

## テロリストに対する自衛権の適用可能性 (7・完)

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(同年3月、『横浜国立大学大学院国際社会科学研究所長表彰』受賞)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、第26巻第2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（以上、第26巻第3号）
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（以上、第27巻第1号）

## 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)— (以上、第 27 巻第 2 号)

## 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 (以上、本号)

## 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

テロリストのような非国家主体であっても、「武力行使能力を有するようになれば、武力不行使原則に服さなければならない。」この法哲学・理念に基づき、彼らに対する武力不行使原則の適用可能性が認められる。その結果、テロリストによる大規模越境攻撃は、同原則違反である「武力攻撃」として非難されることになる。他方で、被攻撃国によるテロリストに対する反撃も武力不行使原則と抵触しうることになる。そうなれば、「テロリストに対する武力行使」を正当化する必要性が生じる。その正当化は「テロリストに対する自衛権」により可能となる。

すなわち、少なくとも第一義的には、「テロリストによる武力攻撃」に対する自衛権（「テロリストに対する自衛権」）の“行使対象”は、「テロリスト」である。この自衛権の“機能”は、テロリストに対する「武力行使」（国連憲章第 2 条 4 項）を正当化することである。簡潔に言えば、これが本稿の自衛権適用理論である<sup>448)</sup>。

#### (1) 適用理論の特徴と意義

この理論の最大の特徴は、テロリストに対する自衛権の適用可能性を認める前提として、彼らに対する武力不行使原則（国連憲章第 2 条 4 項と国際慣習法の両方）の適用可能性を認めることにある<sup>449)</sup>。先行研究では、「国内（刑事）

---

448)（「テロリストに対する自衛権の適用可能性」の前提となる）「テロリストに対する武力不行使原則の適用可能性」についての検討は、拙稿「テロと自衛権」博士論文（前掲注 277）、2012 年の課題として残された。その後 Kolb 説の研究を重ね、その適用可能性を認める結論に至った。この点が、博士論文から本稿への最大の修正点である。

449) 本稿の自衛権適用理論は、Kolb 説を主な基盤とする。彼の説との相違点とは何か、そのような観点から本稿の主な特徴を整理すれば、次の 4 点である。

法の域外適用」や「緊急避難」の法理による対応の可能性を模索するものが出てきているが、そのような解釈は武力不行使原則の性質・範囲を限定的に解釈しなければ成立しえないものである<sup>450)</sup>。しかし、国際司法裁判所は武力不行

第1の特徴は、テロリストに対する武力不行使原則の適用条件を明確にした点である。すなわち、適用の可否は基本的に「武力行使能力」の有無のみで判別される。それが「武力行使能力を有するようになれば、武力不行使原則に服さなければならない。」という考え方(法哲学・理念)と合致する(本稿V.1.(2) ii.(ii) c.『領域基盤』要件の法的位置づけ)参照)。これに伴い、テロリストに対する自衛権の適用条件も明確にした(本稿注456参照)。

第2の特徴は、「国連憲章上の自衛権」と「国際慣習法上の自衛権」とが、少なくとも実体的側面において一致していくメカニズムを明らかにした点である(特に本稿IV.1.(3) ii.「新たな国際慣習法に基づく憲章の解釈・修正」参照)。そのメカニズムを応用すれば、「国連憲章上の武力不行使原則」と「国際慣習法上の武力不行使原則」とが内容的に一致していくことも説明可能となる(Cf.本稿V.1.(1)「否定説」の導入部分参照)。

第3の特徴は、「テロリストに対する自衛権」の具体的な適用場面を明確化することにより、この自衛権の必然性ないし意義を浮き彫りにした点である(本稿V.1.(1) iii.(iii)「テロリストに対する自衛権」、その中でも特に「a.自衛権による正当化の必要性」参照)。

第4の特徴は、「テロリストに対する自衛権の適用可能性」それ自体を否定する意見と「テロリストに対する自衛権の適用条件」の不充足を根拠とする批判的意見とを区別しながら、今世紀の代表的事例の分析を通じて、「テロリストに対する自衛権」の実証的根拠について明らかにした点である(本稿VI.「事例」の冒頭に記載した「(結論と本実証分析の“独自性(オリジナリティー)”についての補足説明)」参照)。この点につき、国際法学会2016年度研究大会における筆者による報告の要旨参照。『国際法外交雑誌』第115巻第3号、2016年、97-98頁。同報告のレジюме(本号の最後に補足資料として転載)114頁のIV.「事例—今世紀の事例を中心に」と110頁のI.2「報告の独自性」も参照されたい。

- 450)「国内法の域外適用」や「緊急避難」を根拠として大規模越境軍事行動を正当化するために、次のように解釈される。武力不行使原則の“範囲”については、テロリストとの関係では、彼らに対する軍事行動はいかに大規模であっても同原則違反ではない。テロリストの所在国との関係では、同国の同意を得ずにその実効支配地域に軍事侵入をしても、(同国の「領土保全または政治的独立」[国連憲章第2条4項]を直ちに侵害したとはいえない等の理由により、)同原則違反にはならない。武力不行使原則の“性質”については、同原則は強行規範ではなく、あるいは、強行規範とみなされる部分は限定される。このように同原則の範囲・性質を限定的に解釈することにより、強行規範との抵触を根拠とする批判や、所在国の同意なき軍事侵入はそれ自体が同原則違反となるとの批判を免れようとする。詳細は、本稿V.「憲章第2条4項『武力行使』の主体・客体との整合性」の1.(1) i.「国内法の域外適用」およびii.「緊急避難」参照。

使原則を国際法の礎石と呼び<sup>451)</sup>、その性質を強行規範であると捉える考え方を肯定的に引用している。その重要性に鑑み、同原則の内容的 (事物的) 範囲は一国の「領土保全」や「政治的独立」に対する武力行使に限定されないとする非限定的解釈が多数の支持を集めてきた。そのような非限定的な解釈は、武力不行使原則を尊重する精神に則るものであるといえるため、解釈のあるべき方向性を具体化したものとして支持されてきたのである。その方向性に従えば、非限定的な解釈は人的範囲についても妥当すると考えられる。すなわち、武力不行使原則の人的範囲には「国家」のみが含まれるのではなく、武力行使能力を有するテロリストのような「非国家主体」も含まれる<sup>452)</sup>。

---

451) *I.C.J. Reports, 2005*, p.223, para.148.

452) テロリストのような非国家主体に対する武力不行使原則の適用可能性を認める点において、本稿は現時点では少数説に位置づけられる。もっとも、当然ながら、真価は必ずしも常に多数の側にあるとは限らない。また、多数説か少数説かという問題は論点毎に存在するのであり、すべての論点において本稿が少数説に属するわけでもない。実際、国際法 (Jus ad bellum) の大きな枠組みを定める基本的な論点については、以下の (i) ~ (vii) を「法の支配」に資するものとする意見が多数説 (通説) とされる。その趣旨に概ね沿う形で、つまり国際法学の伝統とされる大枠を尊重しつつ、本稿の主張内容を発展させていくことも可能である。

- i) 国連憲章第 7 章下の強制措置を除けば、自衛権は武力不行使原則の唯一の例外である。
- ii) 「武力攻撃」が発生した場合にのみ自衛権行使が許される。
- iii) 「武力攻撃」の実行者 (行為帰属先) に対してのみ、自衛権行使が許される。
- iv) 自衛権行使国による安保理への報告義務は、アカウントビリティの観点から重要である。
- v) 武力不行使原則 (の一部または全部) は、強行規範である。
- vi) 同原則により禁じられる武力行使は、他国の「領土保全または政治的独立」(国連憲章第 2 条 4 項) を侵害するものに限定されない。「一国の軍隊による他国領域への侵入」それ自体が領域国に対する同原則違反となる (侵略の定義決議第 3 条 (a))。
- vii) 「国連憲章上の自衛権」と「国際慣習法上の自衛権」は、少なくとも実体的側面において共通している。(武力不行使原則についても、同様に解釈しよう。)



このように武力不行使原則の人的範囲を非限定的に解釈して、テロリストに対する法的対応のあり方を考察・提示することには、2つの意義がある。第1に、実態に即して武力不行使原則の適用範囲を広く解釈することにより、同原則の実効性を向上させることができるようになる（「実効性」の意義）。実際、テロリストが一国の軍隊による「武力行使」（や「武力攻撃」）に匹敵する規模の被害を生じさせる武力行使能力（や武力攻撃能力）を発揮する事例が顕著に見られるようになってきている。そのことは、一方で、9.11 テロ攻撃の規模の大きさに、他方で、それを受けて開始されたアフガニスタンにおける軍事行動が長期に渡ったことに、さらにアルカイダとの闘いが同国内外で今なお継続中となっていることに、象徴される。「イスラム国（ISIL）」の台頭もそのことを物語っている。それにもかかわらず、武力不行使原則は「国家」に対してのみ適用可能であることを理由として、つまり、国家性の有無という形式的問題を理由として、テロリストのような非国家主体による大規模越境攻撃（他国に帰属しないもの）を武力不行使原則の射程外に放置することは、同原則の実効性確保の観点から望ましくない。同原則による規律が求められる場面が存在しているにもかかわらず、そこでは同原則の活用が認められないことになるためである。

第2に、（テロリストが武力行使能力を有するようになってきているという実態に即して）武力不行使原則を実効的に解釈することにより、同原則を通じて「国際の平和と安全を維持する」という国連の目的に資することができるようになる。すなわち、国家性の有無という“形式”よりも武力行使能力の有無という“実質”を重視することにより、法と実態の乖離を防止することができる。それを防止することにより、（「国家」対「国家」という枠組の）“形式”

---

逆に言えば、テロリストのような非国家主体に対する武力不行使原則の適用可能性を認めないという点において多数説となる説であっても、上記の基本的な論点に関しては少数説となりうるものもある。例えば、テロリストに対する大規模越境軍事行動を「国内（刑事）法の域外適用」、「緊急避難」、「武力による対抗措置」、「先制的自衛権」により正当化できるとする諸説である。

に囚われることなく“実質”に着目して実践的な問題解決を図ることが可能となる(「実践性」の意義)。実際に、一方で、武力不行使原則に違反して「武力攻撃」を行うテロリストに対して軍事行動をとり、それを「自衛権」で正当化できるようになる。そのことは、国家防衛に資する。他方で、「自衛権」の要件を無視した過剰な軍事行動もまた、武力不行使原則違反として非難されるようになる。そのことは、自衛権の濫用防止に資する<sup>453)</sup>。

これらの「実効性」と「実践性」の意義は、このような武力不行使原則の解釈(テロリストに対する武力不行使原則の適用可能性の肯定的解釈)に基づいて、実際に「テロリストに対する自衛権」が適用されるときに現れる。すなわち、(1) テロリストの「所在国」がそもそも存在しない場合、(2) 「所在国」は存在するが、同国内における対テロ軍事行動について同国の「同意」がある場合、(3) そのような「同意」は得られていないが、テロリストの行為が所在国に「帰属」しない場合、に現れる<sup>454)</sup>。これらの場合に「自衛権」の適用を否定しても、実際に大規模越境テロ攻撃が発生中の場合には、軍事的対応の必要性は残る。その結果、軍事的対応を正当化するために、「自衛権」の代わりに、一層大きな濫用の危険を抱える正当化理論(テロリストのような非国家主体に対する軍事行動はいかに大規模であっても国内法上の措置に過ぎず、国際法上禁じられていないという理論等)が援用されることになるだろう。このような問題が生じてしまうということは、言い換えれば、テロリストに対する武力不行使原則

---

453) 自衛権はあくまで国家防衛の「最後の砦」に過ぎず、利用可能な平和的手段を差し置いて認められるものではない。Cassese が指摘するように、個別国家が自己の判断に基づいて軍事力に訴える強制措置は濫用の危険を伴うため、また、暴力が暴力を生む悪循環に陥る危険があるため、短期的措置としての価値しか持たない。中期的にはテロ関連条約に基づく引渡し等を通じて裁判による解決を図るなど、平和的措置により正義の実現を目指すべきである。さらに長期的には社会正義に目を向けて、テロの原因の解明と除去を目指して、あらゆる角度から社会的・経済的・政治的な不平等の是正に取り組んでいく必要がある。Cassese, *International law*, 2nd ed., *supra* note 103, pp. 480-481.

454) 詳細は、本稿 V.1. (1) iii. (iii) 「テロリストに対する自衛権」参照。

の適用可能性を基礎とする「テロリストに対する自衛権」(対象：テロリスト。機能：「武力行使」〔国連憲章第2条4項〕の正当化)が武力に対する法の支配の強化という観点から最も有意義であることを意味しているといえよう。

## (2) 法的基礎

### i. 実証的基礎

#### (i) 国際司法裁判所の動向

判例を見ても、非国家主体に対する武力不行使原則の適用を認める勧告的意見が出てきている。例えば、2004年の壁事件において国際司法裁判所は、パレスチナを「国家」としては未建設の段階にあるものと位置づけた。つまり、パレスチナを「非国家主体」とみなした。その上で、パレスチナとイスラエルの上に適用される法規として国連憲章第2条4項を挙げた。そして、一方で、「一国による他国に対する武力攻撃」の場合に自衛権を発動することが許されることを確認しつつ、しかし他方で、武力不行使原則の適用については「一国による他国に対する武力行使」の場合に限定されるとは述べなかった。同原則の重要性に鑑み、その人的適用範囲を「国家間関係」のみに限定的に解釈することを慎重に避けたのである。それを踏まえ、翌年には非国家主体に対する「自衛権」の適用可能性を示唆する判決が出てきている。(2005年のコンゴ・ウガンダ事件判決における、いわゆる「安全条項」参照<sup>455)</sup>。

455) 国際司法裁判所は以下のとおり述べた。

「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。」*I.C.J. Reports, 2005, p. 223, para. 147.*

この一文は、非国家主体に対する自衛権の適用可能性を残すための、いわば「安全条項」(saving clause)であるとも評価される。Tams, "Note Analytique — Swimming with the Tide or Seeking to Stem it? Recent ICJ Rulings on the Law of Self-Defence," *supra* note 23, pp. 285-286.

## （ii）今世紀の慣行

さらに、テロリストに対する自衛権の主張に対して国際社会から概ね好意的な反応が示され、または、少なくとも大きな反対のない事例が出てきている。その例として、「不朽の自由作戦」（2001年～）、オサマ・ビン・ラディン殺害作戦（2011年）、対ISIL空爆（2014年～）等を挙げることができる。これは今世紀に見られる『第1の傾向』であるといえる。

もっとも他方で、一見して矛盾しているような反応（賛否の交錯）を示す国も見られる。それが『第2の傾向』である。その例を本稿の前号で4つ挙げた。最後のまとめとして改めて整理しておこう。第1の例は、アラブ・イスラム諸国である。これらの国は、ケニア・タンザニア米国大使館爆破テロ事件（1998年）を受けて米国が実施したスーダン空爆を非難した。しかし他方で、同テロ事件を受けて米国が同じ時期に実施したアフガニスタン空爆については非難しなかった。第2の例は、EUである。EUは壁事件（2004年）において「武力攻撃」の主体は国家に限定されないと主張する米国に同調した。しかし他方で、国際司法裁判所の勧告的意見（「武力攻撃」の主体は国家に限定されるという基本的姿勢に基づくもの）に従うよう求める総会決議案には賛成した。第3の例は、第2次レバノン戦争（2006年）における安保理の多数意見である。多数意見を構成する理事国は、ヒズボラの越境攻撃に対するイスラエルの自衛権を支持した。しかし他方で、同国による過剰な自衛措置について警鐘を鳴らし、または、非難をした。第4の例は、ブラジル、アルゼンチン、ペルー、グアテマラ等の中南米主要諸国である。これらの国は、一方で、9.11テロ事件や第2次レバノン戦争では、米国やイスラエルによる自衛権の主張に賛同した。他方で、FARC事件（2008年）では、エクアドル領域内に所在するFARCに対する軍事行動を「自衛権」で正当化できると主張したコロンビアに反対する決議・宣言を採択した。

このように一見して矛盾しているような国の反応をいかに解釈することが妥当か。主に3つの解釈が考えられる。第1の解釈は、それは一見ではなくまさ

に矛盾した反応であり、法的意義を見出せるものではないとするものである。しかし、まずは法治国家として責任ある反応を示したと推定されるべきである。(特に安全保障理事会の理事国として重大な法的政治的責任を担っている国の発言にはそのような推定が強く働く。)第2の解釈は、諸国の反応をもう少し整合的な反応として、つまり法的意義を見出しうる反応として理解しようとするものである。すなわち、一見矛盾した反応を示す国は「例外」としてならばテロリストに対する自衛権を認めてもよいと考えている、と理解するものである。しかし、そのような解釈には、自衛権の主張が国際社会から支持される事例が増えていけば(すなわち、上記の『第1の傾向』が強まれば)、それらを毎回毎回「例外」として処理していくことはできなくなるという限界がある。また、「例外」として自衛権に基づく対応が認められるとすれば、「例外」となる条件とは何かが問題となる。諸国が法治国家として責任ある反応を示してきたとすれば、「例外」として自衛権に基づく対応が認められる条件とは、結局のところ自衛権の適用条件と同義となる。そのように考えると、第3の解釈、すなわち、自衛権の主張に対する批判的意見は、「テロリストに対する自衛権の適用可能性」それ自体を否定するものではなく、「テロリストに対する自衛権の適用条件」<sup>456)</sup>の不充足を根拠とする批判であるに留まるという解釈が最

---

456) 「他国に所在するテロリストに対する越境軍事行動」は、○「テロリストに対する軍事行動」と◎彼らの「所在国への軍事侵入」の2つの側面に分けられる。本稿は○の側面を中心に扱うものである。

自衛権が「国家」対「国家」の関係に適用可能であることについては学説上、争いが無い。したがって、「テロリストの所在国」対「自衛国」の関係が問題とされる○の側面では、自衛権の「適用可能性」はそもそも問題とされず、「適用条件」も問題とはされていない。その代わりに、適用可能であることを前提とした議論として、自衛権の「行使要件」が問題とされる。

しかし他方で、「非国家主体」対「国家」の関係に自衛権が適用可能かどうかについては争いがある。したがって、「テロリスト(非国家主体)」対「自衛国(国家)」の関係が問題とされる○の側面では「適用可能性」と「適用条件」が問題とされる。もっとも、厳密に言えば○の側面でも、結論として「適用可能性」を(「適用条件」付きで)肯定するならば、次に「行使要件」が問題となる。この点、多数の入り組んだ事例を扱っ

も整合的であり、妥当である。

ただし、「テロリストに対する自衛権」を認める国際慣習法がすでに確立しているといえるかどうかについては、Tams が主張するように慎重な判断が求められる。実際、彼は「非国家主体による武力攻撃」に対する自衛権に肯定的な基本的姿勢を示しつつ、それが国際法上すでに十分確立しているかどうかについては、断定的な結論を導いてはいない。その代わり、そのような自衛権を否定する立場 (2004 年壁事件における多数裁判官の立場) について、それが少なくとも既存の法を反映するものとしての地位を保持することがほとんど不可能になっていることを、決壊したダムにたとえて次のように慎重に表現している。

「最近の判例を考慮すれば、この解釈 (『武力攻撃』の主体を国家に限定しない解釈) が——若干名の裁判官により受け入れられてはいるものの——国際司法裁判所の多数派 (を構成する裁判官) により採用されてきたというところには至っていない。それでも一連の判決が示しているのは、裁判所はそれを

---

た本稿の前号では、議論の複雑化を最小限度に抑えるため、「適用条件」と「行使要件」とをあえて区別せず、後者を含む広い概念として前者を使用した。つまり、用語の使用方法の問題として、「適用条件」という用語を使用することで統一した。この点については前号冒頭の「(結論と本実証分析の“独自性 (オリジナリティー) ”についての補足説明)」(特に注 276、278) 参照。

本号では、連載の総括として、この点を補足しておきたい。上述のとおり厳密に言えば、⊖の側面でも「適用条件」と「行使要件」は概念上、区別される。すなわち、次のとおりである。「テロリストに対する自衛権」は「テロリストによる武力攻撃」の存在を前提とするので、一国の軍隊による「武力攻撃」の規模に匹敵する被害を発生させる事実上の「武力攻撃能力」を (テロリストが) 持つことが、テロリストに対する自衛権適用の前提条件 (つまり、「適用条件」) である。その他の条件 (必要性、均衡性等) はすべて、自衛権を実際に行使する際の「行使要件」として整理できる。さらに厳密に言えば、i) 「武力攻撃能力」を持っていることと、ii) 実際に「武力攻撃」を行うこととは別問題である。したがって、「武力攻撃」概念については i) については「適用条件」の問題として、ii) については「行使要件」の問題として整理される。

受け入れ始めている (the Court is beginning to accept it) ということである。特に、**軍事活動事件** (= 2005年コンゴ・ウガンダ事件) において多数派 (を構成する裁判官) が「武力攻撃」の主体が国家に限定されるか否かについて判断しないという慎重な判断をしたこと (the majority's deliberate decision not to decide) は、それまでの彼らの立場を放棄するとの合図であるように見える。幾分遅れて、国家実行の高まる潮流 (the mounting tide of state practice) (「武力攻撃」の主体は国家に限定されないという解釈を支持する国家実行の高まり。言い換えれば、ここで「潮流」とは、「非国家主体による武力攻撃」という法概念の存在を、すなわち、「非国家主体に対する自衛権」という法概念を肯定する国家実行の増加傾向を意味する。) が裁判所に到着し、それと共により多くの裁判官が (国連憲章) 第 51 条の広義の解釈へと向かう傾向を支持するようになったように見える。その結果、**イスラエルの壁** (事件) における自衛についての勧告的意見 (= 2004年壁事件における国際司法裁判所の勧告的意見) に対する大々的な批判的反応を経て、国際司法裁判所の将来のパネル (原文は“future panels”。つまり、将来の裁判官) が第 51 条適用の際に一層の注意を示すことになるであろう、ということをお我々は予期する (we anticipate that...). **イスラエルの壁** (事件) においてその潮流を食い止めようとした (国際司法裁判所の) 多数派の試みは、したがって短命に終わり、それ (多数派) が建設しようとしたダムは思いの外早く決壊したように見える。<sup>457)</sup> (イタリック体による強調は Tams による。丸括弧 ( ) による補足は、英語原文の引用部分を除き、近藤による。)

つまり、Tams は次のように主張する。国際司法裁判所は 2004 年の壁事件において、「武力攻撃」の主体は国家に限定されるとする解釈 (限定説) を採用した。しかし、それは批判された。「武力攻撃」の主体は国家に限定されな

---

457) Tams, “Note Analytique — Swimming with the Tide or Seeking to Stem it? Recent ICJ Rulings on the Law of Self-Defence,” *supra* note 23, p. 290.



いとすの解釈 (非限定説) を支持する国家実行が一層顕著になってきていることを無視していると批判されたのである。その批判を受けて、同裁判所は翌 2005 年のコンゴ・ウガンダ事件では、「既存の法」の解釈として限定説を採用するかどうか躊躇した。その躊躇は、同判決の中に「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。」という一節が「安全条項」として挿入されたことに現れた。このように、「安全条項」挿入の背景には非限定説に対する諸国の支持の高まりが見られた、と Tams は指摘するのである。

この一節を非限定説の可能性を留保するための「安全条項」と捉えてよいかどうかについては異論もありえようが、いずれにせよ、国際司法裁判所は非限定説を明確に「肯定」するには至っていない。したがって、その事実を重く受け止めれば、「テロリストに対する自衛権」という法概念については、国際慣習法としての確立に近いところまで受け入れられるようになってきているとは評価できても、それが既に十分確立したと断定的に評価することまではできない。

このように、非限定説が国際慣習法として確立していると断定することまではできない主な理由として、3つ挙げることができる。第 1 に、上述のとおり、国際司法裁判所は同説を必ずしも否定しないまでも、それを明確に肯定するには至っていないからである。つまり、同説を積極的に採用することに対してはまだ慎重な姿勢も見せているからである。

第 2 に、9.11 テロ事件からの経過年数・事例数が国際慣習法の“確立”を宣言するのに十分といえるかどうか、疑問も残るからである。

第 3 に、諸国の発言 (基本的な法理論) には曖昧な部分も残るからである。その主な理由として、利害関係国に対する様々な政治的配慮の他、従来の自衛権の理論ではテロリストに対する越境軍事行動の合法性について十分に説明することが難しい等の理論的要因が考えられる。諸国の曖昧な発言 (法理論) の代例として、i) 自衛権の行使対象は「テロリスト」か、あるいは、彼らの「所



在国]かという点に曖昧性が残る。この点に関する前提的問題のひとつとして、ii) テロリストのような非国家主体に対する武力不行使原則の適用可能性は認められるかという問題がある。適用可能性に肯定的な判例 (2004年の壁事件、本稿V.3「国際司法裁判所」参照) が出てきていることは注目される。しかし、国家実行上では必ずしも十分かつ明確に法的信念が表明されてきたとは言い難い。iii) 彼らの所在国への軍事侵入の法的根拠および限界の解明も課題として残る。

もっとも、これらの第1、2、3の問題は、「自衛権」の主張に対して (条件付きであれ) 支持または理解を示す国連と国家の実行が蓄積されてきていることに鑑みれば (本稿VI.「事例」参照)、また、テロリストに対して武力不行使原則が適用されることの意義 (「実効性」と「実践性」の意義、本稿V.1.(2) iv「意義」参照) に鑑みれば<sup>458)</sup>、テロリストに対する自衛権の適用理論が今後確立していくことを阻む致命的問題であるとはいえない。むしろそれらは今後の課題として位置づけられるべきものである。実際、自衛権の適用に肯定的な国連と国家の実行が一層明確な理論的説明 (= 「法的信念」の基本構造の明確化) と共に蓄積されていけば<sup>459)</sup>、Tamsが「ダムが決壊」に伴う展開として予期するように、国際司法裁判所も国際慣習法としての「非国家主体に対す

---

458) 自衛権の主張に対する国際社会からの (条件付きの) 好意的な反応は、テロリストに対する武力不行使原則の適用可能性を“暗黙裡”に前提とするものである。「実効性」と「実践性」の意義に鑑み、そのように解釈できないだろうか。そのように解釈すれば、自衛権の主張と整合的であり、また、武力不行使原則を尊重する精神の醸成にも資することになる。(そのような前提が“明確”に表明されれば、「法的信念」の存在確認に一層資する。)

459) 「国家実行」または「法的信念」の片方または両方に曖昧な要素が残るとき、国際慣習法の確立を断定的に肯定する結論を導くことは無理である。断定的な結論を導く論文は一見して歯切れはよくても、結局のところその強引さが批判的となり、論文の弱点となる。そのようなときには、「国連憲章体制の下で法的に整備されていない部分がある場合、望ましい法のあり方をどのように提示するか」が重要となると大沼が指摘するように、むしろ「既存の法」に拘泥せず、「あるべき法」の要素を含むものとして

る自衛権」の基本構造を確定し<sup>460)</sup>、その確立を認めざるをえなくなるであろう<sup>461)</sup>。そしてその確立と“同時”<sup>462)</sup>に、国連憲章上でも同様の自衛権概念が

---

結論を導く方が、自然であり慎重である。大沼(編)『21世紀の国際法—多極化する世界の法と力』(「第12章 安全保障—法への試練」、前掲注90)、221頁。実際、変化し続ける時代の中で、あらゆる問題が「既存の法」だけで必ずしも解決できるわけではない。

「既存の法」に不明確な要素が残るのであれば、その点を明朗にした上で、「あるべき法」の基本的な内容構造(⊖テロリストに対する Jus ad bellum の適用理論、⊖彼らの所在国への軍事侵入の正当化根拠と限界)を、そしてその妥当性を支える法哲学(「武力行使能力を有する者は武力不行使原則に服すべき」・法原則(「実態に即した法解釈」という原則)を明確に打ち出すことだ。結論の断定性を無理に追求しなくても、その背後にある考え方を明確にしてそれを提示すればよいのだ。それが国際社会における法の支配の強化にとって重要なことである。

460) 「テロリストに対する自衛権」という国際慣習法の生成開始時期については、①「国連憲章採択以前」(嚆矢はカロライン号事件)とする説、②「国連憲章採択以降」とする説、③「9.11テロ事件以降」とする説に大別できる。そのいずれの説にせよ、そのような自衛権が今日認められると主張するためには今世紀の事例に基づく実証が必要となる。しかし、今世紀の事例を見る限り、そのような国際慣習法上の自衛権が確立に近い段階にあるとはいえ、すでに十分確立していると断定することは困難である。

なお、実証の負担については、負担の大きい順に①、②、③となる。実際、①の説を採用する場合、「i. 国連憲章採択当時」と「ii. 国連憲章採択から9.11テロ事件まで」、「iii. 9.11テロ事件以降」の3つの時点・期間において、それぞれ十分な証拠をもって国際慣習法の確立を実証しなければならない。i または ii に関する実証が十分できなければ②または③の説の可能性を排除できない。もっとも、現在の問題を解決する上では今世紀の実証分析から導かれる結論が特に重要となる。そのように考えれば、そもそも①や②のアプローチに必ずしも固執する必要はない。③を中心に論じればよい。

461) 前掲注460の①のアプローチについては、興味深いことに、先駆者のひとりである森もその可能性を示唆するに留めており、慎重な立場をとっている。すなわち、彼は「私人を“行使対象”とする自衛権」を「治安措置型自衛権」と呼ぶ。そして森肇志『自衛権の基層—国連憲章に至る歴史的展開—』(前掲注54)、2009年等を通じて、「治安措置型自衛権」の(国連憲章に至る)歴史的基礎の補強に尽力してきた。Cf. 小寺彰他(編)『講義国際法』第2版(前掲注23)、2010年、492頁。しかし、それでも「治安措置型自衛権」が今日確立しているとの断定には至らないとする。実際、森は次のとおり述べている。

「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』…は、…51条

定着していくことになる。

なお、そのような国際慣習法および国連憲章の解釈が定着・確立するまでの間は、「既存の法」と「あるべき法」とが乖離することになる。それに伴う主な問題として、以下の㊦と㊧の2点挙げられるが、次のように考えればよからう。

### ㊦法の定着・確立以前の「国連と国家の実行」の法的意義

法の定着・確立後については、それを支える「国連と国家の実行」には、“既存の法”であり“形式的法源”である国連憲章と国際慣習法を支える法的基盤としての意義が認められる。しかし、定着・確立するまでの間に見られる「国連と国家の実行」には、“既存の法”を支える法的基盤としては、まだ脆弱さが残る。

つまり、法の定着・確立以前の「国連と国家の実行」とは、国際慣習法の確

---

の『固有の権利』に読み込まれることとなる。…他方で、概念上の区別を重視するならば、…『治安措置型自衛権』は、やはり『51条の自衛権』概念に包含されるのではなく、…。自衛権概念をいずれの方向で再構成すべきかに関しては、今後の国家実行および判例等の集積を待つ必要がある。」同上、494-495頁。

つまり、「治安措置型自衛権」の存否の評価については、何を重視するかという見方によって異なりうるため、現時点ではまだ断定的な結論を導くことができないという。このような結論に対しては、歯切れが悪いとの批判もありえよう。また、この結論は憲章採択以降の国連と国家の実行分析を森自ら直接・仔細に行った上で導かれたものでもない。しかし、(教科書として執筆されたものである以上、)関連する判例と(国連憲章採択時から今日に至る展開を実証的に分析した)主要な学説等を精査した上で、慎重に導かれた執筆時点におけるひとつの結論であると考えられる。

- 462) この“同時”性の意味については、本稿Ⅳ. 1. (3) (特にii. 「新たな国際慣習法に基づく憲章の解釈・修正」)で詳述した。すなわち同節では、「国際慣習法上の自衛権」と「国連憲章上の自衛権」とが“同時”に変化することにより、両者の内容的な共通性(少なくとも実体的内容の共通性)が担保されていることを述べた。そのような共通性担保の仕組みを解明した。

立にまで導けていない段階に留まっているものであり、いわば志半ばの段階に留まっているものに過ぎない。しかし、そうであるからといって、そのような「国連と国家の実行」には法的意義が全くないというわけではない。一般論としては、そのような実行（特に法の定着・確立の直前の実行）には「新たな国際慣習法の形成を促す実質的法源としての意義」（『新たな国際慣習法』という表現に抵抗感があるならば、「『不明確な国際慣習法』の明確化を促す実質的法源としての意義」と言い換えてもよい）が認められる。とりわけ国際司法裁判所の判決（2005 年コンゴ・ウガンダ事件）に曖昧性が見られるようになってきている段階（新たな法の定着・確立の直前期に入ってきている段階）においては、「非国家主体による武力攻撃」に対する自衛権行使に（条件付の）好意的な反応を示してきた国連と国家の実行は、そのような実質的法源としての意義を一層強めていると評価されよう。

### ㊦ 「現代世代」の救済の必要性和その方法

法の定着・確立後の世代である「将来世代」は実現された「あるべき法」の恩恵を受けられるが、定着・確立以前の世代である「現代世代」はその恩恵を受けることができない、という問題が生じないか。そのように懸念されるかもしれない。実際、定着・確立するまでの間は法状況にはグレーな部分も残ることになるため、その間の問題処理の仕方は問題となる。しかし、グレーな部分が残ること（「既存の法」の観点からは合法性の明確な判断が困難であること）を理由に、テロリストに対する自衛権の適用可能性の問題を法的解決の枠組み外に放置することは望ましくない。法の支配の観点からは、自衛権の適用を認める多数の国家実行が蓄積されてきていることを踏まえつつ、「武力行使能力を有するようになれば武力不行使義務に服さなければならない」という考え方が国連の目的に資すること（そのように実態に即して武力不行使原則の広範な適用を確保することが、「国際の平和と安全の維持」に実質的に資すること）に鑑み、かかる目的論的解釈を土台とした理論的基礎と限界が「自衛権」

に与えられ、それに基づいて問題解決が図られていくことの方がよからう。国際司法裁判所が「既存の法」の姿を明確に示すことができず、「既存の法」に不明確性が残るときには、それに代わって、「あるべき法」の要素を含む理論が（「将来世代」にとってのみならず「現代世代」にとっても）法秩序の維持に重要な役割を果たすことになるのである<sup>463</sup>。

## 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」

他国に所在するテロリストに対する軍事行動を「自衛権」で正当化することを認める国連と国家の実行が蓄積されていき、そのような国際慣習法が生成されることになれば、それと同時に、国連憲章第2条4項の「国際関係」という用語については次のような解釈が定着していくことになろう。すなわち、その

---

463) 自衛権の主張を支持する国際慣習法が既に確立されているという解釈の根底には、そのように解釈しなければ、国際慣習法が確立されるまでの間は自衛権の主張が認められず、その結果として自国防衛ができなくなるとの危惧があると考えられる。つまり自衛権により「将来世代」を救済できても、「現代世代」を救済できないことへの危惧がある。確かに、「現代世代」の抱える問題の解決のあり方を提示することも重要であるから、その危惧は傾聴に値する。しかし、「既存の法」が不明確である場合には、「あるべき法」は「将来世代」のみならず「現代世代」をも救済する役割を期待されている。そのように考えれば、国際慣習法が既に確立しているという結論を強引に導く必要はなくなる。

なお、そのように考えれば、Kolbの理論は次のように評価されよう。すなわち、テロリストに対する Jus ad bellum の適用可能性を認める彼の理論は、「自衛権の適用可能性」の基礎となる「武力不行使原則の適用可能性」を示す国家実行が必ずしもまだ十分明確に出てきているとはいえないため、将来の「あるべき法」の要素を含むものである。しかし、彼の理論には、その意義（「実効性」と「実践性」の意義）に鑑みれば、「将来世代」のみならず、「現代世代」をも救済しうる（適用しうる）ものとしての価値がある。Cf. 拙稿「テロリストに対する自衛権の適用可能性 (5)」『横浜法学』第27巻第1号（2018年）、323-324頁。

用語の意味は「国家間関係」に限定されるものではない。あるいは、そのように限定されるとしても、「国際関係」(=「国家間関係」)という用語は同条項の典型的な適用場面が例示列挙されたものにすぎない。つまり、例示的に列挙されてはいないものの、同条項の人的適用範囲には「非国家主体」も含まれる。

## (ii) 友好関係原則宣言武力不行使原則第 7 項

そのような解釈は友好関係原則宣言の起草過程において東側・非同盟・中南米諸国から出されており、国家実行上は当時から一定の支持が見られた。実際、それらの国の要求が汲み取られた結果、非国家主体である従属人民に対する「いかなる強制行動をも慎む義務」が武力不行使原則の下に位置づけられた(第 7 項)。そのことは後の判例にも影響を与えてきた。実際、国家間の争訟事件であったニカラグア事件(1986 年)では、非国家主体に対する武力不行使原則の適用可能性については直接的には扱われなかったが、壁事件(2004 年)では上述のとおり国家として未成熟なパレスチナに対する武力不行使原則の適用可能性が認められた<sup>464)</sup>。

---

464) 友好関係原則宣言武力不行使原則第 7 項の「いかなる強制行動をも慎む義務」は、自決権主体である従属人民に対して「いずれの国」も負わねばならない義務を定める。これは従属人民に対する宗主国の片務的義務(つまり、宗主国に対して従属人民は武力不行使義務を負わない)を定めたものであろうか。あるいは、(宗主国と従属人民との間の)双務的義務の可能性を含意するものであろうか。同様の問題は、壁事件勧告的意見(*I.C.J. Reports, 2004*, p. 171, paras. 86-87.)についても指摘されよう。

もっとも、片務的義務と双務的義務のいずれにせよ、それらは武力不行使原則の適用範囲は国家間に限定されないことを示している。また、「武力行使能力を有するようになれば、武力不行使原則に服さなければならない」という考え方の意義(上述の「実効性」と「実践性」の意義)に鑑みれば、双務的義務であると解釈されていくことが、武力不行使原則を尊重する精神の養成に資することになろう。

### (iii) 憲章第51条「自然権」に由来する「固有の権利」

一方で、テロリストのような非国家主体を人的適用範囲に含むものとして武力不行使原則が発展し、他方で、同原則を強行規範として捉える考え方が一層有力になっていけば、自衛権以外の法理（域外法執行、緊急避難）で彼らに対する「武力行使」（国連憲章第2条4項）を正当化しようとする理論に対する批判は一層強まることになる。他方で、国際社会が「国家」を基本単位とする限り、国家の生存を否定するような結論に導く国際法の解釈（大規模越境テロ攻撃に対する被害国による最終手段としての軍事的対応の可能性を一切否定する解釈）には無理があるため、そのような極端な解釈は結局支持されず、自ずと破綻への道を辿ることになる。したがって、国家生存の最後の砦は「自衛権」しかないということになってくる。そのような最後の砦としての自衛権の性格は、国連憲章第51条の「固有の権利（自然権）」という用語の中に含蓄されていると理解できる。

もっとも、厳密に言えば、テロリストに対する自衛権の適用を認める国際慣習法が確立するまでの間は、適用理論は上述のとおり「あるべき法」に関する立法論としての色彩も帯びることになる。しかし、国際慣習法の確立と共に理論（国家の生存を保障するという自衛権の存在理由を否定するような自衛権の解釈を回避する理論）と実証（同理論を担保する判例および国家実行の存在）との整合性は確保されることになる。

## (3) 付随的問題

### i. テロリストの自衛権

テロリストにも武力不行使義務が課されるとすると、他方で、幾つかの問題も付随的に生じる。例えば第1に、同義務を甘受する代わりにテロリストは自衛権を得られることになるのかという問題が浮上する。しかし、「義務」と「権利」は必ずしも表裏一体の関係にあるとは限らない。実際、国際社会の平和と安全の維持にとって、武力行使を慎む義務を課すことは有益だが、武力行使の



権利を与えることは濫用の危険を伴うためより慎重にならざるをえない。「武力不行使義務が課されることになった者には、当然の法的帰結として、直ちに自衛権が認められなければならない」ということにはならない<sup>465)</sup>。

## ii. テロリストの国際責任

第 2 に、テロとの闘いにおいて、その当事者である「テロリスト」または「彼らの越境攻撃を受けた被害国（自衛国）」が武力不行使原則違反をした場合に、一方で、前者は国家責任を負わないにもかかわらず、他方で、後者のみが国家責任を負わねばならないとすれば、両交戦者間で不公平が生じ、後者のみが著しく不利益を受けることになりはしないかという問題が浮上する。実際、「テロリスト」は国家でないのだから国家責任を負わない。しかし、そうであるからといっていかなる国際法上の責任も負わないということにはならない。

考えてみれば、国際法上の責任については、国家のみならず、非国家主体である国際組織の場合にも問題となる。その場合の国際責任の発生要件や解除の方法等については、国家の場合と基本構造が類似する部分もあると考えられるため、国家責任法を類推適用することにより対応していくことができる。テロリストの場合でも、(特に武力行使能力を有し領域基盤を持つ組織については、国家に似た特徴を一部有していることから、) 同法を可能な限り類推適用することにより対応していくことが考えられる。それにより、「テロリスト」と「彼らの越境攻撃を受けた被害国(自衛国)」との間の不公平は軽減・解消されていくことになる。

少し具体的に考えてみよう。国際組織の責任のあり方については、国家責任の仕組みを応用して考察することができる。実際、次の解釈が有力である。

「国家責任の成立要件は、ある行為が国際法上ある国家に帰属し、かつその行為が当該国の国際義務の違反を構成することである（例えば、国家責任

---

465) 詳細は、拙稿「テロリストに対する自衛権の適用可能性 (5)」(前掲注 463)、343-352 頁参照。



に関する条草案2条)。国家責任のこの基本原則は一般慣習国際法と考えられるが、国際法主体としての国際組織の場合にも適用されるといってよいだろう。その意味で、国際組織に帰属する行為によって、当該国際組織の国際義務の違反がなされる場合には、国際責任が発生する。」<sup>466)</sup>

つまり、①国家への行為帰属と②国家の国際義務違反という2要件が満たされれば、国家の国際責任(国家責任)が発生する。この仕組みは国際組織にも応用可能であるとされる。すなわち、①'国際組織への行為帰属と②'国際組織の国際義務違反という2要件が満たされれば、国際組織の国際責任が発生するとされる。

国際組織が負う国際責任の典型例としては、「国際組織の機関の国際的な行為・不作為、例えば国際連合などが軍事的活動を原因として負う責任」<sup>467)</sup>が挙げられている。この責任が国際組織または加盟国の一方に集中する場合にも、また、両者が共同して責任を負う場合にも、代表的な責任解除の方法としては、国家責任の場合と同様に、「損害賠償」の支払いがあるとされる<sup>468)</sup>。

このような国家責任の仕組みの応用可能性は、「国際組織」に対してのみならず、「テロ組織」に対しても——少なくとも彼らが「武力行使能力」を有していれば——考えられる。すなわち、①"テロ組織への行為帰属と②"テロ組織の国際義務違反という2要件を、彼らが国際責任を負う要件とみなすことは可能であると考えられる。また、「国際連合などが軍事的活動を原因として負う責任」を参考にすれば、「テロ組織が武力行使(国連憲章第2条4項)を原因として負う責任」をテロ組織が負う国際責任の典型例として挙げることもできよう。その責任の集中・配分の仕方の仔細は別として、責任解除の方法としては、金融機関口座の差し押さえなどを通じた「損害賠償」の支払いなども

466) 佐藤(哲)『国際組織法』(前掲注72)、128頁。

467) 同上、129頁。

468) 同上、129-130頁。

考えられる。「テロリスト」か「自由の戦士」かの区別が困難な場合もあるが、安保理決議等を通じて「テロリスト」であるとのレッテルを貼られ、法的拘束力のある経済制裁がとられることもある<sup>469)</sup>。テロ攻撃を受けた被害国の側から見れば、そのようなレッテルを貼る決議が採択されることには、国際責任の解除方法のひとつとされる「(精神的) 満足」の一種としての意義があるろう。そのことは、国家間紛争において、加害国の違法行為の存在を認める国際裁判所の宣言を確保することそれ自体が、被害国にとっての「(精神的) 満足」の一種とされることに類似しよう。

“武力行使能力を有するテロ組織”が「領域基盤」を持った場合には、“国際組織”が「管理する領域」を持った場合を参考にして、当該テロ組織に対する国際責任の追及のあり方について考察することができる。有力説によれば、「国際組織が管理する領域において第三者が相手当事者に被害を発生させた結果、管理責任を負う場合」があるとされる<sup>470)</sup>。その論拠は、「この場合に関しては、国家領域内における私人の活動によって当該領域国家が、外国・外国人との関係で責任を負う場合に類似している」ことから<sup>471)</sup>、国家責任法の類推適用が可能であると考えられるためとされる。この類推適用の考え方を応用することにより、「“武力行使能力を有するテロ組織”が管理する領域において第三者が相手当事者に被害を発生させた結果、管理責任を負う場合」に関する理論的研究を進展させていく方法もありえよう。(もっとも、国際組織のような合法的組織とテロ組織のような違法な組織との相違を考慮すれば、具体的な応用の仕方については慎重な判断が必要となる。)

---

469) 例えば、9.11 事件を受けて採択された安保理決議 1373 は、米国に対する攻撃を「テロ攻撃」と性格づけ、これを非難した(前文第 2 項)。また、経済制裁の対象として「アルカイダ」を特定してはいないものの、国連憲章第 7 章に基づく「決定」として、テロ行為に対する資金提供の防止と取り締まりの義務をすべての国に課した(本文第 1、2 項)。S/RES/1373 (28 September 2001)。

470) 佐藤(哲)『国際組織法』(前掲注 72)、129 頁。

471) 同上。

## 2. テロリストに対する自衛権の限界

テロリストに対する自衛権の適用可能性が認められても、その限界が明確に  
ならなければ自衛権濫用の危険が残る。濫用防止のために必要とされる多方面  
(人・国・国際社会) に対する配慮のあり方を、考察していく必要がある<sup>472)</sup>。

### (1) 人に対する配慮

#### i. 自決権主体

非国家主体に対する自衛権の適用可能性が認められるとしても、その「非国  
家主体」の中に「テロリスト」のみならず、法的価値が認められる「自決権主体」  
も含まれるのかについては慎重な判断を要する。その中核的問題としてパレスチ  
ナ問題がある。イスラム過激派によるテロが世界各地で発生しているが、その背  
景にこの問題が深いところで関わっていることも少なくない。長年解決できてい  
ない難問ではあるが、それを直視しながら自衛権の限界を究明していくことが求  
められている。また、彼らと同程度の従属を強いられている者の扱いについても、  
外的自決権と内的自決権とを区別しながら考察していく必要があろう<sup>473)</sup>。

472) Kooijmans 判事によれば、「国家に対する自衛権」のみならず「非国家主体に対する自  
衛権」にも、必要性と均衡性の要件が課される。*I.C.J. Reports, 2005*, pp. 314–315, para.  
31. 2007 年の Institut の決議本文 2 項同旨。Institut de droit international, *Annuaire*, Vol.  
72 (Session de Santiago (Chili), 2007), p. 233. 確かに、必要性と均衡性の要件は自衛権  
の行使対象が「国家」の場合にのみ課されると解釈するよりも、「非国家主体」の場合  
にも課されると解釈する方が、自衛権の濫用防止に資するといえよう。

473) 主要参考文献として、Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal*, *supra* note  
162; 松井芳郎「試練にたつ自決権—冷戦後のヨーロッパの状況を中心に—」桐山孝信・  
杉島正秋・船尾章子(編)『転換期国際法の構造と機能』国際書院、2000 年; 山形英郎「二  
世紀国際法における民族自決権の意義」『法政論集』245 号(2012 年)参照。

なお、必ずしもテロや自衛権との関連で執筆されたものではない自決権論にも耳を傾け  
る姿勢は重要である。研究の奥行を深めることに繋がるからである。実際、自衛権の主  
体論と自決権の主体論はひとつの対理論としても整理できる。そのような観点から、自衛  
権の限界解明のためのひとつの示唆を求めて、読み直してみたい論文もある。例えば、自  
決権の主体のあるべき範囲について、マイノリティを素材にして論じた伊藤理恵「マイノ  
リティと内的自決権—自決権主体論の再構成—」博士論文(横浜国立大学)、2011 年参照。

## ii. 交戦者と市民

テロリストに対して Jus ad bellum が適用される状況下において Jus in bello が適用されなければ、交戦者と市民の人権保障に問題が生じる<sup>474)</sup>。Jus in bello の適用のあり方(「テロリスト」と「自衛国」の間、また、「テロリストの所在国」と「自衛国」の間)についても、国際人権法との関係を踏まえつつ改めて検討していく必要がある<sup>475)</sup>。

---

474) テロリストに対して Jus in bello が適用されない以上、Jus ad bellum も適用されるべきではないという解釈は、一国の軍隊による「武力行使」や「武力攻撃」の規模にも匹敵する“テロとの闘い”を国際法の射程外に放置することになるため、より危険である。Jus in bello は適用可能だが Jus ad bellum は適用不可とする解釈については、むしろ戦闘行為の規模の実態に即して、両法を共に適用することにより重疊的に武力規制を行う可能性を模索していく方が、法の支配の強化に資するように思える。

475) ①米国は、アフガニスタンで政権を担うタリバンとの関係においてはジュネーブ諸条約の適用が可能だが、アルカイダとの関係においては彼らが条約加盟国ではないためその適用はないと主張した。その後、欧州諸国やアムネスティインターナショナル、国際赤十字などから抗議を受けて、「政策の問題」として事実上、アルカイダに対してもジュネーブ第 3 条約に定められた捕虜の待遇基準を用いることにしたが、その法的基礎の明確化が求められている。古谷修一「国際テロリズムと武力紛争法の射程 — 9.11 テロ事件が提起する問題—」村瀬信也・真山全(編)『武力紛争の国際法』東信堂、2004 年、176 頁；片山善雄・橋本靖明「テロと国際法」『防衛研究所紀要』6 巻 2 号 (2003 年)、77 頁；新井京「『テロとの戦争』における武力紛争の存在とその性質」『同志社法学』61 巻 1 号 (2009)、25 頁。

また、②米国は、武力紛争時に特別法である武力紛争法は適用されるが、一般法である人権条約は「適用されない」と述べた。同上、53 頁。しかし国際司法裁判所は、武力紛争下において特別法である国際人道法は国際人権法と同時に適用される場合があることを示した。*I.C.J. Reports, 1996*, p. 240, para. 25; *I.C.J. Reports, 2004*, p. 178, para. 106; *I.C.J. Reports, 2005*, pp. 242–245, paras. 215–221。自由権規約人権委員会は、国際人道法と国際人権法の「両法体系は相互に補完的であり、排除し合うものではない」と述べている。CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (26 May 2004), p. 5, para. 11。学説上でも、国際人道法が国際人権法の「特別法」であるということの意味については多義的または不明確であるとの指摘があり、武力紛争下の具体的な現場状況を想定しながら両者の適用関係を明確化していくことが求められている。田中恵理子「(研究ノート) 非国際的武力紛争における人道法と人権法の関係」『国際法外交雑誌』109 巻 1 号 (2010 年)、55–56 頁。高嶋陽子『武力紛争における国際人権法と国際人道法の交錯』専修大学出版局、2015 年、190 頁；Nancie Prud'homme, “Lex Specialis: Oversimplifying a More Complex and Multifaceted Relationship?,” *Israel Law Review*, Vol. 40, No. 2 (2007), pp. 356–395。

## (2) 国・国際社会に対する配慮

「他国に所在するテロリストに対する越境軍事行動」は、⊖「テロリストに対する軍事行動」の側面と、⊖彼らの「所在国への軍事侵入」の2つの側面からなる。⊖の軍事行動を「自衛権」で正当化することが許されるとしても、⊖の軍事侵入まで所在国の許可なく許されることになるのだろうか。

その理論が解明されていない段階で、「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えるだろうか。構造が不明な自衛権概念が、国際慣習法の成立要件とされる「法的信念」を伴うものであるといえるだろうか。疑問は残る。

そのように考えると、⊖に関する本稿の分析を補足するものとして、⊖の軍事侵入の正当化根拠の解明が「法的信念」の存在を確認する上で重要となる。同時に、正当化の限界（軍事侵入の空間的限界等）を解明することが、所在国に対するあるべき配慮として求められる。そのような配慮に欠く法理論が多数の国に支持されることは考えにくいことから、正確に言えば、正当化根拠に加えて、さらにその限界を解明することが「法的信念」の立証にとって重要となるのである<sup>476)</sup>。

---

476) ⊖の軍事侵入の正当化根拠と限界については、2016年度国際法学会研究大会において既に報告した。(報告テーマ:「テロリストに対する越境軍事行動の法的位置づけ— Jus ad bellum の人的射程と構造の解明を通じて—」)。報告の要旨については、『国際法外交雑誌』第115巻3号(2016年)、98頁参照。報告レジュメについては、国際法学会編『2016年度国際法学会研究大会レジュメ・資料集』[2016年9月9日(金)–11日(日)、静岡県コンベンションアーツセンター・グランシップ]、110–114頁)参照。(特に112–113頁のⅢ、「所在国への軍事侵入」および114頁のⅤ、「おわりに」参照。)この学会報告を基礎に、⊖の詳細については別の論文で改めて扱うことにする。ここではその結論だけ簡潔に述べておこう。それは「あるべき法」の要素を一部に含むものではあるが、以下のとおりである。

### ・「黙認」の場合

政府に自国領域内のテロリストの組織的活動を取り締まる「意思」がない場合(「黙認」の場合)、「黙認国」内から実施される大規模越境テロ攻撃は、「同国による武力攻撃」とみなされる。その結果、「同国に対する自衛権」の一環として同国への軍事侵入が認められる(Cf. 侵略の定義決議第3条(g)、同条(f))。

また、非国家主体であっても「武力行使能力を有するようになれば、武力不行使原則に服さなければならない」という考え方が、テロ分野のみならず内戦の法理や人道的干渉の理論等の隣接分野に応用されたときに、領域国の主権や当事者の人権に、ひいては国際社会の平和と安全に与える影響についても、慎重に分析していく必要がある。

このように、テロリストに対する武力不行使原則の適用可能性を前提とする自衛権の適用理論には、今後取り組むべき問題も確かに残されてはいる。しかしそのことは、①実態に即して法を解釈することにより、②武力不行使原則の広範な適用を確保し、もって国際の平和と安全を維持しようとする本稿の適用理論（テロリストに対する *Jus ad bellum* の適用理論）の意義を損なうもので

---

・「管理不能」の場合

政府に自国領域内のテロリストの組織的活動を取り締まる「能力」がない場合（「管理不能」の場合）は、政府の実効支配が及ばない「管理不能領域」への軍事侵入に限り、実質的な武力不行使原則違反にはならない。同原則により守られるべき領域主権が、そもそも同領域には実質的に及んでいないからである。したがって、実質的には同領域への軍事侵入を正当化する必要はない。形式的な同原則違反の問題は残るが、実効的・実践的に武力行使を規制し、国際社会の平和と安全を維持するためには、形式的側面より実質的側面を重視・直視すべきである。政府の取り締まりの「意思」と「能力」の両方が及ぶ地域（「管理不能国」であっても政府の実効支配の及ぶ地域は一部に存在する。）への軍事侵入は、形式的のみならず実質的にも所在国に対する武力不行使原則違反となるため、認められない。ここに自衛権のひとつの空間的限界がある。

なお、「黙認」と「管理不能」の両方の場合に共通する問題として、自衛権の濫用防止のためには「意思」と「能力」の有無の判別方法が“主観的”にならないことが重要である。そのためにはそれらの有無は、一国の軍隊による「武力攻撃」にも匹敵する規模の“物理的”な越境テロ攻撃の有無により判別されると考えられる。そのような“物理的”な「テロリストによる武力攻撃」が発生していれば、反対の証拠が示されない限り、それはその発生源とされる領域国の政府に自国領域内におけるテロリストの組織的活動を取り締まる「意思」または「能力」がないためであると推定されることになる。そのような“物理的”な判別方法が客観的であり、自衛権の濫用防止にとって重要となる。

はない<sup>477)</sup>。むしろそれらは①②を土台として解決されていくべき今後の課題として位置づけられるものである。

※ ※ ※

### (補足資料)

2016年度国際法学会研究大会において筆者は「テロリストに対する越境軍事行動の法的位置づけ—Jus ad bellumの人的射程と構造の解明を通じて—」というテーマの個別報告(第3日 午後の部 分科会A)をした(9月11日)。その際に配布された報告レジュメ(規定によりA4サイズ、最大5頁まで)は、国際法学会編『2016年度国際法学会研究大会レジュメ・資料集』(2016年9月9日(金)–11日(日)、静岡県コンベンションアーツセンター・グランシップ)、110–114頁に所収されている。それは本稿の独自性(オリジナリティー)の確認・保護等に資する重要な公式資料であり、また、本稿の横において同報告の意義を改めて評価する際にも有用となろう。自衛権研究の発展史を整理する際の一次資料として活用されていくことも考えられる。この報告レジュメを通じて少しでも学問的に寄与できることを願い、その内容を広く紹介するため、これを次頁以降に転載する。なお、そこに記載された頁番号には2種類ある。①報告者毎の頁番号(筆者の報告レジュメの場合は1–5頁)と②全報告者の共通頁番号/通頁(筆者の報告レジュメの場合は110–114頁)である。①と②の両方とも、原本の書式に従い、本稿の頁下部中央に記されている。

---

477) テロリストに対する自衛権の適用可能性とその意義を「国際組織法」の観点から評価することにより、本稿を補足するものとして、拙稿「国際組織法から見た自衛権—『テロリストに対する自衛権』に関する一考察—」『一橋法学』第17巻第3号(2018年)、147–167頁参照。



## 第3日 午後 の部 分科会A

### テロリストに対する越境軍事行動の法的位置づけ

#### —Jus ad bellum の人的射程と構造の解明を通じて

近藤 航 (一橋大学大学院博士課程)

#### I. はじめに

##### 1. 問題の所在

テロリストに対する越境軍事行動の法的位置づけは？

- ①「テロリストに対する軍事行動」の法的位置づけ (→Jus ad bellum の人的射程)
- ②「所在国への軍事侵入」の法的位置づけ (→Jus ad bellum の構造)

##### 2. 報告の独自性

- ・ほとんどの先行研究とは異なり、テロリストに対する武力不行使原則の適用可能性を認める点(以下、II)。
- ・武力不行使原則の適用枠組みを解明・可視化して(図2~4)、軍事侵入の正当化根拠に迫る点(以下、III)。
- ・テロリストに対する越境軍事行動をとった国に対して、一見して矛盾するような反応(賛否の交錯)を示す国もあるが、それを責任ある法治国家による整合的な反応として捉えようとする点(以下、IV)。

#### II. テロリストに対する軍事行動

##### 1. 憲章第51条「武力攻撃」の主体

- ・国家限定説…国際司法裁判所の基本的立場<sup>1</sup>(但し、曖昧性も残る<sup>2</sup>)
- ・国家非限定説…Institutにて採択<sup>3</sup>。

##### 2. 憲章第51条「固有の権利」の意義

- ・「戦前の国際慣習法上の権利」とする説…非国家主体に対する自衛権が憲章に保存された。一保存不可。
- ・「自然権に由来する(実定法上の)権利」とする説…自衛権は国家防衛の最後の砦。国家限定説は最後の砦としての自衛権の存在理由を否定することになるため不可。一他の法理の限界(最後の砦にない理由)とは？  
CF. 国内法の域外適用説…裁判のための域外法執行。主務機関・指揮権は軍ではなく警察。  
→実態と不一致。武装した大規模テロ集団に対して、逮捕を大前提とする警察対応では限界がある。従って、実際には自衛権が援用されている。

##### 3. 憲章第2条4項「武力行使」の主体・客体との整合性

- (1) 2つの自衛説…テロリストに対する自衛権の適用可能性を認める説(自衛説1)には、(その前提として)彼らに対する第2条4項の適用を否定する説(自衛説1)と肯定する説(自衛説2)がある。
- ・『自衛説1』…テロリストに対する第2条4項の適用を否定(慎重論を含む)<sup>4</sup>。自衛説における多数説。  
(根拠) 憲章第2条4項「武力行使」の主体は「加盟国」と明記。他方で、第51条「武力攻撃」の主体は不明記。従って、第2条4項とは異なり第51条はテロリストにも適用可。  
(⇒反対意見)「①テロリストによる攻撃」と「②テロリストに対する反撃」の両側面から反対。→図1<sup>6</sup>

<sup>1</sup> 2004年壁事件勧告的意見:「国連憲章第51条は、一国による他国に対する武力攻撃の場合における自衛の固有の権利の存在を認めている。」*I.C.J. Reports, 2004, p.194, para.139.*

<sup>2</sup> 2005年コンゴ・ウガンダ事件判決:「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、そうであるとするはい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。」*I.C.J. Reports, 2005, p.223, para.147.*

<sup>3</sup> 2007年Institut決議第10項:「一国に対する非国家主体による武力攻撃の場合に、国際慣習法により補われる憲章第51条は、原則として適用される。」(Kooijmans, Simma 他少数判事同旨)

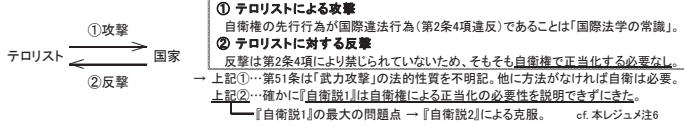
<sup>4</sup> 『自衛説1』の例として、Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 5th ed., Cambridge University Press, 2011, pp.224-225; Institut de droit international, *Annuaire*, Vol. 72 (Session de Santiago (Chili), 2007), p.140, para.137; Tom Ruys, *Armed Attack and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge University Press, 2010, p.517; 森肇志『自衛権の基層—国連憲章に至る歴史的展開』東京大学出版会、2009年、273-274頁。cf. 小寺彰・岩沢雄司・森田章夫(編)『詳説国際法』第2版、有斐閣、2010年、475、492-495頁(執筆者は森)。

<sup>5</sup> テロリストは武力不行使義務の主体でも客体でもないのだから彼らに対して自衛権を適用できない(その必要もない)とする「反対意見」として、浅田正彦「第12章 安全保障—法への試練」大沼保昭(編)『21世紀の国際法—多極化する世界の法と力』日本評論



### 第3日 午後の部 分科会A

図1 反対意見の構造



- ・『自衛説2』…テロリストに対する第2条4項の適用を肯定<sup>7</sup>。自衛説における少数説。  
→テロリストは武力不行使原則違反の「武力攻撃」を行う。他方で、彼らに対する軍事行動も同原則と抵触しうることになるため、そうなればそれを自衛権で正当化する必要性が生じる<sup>8</sup>。

◻ **◻ Jus ad bellumの人的適用条件 (Kolb説)**

条件1) 「**武力行使能力**」… テロリストのような非国家主体であっても、**武力行使能力を有すれば** (有するから) **武力不行使義務に服さなければならない**。

条件2) 「**領域基盤**」… 無辜の所在国 (主に管理不能国) を攻撃することなくテロリストを攻撃できるのは、彼らが領域基盤を確立している場合のみ。

◻ **課題** ◻ 「領域基盤」は (自衛権のみならず) 武力不行使原則の適用条件でもあるのか? ◻ 「軍事侵入」の問題? ◻ 実証上の根拠は? ◻ 起草過程 (以下、(2))、判例 (以下、(3)) ◻ cf. 事例 (以下、IV)

- (2) 友好関係原則宣言の起草過程 — 憲章第2条4項の人的射程: 「国際関係」の意味と効果の解釈  
第2条4項の人的射程は「国際関係」に、「国際関係」は国家間関係に限定されるか? (i ~ iv)は注9参照<sup>9</sup>

表1	憲章第2条4項の人的射程	従属人民に対する強制行動	強制行動に対する抵抗
西側諸国	i 国家に限定	武力不行使原則と無関係	自衛権と無関係
東側・非同盟・中南米諸国	ii 国家に非限定	武力不行使原則違反	自衛権
友好関係原則宣言	国家に非限定 ◻ iii	武力不行使原則違反	対立解釈の残存 ◻ iv

- (3) 国際司法裁判所…壁事件において、パレスチナ国家が未建設段階にある (=パレスチナは非国家主体) との認識の下、憲章第2条4項を適用法規として認めた。実際、裁判所は「一国による他国に対する武力行使」の場合にのみ同条項を適用できるとは述べていない<sup>10</sup>。

社、2011年、225頁 (浅田発言)；松井芳郎『国際テロリズムに対する一方的武力行使の違法性』小林正彰(編)『戦争批判の公的哲学』勁草書房、2003年、153頁；松田竹男『テロ攻撃と自衛権の行使』『ジュリスト』1213号 (2001年)、19頁；Olivier Corten, *Le droit contre la guerre: l'interdiction du recours à la force en droit international contemporain*, 2e éd., A. Pedone, 2014, pp.193-305；村瀬信也『国際法における国家管轄権の域外執行—国際テロリズムへの対応』『上智法学論集』49巻3・4合併号(2006年)、139、140、142頁；川岸伸『非国家主体と国際法上の自衛権(1)—9.11同時多発テロ事件を契機として』『法学論叢』167巻4号(2010年)、105頁。

<sup>6</sup> 「武力行使」以外の国際法行為 (人権法・人道法違反、国際法行為でないもの…自衛権による正当化は基本的に不可又は不要。  
<sup>7</sup> 『自衛説2』をとる希少な論者として、Robert Kolb, *Jus contra bellum: le droit international relatif au maintien de la paix: précis (Collection de droit international public)*, 2e éd., Helbing Lichtenhahn, Bruylant, 2009, pp.235-303。彼は1)武力行使能力と2)領域基盤を自衛権の適用条件として挙げる。武力不行使原則の適用条件が1)のみか、1)と2)の両方かは不明。体系的 (憲章第2条4項「国際関係」=専ら国家間関係とする矛盾、軍事侵入の法的位置づけも未解明) と実証性 (事例研究の不足) にも課題を残す。

<sup>8</sup> 国連の普遍性に鑑みれば、憲章と国際慣習法は、Jus ad bellumの(少なくとも)実体的方面については共通していると考えられる。  
<sup>9</sup> i. ①カナダ: 「第2条4項は一国による他国に対する武力行使のみ(only with the use of force by one State against another State)に関するものであり、植民地主義の廃止の問題とは何の関係もない。」(下線はカナダ) A/C.125/SR.23 (25 July 1966), p.11。  
②米国: 「第2条4項の禁止が専ら国家間紛争に適用されることは明らかである。」A/C.119/SR.3 (16 October 1964), p.15。  
③英国: 「原則として、憲章第2条4項は一国による他国に対する武力行使 (use of force by one State against another)に関するものであり、従属人民の事態に適用するようにはほとんど解釈されないことを委員会において述べてきたし、それを繰り返すことに躊躇してこなかった。」A/8018, 1970, p.112, para.228。

ii. ①1967年中南米諸国共同草案II (g) 「いずれの国も、植民地の国々と人民に独立を認める決議1514(XV)を適用できる従属人民に対する武力の行使又は武力による威嚇を償む義務を負う。」A/6799 (26 September 1967), p.29。②同年非同盟諸国共同草案第6条「武力行使の禁止は、…植民地支配に対して自決権を行使する人民の自衛権に影響を与えるものではない。」A/C.125/L.48, filed in A/6799 (26 September 1967), pp.27-28。③1966年チェコスロバキア案同旨。A/C.119/L.6 (29 August 1964), pp.1-2。  
iii. 友好関係原則宣言武力不行使原則第7項 「いずれの国も、同種及び自決の原則の作成にあたり言及された人民から自決権及び自由並びに独立を奪う、いかなる強制行動をも償む義務を負う。」  
iv. 友好関係原則宣言武力不行使原則第13項 「上記のいかなる部分も、武力の行使が合法的である場合に関する憲章の規定の範囲をいかなる方法においても拡大し、又は縮小するものと解釈してはならない。」Venkateshwara Subramanian Mani, *Basic Principles of Modern International Law: A Study of the United Nations Debates on the Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation among States*, Lancers Books, 1993, pp. 18-19, 33-34, 40-48。

<sup>10</sup> 「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

### 第3日 午後部 分科会A

#### III. 所在国への軍事侵入

所在国の許可を得ることができなくても軍事侵入をする必要に迫られる 2 つの典型的な場合について検討する。すなわち、所在国に国内のテロリスト(「武力攻撃」規模の越境攻撃に従事中)を取り締まる「能力」はあるが「意思」がないという『黙認』の場合と、「意思」はあるが「能力」がないという『管理不能』の場合である<sup>11)</sup>。

##### 1. 『黙認』

軍事侵入の妥当性を認める説には、そもそも正当化は不要とする説(以下、(1))、正当化は必要だが自衛権以外の法理によるとする説(以下、(2))、自衛権により正当化可能とする説(以下、(3))がある。

##### (1) 正当化不要論 一武力不行使原則の射程の限定的解釈

- ・「領土保全」「政治的独立」を侵害せず「国連の目的」に適う軍事侵入は、武力行使禁止の対象外。  
→ 憲章第 2 条 4 項の起草経緯に合わず、武力濫用の危険も高いため、通説によれば認められない。
- ・テロリストのような「非国家主体」を一次的攻撃対象とする限り、武力行使禁止の対象外。  
→ 所在国(政府、実効支配下の国民、領土)の二次的被害にかかわらず同国に対する武力行使でない?  
→ 侵略の定義決議第 3 条(a)・・・軍事侵入それ自身が「侵略行為」であり、従って、第 2 条 4 項違反。

##### (2) 自衛権以外の法理による正当化

- 困難。「武力行使」を正当化できないため<sup>12)</sup>。
- ・領域使用の管理責任 → 「相当の注意義務」違反理由とする武力行使は不可。
- ・対抗措置 → 強行規範(武力不行使原則の一部又は全部)との抵触不可という限界。
- ・対抗力(域外法執行) → 裁判目的(逮捕)を超える軍事侵入は基本的に不可。強行規範とも抵触。

##### (3) 自衛権による正当化

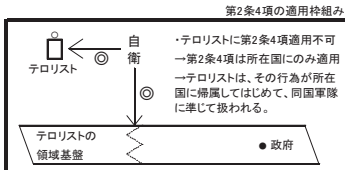
主に 3 つの正当化根拠(以下の①②③)が考えられる。①②は「黙認」した国を「武力攻撃」をした国とみなすもの(「武力攻撃」と「侵略行為」は概ね互換的概念であり<sup>13)</sup>、その「侵略行為」には「黙認」が含まれるため、「武力攻撃」には「黙認」が含まれるとする<sup>14)</sup>。③は物事の道理に基づくもの。

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る。」*J.C.I. Reports, 2004, p.201, para. 162.* 一裁判所はバ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.

<sup>11)</sup> 国際公域(例、公海)への軍事侵入の問題については他の法理(例、海洋法)の影響を受けるため、本報告の範囲外とする。  
<sup>12)</sup> 但し、所在国の許可なき軍事侵入もやむなしとする点では自衛権による正当化の試みと方向性は同一である。なお、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.24-25 は中立法の援用可能性を示唆するが、「(所在国による武力攻撃)がない場合」に中立義務違反を理由として「武力行使」を正当化できる仕組みについて、説明が不十分である。  
<sup>13)</sup> *J.C.I. Reports, 1986* pp.103 によれば、「侵略行為」と「武力攻撃」は概ね互換的概念とされる。

<sup>14)</sup> ①テロリストに憲章第 2 条 4 項適用不可と解釈した場合・・・テロリストの行為が所在国に帰属しなければ、テロリストに対する軍事行動は同条項で禁じられておらず、それを自衛権で正当化する必要なし。(帰属すれば必要あり、一図 2)  
 ②テロリストに憲章第 2 条 4 項適用可と解釈した場合・・・テロリストの行為が所在国に帰属しなくても、テロリストに対する軍事行動は「武力行使」に該当するため、それを自衛権で正当化する必要あり。また、(侵略の定義決議第 3 条(a)のみならず)、同条(f)が類推適用される可能性も浮上する。一図 3

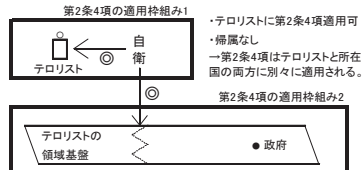
図2. 第3条(g)の適用例



※第 3 条(g)・・・被黙認者は「非国家主体」。一被黙認者が非国家主体であれば彼らに憲章第 2 条 4 項が適用されるか否かにかかわらず、侵略の定義決議第 3 条(g)の適用可能性あり。

第 3 条(f)・・・本来、被黙認者(≠被許容者)は「国家」。→非国家主体であっても準国家的実体であれば類推適用可。  
 →憲章第 2 条 4 項が適用される非国家主体(準国家的実体)には、第 3 条(g)と(f)のいずれも適用可能性あり。

図3. 第3条(f)の適用例



### 第3日 午後の部 分科会A

- ① 侵略の定義決議第3条(g) (「侵略行為」に「実質的関与」が含まれ、「実質的関与」に「黙認」が含まれる可能性)  
 第3条(g) 「上記の諸行為(国家による侵略行為)に相当する重大性を有する武力行為を他国に対して実行する武装した集団、団体、不正規兵又は傭兵の国家による若しくは国家のための派遣、又はかかる行為に対する国家の実質的関与」

・起草過程

- 1972年対立案:「侵略行為」には「黙認」が含まれるか? 注「黙認」は“不作為”。  
 →西側諸国は肯定(国防上の懸念)。東側・非同盟諸国は否定(自決権阻害の懸念)。  
 1973年統合案:「侵略行為」には「公然かつ能動的参加」が含まれる。注「能動的参加」は“作為”。  
 →東側・非同盟諸国はより狭い定義を要望<sup>15</sup>。  
 →西側諸国はより広い定義(「侵略行為」には「黙認」が含まれる)を要望<sup>16</sup>。  
 1974年最終案:「侵略行為」には「実質的関与」が含まれる。  
 →“作為”も“不作為(黙認)”も含みうる曖昧な用語である「実質的関与」が、妥協の産物として採用された。→対立解釈の残存。

- ・課題…被黙認者が自決権主体でなく、大規模攻撃の場合にも意見対立するののか? (cf. 9.11 事件)

- ② 侵略の定義決議第3条(f)の類推適用(「侵略行為」に「許容(黙認の類義語)」が含まれる。)  
 テロリストのような非国家主体でも侵略行為能力(武力攻撃能力)があれば、侵略行為主体(武力攻撃主体)になりうるという解釈に基づく。(Kolb説[本レジュメ注7]の応用)

第3条(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」  
 →「他国」を「テロリスト」に、「侵略行為」を「武力攻撃」に置換。

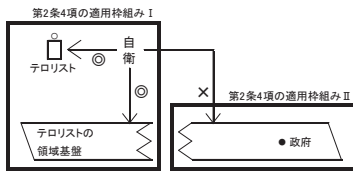
- ③ 「テロリストに対する自衛権」を実施するために軍事侵入は不可避(不可避性から導かれる正当化機能)  
 他に取るべき手段がない中で、「テロリストに対する自衛権」が認められるならば、その自衛権の機能の中に、実施に不可避となる軍事侵入を正当化する機能も含まれると考えることが妥当である。

#### 2. 『管理不能』<sup>17</sup>

政府の実効支配の及ぶ領域(政府支配領域)と及ばない領域(テロリストの領域基盤)を区別する必要あり。

- ・政府支配領域…軍事侵入は所在国に対する領域侵犯(武力不行使原則違反)となる。
- ・テロリストの領域基盤…形式的には所在国の領域だが実質的には政府の実効支配外。  
 →同領域基盤への軍事侵入の正当化根拠は、正当化の対象(対所在国、対テロリスト)と正当化の名実(形式面、実質面)を各々区別して分析する必要あり<sup>18</sup>。

図4. 武力不行使原則の実質的解釈



「テロリストの領域基盤」への軍事侵入の正当化

- ① 対所在国  
 ・実質的な領域侵害…ないと考えられるため、正当化は不要。  
 ・形式的な領域侵害…問題となるが、*ius ad bellum*の解釈には形式面より実質面が重要であること、「テロリストに対する自衛権」を実施する上で軍事侵入は不可避であること、テロ犠牲国の主権への配慮も必要であること等から、形式面の正当化は自衛権機能に含まれると解釈することが妥当。  
 cf. 緊急避難…武力分野では一般的支持なし。(本レジュメ注17)  
 国家責任条文第9条…国際司法裁判所は言及せず。
- ② 対テロリスト: 自衛権

<sup>15</sup> 浅田正彦「非国家主体と国際法—『侵略の定義』決議第3条(g)を中心に」坂元・業師寺(編)『普ถ的国际社会への法の挑戦: 芹田健太郎先生古稀記念』(信山社, 2013年, 832-833頁)。

<sup>16</sup> 統合案は1973年5月28日に特別委員会に提出された。A/9019, 1973, p.4, paras.10-13. cf. p.14, para.7. 翌29日の同委員会の討議において、英国は次の通り要望した。A/C.134/SR.108 (29 May 1973), p.41.

「国家が自国領域の他者による誤用を防止する方策を持たない場合、侵略の責任を当該国家に負わせるつもりはない。他方で、国家自身に過失がある場合にその責任を回避することには同意できない。もし他国に対する武力行為を実施する私人の集団を国家が奨励し、支援するならば、当該国家は、他国が受けた被害の責任を免れることはできない。もし国家が侵略行為を防止すべき立場にあるならば、そのような行為を傍観し、自国領域を当該行為のために使用させてはならない。こうしたことから、英国は国家による間接武力行使に関して、現在の第3条(g)よりも曖昧性の低い定式化を望むのである。」

<sup>17</sup> 山田卓平『国際法における緊急避難』有斐閣、2014年、187-188頁参照。

<sup>18</sup> 図4は実質的側面から見たもの。形式的側面からみれば第2条4項の適用枠組みIIはテロリストの領域基盤を含む国家全域に及ぶ。

### 第3日 午後の部 分科会A

#### IV. 事例 ―今世紀の事例を中心に<sup>19</sup>

【傾向1】テロリストに対する自衛権の主張に対して国際社会から概ね好意的反応が示され、又は、少なくとも大きな反対がない事例が出てきている。(本レジュメ注19の事例①、④、⑤参照)

【傾向2】他方で、一見して矛盾しているような反応(賛否の交錯)を示す国(・EU)もある。  
 ・アラブ・イスラム諸国・ケニア・タンザニア米国大使館事件でスーダン空爆を非難(⑦)したが、アフガン空爆は非難せず(⑧)。  
 ・EU・壁事件で米国(第31条国家非限定説)に同調しつつ(②)、勧告的意見(国家限定説を採用)に従うよう求める総会決議案に賛成(⑩)。  
 ・安保理多数意見…第2次レバノン戦争でイスラエルの自衛権を支持したが(③) 20、過剰な自衛措置につき警鐘・非難(⑪) 21。  
 ・中南米主要諸国…9.11テロ事件(①)や第2次レバノン戦争(③)では米国やイスラエルによる自衛権の主張に賛同。FARC事件(⑬)ではエクアドル領域内に所在するFARC(コロンビアの反政府武装組織)に対するコロンビアの自衛権援用に反対。

→一見して矛盾しているような国の反応をいかに解釈することが妥当か？  
 解釈1) まさに矛盾した反応であり、法的意義を見出せない。→法治国家として責任ある反応を示したと推定。  
 解釈2) 「例外」として自衛権を認めた。→「傾向」が強まれば「例外」としての処理は無理。→「例外と止る条件とは何か？」  
 法治国家として責任ある反応を示してきたとすれば、「例外」となる条件とは自衛権の適用条件(=適用可能性を前提)と同義。  
 解釈3) テロリストに対する自衛権の適用自体は否定せず、自衛権の適用条件の充足を非難した。(本レジュメ注19参照)  
 →法治国家として責任ある反応を示してきたと見れば、解釈3)が最も総合的に妥当。

#### V. おわりに

「武力行使能力を有するから武力不行使原則に服さなければならない。」この考え方はシンプルだが説得力がある。それに基づけば「テロリストに対する軍事行動」の正当化根拠は“自衛権”となる。「所在国への軍事侵入」の正当化根拠としては「黙認」の場合には侵略の定義決議第3条(a)又は(f)、「テロリストに対する自衛権」を実施する上での不可避性等が考えられ、それらひとつひとつを見れば問題がないわけではないが、それらの背後にある考え方は同一の方向性を有しており、様々な角度から見ても自衛権による正当化が妥当であることを示している。(['管理不能']の場合も同様<sup>22</sup>)。現行法であると言われているものが現行法であるのか、疑問が投げられている<sup>23</sup>。

<sup>19</sup> i. 自衛権の主張と好意的反応: 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(2011年)、⑤対「イスラム国(IS)」空爆(2014年-)  
 cf. ⑥米国によるアフガニスタン空爆(1998年【ケニア・タンザニア米国大使館事件】)  
 ii. 否定的反応とその理由 →テロリストに対する自衛権の適用条件の充足≠適用可能性の否定  
 (i) 自衛対象の誤認(誤爆 →人道法違反)  
 ⑦米国によるスーダン空爆(1998年【ケニア・タンザニア米国大使館事件】)、⑧ダマスカス事件(2003年)  
 (ii) 自衛方法の残忍性(均衡性・自決権・人権法・人道法違反) …⑨第2次チェチェン戦争(2002年)、⑩壁事件(2004年)、⑪第2次レバノン戦争(2006年)、⑫イスラエルのガザ地区攻撃(2008~2009年)  
 (iii) 「武力攻撃」の不在 →⑬FARC事件(2008年) …自衛権を非難するOAS決議等に「武力攻撃」の日時・場所の記載なし。

<sup>20</sup> i. 国連事務総長…「イスラエルの自衛権については誰も争ってはいない。」SPV.5498(30 July 2006), p.3.  
 ii. 安保理の多数意見…イスラエルによる「自衛権」援用可。(但し、不均衡な軍事対応には反対, Christine Gray, *International Law and the Use of Force*, 3rd ed., Oxford University Press, 2008, pp.241-244.)

例) 英国(SPV.5489(14 July 2006), p.12); ベルー(*ibid.*, p.14); 日本(SC8776(14 July 2006)); 米国(SPV.5493(21 July 2006), p.17); スロバキア(*ibid.*, p.19); ギリシャ(SPV.5493(Resumption I)(21 July 2006), p.3); デンマーク(*ibid.*, p.7); アルゼンチン(*ibid.*, p.9); EU(*ibid.*, p.16); ブラジル(*ibid.*, p.19); ノルウェー(*ibid.*, p.23); 蒙州(*ibid.*, p.27); カナダ(*ibid.*, p.28); カナダ(*ibid.*, p.39); グアテマラ(*ibid.*, p.41).

iii. 安保理決議 1701: 「とりわけ、ヒズボラによるすべての攻撃の即時停止とイスラエルによるすべての攻撃的な(≠防衛的な)軍事行動の即時停止に基づく戦闘行為の完全停止を求める。」(本文第1項) →紛争の構図は「ヒズボラ」対「イスラエル」  
<sup>21</sup> Cf. 安保理多数意見…ダマスカス事件(⑧)ではイスラエルによる自衛権の主張(シリア内のテロリスト基地を空爆)を支持せず。

<sup>22</sup> i. 「テロリストに対する軍事行動」の法的位置づけ: 自衛権  
 法的基礎 { ・目的論的解釈…武力行使能力を有するテロ組織に武力不行使義務を課すことは、国際的平和と安全の維持という国連の目的に資する。  
 ・今世紀の慣行…国際慣習法・憲章の解釈として定着していく可能性あり。

ii. 「所在国への軍事侵入」の法的位置づけ: 自衛権(於、テロリストの領域基礎)または領域侵犯(於、その他の領域)

表2	通常国	黙認国	管理不能国	
政府とテロリストの関係	対立(政府優位)	親和	対立(政府優位の一部崩壊)	
(テロ規制に関する政府の意思)	(意思あり)	(意思なし)	(意思あり)	
政府の実効支配	政府支配領域(能力あり)		管理不能領域(能力なし)	政府支配領域(能力あり)
(テロ規制に関する政府の能力)				
テロリストの領域基礎	領域基礎なし	領域基礎あり		領域基礎なし
軍事侵入の法的位置づけ	領域侵犯	自衛権	自衛権	※ 領域侵犯

※ 対所在国…実質的な領域侵害はほとんどなし。形式的な領域侵害の正当化は自衛権。対テロリスト…自衛権  
<sup>23</sup> 課題: テロリストに対する自衛権の限界(人、国、国際社会への配慮)の精緻化。鍵となる自決権の新たな展開については、山形英郎「二一世紀国際法における民族自決権の意義」『法政論集』245号(2012年)、517-560頁参照。