、彼らの行為は国際法上の違法行為にはなりえず、国内法上の犯罪行為に過ぎないという前提に立つ。したがって、彼らに対する軍事行動は、国内法上の警察活動であると理解せざるをえないとする。確かに、国際法は基本的には国家間関係を規律する法であるから、そのような解釈を支持する論者がいることも理解はできる。しかし、9.11 テロ事件を受けて米国とその同盟諸国がアフガニスタンで行った大規模な軍事行動を「警察」による活動であると理解することは、実態に合わない。実際、一方で「警察」は通常、光沢のある紋章を付けた警服を着用している。市民社会における治安維持を司る行政職員として、遠方からでも識別可能となるためである。装備は警棒や銃などの小型武器に留まる。特殊な場合もあるが、その基本的任務は容疑者を裁判にかけるための「逮捕」(すなわち、生け捕り)に留まる。他方で、「軍隊」は戦闘地域においては迷彩服を着用し、ミサイルや戦闘機も保有している。実戦においては、制空権を確保するためにまず空爆を行うことが常套手段となっており、実際にアフガニスタンにおける最初の軍事行動は空爆であった<sup>106)</sup>。任務の中核はまさに戦闘行為であり、それは「生け捕り」を当然の前提とするものでは

---

106) 9.11 テロ事件とアフガニスタンにおける米軍等による軍事行動の仔細については、後述の「VI. 1. (1) 不朽の自由作戦 (2001 年～)」参照。Cf. Murphy, “Contemporary Practice of the United States Relating to International Law: Terrorist Attacks on World Trade Center and Pentagon”, *supra* note 99, pp.237-255.

ない<sup>107)</sup>。このような警察と軍隊との基本的性格の相違に着目すれば、ミサイル攻撃を含む、テロリストに対する大規模な越境軍事行動を「警察」活動であると位置づけることは実態に合わず、不自然な解釈であるといわざるをえない。実態を直視すれば、それは「軍事」活動であり、国家間の「武力行使」（国連憲章第 2 条 4 項）の規模にも相当するものである。

テロリストに対する越境軍事行動が、その実態に照らして「武力行使」（同条項）に該当すると評価されるならば、「緊急避難」による正当化も無理である。「緊急避難」は、強行規範と抵触する形で援用することが許されないものだからである。もっとも、強行規範の内容については必ずしも明かではなく、それに「侵略」が含まれることについては争いがほとんどないものの、「侵略に至らない武力行使」も含まれるかどうかについては争いがある。しかし、仮に「侵略に至らない武力行使」は含まれないと解釈し、それを「緊急避難」で正当化できるという立場をとったとしても、「侵略」規模の攻撃を受けた場合には一般的には同等の規模による反撃をせざるを得ないことに鑑みれば、そのような反撃を正当化できないという点に「緊急避難」による対応の限界がある。

このように、「国内法の域外適用」や「緊急避難」による正当化には無理・限界がある。それでは他方で、自衛権による正当化であれば可能か。以下で詳しく検討してみよう。

( i ) 自衛権の構造

国連憲章第 51 条によれば、「武力攻撃が発生した場合」に自衛権の発動が認

107) 「警察」と「軍隊」との基本的な相違については、以下の表 1 参照。

表 1	服装	武器	任務
警察	警服 (光沢のある紋章)	小型のみ (警棒、銃)	逮捕 (「生け捕り」が基本的前提)
軍隊	軍服 (迷彩服)	大型も可 (ミサイル、戦闘機)	戦闘 (「生け捕り」を前提とせず)



められる。この点、実際に「武力攻撃が発生」した後で発動しては国家防衛に大きな支障が出るとの懸念から、「武力攻撃が発生」する前に発動できる自衛権（「先制的自衛権」と呼ばれる）が認められるべきである、または、認められていると主張されることがある。確かに、“被害”が発生した後でなければ自衛権発動が許されないとすれば、自衛権とはその被害をもたらす「第一撃をくらわす権利」を敵に与えるにも等しいものになってしまう。しかし他方で、実際に「武力攻撃が発生」するかどうか確証のない時点で自衛権の発動が認められれば、自衛権の濫用に繋がる虞がある。それゆえ、先制的自衛権の理論は多数の国際法学者から批判されてきた。確かに、国際の平和と安全の維持という国連の目的（憲章第1条1項）に鑑みれば、自衛権の濫用防止は重要な課題である。その重要性を真摯に受け止めれば、自衛権発動が認められるためには「被害の発生はともかく、攻撃への『着手』は必要」とする考え方が基本的に妥当であるように思える<sup>108)</sup>。「着手」がいつの時点を目指すのかという点については攻撃の性格に鑑み慎重な判断が必要とされるものの、「先制的自衛権」に依拠することなく、“国家防衛の必要性”と“自衛権の濫用防止”を両立させる解釈であると考えられるからである。

そのように考えると、自衛権は「武力攻撃が発生した場合」に限定されることになるため（その発生時点は着手時点とされる）、「武力攻撃」概念の解釈が決定的に重要となる<sup>109)</sup>。そこで本稿では、同概念に着目し、まず「武力攻撃」

---

108) 少なくとも「着手」は必要とする慎重論については、例えば、森川俊孝・佐藤文夫（編）『新国際法講義』改訂版、北樹出版、2014年、254頁参照。

109) 「武力攻撃が発生」していなくても自衛権発動が認められるとする先制的自衛権を支持する論者にとっても、先制的自衛権の定義とその具体的な意味内容を明らかにする上で「武力攻撃」の定義は重要となる。とはいえ、先制的自衛権の発動要件の解明にとっては、要件の候補から外された「武力攻撃」概念の内実よりも、同概念に代わって先制的自衛権の独自の発動要件となるものは何かという論点の方が実際には重要となるともいえよう。

の主体の範囲について検討することにした。そしてこの検討と併せて、自衛権の行使対象（法的客体）の範囲について検討することにした。“主体”と“客体”は対概念であるから、両者の範囲を整合的に解釈することが重要となるからである。本稿はテロ問題を分析素材として自衛権に関するこれらの人的範囲を解明しようとするものである。その主な争点は、次のとおりである。

すなわち国際法は、基本的に国家間関係を規律する法であるので、「他国による武力攻撃」を受けた場合に、やむをえず反撃しそれを「同国に対する自衛権」として正当化することは可能である（下記注の図2参照）<sup>110)</sup>。この点については争いが無い。しかし、「テロリストによる武力攻撃」という法概念が認められるか、すなわち、「テロリストに対する自衛権」が認められるかについては、争いがある（同注の図3参照）。

#### a. テロリストによる攻撃

テロリストとの闘いを、「テロリストによる攻撃」と「彼らに対する反撃」の2つの側面に分け、その上で前者の側面に着目すると、「武力攻撃」の主体が「国家」に限定されるか否かという点が論点となっていることが分かる。それは憲章第51条に「武力攻撃」の主体が明記されていないことに起因するものである。テロリストのような非国家主体による攻撃は「武力攻撃」には該当しえないとする論者は、自衛権の先行行為が国際違法行為（憲章第2条4項違反）でなければならないということを「国際法学の常識」とみなす。そしてこの「常識」を出発点として、議論を組み立てる。例えば松田は、自衛権の合法性の核心が「先行行為の違法性にあることは、国際法学にとってほとんど常識

110) 自衛権の基本構造

図2 「国」対「国」の場合

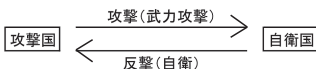
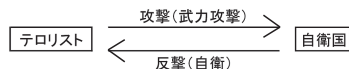


図3 「テロリスト」対「国」の場合



であると言ってよい」と述べる<sup>111)</sup>。その論拠として、国連国際法委員会が「武力行使をとまなう国家の行動が自衛権の行使とみなされるための第1のかつ本質的な条件は、それに先だって、当該行動の相手方によって、武力行使をとまなうという特別な種類の国際違法行為が行われていることである」と述べていることを指摘する<sup>112)</sup>。つまり、テロリストは国際法主体ではないのだから、彼らの行為は国際違法行為とはなりえず、従って、それは「武力攻撃」とはならないと主張する。

## b. テロリストに対する反撃

他方で、「テロリストによる攻撃」と「彼らに対する反撃」のうち、後者の側面からも、テロリストに対する自衛権の適用に否定的な意見が出されている。例えば浅田は、「私人たるテロリストに対して武力を行使することはそもそも国際法上違法ではないことから、違法性の阻却のために自衛権を援用する必要はありません」と述べている<sup>113)</sup>。つまり、テロリストは国際法主体ではないのだから、彼らに対する軍事行動は武力不行使原則（憲章第2条4項）と抵触しえない。したがって、その軍事行動は禁じられた「武力行使」ではないのだから、そもそもそれを「自衛権」で正当化する必要はないと主張する。

もっとも、テロリストとの闘いが国家間の軍事衝突に匹敵するほどの大規模である場合には、その実態に照らせば、「テロリストによる攻撃」も「彼らに

111) 松田「テロ攻撃と自衛権の行使」（前掲注100）、19頁。

112) 同上；Report of the International Law Commission on the Work of its 32nd Session, *Yearbook of the International Law Commission*, 1980, Vol. II, Part 2, p.53.

113) 浅田正彦「第12章安全保障—法への試練」大沼（編）、前掲書（注90）、225頁の浅田の見解参照。浅田正彦・大沼保昭「ロー・クラス 連続対談：21世紀の国際社会と法—国際法の生きた姿を考える（14）安全保障と国際法のかかわり」『法学セミナー』54巻（1）通号649（2009年）、65頁の浅田の見解同旨。

対する反撃」も「武力行使」と評価されることになる。そのような観点から、自衛権援用に対する批判（上記aとbの両側面からの批判）に対して、再反論することも可能であろう。

しかし、自衛権援用を支持する論者のうち、多数意見は、テロリストのような非国家主体には武力不行使原則は適用されないことを前提として明に暗に受け入れた上で、それでも他国に所在するテロリストに対する軍事行動を自衛権で正当化できると主張してきた。すなわち、テロリストの行為に対して彼らの所在国が「実質的関与」をした場合には、両者の関係は密接であり、テロリストの行為は所在国に帰属するため、「所在国に対する自衛権」が認められる。この場合、紛争の構図は「所在国」対「自衛国」という国家間紛争であるため、テロリストのような非国家主体に対して武力不行使原則が適用されるかどうかは問題とはならない。問題は、テロリストの行為に対して彼らの所在国が「実質的関与」をしていない場合である。この場合、両者の関係が希薄であることから、判例上、テロリストの行為は所在国に帰属しないものとされてきた。帰属しない以上、「所在国に対する自衛権」が認められるとは言い難い。それでも「所在国」に対して或いは「テロリスト」に対して自衛権を援用できるとする説は、以下の2つの理論を展開してきた。

第1に、「実質的関与」の概念を拡大解釈し、或いは、「実質的関与」が存在しない場合でも例外として、テロリストの行為を所在国に強引にでも帰属させ、それを「国家による武力攻撃」とみなして「所在国に対する自衛権」を認める理論である。（以下（ii））

第2に、「実質的関与」が存在しない場合には、テロリストの行為は所在国に帰属しないため、それは「所在国による武力攻撃」とみなすことはできないが、「テロリストによる武力攻撃」として処理することはできるとして、「テロリストに対する自衛権」を認める理論である。（以下（iii））

ただし、「テロリストに対する自衛権」という用語については、論者によって異なる意味で用いられることがあるということに注意する必要がある。そ

の用語を文言どおりに自然に読めば、また、自衛権の目的は「武力攻撃」の排除であることから、「テロリストによる武力攻撃」に対する「テロリストに対する自衛権」とは、「テロリスト」を自衛権という権利の行使対象とするものであるといえよう。しかし、テロリストが軍事行動の事実上の対象となっているという理由で、それを「テロリストに対する自衛権」の行使と呼ぶ論者もある。そのような論者の主張は、本人が自覚しているか否かは別として、自衛権という法的権利の行使対象を、「テロリスト」であると捉えるものではなく、彼らの「所在国」であると捉えるものである。すなわち、この場合、「テロリストに対する自衛権」と呼ばれるものは、実は法的には「所在国に対する自衛権」を意味するものであり、その点で、「実質的関与」がなくても所在国に帰属させて「所在国に対する自衛権」を認めようとする説と類似するものといえる。

このように「事実（としての軍事行動の対象）」と「法（としての自衛権の対象）」とが意識的にまたは無意識的に混同される結果、「テロリストに対する自衛権」という言葉が、多義的な曖昧性を持つものになっている。そのことに注意しながら、以下では、「テロリストに対する自衛権」を認める説の中で、テロリストに対する武力不行使原則の適用に否定的な説に着目し、その妥当性を検討してみたいと思う。そして、その検討の結果として、大規模テロ攻撃がいずれの国にも帰属しないものであったとしても「テロリストに対する自衛権」（同権利の行使対象については、上述のとおり、「テロリスト」であるという説と「所在国」であるという説がある）により対応できるとする結論の方向性は国家防衛に資するといえるが、その結論を導く過程において、少なくとも以下の2点のいずれかに関して無理があることを指摘する。

第1に、テロリストの行為を所在国に帰属させることが“不可能”な場合（対テロリスト軍事行動について所在国の同意がある場合、そもそも所在国が不在の場合）または“不自然”な場合（自国領域の一部が政府にとって管理不能となっており、そこがテロリストの領域基盤となっている場合）が存在する。そ

のような場合でも帰属させることができる、或いは、帰属しなくても所在国に対する自衛権として処理できるという解釈は、実態と乖離しており人工的に過ぎる。

第2に、テロリストの行為が彼らの所在国に帰属しない場合には、自衛権の行使対象はテロリストであると理解することが実態に照らして自然であるが、一方でそのように自然に解釈した場合に、他方でテロリストには武力不行使原則が適用されないと解釈すれば、「テロリストに対する自衛権」とは何を正当化するのが不明となる。すなわち、テロリストに対する軍事行動が武力不行使原則により禁じられていないとすれば、そもそもそれを自衛権で正当化する必要はないとする浅田の意見は的を射ているということになる。

本稿では、これら2点の指摘を通じて、テロリストの行為が所在国に帰属しない場合に「自衛権」で対応できるとすれば、それは「テロリストによる武力攻撃」が発生した場合に行使される「テロリストに対する自衛権」であり、すなわち、同権利の行使対象はテロリストであると解することが、行為帰属の実態に照らして妥当であることを主張する<sup>114)</sup>。他方で、そのようなテロリストに対する自衛権の適用理論が法体系上、整合性のとれたものとして認められるためには、その前提として、彼らに対する武力不行使原則の適用が認められることが重要となること、また、そのような同原則の解釈が大規模テロ攻撃の際の戦闘規模の実態（“テロリストによる攻撃の規模”と“テロリストに対する反撃の規模”の両方の実態）に照らして妥当であることを主張する。そのように実態に照らして法を解釈することが、武力不行使原則を有意義で効果的なものとし、また、その例外である自衛権を問題解決に資する実践的なものとし、ひいては、同原則を基礎に「国際の平和及び安全を維持」

---

114) 但し、「テロリストに対する自衛権」を行行使するための「所在国への軍事侵入」の正当化根拠については、上述のとおり別途検討が必要である。この点については別の論文で改めて詳述する。

しようとする国連の目的に寄与すると考えられる。すなわち、以下のとおりである。

## (ii) 所在国に対する自衛権の例外

テロリストのような非国家主体には武力不行使原則は適用されないけれども、それでも自衛権による対応が許されるとする理論は、上述のとおり、2つに大別できる。

第1の理論は、テロリストには武力不行使原則は適用されないが、その所在国に適用されることは争いがないのだから、形式的には「国家（テロリストの所在国）」対「国家（自衛国）」の枠組みで紛争の構造を捉えて同条項を適用できる法的環境を確保し、その上で同原則の「例外」として自衛権を認めればよいとする。

例えば *Randelzhofer* は、ニカラグア事件判決に従えばテロリストによる越境攻撃に対して自衛権を発動するためには、テロリストの行為がテロ支援国家に帰属しなければならず、帰属するためにはテロリストの行為にテロ支援国家が「実質的関与」をしていなければならず、ニカラグア事件判決（1986年）によれば「武器供与・兵站支援」程度の能動的支援（＝作為による支援）では「実質的関与」とはみなせないことを認める。その上で、今日では「能動的支援を受けなくても深刻な越境攻撃をすることができるようになってきていることは…確かに事実である」とし、国際司法裁判所の上記判決の中で示された「実質的関与」概念の解釈はもはや「狭きに失する」と批判する。もっとも、能動的支援によってではなく、「黙認」や「管理不能」のような受動的支援（＝不作為による支援）によっても深刻なテロ攻撃が生み出されるようになってきていることは事実であるけれども、そのことは「帰属基準の再評価を提起するに留まる」という<sup>115)</sup>。つまり、「黙認」の場合には自衛権の帰属基準を緩和することにより、

115) *Randelzhofer*, *supra* note 23, pp.1417.



従来どおり「国家」対「国家」の枠組みで問題を処理できるという<sup>116)</sup>。「管理不能」の場合には「帰属に関する特別規則は例外的に広いであろう」(the special rule on attribution would be exceptionally wide) と述べる<sup>117)</sup>。「帰属に関する特別規則は例外的に広い」の意味については説明されていないが<sup>118)</sup>、帰属要件を例外

---

116) Randelzhofer によれば、「他国に対する重大な武力行使を意図的に行う非正規組織集団」に対して、①国家が隠れ家 (safe haven) を提供し、さらに (additionally) ②武器・兵站支援をすることは「実質的関与」に含まれるとする。ibid., pp.1415-1416. 但し、そのことは必ずしも、①のみでは不十分であり、追加的に②の条件を満たして初めて「実質的関与」に含まれる、という意味ではない。実際、直前に「例えば」と断っており、この場合を「実質的関与」の一例として挙げているに過ぎず、限定列举として挙げているのではない。ibid., p.1415. さらにこの例示列举の直後に、「実質的関与」概念を決定づける要素として、「国家により行われたとすれば『武力攻撃』とみなされなければならないであろう一定の規模の武力行使を、非正規集団が行うことを可能にする国家関与の程度とは何かということが、決定的であるべきだ」と述べている。ibid., p.1416. つまり、「実質的関与」基準を満たすか否かという問題にとって決定的に重要なこととは、①の他に②も満たしたか否かというよりも、むしろ隠れ家の提供という単なる「黙認」であっても、そのことが非正規集団にとって他国に対する越境攻撃を行う上で不可欠な要素であったとすれば、つまり黙認国が決定的な役割を果たしていたならば、同国は「実質的関与」をしたことになるという。

なお、自国領域内の武装集団を取り締まる「意思がないわけではなく、単に能力がない」管理不能国にも、同集団の行為が特別に帰属すると主張している。そのことから、それよりも悪質性の高い「意思がない」黙認国には当然帰属すると彼が理解していると推察することもできよう。ibid., pp.1418-1419.

117) Ibid., p.1419.

118) ここで「特別規則」というものが何に対して「特別」なのか、つまりそれに対応する「一般規則」とは何かについては、説明されていない。全体の文脈からすれば、「実質的関与」基準を満たさないにもかかわらず帰属しうる「特別」な場合であるという意味であると理解できようが、そうであれば同基準に対する特別な例外を意味する。或いは、国家責任条文に規定される帰属に関する一般規則に対する特別な例外という意味で、言及されている可能性も否定できないが、それはRandelzhoferが自衛権の文脈における帰属基準の法的性格（一次規則か二次規則か、その両方か）をいかに捉えているかによる。この点は必ずしも明確にされていない。なお、「管理不能」の事態については国家責任条文第9条の適用可能性が問題となるが、彼は同条については言及がない。ibid., pp.1397-1428, esp.1414-1419.



的に幅広くゆるやかに解釈して「国家」対「国家」の枠組みで処理できるという意味であると考えられる。実際、「管理不能」が問題とされた壁事件やコンゴ・ウガンダ事件に関して次の通り述べている。

「複数の裁判官や多数の論者は異なる見解を表明しているが、より望ましい見解とは、帰属に関する特別な一次規則に基づくものではあるが、被害国が自衛権を行使できるようにするためには、組織された武装集団による攻撃は国家に帰属しなければならないというものであるように思える。」<sup>119)</sup>

つまり、「管理不能」の場合には帰属要件はもはや問題とはならず、「非国家主体」対「国家」の枠組みに基づき武装集団に対して直接的に自衛権を適用できるとする複数の裁判官の個別意見が出てきている。このような意見に対して Randelzhofer が同意できる点は、自衛権による対応が認められるとする点である。それが国家防衛に不可欠だからである。しかし、同意できない点もあるという。それは自衛権の枠組みである。彼によれば、自衛権による対応が可能となるためには、武装集団の行為が（領域）国に帰属しなければならない。そのためには、「黙認」の場合と同様に「管理不能」の場合も帰属要件を例外的に緩和するという形をとらざるをえないという。このように帰属要件を緩和してでも従来どおり、「国家」対「国家」の枠組みで処理することが望ましいとする<sup>120)</sup>。

---

119) *Ibid.*, p.1417. このように述べた後で、自衛権発動に関わる帰属の問題について、「そのような帰属は一次規則としての第 51 条の適切な解釈から生じるのであり、必ずしも国家責任に関する派生的（二次）規則から生じるのではない」と補足している。*ibid.* つまり、彼によれば「帰属 (attribution)」という用語は二次規則においてのみ使用されるものではなく、実際、自衛権の帰属基準は一次規則に分類されるという。但し、二次規則である国家責任条文の帰属基準を自衛権の文脈で適応することを必ずしも否定しているわけではないようにもみえる。実際、同条文第 8 条の適用可能性を示唆している。*Ibid.*, p.1415, fn.124.

120) Randelzhofer によれば、憲章第 2 条 4 項の適用は「国家間の国際関係」に限定される。つまり、非国家主体には適用されない。Randelzhofer, “Article 2 (4)”, in Bruno Simma (ed.), *The Charter of the United Nations*, 3rd ed., *supra* note 88, pp.214, 215, paras.32, 34.

確かに、この枠組みで問題を処理できるのであれば、争いのある「非国家主体」対「国家」という枠組みを用いずに済む。しかし、実態に照らせば所在国にテロリストの行為が帰属しないにもかかわらず、なぜ「国家」対「国家」の枠組みだけで処理できるのかという問題が残る。それでは法と実態が乖離してしまう。「例外」という名の下で、実態に即した法理論の究明を諦めてしまっているようにも見える。

### （iii）テロリストに対する自衛権

第2の理論は、テロリストの行為がいずれの国にも帰属しない場合には、「テロリストによる武力攻撃」が発生したものとみなし、「テロリストに対する自衛権」を認めるものである。「テロリストに対する自衛権」という用語の意味には、上述のとおり曖昧性が残るが、用語の通常の意味に基づいて解釈するならば、自衛権の行使対象はテロリストであり、「非国家主体(テロリスト)」対「国家(自衛国)」の枠組みで紛争の法構造を捉えるものである<sup>121)</sup>。実態に照らしても、「武力攻撃」の規模に達するテロ攻撃がいずれの国家にも帰属しない場合には、それに対する自衛権の行使対象を特定の「国家」であると解釈するよりも、むしろ「テロリスト」であると解釈する方が、自然な解釈であるといえる。しかし他方で、テロリストには武力不行使原則が適用されないが彼らには自衛権が適用されるとする解釈は、上述のとおり、「私人たるテロリストに対して武力を行使することはそもそも国際法上違法ではないことから、違法性の阻却のために自衛権を援用する必要はありません。」<sup>122)</sup>との反論を受けること

---

121) 「テロリストに対する自衛権」という概念について、自衛の権利の行使対象を「テロリスト」ではなく「所在国」とであると捉える学説は、「テロリストに対する反撃」の側面に着目すれば、紛争の法構造を「国家(テロリストの所在国)」対「国家(自衛国)」の枠組みで捉えるものであるものと評価されよう。用語の使用方法が不自然であるために誤解を招きやすいため、この点については注意する必要がある。

122) 浅田正彦「第12章安全保障—法への試練」大沼(編)、前掲書(注90)、225頁の浅田の見解参照。

になる。この反論は、「テロリストによる武力攻撃」という法概念を認めることは「テロリストに対する自衛権」を認めることを意味し、「テロリストに対する自衛権」とは自衛権の行使対象がテロリストであることを意味し、すなわちテロリストのような非国家主体にも自衛権が適用されることを意味する<sup>123)</sup>、ということを経験的な前提としているように思える<sup>124)</sup>。確かに、そのような経験的な前提を置くことは、用語の通常の意味に照らし、また、実態に照らしても、自然な解釈に基づくものであり妥当であると考えられる。したがって、この反論は経験的だが核心を突くものであるといえよう。しかし、これまでのところ、このような自然な解釈に基づく反論の妥当性・重要性が、「テロリストに対する自衛権」を主張する論者により必ずしも正確に理解され、十分受け止められた上で、再反論されてきたとはいえない。

123) 実際、浅田はこの反論をした直後に、次の通り述べている。

「ICJの多数意見は…パレスチナの壁事件の勧告的意見において、自衛権は国と国との関係であると明言しています。しかし少数意見の中にはテロリストに対する自衛権を認める有力な見解もあり、今後の展開が注目されます。」

つまり、多数の裁判官は自衛権を「国家」対「国家」の枠組みの中で、国家に対してのみ適用可能なものとして捉える。しかし有力な少数意見（ここでは少数の裁判官の意見等が念頭に置かれているものと考えられる）は、自衛権を「国家」対「非国家主体」の枠組みの中で、テロリストに対しても適用可能なものとして捉えているという。

このように浅田によれば、有力な少数意見は「テロリストに対する自衛権」という概念を、国家間関係を規律する法枠組みと対峙し、その枠組みの外に位置づけられるものとして理解し、それを経験的な前提として議論を展開している。浅田自身の見解については、十分には展開していないという印象は残るものの、同様の経験的な前提に立った上で、それらの少数意見に反論しているものと考えられる。

124) 仮に「テロリストによる武力攻撃」に対する「テロリストに対する自衛権」とは「テロリスト」ではなく彼らの「所在国」を自衛権の行使対象とするものであるという経験的な前提が当然に置かれているとしよう。その場合、「テロリストに対する武力行使」は禁じられていないから「自衛権」援用の必要はないという反論では不十分であり、したがってそれだけでは的外れな反論となってしまう。なぜならば、そのような「自衛権」援用は、「テロリスト」ととの関係においては無用のものであっても、「所在国」ととの関係においては必要なものであるという主張に対する十分な反論になっていないからである。

### a. 自衛権による正当化の必要性

実際、2004年には壁事件勧告的意見に対して Buergenthal、Higgins、Kooijmans 判事が、2005年にコンゴ・ウガンダ事件判決に対して Kooijmans、Simma 両判事が、「武力攻撃」の主体は国家に限定されないと主張した。彼らの主な根拠を集約すれば、①憲章第51条は文言上、「武力攻撃」の主体を国家に限定していないこと<sup>125)</sup>、②自衛は「固有の権利」である（ため攻撃主体が誰であろうと適用可能である）こと<sup>126)</sup>、③安保理決議1368および1373はテロリストに対する自衛権を認める趣旨であること<sup>127)</sup>、④9.11テロ事件後の国家実行にも同様の傾向が見られることである<sup>128)</sup>。しかし、憲章第51条のみならず第2条4項も非国家主体に適用可能か、不可能とすれば同条違反でない対テロ行為を自衛権で正当化する必要性とは何かという点については、議論が深められていない。

2007年にはInstitutにおいて、テロの世紀における重要な論点のひとつとして、非国家主体に対する自衛権の適用可能性の問題が取り上げられている。適用を認める決議が採択されているが、その決議の土台となった報告書には憲章第2条4項と第51条「武力攻撃」の主体について次のように記載されている。

「国際関係においてかつて広く知られていた『戦争』という用語に対峙するものとしての憲章における『武力行使』概念の導入は、国境を越えるあら

---

125) *I.C.J. Reports, 2004*, p.215, para.33 (Separate Opinion of Judge Higgins); *ibid.*, p.230, para.35 (Separate Opinion of Judge Kooijmans); *I.C.J. Reports, 2005*, pp.313-314, para.28 (Separate Opinion of Judge Kooijmans).

126) *I.C.J. Reports, 2005*, p.314, para.29 (Separate Opinion of Judge Kooijmans).

127) *I.C.J. Reports, 2004*, p.242, para.6 (Declaration of Judge Buergenthal); *ibid.*, p.230, para.35 (Separate Opinion of Judge Kooijmans); *I.C.J. Reports, 2005*, p.314, para.28 (Separate Opinion of Judge Kooijmans); *ibid.*, p.337, para.11 (Separate Opinion of Judge Simma).

128) *I.C.J. Reports, 2005*, p.337, para.11 (Separate Opinion of Judge Simma).

ゆる武力紛争を禁止するためのものであるが、それと同時に武力行使の形式的側面への依拠を回避することを意図するものでもあった。しかしながら、憲章第2条4項は国家間関係における禁止のみを扱っており、武力を行使する非国家主体を無視している。しかし、そのことは国際法が国際的・国内的なすべての武力紛争を規律していないことを意味するわけではない。憲章第51条は一般的な用語を使用しており、他国に帰属しない（因果関係を有しない）『武力攻撃』も非国家主体から生じうる。」（括弧による補足は原文による。）<sup>129)</sup>

つまり、憲章第2条4項により禁じられる「武力行使」の“内容”はもはや「戦争」という形式を有するものに限定されないが、「武力行使」の“主体”は依然として「国家」という形式を有するものに限定される。しかし、憲章第51条の「武力攻撃」の“主体”は「国家」という形式を有するものに限定されないという。「武力行使」の“主体”がどうあれ、それは「武力攻撃」の“主体”の解釈に決定的な影響を与えないというのである。もっとも、①決定的な影響を与えないと考えられるのはなぜか（つまり、第2条4項違反ではない行為を自衛権で正当化する必要性の問題を捨象して、非国家主体に対する自衛権の適用を肯定する結論を導くことができると考えられるのはなぜか）、②第2条4項は今なお国家関係にのみ適用されると考えられるのはなぜか、については明確な説明がない。

もっとも、報告書を読む限り、上記①については、非国家主体に対する軍事的措置は単に禁じられていないため「自衛権」による正当化の必要性がないが、当該軍事的措置を実施するための彼らの所在国への軍事侵入については同国との関係において「自衛権」による正当化の必要性がある、という論理が用いられている可能性も残る。実際、報告書の結論には、第10項として、次のよう

---

129) Institut de droit international, *Annuaire*, Vol. 72 (Session de Santiago (Chili), 2007), p.140, para.137.

に記されている。

「非国家主体による武力攻撃が、いずれの国の管轄下にもない地域から行われた場合には、犠牲国は当該地域において同非国家主体に対して強制措置をとる。」<sup>130)</sup>（下線による強調は近藤による。）

ここでは、犠牲国による非国家主体に対する措置が「強制措置」と呼ばれており、「自衛措置」とは呼ばれていない。さらに言えば、「強制措置」を「とる」とあり、「とることができる」と記されてはいない。つまり、“権利”として明記されているわけではない。もっとも、それが「非国家主体による武力攻撃」に対応するための強制措置として明記されていることに鑑みれば、その文脈からは「強制措置」に「自衛措置」が含意されている可能性も排除できない。実際、この報告書を踏まえて採択された決議第 10 項 (ii) では、「同非国家主体に対して強制措置をとる」という箇所は「同非国家主体に対して自衛権を行使することができる」と改められている。つまり、決議では、「いずれの国の管轄下にもない地域」において「非国家主体に対する自衛権」を行使できることが明確化されている。ここでいう「自衛権」とは、いずれの国の管轄下にもない地域で行使されるものであるから、「所在国への軍事侵入」を正当化するものではない。それは「非国家主体に対する軍事行動」それ自体を正当化するものであると考えられる。しかし、そうであれば、「非国家主体に対する軍事行動」が武力不行使原則により禁じられていないのになぜそれを「自衛権」で正当化する必要があるのかという疑問が残る。

上記②については形式主義的解釈を「武力行使」の“内容”に関しては否定できるが“主体”については今なお否定できないとする理論的理由とは何か、

---

130) この第 10 項の英語の原文は以下のとおりである。

“in case the armed attack by a non-State actor is launched from an area beyond the jurisdiction of any State, the victim State exercises forcible action in that area against that non-State actor.” *ibid.*, p. 147. cf. pp. 234, 236.

また、憲章採択後の実行の意義をどのように捉えるのかという疑問が残る。

2009年には森の単著である『自衛権の基層—国連憲章に至る歴史的展開』が出版される。全6章の後に置かれた「結論」という項目の中で、2つの自衛権（治安措置型自衛権と防衛戦争型自衛権）の相違点を示して、各々の特徴について以下の通りまとめている。

「治安措置型自衛権の場合には、自衛としてとられる軍事行動は、領域国あるいは旗国自身に対して向けられるのではなく、そこから行動する私人に対して行われるものであった。それが国家間関係においては、当該軍事活動が他国の領域あるいは旗国管轄権を侵害するという形で発現し、自衛権の機能も、こうした侵害を正当化するという形で、国際法上の表現を得るのであった。…一方、防衛戦争型自衛権の場合には、軍事行動は、他国自体に対して向けられ、…。」<sup>131)</sup>

ここでは、治安措置型自衛権の“行使対象”（すなわち、“誰”に対する自衛権か、という同権利の人的対象〔法的客体〕の問題）と“法的正当化対象”（すなわち、“何”を自衛権で正当化するのか、という問題）の2点が重要であるが、いずれも不明確な点が残る。すなわち第1に“行使対象”については、「自衛としてとられる軍事行動は、…私人に対して行われるものであった」とあり、それは「自衛としてとられる軍事行動の対象」が「私人」であることを意味するが、厳密にはそれが「自衛権の対象」が「私人」であることを意味するの否かは必ずしも明らかではない。それを意味するとすれば、治安措置型自衛権とは「私人に対する自衛権」である。他方で、「自衛としてとられる軍事行動は、…」という表現からは、治安措置型自衛権としてとられる軍事行動の対象は、事実上は「私人」であるけれども（＝事実行為としての軍事行動の対象は

131) 森、前掲書（注54）、272頁。



私人)、法的には「領域国」である（＝国際法上の権利としての自衛権の対象は領域国)、つまり「事実」と「法」とが乖離する極めて技巧的な解釈ではあるが、それは「領域国に対する自衛権」を意味すると読み手に理解される余地も残る。実際、第2に“法的正当化対象”については、領域国との関係における侵害の正当化についてのみ言及されており、私人との関係においては何を正当化するものであるのかについては言及されていない<sup>132)</sup>。このことが第1の“行使対象”についても、或いは領域国を指しているのではないかという疑問を増幅させるのである。

この点、翌年に出版された共著『講義国際法』の第17章「武力行使の規制と国際安全保障」（執筆担当は森）では、第1の“行使対象”については次の通り明確化されている。

「『治安措置型自衛権』は、その行使対象（国家ではなく私人）と法的正当化対象（戦争あるいは武力行使ではなく領域あるいは旗国管轄権の侵害）との両面において戦争と対比されており、…。」（括弧による補足は森による。）<sup>133)</sup>

ここでは、「自衛としてとられる軍事行動は」の下線部が削除されてより簡明な表現となっており、「治安措置型自衛権の行使対象」が、すなわち権利の対象が私人であること（つまり単に軍事的措置という事実行為の対象が私人であるに留まらないこと）が明確化されているように見える。他方で、私人との関係における法的正当化対象については引き続き何も示されておらず、私人に対して正当化するものがないのであれば、自衛権を援用する必要は何かという

---

132) 私人との関係における治安措置型自衛権の法的正当化対象とは何かという論点については、森の書の中で言及されていないためか、松田と川岸による書評の中でも触れられていない。松田、前掲論文（注2）、94-98頁；川岸伸「書評 森肇志著『自衛権の基層—国連憲章に至る歴史的展開』」『国際安全保障』37巻4号（2010年）、112-116頁。

133) 小寺他（編）、前掲書（注23）、492頁。



浅田の疑問に対する答えは提示されていない。

この点については重要であるので、私人との関係における治安措置型自衛権の法的正当化対象が問題となるとすればそれは何か、それは武力行使を正当化するものかという点に関する森の見解を、その研究書の他の部分も点検しながら、以下ではより詳しく見てみよう。『自衛権の基層』の中では「結論」として次のような指摘もある。

「治安措置型自衛権は、19世紀中葉においては国家の基本権の一部に位置づけられていたが、19世紀後期以降は、他国の領域侵害に関する免責事由と位置づけられることとなった。しかしその後、憲章起草過程においては、そうした活動は武力不行使原則の例外であり、そもそも許されるものと位置づけられたように、その法的位置づけは大きく変化している。」<sup>134)</sup>

ここで、「そもそも許される」とあるが、それが領域国に対して許されるのか、或いは、私人に対して許されるのかについては、両者を特に区別して述べられてはいない。すなわち、19世紀後期以降に領域侵害に関する免責事由として位置づけられていたとあるが、これは領域国との関係における免責事由である。したがって、それとの対比で憲章起草過程に関する位置づけが述べられていると考えれば、ここでいう武力不行使原則の例外も領域国との関係について述べられていることになる。しかし、領域国との関係に加えて、私人との関係においても同原則の例外として位置づけられているのかについては必ずしも明らかではない。従って、さらに追究していけば、私人との関係においても例外と位置づけられているとすれば、治安措置型自衛権とは違法性阻却の条件を満たす限りにおいて武力不行使原則違反ではないという意味か、或いは、そもそも同原則の射程外に位置づけられるため違法性阻却の必要のないものであるのかが問題となるが、この点についても必ずしも明確にされてはいない。

---

134) 森、前掲書（注54）、273-274頁。

このような不明確性は翌年の『講義国際法』の「武力不行使原則の射程」に関する記述の中にも見られる。実際、非国家主体に対する武力不行使原則の適用可能性について、「禁止される武力行使が国際関係におけるそれであることから、まず、非国家行為体による国家に対する攻撃は憲章2条4項で禁止される武力行使に当たらないと一般に理解されている」<sup>135)</sup>と指摘されている。ここでは、そのように「一般に理解されている」ことが指摘されており、森自身もそれを肯定的に受け入れているようにも見える。しかし、厳密に言えば「理解する」という動詞の（意味上の）主語は「一般」であり「森」ではないため、森自身の見解については明示されていないということになる。その後、“越境性”を有する攻撃であるという意味で“国際性”を有すると言えるか否かが問われるものについて、次のように補足説明されている。

「さらに、禁止される武力行使は一国によって他国（国家機関や国民を含む）に向けられるものであり、国境を越えるものであっても、執行管轄権の行使などとして純粋に私人（叛徒を含む）に向けられる軍事行動 (military operations) は、憲章2条4項で禁止される武力行使ではなく、他国領域の侵害あるいは他国の管轄権の侵害およびそれらの違法性阻却の問題として捉えられるべきとの見解もある。後述する治安措置型自衛権や在外自国民保護などは、こうした見解との関連で議論されるべきであろう。」（）括弧による補足は森による。）<sup>136)</sup>

ここでも、「見解もある」、「議論されるべきであろう」とあり、森自身の結論が明確に述べられているわけではない。注目されるのは、「後述する」とされた後の記述部分であるが、そこでは「国連憲章は国家間の武力行使を規制しようとするものであり、軍事行動とはいえ直接的には私人に向けられる『治安

---

135) 小寺他（編）、前掲書（注23）、475頁。

136) 同上。

措置型自衛権』は憲章起草過程においてはほとんど議論されなかった<sup>137)</sup>ことが前置きとしてまず指摘されている。そのことから、一方で、「歴史的な展開を重視するならば」、治安措置型自衛権の法的正当化対象が防衛戦争型自衛権と同様に「武力行使」であるといえるか否かについては判断されていない。他方で、「概念上の区別を重視するならば」、防衛戦争型自衛権とは異なり、治安措置型自衛権は「軍事行動ではあるが2条4項で禁止される武力行使ではないとされ、また領域侵害については緊急避難として違法性が阻却されることとなろう」とされる<sup>138)</sup>。ここでは、治安措置型自衛権を憲章第2条4項で禁止される武力行使ではないと述べている点が注目されるが、それが領域国との関係についてのみ述べるものか、或いは私人との関係についても述べるものかは必ずしも明らかではない。私人との関係についても武力行使ではないという意味であるとしても、そもそも「歴史的展開を重視する」視点と「概念上の区別を重視する」視点とが常に整合的であるのか、或いは相矛盾する場合もあるのか<sup>139)</sup>、については説明されていない。そのような場合には、「各々の視点に立ったとするならば」という仮定の下で、導かれた結論である可能性を考慮せざるをえない。従って、治安措置型自衛権が「2条4項で禁止される武力行使ではないとされ」という言葉から、直ちに私人に対する武力不行使原則の適用可能性を否定する森の法的確信を見出すことはできない。

もっとも逆に、そのような適用可能性を肯定する法的確信を持っているとも

---

137) 同上、493頁。

138) 同上、495頁。

139) 両者の視点が相矛盾する可能性を示す例として、次の点が挙げられる。森によれば治安措置型自衛権は、一方で、「歴史的な展開を重視するならば」、「51条の『固有の権利』に読み込まれることとなる」が、他方で、「概念上の区別を重視するならば」、「『51条の自衛権』概念に包含されるのではない」とされる。つまり、両者の場合で、第51条に包含されるのか否かで逆の結論が導かれている。同上、494-495頁。

いえない。持っているのであれば、治安措置型自衛権の法的正当化対象として、私人との関係における武力行使が挙げられているはずだからである。それが挙げられていないということは、そのような肯定的な法的確信も持つに至っていないということになる。

このように、私人に対する武力不行使原則の適用可能性については否定的な姿勢を示しつつ、慎重に断定的な判断を回避している。それは主に第2条4項の文言解釈としては「国際関係」を「国家間関係」と置き換えて解釈できるが、その起草過程では治安措置型自衛権と武力不行使原則との関係についてほとんど議論されておらず、従って起草者意思の解釈としては必ずしもそのような置き換えが成立しないことに起因するものと考えられる。

2010年にはケンブリッジ大学出版会から、憲章第51条の「武力攻撃」の定義に関する Ruys の単著が出版されている。「武力攻撃」をキーワードとして表題に入れているように、同概念の法的性格について仔細な分析がされており注目される。特に、「武力攻撃」は法的性格を持つ攻撃（第2条4項違反の攻撃）と事実上の性格を持つ攻撃（第2条4項違反でない攻撃）とから構成されるという解釈は興味深い。すなわち、第51条と第2条4項の関係について次のよう述べている。

「一般には、すべての『武力攻撃』はまして『武力行使』を構成するであろうが、同時に第2条4項違反とならない『武力攻撃』を考えることは例外的に可能である。実際、…慣行は、非国家主体による重大な越境攻撃が一定の範囲内で自衛権を発動させる武力攻撃とみなされうること、たとえもし技術的に、それらが第2条4項により想定される一国による他国に対する『武力行使』ではないとしても、受け入れるようになってきている。言い換えれば、この2つの概念の間の関係は簡単ではない。」<sup>140)</sup>

---

140) Ruys, *supra* note 6, p.517.

ここでは、自衛権の先行行為は原則としては禁じられた武力行使でなければならないが、例外的にそうでない「非国家主体による武力攻撃」に対して自衛権で対応することが国際社会において認められるようになってきていることが指摘されている。このような考え方は彼の次の説明にも現れている。すなわち、「武力攻撃」の主体は国家に限定されとする説（非国家主体の行為が国家に帰属して初めて、自衛権による対応が認められるとする説）と、限定されないとする説（非国家主体の行為は必ずしも国家に帰属しなくても、自衛権による対応は認められるとする説）との対立について、次のように述べている。

「複雑な要素は、憲章第 51 条は『一次』と『二次』の法の両方の性格を有していることである。それは慎む義務〔すなわち、憲章第 2 条 4 項〕に対する留保条件を構成し、制裁を独自の国際義務違反を構成しない事実上の出来事〔武力攻撃〕と結びつけている。〔第 51 条は『武力攻撃』それ自体を禁止していない。〕その上、国家責任条文草案第 21 条は自衛を『違法性阻却事由』とみなしている。

少なくとも理論的観点からは、非国家主体により行われる攻撃に対するより広い自衛権への発展が、新たな特別な帰属の制度の発現を通じてみられる可能性はある。同草案第 55 条は、国家の国際責任の内容若しくは実施が国際法の特別規則により定められる場合にはその限度で同条文草案を適用しないことを認めている。」（『』及びイタリックによる強調と〔〕による補足は Ruys による。）<sup>141)</sup>

つまり、彼によれば憲章第 51 条は一次規則としての側面と二次規則としての側面の両側面を有する。実際に一方で、同条は武力行使を慎む義務という一次規則の例外として位置づけられていることから、一次規則としての側面を有する。他方で、自衛は国家責任条文においては二次規則として位置づけられて

141) *Ibid.*, pp.490-491.

いる（第21条）。注目されるのは、「武力攻撃」が「独自の国際義務違反(an autonomous breach of an international obligation)を構成しない事実上の出来事(a factual occurrence)」として性格付けられている点である。もっとも、上述の通り彼は「一般には、すべての『武力攻撃』はまして『武力行使』を構成するであろう」と述べているので、「武力攻撃」を常に法的性格を有しない「事実上の出来事」であるとみなしているわけではない。整合的に理解するならば、国家間関係における「国家による武力攻撃」は憲章第2条4項「武力行使」であるが、「非国家主体による武力攻撃」は同条項「武力行使」ではないと理解しているものと考えられる。

このように「国家による武力攻撃」と「非国家主体による武力攻撃」との性格の相違について法的概念と事実上の概念に分けて整理した上で、後者の概念が成立しうることを国家責任条文第55条に基づき説明している。すなわち、同条によれば非国家主体の行為の国家への帰属については国家責任条文に規定される一般規則が適用されるが、それと相容れない特別規則が生成されることもある。その場合には特別規則が適用され、一般規則は適用されない。Ruysによれば国家に帰属しない非国家主体の行為に対しても自衛権を適用可能とする新たな特別規則が生じてきたのであり、それが「非国家主体による武力攻撃」に対する自衛権であるとする。もっとも、第55条を用いて、帰属に関する一般規則が適用されない事態が存在しうることを説明できたとしても、そのような事態において自衛権を援用する必要性がなぜ生じるのかという疑問は残る。すなわち、武力不行使原則違反とはならない「非国家主体による武力攻撃」を受けた場合、彼らに対する軍事行動も同原則違反でないとすれば、それをなぜ「自衛権」で正当化する必要があるのか。「非国家主体による武力攻撃」に対する自衛権の行使対象は非国家主体それ自体であるという自然な解釈に基づいて眺めれば、そのような疑問が拭い去れない。

※ ※ ※

上述のとおり、テロリストのような非国家主体には憲章第2条4項は適用されないが、第51条は適用されるとするという意見がみられる。しかし、憲章第2条4項により禁じられていない軍事的措置を「自衛権」で正当化する必要はないと反論され、これに対する再反論が十分・適切にされてきたとはいえない<sup>142)</sup>。

---

142) 上記少数裁判官(Buergenthal, Higgins, Kooijmans, Simma)、Roucounas、森、Ruys以外にも、テロリストに対する自衛権の適用可能性を主張する一方で、彼らに対する越境軍事行動が憲章第2条4項または国際慣習法上の武力不行使原則により禁じられているとは主張しない有力説として、2001年のFranck, *supra* note29, pp.839-843をはじめ、以下の論者を挙げることができる。

例えば、2003年には後に国際司法裁判所の判事を務めることになるGreenwoodは、「ほとんどの国家と論者は憲章第2条4項を一国による他国に対するすべての武力行使を禁じるものとして扱っている」と指摘し、武力不行使原則の内容的射程が「一部の武力行使」のみを含むとする意見に反対している。しかし彼は、同原則の人的射程がテロリストのような「非国家主体」にも及ぶとまで主張しているわけではない。Christopher Greenwood, "International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq", *San Diego International Law Journal*, Vol. 4 (2003), pp. 10-11, 17, 25. cf. *idem*, *supra* note 43, pp.301-317.

2004年にはStahnが"Nicaragua is dead, long live Nicaragua"という刺激的な題名の論文を発表し、ニカラグア事件判決で示された自衛権の厳格な帰属基準は「死んでいる」と主張した。それに代わるものとして、アルカイダを匿ったタリバン政権にも適用可能な緩やかな帰属基準が妥当であり、さらにはテロリストの行為が国家に帰属しなくても自衛権による対応が可能な場合もあると主張した。必ずしも帰属しなくてもよいとする根拠のひとつとして、憲章第2条4項の文言が「加盟国」による「あらゆる国」に対する「武力行使」に言及するものであるのに対して、憲章第51条は「武力攻撃」の主体について言及していないことを指摘している。Stahn, *supra* note 40, p.848. その指摘は、第2条4項の適用が国家間に限られることを前提としているように思える。実際、その2年前に発表した論文の中で、「テロリスト集団を憲章第2条4項により直接的に拘束される国際法主体としてみなす一層広範囲な主張が、強制的な対テロ措置の許容性をいかに実質的に推し進めることになるのかを想像するこ



実際、確かに一方で、ひとつの再反論の方法として、極めて技巧的ではあるが、次のような論理も考えられる。すなわち、「テロリストによる武力攻撃」に対する軍事的措置は「自衛権」で正当化されるものであるが、この「自衛権」は①「テロリストに対する軍事的措置」を正当化するものではなく、②彼らの所在する「領域国に対する軍事的措置」を正当化するものでもなく、③「領域国への軍事侵入」のみを正当化するものである。つまり、自衛権を発動するためには、その先行行為が「武力攻撃」である必要がある。テロリストによる先行

---

とは難しい」と述べている。*idem*, “International Law at a Crossroads: The impact of September 11”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol.62 (2002), p.215. つまり、憲章第51条

とは異なり、第2条4項の人的適用範囲は依然として国家であり、ニカラグア事件当時のそのような解釈が9.11テロ事件後もなお「生きている」とする。

2005年にはTamsが、壁事件勧告的意見とコンゴ・ウガンダ事件判決を踏まえつつ、テロリストに対する自衛権の適用可能性を認められるようになってきていることを、1990年代以降の、特に今世紀の国家実行を決定的な判断要素として、主張している。Tams, *supra* note 23, pp.279-281, 289. cf. *idem*, *supra* note 39, pp.963-978. しかし彼は、憲章第2条4項は「国家間の武力行使を明示的に違法化するもの」（イタリックによる強調はTamsによる）であると解釈する。*idem*, *supra* note 23, pp.278-279. （但し、そのことから第51条も国家間関係に限定されるという結論にはならないとする。純粹に文言を比較すれば第2条4項「武力行使」の主体とは異なり第51条「武力攻撃」の主体は国家に限定されていないからである。*ibid.*, p.289; Thomas Bruha and Christian J. Tams, “Self-Defence against Terrorist Attacks. Consideration in the Light of the ICJ’s “Israeli Wall” Opinion”, in Klaus Dicke [et al.], *Weltinnenrecht: liber amicorum Jost Delbrück*, Duncker & Humblot, 2005, p.95.)

2010年にはLubellが、「憲章の他の条項（武力行使禁止に関する第2条4項等）が国家に言及するものであることをまさに特定の述べているのとは異なり、第51条は攻撃に責任を有する当事者の性質については何ら述べておらず、反撃の権利を有する実体の性質について述べるに過ぎない」（括弧による補足はLubellによる）と述べ、「非国家主体による武力攻撃は被攻撃国による自衛権を生じさせうる」と結論づける。Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford University Press, 2010, pp.31-32, 81. 2011年のDinsteinの書も同様。Dinstein, *supra* note 38, pp.224-225.



行為がいかなる国家にも帰属しない場合には、それは「テロリストによる武力攻撃」となりえるが、それに対する反撃としての軍事的措置の対象は、当該テロリストに限られる。しかしながらテロリストには第2条4項は適用されず、従って、その軍事的措置を自衛権で正当化する必要はない（上記①）。他方で、その軍事的措置の対象は上述のとおり、先行行為主体であるテロリストであり、領域国ではない。したがって、自衛権は領域国に対する軍事的措置を正当化するものでもない（上記②）。しかしながら、そうであるからといって、そのようなテロリストに対する軍事的措置をとる際に、いかなる正当化事由も不要であるということにはならない。テロリスト掃討のために彼らの所在する領域国の許可なく同国に軍事侵入をすることそれ自体は、同国の軍隊に対する攻撃とは同一ではないけれども、同国に対する領域侵害となるからである。従って、自衛権は領域侵害を正当化するものとして機能する（上記③）。

言い換えれば、「テロリストによる武力攻撃」が発生した場合、自衛権の名の下でとられる軍事的措置の“対象”はテロリストである。したがって“対象”の観点からは、そこで主張される「自衛権」とは、「テロリストに対する自衛権」であるといえる。しかし、自衛権の“機能”の観点からは、それはテロリストに対する軍事的措置を正当化するものではなく、領域国への軍事侵入を正当化する機能を有するものである。したがって、機能の観点からは、それは「テロリストに対する自衛権」であるということにはならない。このような解釈は、「テロリストによる武力攻撃」に対する反撃を、「テロリストに対する自衛権」として、すなわち、自衛権の行使対象を「テロリスト」として素直に理解しないという点において技巧的である<sup>143)</sup>。

---

143) このような解釈は、森自身が必ずしも明確に述べているものではないが、その著書『自衛権の基層』から連想可能である。上述のとおり、同書では治安措置型自衛権について、一方でその法的な行使対象が（領域国か私人か）必ずしも明確ではなく、他方で、法的正当化対象は（領域国との関係における）領域侵害とされた。その行使対象と法的正当化対象のいずれも領域国に関するものとして理解すれば、このような技巧的な解釈となる。

このように「テロリストによる武力攻撃」に対する軍事的措置は「テロリストに対する自衛権」の行使ではないと解釈すれば、「テロリストに対する自衛権」の援用は不要であるとする批判はそもそもあてはまらず、批判の意味を失うことになる。

しかしながら、自衛権とは「武力攻撃」の撃退を目的とするものであるから、「テロリストによる武力攻撃」に対する軍事的措置は「テロリストに対する自衛権」の行使であると理解することが自然な解釈であろう<sup>144)</sup>。つまり、その自衛権の行使対象はテロリストの「所在国」であるというより、むしろテロリスト自身であると解釈することが、自衛権の目的に照らして妥当であり、また、戦闘の実態にも即しているといえよう。

実際、「テロリストに対する自衛権」という法概念を、すなわち、テロリストに対する自衛権の適用可能性を、認める考え方が主張されている、あるいは主張されうる場面として、次のような場合がありうる。第1に、そもそも「所在国」が存在しない場合である。第2に、「所在国」は存在するが、同国内において対テロ軍事行動をとることについて、同国が「同意」している場合である。第3に、所在国の「同意」は得られていないが、自衛権発動の原因となるテロリストの行為が所在国に帰属しない場合である。すなわち、以下のとおりである。

#### （a）所在国が存在しない場合

##### ・Institut 決議第10項（ii）

2007年のInstitutの決議第10項（ii）は、以下のように定め、「非国家主

---

144) テロリストの攻撃の実際の規模の大きさに鑑みて、それを「テロリストによる武力攻撃」として国際法上の位置づけを与えるのであれば、同様にテロリストに対する軍事的措置についても実際の規模次第で、それを「テロリストに対する武力攻撃」を正当化する自衛権として国際法上の位置づけを与えることが整合的な解釈の仕方であるともいえよう。

体による武力攻撃」に対して「非国家主体に対する自衛権」を行使できるとする。

「(ii) 非国家主体による武力攻撃が、いずれの国の管轄下にもない地域から行われた場合には、被攻撃国は当該地域において同非国家主体に対して自衛権を行使することができる。」<sup>145)</sup> (下線による強調は近藤による。)

ここでは、軍隊による「武力攻撃」にも匹敵する規模の非国家主体による攻撃が「いずれの国の管轄下にもない地域」<sup>146)</sup> から開始された場合が想定されている。それは、いずれの国にも帰属しない「非国家主体による武力攻撃」を基本的に想定するものであると考えられる。そして、それに対する反撃として「非国家主体に対する自衛権」を行使することが、いずれの国の管轄下にもない地域である「当該地域」において、許されるという。

つまり、本項(ii)に規定される「非国家主体に対する自衛権」とは、いずれの国にも帰属しない「非国家主体による武力攻撃」に対する反撃として、いずれの国の管轄下にもない地域において行使されるものであるから、そもそもいずれの国の領域主権を侵害するものではない。したがって、それは領域侵害を正当化するために領域国に対して行使されるものではない。まさに非国家主体に対して行使される自衛権である。この決議は、そのような自衛権概念を認める見解が、各国を代表するような研究者が集う世界的な学会において既に多数派を占めるようになったことを示している。それが単なる学説レベルの問題

---

145) Institut の決議第 10 項 (ii) の英語の原文は以下のとおりである。

“(ii) If an armed attack by non-State actors is launched from an area beyond the jurisdiction of any State, the target State may exercise its right of self-defence in that area against those non-State actors.” Institut de droit international, *Annuaire*, Vol. 72 (Session de Santiago (Chili), 2007), p.234. 仏語の原文については、p.236 参照。

146) 決議には「いずれの国の管轄下にもない地域」の例は挙げられていないが、決議の基礎となった報告書の中では、公海上の無国籍船等が例として挙げられている。ibid., p.144, para.146.

ではなく、国連の実行とも整合しうるものであることを、パレスチナの例を通じて見てみよう。

### ・パレスチナ

一方で、国際司法裁判所は、2004年の壁事件において、「パレスチナ」は“国家”としてまだ成立していないと判断した。その上で、パレスチナ（＝非国家主体）とイスラエル（＝国家）との間に国連憲章第2条4項の武力不行使原則を適用可能であると述べた<sup>147)</sup>。他方で、中東カルテットは、「パレスチナ当局に対して、テロ集団に対して即座の行動をとるよう要請する」とともに、「テロ攻撃に対するイスラエルの正当な自衛権を認める」と述べた<sup>148)</sup>。このような国際司法裁判所と中東カルテットの見解を整合的に理解するならば、同カルテットが認めた「自衛権」とは、「パレスチナ国家に対する自衛権」というより、「テロリストに対する自衛権」であるということになろう。

### （b）所在国の同意がある場合

9.11 テロ事件（2001年9月）を受けて、米国とその同盟諸国はアフガニスタンが容疑者を匿っていると断定し、同国における軍事行動に踏み切り（同年

---

147) 勧告的意見の中で、「裁判所は、重要な諸問題の交渉による解決と、地域全体の平和と安全の内にイスラエルその他の隣国と並存するパレスチナ国家の建設とを、国際法を基礎にしてできるだけ早急に達成するために奨励されるべき努力の必要性につき、本意見の名宛人である総会の注意を喚起する義務を負っていると考え。」と述べた。*I.C.J. Reports, 2004*, p.201, para. 162. すなわち、裁判所はパレスチナ国家が未建設の段階にあるとした。そして、本件に適用される国際法の規則・原則の1つとして憲章第2条4項を「想起」した。*ibid.*, p.171, paras. 86-87.

148) 中東カルテットとは、パレスチナ問題に関する和平プロセスを仲介する米国、ロシア、EU、国連の4者を指す。中東カルテットのコミュニケ（2004年5月4日）の全文は以下参照。<[http://www.un.org/News/dh/infocus/middle\\_east/quartet-comque-4may04.htm](http://www.un.org/News/dh/infocus/middle_east/quartet-comque-4may04.htm)>

10月)、それを「自衛権」で正当化した<sup>149)</sup>。その圧倒的な軍事力の前に、タリバン政権は崩壊した(同年12月)。その後成立した新政権は、アフガニスタンにおける米国等による軍事行動に対して「同意」を与えた。しかし、米国等は「自衛権」の主張を取り下げず、それを継続した。国際社会は異議を提起することなく、その主張を概ね好意的に受け入れてきた<sup>150)</sup>。

そのような自衛権援用国の主張やそれに対する国際社会の反応がいかなる意味を有するののかということについては、様々な解釈の仕方がありえよう。例えば、①同意付与前の「自衛権」の立場を確認的に維持している、あるいは、②たとえ同意が撤回されたとしても「自衛権」により正当化できる旨を主張している、あるいは、③後述するように(b. (b)『武力行使』以外の国際違法行為(参照)、人権・人道法の違反があっても正当化できる旨を暗黙裏に主張している、などである。

しかし、上記①については、9.11 テロ事件を受けてアフガニスタンにおけ

---

149) 米国による自衛権の主張については、S/2001/946 (7 October 2001) 参照。

150) 国連は、2001年12月20日の安保理決議1386によりISAF(憲章第7章下、治安維持のためにアフガニスタン暫定当局を支援することを任務とするもの)の設置を決定した。この点、根本は「決議1386第3項において任務遂行に必要なすべての措置を執ることを容認した対象が『ISAFに参加している国連加盟国』であり、『ISAF』ではない点に注意が必要である」と指摘し、「ゆえに、当該決議は、国連加盟国により遂行されているOEF下での自衛権に基づく武力行使の並存可能性を残していると解することができる」と主張する。また、2002年6月にアフガニスタンの新大統領に選出されたKarzaiが、正式に同国内における軍事展開を要請し、それに「同意」を与えたことを指摘している。(なお、このOEFおよびISAFによる戦闘活動が2014年12月28日に終了したことも付記されている。)根本和幸「非国家主体に対する武力紛争における*jus ad bellum*の継続適用の意義—アフガニスタンにおける対テロリズム紛争の検討—」『国際法外交雑誌』114巻3号(2015年)、35頁注17、36頁。そうであれば、Karzai大統領が「同意」を与えた後にアフガニスタンで継続された「自衛権」とは、「誰」に対する自衛権なのか(それは「アフガニスタンに対する自衛権」なのか)という問題が生じる。「同意国」に対して自衛権を行使する必要性がそもそもあるのか、という疑問が生じるためである。

る軍事行動が開始された2001年当時の“過去”に囚われるあまり<sup>151)</sup>、②については将来起こるかもしれないという“仮定”に囚われるあまり、“現在の実態”とは乖離した法解釈となってしまう点が問題である。③は人権・人道法の軽視に繋がる虞がある。実態と乖離した法解釈や人権・人道法軽視の解釈は、自衛権濫用の口実となる危険性がある。

そのように考えると、(自国領域における他国による対テロ軍事行動に「同意」を与えた)テロリストの所在国(アフガニスタン)に対して、人権・人道法違反を正当化するために、あるいは、タリバン旧政権による“過去”の「黙認」政策(自国領域内のアルカイダの組織的活動を黙認したこと)を引き続き根拠

---

151) 2010年の米国国際法学会におけるスピーチの中で、米国国務省の法律顧問を当時務めていたHarold Kohは、法律顧問としての自身の役割について話すと共に、“9.11に関する法(the law of 9/11)”について次のように述べた。

「第1に、我々は自衛戦争を続けており、それは2001年9月11日とそれ以前に我々を攻撃した敵に対するものであり、その敵は米国に対する武力攻撃を担い続けている(that continues to undertake armed attacks against the United States)。第2に、アフガニスタンにおいて、我々は同意してくれている所在国政府(a consenting host government)のパートナーとして活動している。」John. R. Crook, State Department Legal Adviser Describes US Approach to International law, *American Journal of International Law*, Vol.104, No.2 (2010), p.274.

米国国務省の法律顧問の言葉を直ちに米国の見解として受け止めてよいかという問題はあろうが、Kohは根本が指摘する通り、⊖アフガニスタン新政府は不朽の自由作戦に「同意」を与えていること、⊖同意付与後も敵による「武力攻撃」は続いており、それに対する自衛権行使も続いていることを認めている。

また、Kohは自衛権の先行行為として、9.11テロ事件とそれ以前の事件に言及しているが、敵からの「武力攻撃」が2010年のスピーチ当時も続いていると主張しており、この点は注目される。これは、アフガニスタン新政権による同意付与前の米国の自衛権の立場を単に確認的に維持する趣旨(上記①参照)の発言であろうか。必ずしも明確ではないものの、むしろ米国の軍事行動がタリバン旧政権による「黙認」政策に対する違法な武力復讐として非難されないように、同意付与後の現在も進行中(発生中)の「武力攻撃」が存続していることを慎重に付け加えているようにも見える。

として、あるいは、新政権による同意撤回という将来の“仮定”を根拠として、それらを前面に押し出して「自衛権」を発動できるとする解釈がどれだけ支持され、定着していくかは疑問である。そのような解釈は、実質的には旧政権の行為に対する武力復讐、あるいは、新政権に対する先制的自衛権の主張にも等しいものであるとして非難されうるからである。

人権・人道の価値や自衛権濫用防止の重要性に鑑みれば、不朽の自由作戦に対して国際社会が異議をほとんど唱えてこなかったということが、それらの解釈を支持するものであると安易に推定されるべきでもなかろう。むしろ、「同意国」に対する自衛権は不要であることから、同意付与後に継続された「自衛権」とは、「アフガニスタンに対する自衛権」というより、むしろ「アルカイダに対する自衛権」であり、それが国際社会に概ね受け入れられてきたと解釈される方がよかろう。そして「アルカイダに対する自衛権」とは彼らに対する武力不行使原則の適用を基礎とするものであると解釈される方がよかろう。多説ありえる中で、そのような解釈が、軍隊同士の「武力行使」にも匹敵する規模で行われるテロリストとの闘いの実態に即しており、実際、「国家」対「非国家主体」という非対称性はあっても、その闘いを法の支配（*jus ad bellum*）の下に置くことが、事態の悪化を防ぎ犠牲者を最小限にするために、最も望ましいと考えられるからである。

### (c) テロリストの行為が所在国に帰属しない場合

テロリストの行為が彼らの所在国に帰属する場合、それは所在国の行為とみなされ、テロ攻撃の規模次第では「所在国による武力攻撃」が発生したとみなされる。それでは、テロリストの行為が彼らの所在国に帰属しない場合にも「所在国による武力攻撃」が発生したものとみなされることはあるのだろうか。自国領域内のテロリストを取り締まる「能力」を政府が十分に有していない「管理不能」の場合を例に考えてみよう。

この「管理不能」の事態における自衛権発動の可否が国際司法裁判所で争わ



れた代表的な事例が、コンゴ・ウガンダ事件（2005年）である。ウガンダと国境を接するコンゴ東部を活動拠点とするウガンダ反徒が、ウガンダに越境攻撃を繰り返していた。ウガンダは最終手段として越境軍事行動をとり、これを自衛権で正当化できると主張した。しかし、国際司法裁判所は、「管理不能」という程度では、ウガンダ反徒の行為はコンゴに帰属せず、したがって「コンゴによる武力攻撃」が発生しているとはいえないとして、ウガンダの自衛権の主張を却下した<sup>152)</sup>。これに対して、少数裁判官は、ウガンダの自衛権の主張を擁護したが、「コンゴによる武力攻撃」が発生しているとはいえないという点については、異議を唱えなかった<sup>153)</sup>。つまり、「管理不能」という程度では非国家主体の行為が所在国に帰属せず、「所在国による武力攻撃」が発生したとはいえないことについて、裁判所では争いがなかった。

実際、少数裁判官が主張したのは、「所在国（コンゴ）による武力攻撃」が発生したとはいえなくても、「非国家主体（ウガンダ反徒）による武力攻撃」が発生したとみなして、自衛権で対応することができるというものであった<sup>154)</sup>。このような主張に対して、多数意見の反応は曖昧であった。実際、裁判所は判決の中で、「裁判所は、不正規軍による大規模攻撃に対する自衛権を現代国際法が規定しているのか、そうであるとすればいかなる条件の下で規定しているのか、という当事者の主張に対して答える必要はない」と述べ、態度を明らかにしなかった<sup>155)</sup>。

---

152) *I.C.J. Reports, 2005*, pp.222-223, 268, paras.146-147, 300-301.

153) 少数裁判官（Kooijmans 判事と Simma 判事）の個別意見参照。*I.C.J. Reports, 2005*, pp.306-326 (Separate Opinion of Judge Kooijmans); *ibid.*, pp.334-350 (Separate Opinion of Judge Simma).

154) *Ibid.*, p.314, para.30 (Separate Opinion of Judge Kooijmans); *ibid.*, p.337, para.12 (Separate Opinion of Judge Simma).

155) *I.C.J. Reports, 2005*, p.223, para.147.



このように、裁判官の間では、所在国が「管理不能」に陥っている場合に、自衛権による対応が認められる可能性があるとするれば、それは「所在国による武力攻撃」に対する自衛権というより、むしろ「非国家主体による武力攻撃」に対する自衛権であるという解釈が共有されていた。

確かに、この解釈は以下の2つの理由で合理的かつ自然であると考えられる。第1に、「管理不能」の事態において、最終手段としての自衛権による対応を否定すれば、テロリストのような非国家主体による越境攻撃を受けた国は、自国を防衛することができなくなってしまう。したがって、このような事態においても「武力攻撃」は発生しうると解釈することが合理的である。

第2に、「管理不能」の事態において、「所在国による武力攻撃」が発生しうるとする解釈は人工的に過ぎる。実際、「管理不能」という程度では非国家主体の行為は所在国に帰属しえないことは、国際司法裁判所の裁判官の間で意見の一致があった。確かに、帰属しない以上、「非国家主体による武力攻撃」として処理されることが自然である。その結果、「非国家主体に対する自衛権」行使が認められると解される。この考え方を推し進めれば、この自衛権の行使対象は「所在国」ではなく「非国家主体」であると解釈することが実態に即した自然な解釈といえよう。実態に即した解釈をすることが、武力行使の規制にとって有効・重要であり、ひいては「国際社会の平和及び安全を維持すること」（国連憲章第1条1項）という国連の目的に資すると考えられる。

もっとも、次の点には注意する必要がある。すなわち、あらゆる法理に関して、“先行行為の主体”と“同行為に対応するための法的措置の対象（すなわち、同措置の人的対象であり、言い換えれば、その法的客体）”とが一致することが自然であり、そうであるべきだということにはならない。その例として、「緊急避難」（国家責任条文第25条）を挙げることができる。「緊急避難」は、「重大かつ急迫した危険」に対応するために援用され、「相手国又は国際社会全体の不可欠の利益に対する重大な侵害とならない場合」に限って認められる。一方で、「重

大でかつ急迫した危険」な行為を行う主体については同条に明記されていないため、それにはテロリストのような非国家主体も包含されると解しうる。他方で、緊急避難は「相手国」や「国際社会全体」に対する利益侵害を、つまり、当事者のみならず第三者に対する利益侵害であっても、（それが不可欠な利益・重大な侵害でない限り）正当化するものとされる。このように、「緊急避難」の場合には、その“先行行為（重大でかつ急迫した危険な行為）の主体”（例、テロリスト）と“同行為に対応するための法的措置（緊急避難）の対象”（例、「相手国」たるテロリストの所在国）とが異なってもよい。

しかし逆に、「緊急避難」がそうであるからといって、「自衛権」についても“先行行為の主体”と“同行為に対応するための法的措置（自衛）の対象”とが一致しなくてもよいということにはならない。それは以下の理由による。すなわち、「緊急避難」は、強行規範と抵触する形で援用することができない（国家責任条文第26条）。つまり、「武力行使」または少なくとも「侵略」(≡「武力攻撃」)に該当する行為は「緊急避難」の法理では正当化できない。その理由のひとつは、それらに該当しない程度の行為であれば、“先行行為の主体”（例、テロリスト）に向けられた行為が、第三者（例、テロリストの所在国）の利益を侵害することになっても重大な問題ではないとみなしうるが、それらに該当するほどの行為の場合は、第三者の利益を重大に侵害するとみなさざるを得ないからであると考えられる。「緊急避難」とは異なり、「自衛権」のように、ときに「侵略」にも相当する規模の「武力行使」をも正当化しなければならないものについては、それに第三者が巻き込まれれば甚大な損害を被る事態となる虞がある。したがって、そのような事態を防止するため、すなわち「自衛権」の濫用を防止するために、その行使対象は“先行行為の主体”に実質的に限定されているものと考えられる。

## ｂ．正当化対象

上記の3つの場合（すなわち、(a) 所在国が存在しない場合、(b) 所在国の同意がある場合、(c) テロリストの行為が所在国に帰属しない場合）にも自衛権が

主張されるようになってきており、注目される。もっとも、それらはそれぞれ文脈の異なる場合であるから、必ずしも画一的に扱われ、画一的な結論が導かれることが妥当であるとはいえない。この点には注意する必要がある。しかし、そうであるからといって、(c) の場合に主眼を置く本稿において、(a) と (b) の場合への言及が無意味であるというわけではない。(a) と (b) は、(c) の周辺に位置づけられる関連事項であり、国際法の体系的整理という観点から、有意義な示唆を与える。実際、(a) については、例えば、公海上の無国籍船からの攻撃とそれに対する被害国による反撃のいずれもが軍隊同士の「武力行使」の規模に実質的に達している場合に、そのような事態を国際法の規律範囲外の問題として位置づけてしまってよいかという問題が生じよう。国際法の規律範囲外の事項として、専ら国内法による処理（関係国の裁量）に委ねるよりも、軍隊同士の「武力行使」にも匹敵する事態が生じているのであれば、その実態に鑑み、それを国際法（*jus ad bellum* 等）の下に置くことの方が、国際社会における法の支配の強化にとって望ましいであろう<sup>156)</sup>。そのような考え方が Institut で支持され、決議として結実したといえるのではなかろうか。

そうであるとすれば、(b) や (c) についても、様々な解釈がありうる中で、(a) との整合性などを総合的に判断すれば、非国家主体に対する自衛権の適用可能性を認めるという考え方が妥当とされ、有力になっていくことが考えられる。そのように実態に即して法が発展していくことが自然であり、実際、実態を無視して法を発展させようとしても（あるいは法を固定化しようとしても）、いずれ法と実態との乖離・矛盾に耐えられなくなり、結局のところそれは遵守されないものと

---

156) 海上の事例は海洋法の影響を受けることが考えられるため、陸上の事例とは区別して扱われることが基本的には望ましい。そのような理解に基づき、本稿の分析範囲を陸上の事例に限定した。拙稿「テロリストに対する自衛権の適用可能性」『横浜法学』第25巻第1号、2016年、223頁。しかし、公海上の無国籍船からテロ攻撃が発生した場合というのは、テロリストに対する自衛権の適用可能性が問われる分かりやすい問題場面のひとつであるため、特別にここで簡潔に触れることにした。

なってしまうであろう。

もっとも、“実態と法の乖離防止”という観点から、テロリストのような非国家主体に対する自衛権の適用可能性が支持されるとしても、そこでいう「テロリストに対する自衛権」とは何を正当化するものかという理論的問題は残る。浅田によれば、非国家主体に対する軍事的措置は、禁じられた武力行使ではないのだから、そもそもそれを自衛権で正当化する必要はない。このような主張に対しては、理論上、3つの反論の方法が考えられる。すなわち、第1に、「テロリストに対する自衛権」は「武力行使」という国際違法行為を正当化するものであるという反論である。第2に、この自衛権は「武力行使」以外の国際違法行為を正当化するものであるという反論である。第3に、この自衛権は国際違法行為以外の行為を正当化するものであるという反論である。すなわち、以下のとおりである。

#### (a)「武力行使」という国際違法行為

上記第1の反論によれば、テロリストにも憲章第2条4項又は国際慣習法上の武力不行使原則が適用される。テロリストでも一定の条件の下では同原則の義務を負うことになり、他方で、彼らに対する軍事的措置も自衛権で正当化する必要がある。

#### (b)「武力行使」以外の国際違法行為

上記第2の反論によれば、テロリストには武力不行使原則は憲章上も国際慣習法上も適用されず、従って彼らに対する軍事的措置は同原則と抵触する可能性はないが、同措置は他の国際法違反（国際人権法・国際人道法違反等）になりうる。それを正当化する機能が自衛権にはある<sup>157)</sup>。

---

157) この点、濱本による壁事件の判例評釈は注目される。それによれば、「裁判所は、国際人道法・人権法諸規則にイスラエルが違反したことを認定した上で〔壁事件勧告的意見パラ114、137参照〕、それに引き続いて、自衛権に基づくイスラエルの主張を検討した。

### (c) 国際違法行為以外の行為

上記第3の反論によれば、テロリストに対する軍事的措置は国際法上禁じられておらず、国際法違反とはなりえない。しかし「禁じられていない」と「許されている」とことは異なる。軍事的措置は「禁じられていない」けれどもそれが「許されている」というためには、別途法的根拠が必要であり、それが自衛権である。

これら3つの反論方法のうち、第2の方法については、自衛権は武力行使を正当化するものであり、その他の侵害行為を正当化するものではないとの批判を受けることになる。これに対しては、武力行使を正当化できるならば、武力行使に至らない侵害行為も正当化しようと反論できるとしても、人権侵害の正当化のために自衛権が必要であると主張できるだろうか。人権侵害については、自衛権によって正当化されるから侵害とならないというよりも、一定の状況下において人権法は適用されないからそれが侵害されることもないという意見もある<sup>158)</sup>。

---

〔同意見パラ 138 以下参照〕そのことから、「自衛による違法性阻却が国際人道法・人権法違反についてもあり得ることを〔裁判所が〕認めたものと読むことも不可能ではない」(括弧による補足は近藤による)とされる。濱本、前掲論文(注 24)、135 頁。*I.C.J. Reports, 2004*, pp.181, 193ff, paras.114, 137, 138ff.

- 158) 例えば Paust は、自衛のためにテロリストを殺害する行為は、必ずしも生命に対する権利(自由権規約第 6 条 1 項)の侵害を構成しないとす。その理由として、自由権規約第 2 条 1 項は「この規約の各締約国は、その領域内にあり、かつ、その管轄の下にあるすべての個人に対し、…この規約において認められる権利を尊重し及び確保することを約束する」と定めているが、文言通り読めば領域管轄下でない個人には同規約は適用されないことになる」と指摘する。同規約が適用される場合には、「何人も、恣意的にその生命を奪われない」と定める同第 6 条 1 項との抵触の有無が問題となるが、「恣意的」な殺害でなければ同条項違反とはならないとする。これらの適用条件を「あまりにも多数の著者は見落としている」と指摘する。そしてこの論理に基づいて、米国によるオサマ・ビン・ラディン殺害事件には自由権規約は適用されず、従って同規約違反は存在しないとす。Paust, *supra* note 103, pp.263-267; *idem*, "Permissible Self-Defense Targeting and the Death of Bin Laden", *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol.39, No.4 (2011), pp.581-582.

また、そもそも自衛は国際人権法や国際人道法の違法性阻却事由としては認められないという意見も有力であり<sup>159)</sup>、慎重な解釈が必要とされる。

第3の方法については、「禁じられていない」軍事的措置（消極的な合法性付与）と「許されている」軍事的措置（積極的な合法性付与）との間に、具体的にいかなる法的効果の相違が生じるのかが問われよう。

このように第2または第3の方法をとった場合には、自衛権の必要性を論じるためには乗り越えるべき課題が残されている。しかしそれ以前に、前提的問題としてそもそもこれらの方法の方が、第1の方法よりも適切であるといえるかどうかを考察する必要がある。つまり、テロリストのような非国家主体にも武力不行使原則は適用可能か否かについて考察する必要がある。

この点については、自衛権の先行行為は武力行使という特別な種類の国際違法行為でなければならないとする考え方が「国際法学の常識」であり、すなわち通説であるとされていることに注意しながら議論を進めることが必要であろう<sup>160)</sup>。このような考え方によれば、自衛権の先行行為は武力不行使原則違反

---

159) 国連国際法委員会は自衛に関する国家責任条文第21条のコメンタリーとして、「国際人道法と逸脱不可能な人権に関する諸規定に由来する義務については、自衛は行為の違法性を阻却しない」と述べている。Commission du droit international, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite*, Commentaire de l'article 21, Document A/56/10, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-troisième session (23 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2001), *Annuaire de la Commission du droit international*, Vol. II (2001), p.79. 藤田も核兵器使用の合法性事件において、「一国の存亡のかかった自衛の究極な状況」における核兵器の威嚇又は使用の合法性の判断を回避した国際司法裁判所の勧告的意見を批判して次のように述べる。

「たとえ *jus ad bellum* のレベルで相手国の先制攻撃による違法性・侵略性が明らかで、それに対する自衛権行使の場合でも、…*jus in bello* のレベルで、核兵器の使用に関する国際人道法規は、自衛権行使国によっても等しく遵守されなければならないはずである。」

つまり、国際人道法に関する違法性阻却として自衛権を援用できないとする。藤田久一「自衛における核兵器の威嚇・使用—ICJ 勧告的意見を読んで—」『軍縮問題資料』1997年7月号、16頁。

160) Cf. 松田「テロ攻撃と自衛権の行使」（前掲注100）、19頁。

でなければならないのに、同原則違反ではないテロリストの行為に対して自衛権で対応できるとする上記第2及び第3の解釈方法は、国際法学にとっては「非常識」であるということになる。

もっとも、自衛権の先行行為は同原則違反でなくてもよいとする考え方が「非常識」とまでいえるかどうかは国家実行（特に西側諸国の実行）に照らして改めて慎重に評価される必要があろうが、テロリストのような非国家主体にも武力不行使原則が適用可能であるとすれば、先行行為主体が違法行為主体ではないから彼らに対して自衛権を適用できないという批判はあたらないことになり、批判の意味を失うことになる。

この点、武力不行使原則は「非国家主体」にも適用されうるとする意見も出てきており注目されるが、そのような意見が必ずしも「テロリスト」にも適用されることを含意しているとは限らないという点には留意する必要がある。例えば Cassese は、「憲章第2条4項は諸国に対してのみ武力行使を慎むよう命じているが、それに対応する慣習規則は民族解放運動を含むいかなる国際法主体にもおそらくあてはまるであろう」と述べ<sup>161)</sup>、憲章第2条4項の義務主体は国家に限定されるが<sup>162)</sup>、国際慣習法の義務主体には国際法主体となっているすべての非国家主体が含まれると主張している。「民族解放運動」と「テロリスト」とは区別されるべきであるが、ここでいう「国際法主体」に「テロリスト」が含まれうるのか否か（つまり彼らに武力不行使原則が適用されるのか

---

161) Cassese, *supra* note 103, p.374.

162) 但し、Cassese は憲章第2条4項が国家間関係にのみ適用されるとは考えない。友好関係原則宣言の起草過程を経て、同条項に定められる武力不行使義務は国家のみに課せられるものの、国家は他国に対してのみならず、従属人民（植民地、軍事占領、人種差別政策下の従属人民）に対しても武力行使を慎む義務を負うようになったとする。つまり、同条項の義務を負う主体は国家に限定されるが、その客体は国家に限定されないという。Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press, 1995, pp.196-197.



否か）については、明言されていない<sup>163)</sup>。

学説上では、以上のとおり、「武力攻撃」の主体は国家に限定されず、非国家主体にも憲章第51条は適用可能であると主張される一方で、第2条4項まで適用可能であると主張することは躊躇される傾向が見られる。その主な理論上の理由は、文言解釈の重視にあると考えられる。第51条には「武力攻撃」の主体について明記されていないから「非国家主体による武力攻撃」という法概念も成立しようという主張は文言主義的解釈に基づくものである。そのような文言主義的解釈を強調しようとすればするほど、第2条4項の文言は「武力行使」の主体と客体を国家としているのであるから、その適用対象は国家に限定され则认为なければ一貫した解釈にならないのであろう。憲章第51条との対比の中で第2条4項に注目が集まり、論者の中には国際慣習法上の武力不行使原則については言及していないものもあるが、いずれにしても上記の代表的論者達<sup>164)</sup>は、「テロリスト」には第2条4項又は国際慣習法の武力不行使原則が適用可能であるとは明言していない。

---

163) Cf. Cassese, *supra* note 103, pp.374, 449-450, 463-481.

164) 少数裁判官（Buergenthal, Higgins, Kooijmans, Simma）の他、Roucounas、森、Ruys、Casseseについては本稿本文を、Franck、Stahn、Greenwood、Tams、Lubell、Dinsteinについては本稿注142参照。