

非国家行為体に対する越境軍事行動の法的正当化をめぐる一考察：「領域国の意思・能力の欠如」理論（‘unwilling or unable’ doctrine）の位置づけ

田中，佐代子 / TANAKA, Sayoko

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

Review of law and political sciences / 法学志林

(巻 / Volume)

116

(号 / Number)

2・3

(開始ページ / Start Page)

271

(終了ページ / End Page)

314

(発行年 / Year)

2019-02-22

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00023118>

非国家行為体に対する越境軍事行動の

法的正当化をめぐる一考察

——「領域国の意思・能力の欠如」理論（‘unwilling or unable’ doctrine）の位置づけ——

田中 佐代子

- 一. はじめに
- 二. 連続性・解釈論上の根拠の観点から
- 三. 非連続性・原理的根拠の観点から
- 四. おわりに

一. はじめに

他国領域内で活動する武装集団等の非国家行為体に対して国家が行う越境軍事行動は、国際法上、いかなる根拠により、いかなる条件の下で認められるか。この問題をめぐる議論の中で近年注目されているのが、「領域国の意思・能力の欠如」の理論（以下、意思・能力欠如理論）（‘unwilling or unable’ doctrine）である。本理論は、一般に、

非国家行為体に対する越境軍事行動の法的正当化をめぐる一考察（田中）

テロ攻撃などの武力行為をなす非国家行為体に対して、その所在する国家（領域国）が実効的に対処する意思または能力を欠く（unwilling or unable）場合には、武力行為の被害国は領域国の同意を得ずに域内で武力を行使して自ら脅威に対処することができる、という法命题として理解されている。⁽¹⁾ここでは領域国の意思・能力の欠如が、被害国による軍事行動の合法性の基準になっており、それは意思・能力欠如基準（unwilling or unable test / standard）と呼ばれる。

意思・能力欠如理論は学説において最近登場したものとされている。⁽²⁾初出は、英国の名立たる国際法学者らの参加の下で二〇〇五年に作成された、シンクタンク Chatham House の文書⁽³⁾においてであったという指摘も見られる。⁽⁴⁾後で検討するように、国家が自らの越境軍事行動を正当化する際に領域国の意思や能力の欠如に言及することは新しい現象ではなく、また、何らかの形で領域国の意思・能力を問題とする学説も以前から存在していた。しかし、それが「意思・能力欠如理論」という形でまとまって取り上げられるようになったのは、たしかに近年のことである。注目される一つの大きなきっかけを与えたのは、まさに意思・能力の欠如をタイトルに掲げた、Ashley S. Deeks による二〇一一年の論文⁽⁵⁾だと思われる。その後、二〇一四年に米国がシリア領域内のイスラム過激派組織 ISIL (Islamic State in Iraq and the Levant) に対する空爆を開始した際、国連安全保障理事会に自衛権行使を報告した書簡⁽⁶⁾において、意思・能力の欠如という文言を用いたため、この理論をめぐる議論が一層さかんになった。⁽⁷⁾

意思・能力欠如理論をめぐる現在激しく争われているのは、その内容が立法論にとどまらず、実定法規範の中ですでに認められるものとなっているか否かという点である。

この点について肯定的な学説は、同理論がすでに多くの国家に受け入れられていると主張して国家実行を多数列举する。例えば、主唱者の一人である Deeks は、前記の論文において、意思・能力欠如基準を満たす武力行使の合法

性を、一世紀以上にわたる国家実行が示していると述べ、論文末尾には関連する国家実行のリストを掲げている。⁽⁸⁾ それによれば、意思・能力欠如基準またはそれと密接に関連する概念がはっきりと援用された事例は一八三七年のカロライン号事件にさかのぼるといふ。リストは二〇一一年の実行まで続いており、さらにその論文の発表以降も、諸国が意思・能力欠如理論を受け入れていることを論証しようとするDebbasらの作業は熱心に継続されている。⁽¹⁰⁾

他方、意思・能力欠如基準の実定法性を否定する論者らは、国家実行をきわめて厳格に検証しようとする。肯定説においては多くの国家が支持または黙認したと評価される事例であっても、否定説は、被害国による軍事行動が一部の国家から非難されたことや、明示的に承認されたわけではないことを重視する。⁽¹¹⁾ そのように意思・能力欠如理論を頑なに否定する姿勢は、数年前に登場した同理論が、武力行使に関する従来の規律のあり方とは異なる新しい理論であるという認識にもとづき、そうした新しい理論を認めれば国家の武力行使に対する法的規制が緩くなってしまふという懸念に由来していると思われる。それは例えば、『意思または能力の欠如』のような理論についてはとりわけ方論の厳密さが決定的に重要である。なぜなら、諸国がもしも実際にその理論を受け入れれば、非国家行為体に対する国境を越えた(すなわち主権を侵害する)武力行使が堰を切ったように生じるであろうからだ⁽¹²⁾ という言葉に端的に表れている。⁽¹³⁾

こうした実定法性肯定説と否定説との論争を見ると、意思・能力欠如理論を歴史に裏打ちされたものと捉えるか、あるいは、二一世紀の学説の中で新たに登場したという点を重視するかに相違があることが分かる。非国家行為体に対する越境軍事行動を法的に正当化するための理論(以下、正当化理論と総称する)はこれまで様々な提示されてきた。その中で最近唐突に現れたように見える意思・能力欠如理論について、実定法上の意義に迫るための前提として、それが武力行使の規制を緩める新たな理論と言えるのか、そして新しさがあるかすれば何かを確認する必要があると

考えられる。

以下では、非国家行為体に対する越境軍事行動の国際法上の評価をめぐって国連憲章制定後になされてきた議論の中での意思・能力欠如理論の位置づけを探るべく、⁽¹⁴⁾まず、解釈論上の根拠の観点から(二)、続いて、原理的根拠の観点から(三)、同理論の特徴を検討する。そこから、従来の正当化理論との連続性と非連続性、いずれもが浮かび上がることになるだろう。

二・連続性・解釈論上の根拠の観点から

非国家行為体に対する越境軍事行動を正当化する既存の理論と意思・能力欠如理論の異同が少なくとも一見した限りではよく分からず、ともすれば意思・能力欠如理論が新奇なもののように見えてしまう原因の一つは、次の通り、その解釈論上の根拠が不明確なまま主張されていることにあると思われる。⁽¹⁵⁾

国家の具体的な軍事行動の国際法上の合法性・違法性を判断するにあたってまず参照すべきは、国際関係における武力の行使を禁止する国連憲章第二、四項である。非国家行為体に向けられた軍事行動であっても、それが他国の領域内でなされる以上、二、四項の武力不行使原則に反するのではないかが問題となる。なぜ意思・能力欠如基準を満たせば違反を問われずに済むのかは明らかとは言えない。また、意思・能力欠如理論にもとづく軍事行動が仮に武力不行使原則の例外たる自衛権の行使であるとしても、自衛権について規定する憲章第五条に、領域国の意思や能力に明示的に関わる文言は存在しない。意思・能力欠如理論が自衛権行使の要件といかなる関係にあるものかは明らかではない。

このように、なぜ領域国の意思・能力の欠如により被害国の越境軍事行動が許されることとなるのかについて、国際法解釈論上の根拠は自明ではない。なおかつ、主張する論者によっても捉え方が異なるように思われる。⁽¹⁶⁾そこで、意思・能力欠如理論を支持する学説において、どのような根拠にもとづいた主張がなされているかを検討し、分類を行う。⁽¹⁷⁾すると、四つの類型が見出される。加えて、意思・能力欠如理論の実証的な裏づけとして学説が依拠する国家実行について、諸国がどのような解釈論によって同理論を援用したかを検討する。それにより、理論的に可能な主張として四つの類型が存在するといっただけでなく、国家実行上の援用例も同様に分類できることを確認する。

その上で、意思・能力欠如理論の「新しさ」について考えるため、解釈論上の根拠の観点から整理した各類型の主張を既存の正当化理論と比較し、意思・能力欠如理論に（どのような）固有の問題が含まれているかを、それぞれの類型ごとに明らかにしたい。

（一）第一類型：武力不行使原則の射程の外におかれるための条件としての意思・能力欠如

意思・能力欠如理論を支持する学説の解釈論上の根拠を分析すると、第一に、領域国が意思・能力を欠く場合における被害国の越境軍事行動は武力行使の禁止の範囲外であるという、武力不行使原則の射程に着目した主張がある。

例えば Ivan Shearer は、意思・能力欠如理論にもとづく被害国の措置が認められる根拠を国連憲章第二条四項に見出している。すなわち、同項は「憲章により明示的に認められた場合をのぞき、他国に対する武力による威嚇又は武力の行使をしてはならない」とはっきりと規定するのではなく、武力行使を「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。そのため、あからさまな侵略や併合、占領のような、領土保全または政治的独立に対してなされる武力

行使ではなく、明白な違法ないし不正を正すことを意図した武力行使であれば、平和的手段が尽きている場合には、憲章により禁止されていないと解釈しようという。⁽¹⁸⁾ここから、領域国がテロリストに対して「法執行措置をとる意思または能力を欠くならば、被害国は自らテロリストを捕まえ、状況次第ではテロリストの拠点を破壊する任務を引き受けることができる」という結論が導かれている。⁽¹⁹⁾

Shearer において、領域国の意思・能力の欠如は、テロに対処するための平和的手段が尽きていることを意味し、二条四項による武力行使禁止の射程外となるための条件であると言える。領域国が意思・能力を備えているのであれば、まずは領域国に頼るべきであって、にもかかわらず被害国自らが軍事行動に及べば、それは領域国の領土保全や政治的独立を侵す武力行使とみなされる。逆に、領域国が意思・能力を欠くのであれば、被害国の軍事行動は、領土保全や政治的独立を脅かそうとするものではなく、たしかに非国家行為体の武力行為への対処のみを目的とするものとして認められ、禁止された武力行使には該当しないことになる。

このように、武力不行使原則の射程の外であることに、意思・能力欠如理論の根拠を求めるのが第一の類型である。意思・能力欠如基準は実定法の一部をなしている、あるいはそうなりつつある、と主張する論者らがその証左とする国家実行のうち、領域国が意思・能力を欠くために、被害国の軍事行動は武力不行使原則の射程外であると明言するものは、管見の限りは見当たらない。Shearer 自身も自説が決して一般的ではない少数派の主張であると認めており、⁽²⁰⁾国家が軍事行動の正当化を図る際にあって少数説に依拠しようとしなないのは自然なことと考えられる。

もっとも、曖昧さを残しつつも、この類型の意思・能力欠如理論の援用として理解しうる国家実行は存在する。トルコは、分離独立を主張するクルド労働者党(PKK)のテロ活動に対処するため、イラク北部にあるPKKの拠点对して越境軍事行動を行ってきた。とりわけ湾岸戦争終結以降トルコは大規模な軍事作戦を度々実行したが、⁽²¹⁾それ

について安保理に対し憲章第五一条にもとづく自衛権行使の報告をすることはなかった。他国からの非難に反論する形でトルコは一九九五年に安保理に書簡を送り、自国の行動を以下のように正当化している。

一九九一年以来……イラクはその北部地域で権力を行使することができずにいるため、トルコは、トルコに対するテロ行為の準備のために領域が使用されることを防ぐ国際法上の義務を果たすようイラク政府に求めることができない。こうした状況下では、トルコが自らの安全を守るために必要不可欠な措置に訴えることは、イラクの主権の侵害とはみなされえない。隣国に拠点をおいて活動するテロ組織からの露骨な越境攻撃により自国の領土保全を絶え間なく脅かされている時、当該隣国がそうした攻撃をやめさせることができない (unable) ならば、何もせずにいるよう国家に求めることはできないだろう。世界の人々に向けて説明した通り、期間と範囲が限定された最近の「(トルコの) 作戦はこうした枠組みの中で実行されたものである」⁽²²⁾。

このように、トルコは憲章第二条四項に明示的に言及してはいないものの、自国の措置がイラクの主権の侵害にあたらないことを強調し、作戦の期間と範囲が限定的なものであることも主張した。これは、イラクの領土保全や政治的独立を侵害する大規模な武力行使ではないから二条四項による禁止の対象外であるとの主張であったとも考えられる。そのように捉えれば、もとより武力不行使原則の射程外の行為であるから、その例外たる自衛権によって正当化する必要も生じず、トルコが五一条にもとづく安保理への自衛権行使の報告をしていないことも整合的に理解できる。さらに、前記書簡において、トルコの措置はイラクの主権侵害にあたらぬという主張は、テロリストが拠点を置くイラクの政府がテロ攻撃を中止させる能力を欠いているというイラクの状況を前提としてなされている。トルコが

自国の行為を武力不行使原則の射程外として正当化する意図であったとすれば、その際、領域国の意思・能力の欠如（本件では能力の欠如）は武力不行使原則射程外の条件として提示されているのである。

その後もトルコは安保理へ自衛権行使の報告をすることはなかったが、イラクからの抗議に対する反論として何度か国連事務総長および安保理議長宛てに書簡を送っている。それらの中では、前記書簡においてと同様に、イラクが北部地域において権力を行使できず、テロ活動のための領域使用を防ぐことができないために、トルコはテロリストの脅威に自ら対処せざるをえず、その措置はイラクの主権の侵害とはみなされえない、という主張がなされ、トルコの作戦の期間と範囲が限定的なものであることも述べられている。⁽²³⁾特に、イラク領域内にトルコが一時的危険地帯と称する警戒区域を設定して部隊を展開したことについてのイラクからの抗議に対しては、テロリストのトルコへの侵入を防ぐことが唯一の目的であって「トルコは当該地域に対する主権を主張しておらず、軍事占領の可能性もないので、一時的危険地帯の宣言はイラクの領土保全の侵害ではありえない」とトルコは反論しており、⁽²⁴⁾領土保全に対する武力行使ではないことを明確に主張した。

トルコは受けた批判に対して反駁することに注力しており、積極的に自国の軍事行動の法的根拠を説明したとは言えず、⁽²⁵⁾二条四項に直接言及していないという点でも曖昧さが残るものの、トルコからの一連の書簡は、武力不行使原則の射程の外であることを根拠として、意思・能力欠如理論を援用したものと理解することができる。⁽²⁶⁾なお、本件でトルコが具体的に問題にしたのはイラクの能力の欠如であったが、「隣国が攻撃のために領域が使用されることを防ぐ意思または能力を欠く（unwilling or unable）⁽²⁷⁾場合には、隣国からなされる攻撃から自国を守るために必要かつ適切な武力に訴えることが不可避となる」として、領域国の意思の欠如の場合にも同様の主張が成り立つことを示唆している。

では、この第一の類型の意思・能力欠如理論は、既存の正当化理論にはない新しさや固有の問題を含むものなのだろうか。よく知られているように、二条四項の規定ぶりを根拠に武力不行使原則の射程を狭く捉える解釈は国連憲章制定後の早い時期から存在し、⁽²⁸⁾そうした解釈にもとづいて、非国家行為体のもたらす脅威を除去するための一時的・限定的な軍事行動は禁止されないとする主張は従来から存在している。⁽²⁹⁾そのような立場から、武力不行使原則の射程外とみなされる一つの状況を具体的に示したものが、第一の類型の意思・能力欠如理論である。

したがって、第一の類型の意思・能力欠如理論は、非国家行為体に対する越境軍事行動を正当化する理論として新しいものとは言えない。武力不行使原則の射程という従来から存在する論点について今後も検討する必要があるというを示しているに過ぎないのである。

(二) 第二類型…非国家行為体に対する自衛権の行使における必要性要件の判断要素としての意思・能力欠如

第二に、意思・能力欠如基準を自衛権行使における必要性要件の判断基準と捉え、それを満たす越境軍事行動は、非国家行為体に対する必要な自衛権の行使として認められるということ根拠とする主張がある。

先にもふれた意思・能力欠如理論の主唱者の一人、Deetsは、自衛権を根拠として同理論を主張している。彼女によれば、自衛権の発動要件たる武力攻撃の主体は国家に限られないが、非国家行為体による武力攻撃に対して自衛権を行使する際には、それが必要性要件を満たすか否かの判断にあたって、武力による対処を要するような攻撃を受けたかという点に加えて、領域国の状況を考慮しなければならない。領域国が非国家行為体の脅威を鎮圧する意思も能力も欠く場合に、被害国自身による武力行使が必要であり合法と言える⁽³⁰⁾という。このように自衛権行使における必要

性要件を満たしているかを判断するための一つの基準として意思・能力欠如基準を捉える論者は Deeks のほかにも多数に上る。⁽³¹⁾

意思・能力欠如理論が援用された事例とされるもののうちいくつかは米国による自衛権行使の主張だが、米国が依拠する意思・能力欠如理論はこの第二の類型として把握できる。

二〇〇一年九月一日のいわゆる同時多発テロ事件（以下、九・一一）をうけてアフガニスタンに対する軍事活動を開始した米国は、それを自衛権の行使であると主張した。国連憲章第五条にしたがって安保理に自衛権行使を報告した書簡において米国は、米国に対してなされた武力攻撃に中心的な役割を果たしたのはアルカイダの組織であるという情報を得ているとした上で、「二〇〇一年九月一日の攻撃と、米国および米国民へのアルカイダの継続中の脅威は、アフガニスタンの一部の領域を活動拠点としてアルカイダに使用させることを許容するというタリバン政権の決定によって可能になっている」と述べて、アフガニスタン領内のアルカイダとタリバン政権の施設への軍事活動を正当化している。⁽³²⁾ここでは「意思・能力の欠如」という文言は明示的には用いられていないものの、アルカイダの脅威を防ぐタリバン政権の意思の欠如が示唆されている。

この点について米国国務省法律顧問 John B. Bellinger II がより明確かつ詳細な説明を与えている。彼は、「アルカイダが攻撃を計画し武器使用の訓練をするための場所としてアフガニスタンを用いることをタリバンが許容した」と⁽³³⁾が米国の自衛権行使の正当化根拠であるとして前記の書簡と同様の主張を示し、さらに、次のように述べた。

……もし我々がアルカイダとタリバンに対して武力を行使する権利を持たないのだとしたら、我々は米国に対する史上最大の攻撃の後に国民を守る満足な方法を持たなかったということになる。九・一一攻撃を起こした者た

ちを裁きにかけるために国際共同体と協力する意思をタリバンがもたなかったこと (unwillingness to cooperate) に鑑みれば、米国のとりうる手段が〔タリバン指導者〕オマル師への外交上の抗議や引渡し請求のみであったと主張することは合理的でない。⁽³⁴⁾

このように、Bellingher 国務省法律顧問は、タリバン政権の意思の欠如を指摘し、それを考慮して、武力を伴わない措置の不十分さ、すなわち自衛権にもとづく武力行使の必要性を主張した。意思・能力欠如基準が自衛権の必要性要件の判断基準として援用されたのである。

なお、以上見たように本件では領域国政府の意思の欠如が主張されたが、Bellingher 国務省法律顧問は「攻撃を行う拠点としてテロリストが領域を使用することを防止する」意思・能力を国家が欠く場合には、テロの標的とされた国家がその脅威に対処するために自衛の軍事力を用いることは合法である⁽³⁵⁾」とも述べていることから、能力の欠如の場合についても同様の位置づけを与えているものと考えられる。

米国は、二〇一一年にアルカイダの指導者オサマ・ビン・ラディンをパキスタン領域内で殺害したが、この作戦についても領域国の意思・能力に言及した。当時の米国国務省法律顧問 Harold Hongju Koh による作戦正当化の議論は次の通りである。

……米国は恐ろしい九・一一攻撃への反応としてアルカイダとの武力紛争を戦っており、国際法上の自衛の固有の権利に合致する武力を行使することができる。

……アルカイダは米国を攻撃する意図を放棄しておらず、現に我々を攻撃し続けている。したがって、この進行

中の武力紛争において、米国は自国を防衛するために武力……を行使する国際法上の権限……を有しており、そこには、攻撃を計画しているアルカイダ幹部のような人物を標的にすることも含まれる。……ある場所である人物が標的となるかどうかは事案ごとの考慮にかかっており、考慮事項には脅威の急迫性、関係国の主権、当該脅威を鎮圧する関係国の意思・能力が含まれる。³⁶⁾

ここでは領域国の意思・能力という考慮事項の法的性質が完全に明確にされているとは言えない。しかし、「ビン・ラディン襲撃を遂行するにあたり、米国は法的原則を完全に遵守して行動した³⁷⁾」ことを主張し、米国が遵守したとする法規範を明示する文脈の中で、一つの考慮要素として「意思・能力」が言及されたことから、具体的な自衛措置の合法性を判断する一つの基準、すなわち必要性要件の一判断基準として意思・能力欠如基準が捉えられているものと推測できる。

そうした位置づけがより明確にされたのは、ISILに対する軍事行動をめぐってであった。

本稿一・でふれた通り、米国は二〇一四年に開始したシリア領内のISILに対する軍事行動を自衛権の行使として正当化し、シリアの意思・能力の欠如に言及した。その立場をより詳細に説明したものとして以下のような國務省法律顧問 Brian J. Egan の見解がある。

国際法において、武力を行使する領域国の同意を得ることが求められない場合がある。とりわけ、領域国が非国家行為体に実効的に対処する意思または能力を欠くと結論づける合理的・客観的根拠があるために、領域国の同意なしに非国家行為体に対する自衛の行動をとる必要があるという場合があるだろう。例えば、シリアにおける

ISILの事例では、〔国連憲章〕第五条にもとづく我々の書簡で示したように、シリアの政権はISILによる武力攻撃のためにシリア領域が用いられることを防ぐ意思または能力を欠くと我々は判断したので、シリアの同意なしに自衛の行動をとることができた。我々の見解では、この「意思または能力の欠如」基準は、国家が他国領域内での武力行使のために自衛に依拠する際に、武力行使が必要な場合にのみ――すなわち、武力に至らない措置が尽くされたか、あるいは他国領域から非国家行為体をもたらす脅威に対処するために武力に至らない措置では不十分である場合にのみ――武力に訴えることができる、という要件の重要な適用なのである。⁽³⁸⁾

このように、米国は必要性要件の判断基準として意思・能力欠如基準を援用したのである。

この第二の類型において、意思・能力欠如理論に既存の正当化理論との差異は見られるだろうか。第二の類型は、自衛権を発動するための要件として憲章第五条に規定された「武力攻撃」は、非国家行為体によってなされるものも含むという解釈を前提としている。この点についても長らく議論があり、とりわけ九・一一後は、自衛権をめぐる論争の主戦場の一つになっていっているとよく言われてよいだろう。武力攻撃の主体は国家に限られるとする伝統的な立場は根強く存在しており、⁽³⁹⁾それが国際司法裁判所（ICJ）も支持する通説的見解であるとの評価も見られる。⁽⁴⁰⁾他方、テロリズムの脅威とその認識が強まる中で、非国家行為体による攻撃で国家に帰属しないものに対しても自衛権の行使が認められるとする主張も有力になされるようになっていいる。⁽⁴¹⁾意思・能力欠如理論の第二類型は、後者の非国家行為体許容説の立場を前提とするものであり、その上で、あらゆる自衛権行使に課される必要性要件の判断基準を、特に非国家行為体自衛権行使の場合について、厳格化ないし明確化したものと位置づけられる。

したがって、この類型においては領域国の意思・能力の欠如は、それ自身が越境軍事行動の正当化根拠を提供する

ものではなく、合法となるための追加的な条件であるに過ぎない。⁽⁴²⁾ その意味で、国家による武力行使を規制するといふ見地からは、規制に資することはあれ、新たな問題を生じさせるものではないだろう。⁽⁴³⁾

(三) 第三類型…自衛権の先行行為としての意思・能力欠如

意思・能力欠如理論の第二の類型は自衛権を根拠とするものだが、次に扱う第三、第四の類型もその点では共通する。しかし、第二の類型が非国家行為体に対する自衛権を根拠としていたのに対し、第三、第四の類型は、領域国に対する自衛権を根拠とする点で異なる。

第三の類型の意思・能力欠如理論は、領域国の意思・能力の欠如が憲章第二条四項を含む国際義務の違反にあたり、その先行違法行為に対して、被害国は自衛権を行使することが認められる、という主張である。⁽⁴⁴⁾

例えば Abraham D. Sofaer は、憲章第五条には「武力攻撃が発生した場合」との文言があるが、しかし、同条が自衛権の先行行為を武力攻撃のみに限定したという解釈は誤りだとして退ける。そして、国家による伝統的な戦闘行為のみならず、テロ攻撃のような暴力行為への共謀も侵略に含まれるとして、それら全ての違法な武力行使に対して自衛権を發動することが可能だと主張する。⁽⁴⁵⁾ 「全ての国家は、国境の内側にいる人が犯罪活動の拠点として領域を使用しないように管理する義務を負う。……国家がそうした義務に違反する時、とりわけテロリストの行為に関与する時、他国は深刻な影響を受ける」⁽⁴⁶⁾ ため、「テロリストが市民への攻撃のために領域を用いることを国家がやめさせる意思または能力を欠くならば、当該領域国内のテロリストの拠点への攻撃は合法であること」⁽⁴⁷⁾ が肯定されるという。国家実行においても、領域国の意思・能力の欠如が自衛権の先行行為となるということを根拠として意思・能力欠如理論が援用された例がある。

一九七〇年以降レバノンがパレスチナ解放機構（PLO）を中心とするパレスチナ・ゲリラの根拠地となったことから、イスラエルは、パレスチナ・ゲリラによるテロ攻撃に対処するためとして一九七八年に大規模なレバノン侵攻を行い、一九八二年にはレバノンの首都ベイルートにまで侵攻した。そうした大規模な作戦以外にも、この間、イスラエルはレバノン領域内のPLOに対する越境軍事行動を繰り返している。

イスラエルは安保理の会合において、レバノンを作戦拠点とするPLOのテロ攻撃によってイスラエルに大きな被害が生じていることを訴え、⁽⁴⁸⁾「PLOが完全な行動の自由を得ているのは、PLOがレバノンの主権を全く無視していることと、レバノン政府がその領域の一部に支配を及ぼすことができないということによる」と指摘した⁽⁴⁹⁾上で、そのため「イスラエル政府は、正当な国家の自衛の権利、すなわち領域と国民を守り、野蛮な攻撃がこれ以上なされないようにするための固有の権利にしたがって行動した」と主張した⁽⁵⁰⁾。さらに、「イスラエルが行ったことは国際法規範と国連憲章に完全に合致している」と述べて、その根拠を示すために「武装勢力の所在する国家の当局が当該武装勢力を取り締まり制止する能力または意思を欠く場合には、武装勢力の拠点を除去したり破壊したりすることのみを目的とする軍事的干渉は〔国連憲章〕⁽⁵¹⁾ 第五条の下で正当化されるだろう」という学説を引用している。

このようにイスラエルは、レバノン領域内のPLOに対する越境軍事行動を自衛権行使であると主張し、意思・能力欠如理論を援用した。その根拠について注目すべきは、領域内で武装部隊が他国に対する敵対的活動に従事することを国家が許容すれば、武装部隊の活動を抑制する意思と能力のいずれを欠くかにかかわらず、国際法違反だとイスラエルが述べていることである。⁽⁵²⁾ さらに、イスラエルは、「国際法上の義務を遵守しようとする国家は、国際法規範から得られる利益を自らのために援用することはできない」という「単純な論理」の帰結として、意思・能力を欠く領域国に対しては被害国による措置がとられうると主張し、自国の軍事行動の正当化を図った。⁽⁵³⁾ すなわち、イスラ

エルの主張によれば、領域国の意思・能力の欠如は国際義務違反にあたるため、違法行為をなす領域国は国際法規範から得られる利益（ここでは武力行使を受けないこと）を享受できず、その先行違法行為に対して被害国が自衛権を行使することが認められる。ここでは領域国の意思・能力の欠如が自衛権の先行行為として捉えられているのである。⁽⁵⁴⁾

この第三の類型の意思・能力欠如理論は、既存の正当化理論との関係ではどのように位置づけられるだろうか。憲章第五条は慣習国際法上認められてきた自衛権を制限するものではなく、武力攻撃に至らない武力行使に対しても依然として自衛権行使が認められるとする学説は、これもよく知られているように、憲章制定後の早い時期から唱えられてきた。⁽⁵⁵⁾ そうした学説においては、国家が他国に対する非国家行為体の武力行為を支援したり、黙認したりすると、不干渉の義務に違反したこととなり、その結果、被害国は自衛権を行使することができると主張される。⁽⁵⁶⁾ このような既存の正当化理論の延長線上にあるのが、第三の類型の意思・能力欠如理論だと言える。

同一の主張ではなく、延長線上と捉えるのは、意思・能力の欠如が常に国際義務違反を構成するののかという問題があるためである。武力攻撃に至らない武力行使に対する自衛権の行使可能性を肯定する従来の学説において自衛権の先行行為とされていたのは、非国家行為体による武力行為を支援したり黙認したりすることである。これらは、自衛権の先行行為として足りるかという点では争いがあるとしても、友好関係原則宣言にも示されているように、⁽⁵⁷⁾ 二条四項違反の武力行使に該当することは広く認められている。⁽⁵⁹⁾ しかし、ここで言う黙認は、他国に対する軍事的脅威となる非国家行為体の存在を領域国が知した上で容認したことを意味するとされる。⁽⁶⁰⁾ 非国家行為体の存在を領域国が了知すらしていなかった場合や、さらには、領域国が非国家行為体に対処しようとして策を尽くしたが奏功しなかった場合まで含めて、結局のところ非国家行為体を取り締まることができなかったという結果のみで「黙認」として二条四項や不干渉義務の違反を構成すると言えるかは疑わしい。⁽⁶¹⁾

第三の類型の意思・能力欠如理論は、既存の正当化理論の延長線上にあるが、「延長」された部分に位置するのが、領域国の意思・能力の欠如のみをもって自衛権の先行行為を構成する国際義務違反としてよいかという問題である。したがって、それが、非国家行為体に対する越境軍事行動をめぐる議論に対して意思・能力欠如理論が新たに提起する問題の一つである。

(四) 第四類型：非国家行為体の武力行為が領域国に帰属する基準としての意思・能力欠如

第四の類型として分類することのできる意思・能力欠如理論は、非国家行為体による武力行為が国家に帰属する基準として意思・能力欠如基準を主張するものである。

例えば Michal Kowalski によれば、武力行使の禁止は、国家が他国に対して軍事的な行動をとらないという消極的な義務のみならず、非国家行為体が自国領域を用いて軍事活動を行うことを阻止する積極的な義務をも負っているということの意味する。非国家行為体の軍事活動を防ぐ意思または能力を欠く国家はその積極的義務を果たしていないのであるから、非国家行為体の行為は当該領域国に帰属する。それゆえ、非国家行為体の行為をもって領域国による武力攻撃が発生したとみなされ、国連憲章第五条にもとづき被害国は自衛権を行使できることとなる⁽⁶²⁾。

このように、第四の類型の意思・能力欠如理論は、領域国に対する自衛権の行使を根拠としている。その点では第三の類型と共通するが、自衛権の先行行為についての解釈を異にしており、第四類型の論者は、あくまで国家による武力攻撃が自衛権の発動要件であるという立場を前提としている⁽⁶³⁾。そのため、領域国の意思・能力の欠如によって行為が帰属するという論理構成をとるのである。

この類型の主張によれば、例えば、国家が自国領域内で活動する非国家行為体の武力行為に積極的に関与していな

いばかりか、むしろその防止や鎮圧に努めたという場合であっても、能力が不十分で結果的に実効的な対処に至らなかったのであれば、当該非国家行為体の行為は領域国の行為とみなされることになる。私人の行為を国家の行為とみなす議論は常に一定の法的擬制を含むとはいえず、意思・能力の欠如をその基準として用いることは擬制の程度が甚だしいようにも思える。そのためか、意思・能力欠如理論を支持する学説が言及する国家実行の中で、この第四の類型の事例はほとんど見られないが、一つの例として、ICJのコンゴ領における武力活動事件での被告国ウガンダの主張を挙げることができる。

この事件において原告国コンゴ民主共和国(DRC)は、ウガンダがDRCに対する軍事的・準軍事的活動の遂行等により、侵略の禁止を含む武力不行使原則に違反したと主張した。⁽⁶⁴⁾ それに対してウガンダは、一九九八年九月一日から一九九九年七月一〇日までの軍事行動については合法的な自衛であったとの反論を行っている。⁽⁶⁵⁾

その中でウガンダは、「コンゴは様々な反乱集団の武力攻撃について責任を負う」と主張し、責任は、反乱集団の行為への直接的な関与から生じるのみならず、「単に武装部隊の活動を取り縮まらない場合にも、一般国際法の原則にしたがって生じる」と述べた。⁽⁶⁶⁾ その「一般国際法の原則」は、コンゴ側が援用した国家責任条文第八条の行為帰属の基準とは異なるものだが、「国家責任」条文第八条は自衛の問題には関係がない」とし、さらに、同条文第五六条が他の一般国際法原則の妥当を認めていることと、同第五九条が国家責任条文は「国際連合憲章に影響を及ぼすものではない」と規定していることを指摘する。⁽⁶⁷⁾ そこで、依拠すべきは、国家責任条文に示された帰属基準よりむしろ国連憲章第五一条であるとして、次のように述べる。⁽⁶⁸⁾

……領域国により存在が許容された武装部隊による武力攻撃は(領域国の)法的責任を生じさせ、したがって、

〔国連憲章〕第五一条における武力攻撃を構成する。このように、別個の付加的な責任の基準があり、それによれば、武装部隊の活動を取り締まらないならば、隣国による自衛行動を受けることになるのである。⁽⁶⁹⁾

このように、ウガンダは、意思または能力の欠如 (unwilling or unable) という言葉を用いてはいないものの、意思の欠如によるかあるいは能力の欠如によるかを問わず、非国家行為体の武力行為を抑制しなかったこと (a failure to control) により領域国は責任を負うこととなり、被害国による自衛権行使の対象とされることを主張している。非国家行為体の行為が領域国に帰属し、武力攻撃の発生とみなされるための基準として、意思・能力欠如基準が採用されているものと理解できる。⁽⁷⁰⁾

では、第四の類型の意思・能力欠如理論には、既存の正当化理論と異なる新規性がみとめられるだろうか。

非国家行為体の武力行為が国家に帰属し国家による武力攻撃とみなされるための基準⁽⁷¹⁾について、ICJニカラグア事件本案判決多数意見は、侵略の定義決議第三条 (g)⁽⁷²⁾ に依拠しつつ、非国家行為体の「派遣」や「実質的関与」があれば、国家による武力攻撃を構成するという基準を示した。より具体的に、武器供与、兵站支援、内戦行為やテロリズム行為の組織、教唆、援助、参加、黙認は武力攻撃には該当しないということも述べられている。

しかし、多数意見の帰属の基準に対しては、当初から批判も寄せられていた。⁽⁷⁴⁾ Schwebel 判事は反対意見の中で、武器や軍需品、訓練、指揮統制施設、避難場所の提供その他の援助も実質的関与にあたりと主張した。⁽⁷⁵⁾ 多数意見よりも緩やかな帰属の基準を示したものと位置づけることができる。そうした緩やかな帰属基準への学説上の支持は特に九・一一以降広がりを見せている。⁽⁷⁶⁾

第四の類型の意思・能力欠如理論は、従来からの緩やかな帰属基準の主張の延長線上にあり、それを一層緩めよう

とするものである。すなわち、他国に対する武力行為を行う非国家行為体に対して、領域国が武器を提供したり、活動を了知した上で黙認して避難場所を与えたり、といった支援をしておらずとも、単に、実効的な取締りを行わなかった、または、できなかったという事実のみで、帰属の基準が満たされると考えられるか、という点は、この第四類型の意思・能力欠如理論に固有の問題であると言える。

(五) 小 括

以上の通り、意思・能力欠如理論を支持する学説と、同理論を實際に採用したものとされる国家実行を検討すると、被害国による越境軍事行動を法的に正当化する解釈論上の根拠の観点から、四つに分類することができた。

そのうち、第一、第二の類型の意思・能力欠如理論は、従来提示されてきた正当化理論と異なるものではなく、領域国が非国家行為体に対処する意思・能力を欠いているという特定の状況に既存の理論をあてはめたものである。

他方、第三と第四の類型の意思・能力欠如理論には、既存の正当化理論との比較において、より広く軍事行動の合法性を認めようとする部分がある。具体的には、領域国の意思・能力の欠如が常に国際義務違反を構成し自衛権の先行行為として十分と言えるか、という問題と、領域国の意思・能力を欠くことによって必ず非国家行為体の武力行為が領域国に帰属するのか、という問題が、意思・能力欠如理論によって新たに提起された問題である。

しかしながら、第三、第四の類型も、解釈論上の根拠という観点からは、既存の正当化理論の延長線上にあるものである。自衛権の先行行為の範囲や、非国家行為体の行為の国家への帰属の基準といった、古典的な論点について、より緩やかな立場をとっているものに過ぎない。意思・能力欠如理論はこの一〇年程度の間で学説において卒然と現れ、注目を集めることとなったが、解釈論上の根拠に着目して分析する限りは、とりたてて異質な正当化理論ではな

く、非国家行為体に対する越境軍事活動の合法性をめぐって国連憲章制定後になされてきた議論の枠組みの中に十分位置づけられるものなのである。⁽⁷⁷⁾

三、非連続性…原理的根拠の観点から

意思・能力欠如基準の実定法性を否定する論者らが、新たに登場した同理論によって国家の武力行使に対する法的規制が弱まる危険性を強く懸念していることは、一、で述べた通りである。解釈論上の根拠の観点からは既存の正当化理論との連続性を見てとれることを二、で論じたが、実定法性否定説が抱く警戒感の全てが不当なものだとまでは言えない。二、で分類したところの第三と第四の類型の意思・能力欠如理論の主張は、それぞれ既存の理論の延長線上にあるとはいえ、完全に同一の立場ではなく、新たな問題を提起してもいるからである。

それら二つの類型は、論理構成を異にするものの、領域国が非国家行為体に対処する意思・能力を欠くことにより、自衛権行使の対象となると説く点で共通している。そうした主張が諸国に受け入れられるかどうかは実定法上の評価にあたっては鍵となるだろうが、直ちに生じる疑問は、領域国の様々な事情を一切考慮せず、原因は何であれ非国家行為体に対処しなかったという事実のみをもって、武力行使を受忍させてもよいのか、というものである。以下、三、では、この疑問に対する意思・能力欠如理論からの応答を探り、そこに同理論の特徴を見出そうとする。

なお、域内に所在する私人の行為について、特段のかわりをもたない領域国が責めを負わされるということに対する、この素朴だが根本的な疑問は、直接的には第三、第四の類型の意思・能力欠如理論に向けられるが、他の類型にも無関係ではない。被害国の軍事行動は、第一の類型においては武力不行使原則の射程外とされ、また、第二の類

型では非国家行為体に対する自衛権行使とされており、いずれにせよ、武力不行使原則の例外として正当化を要する領域国への武力行使に該当するものとは捉えられていない。しかし、領域国それ自体を武力行使の対象とするのではなくとも、同意を得ずに展開される軍事行動は、領域侵害の問題すら生じさせないと言えるのかについては、別途説明が求められるだろう。第一、第二の類型においても、意思・能力の欠如は、領域国が領域侵害を甘受しなければならぬことを正当化するという機能を実質的に果たすのである。⁽⁷⁸⁾

そこで、以下では、領域国の意思・能力の欠如により被害国の越境軍事行動が正当化されるのはそもそもなぜか、という意思・能力欠如理論の原理的根拠 (rationale) を、第三、第四の類型の論者に限定せずに検討する。

(一) 共通利益実現のために領域国が負う責任の強調

意思・能力欠如理論を支持する論者は、それが古くからの国家実行において一貫して採用されてきたと主張することが多いが、⁽⁷⁹⁾しかし、同理論の原理的根拠に関わる議論の中では、歴史的連続性よりもむしろ、現代的な側面を強調する傾向にある。意思・能力欠如理論は、現代の、とりわけ九・一一以降の国際社会の変化をうけて認められるようになった、あるいは認められていくべきである、と主張されるのである。具体的には国家主権の概念が変化したとされ、その新たな主権概念に意思・能力欠如理論の原理的根拠が求められている。

この点について詳細な議論を展開した Kimberley N. Trapp によれば、一九世紀の国際法における主権の概念は、領域に排他的な権力を及ぼすことを意味し、主として法的権能ないし権利として理解されるものだった。広範な裁量を伴う排他的な権利としての主権を有する国家が互いに平等であることから、特定の国家がその権力を領域内で実際に行使する能力の有無や程度を他の国家が問うことは許されなかった。しかし、相互依存とグローバル化が進み、ま

た、人間の安全と尊厳を守ることが重視される今日の国際法秩序においては、そうした一九世紀的な主権概念はもはや生き残っていない。今日では、主権は権利としてのみ理解されるのではなく、同時に責任が語られ、それゆえ、国家が領域に対する排他的な権力を人々の利益に資する形で行使しているかどうかが問題となる、という。「Trap」はこれを、責任への転換（‘turn to responsibility’）と表現している⁽⁸⁰⁾。

その責任への転換が意思・能力欠如理論に緊密につながると「Trap」は主張する。すなわち、国家は、領域に対する権限を行使して、人間の生命と尊厳に対する侵害が自国領域からなされることを防ぐ責任を負っている。国家が、非国家行為体との共謀または能力の欠如により、その主権的責任を果たさない場合には、意思・能力欠如理論にもとづいて被害国が人命を守るための措置をとることができるのだという⁽⁸¹⁾。

このように、意思・能力欠如理論は、権利としてよりもむしろ責任としての主権という考え方に基礎づけられているのである⁽⁸²⁾。ほかに、Theresa Reinoldも、「近時の展開により、伝統的な主権概念の諸要素に疑問が呈されてきた⁽⁸³⁾」として主権概念の変化を示唆し、責任としての主権という側面を強調して、「地球規模でのテロとの戦いによって、主権は領域を実効的に管理する責任を伴うものであり、その義務を果たさない国家に対しては軍事的な反応が正当化されるという考え方が強化されてきた⁽⁸⁴⁾」と述べている。

さらに本稿の関心から重要な点は、主権国家の責任を強調する以上の議論における、その責任の意味である。「Trap」は、責任としての主権には、諸国の共存を容易にするために、自国領域内で他国の権利を尊重する義務という側面だけでなく、人間の利益と活動に資する国家主権という意味もあるとする⁽⁸⁵⁾。被害国が越境軍事行動を行うことができるのは、領域国が非国家行為体に対処せず被害国の権利を侵害したためではなく、前述のように、「人間の生命と尊厳」に対する侵害を防ぐ責任を領域国が果たしていないということによって説明されている。

すなわち、主権に伴う責任は、自国領域内の活動が他国に損害を与えないことを確保するという伝統的な隣隣関係にもとづく責任だけでなく、国際社会の共通利益の実現を促進する責任を含むものとされている。ここでは共通利益の具体的な内容は、テロリストによる暴力から個人の生命・身体を守り、平和や安全を維持することであり、その実現のために国家は、テロリストに活動の場所を与えない責任を負っているとされている。⁽⁸⁶⁾ それゆえ、第一義的な責任を負う領域国がそれを果たす意思または能力を欠く場合には、被害国が代わって措置をとることが正当化される、という論理なのである。

こうした特徴は、既存の正当化理論にはないものである。⁽⁸⁷⁾ 従来、非国家行為体に対する越境軍事行動は、国家の安全や、国民の生命・財産を守るための行動であると捉えられてきた。例えば、D. W. Bowett は、敵対的行為をなす私人への対処が自衛権行使として認められると主張したが、⁽⁸⁸⁾ 彼の議論において、自衛権は、それを行使する国家自身の不可欠の権利を守る手段であり、国際の平和と安全を守るための行動とは区別される。⁽⁸⁹⁾ 個人——国民だけでなく、テロ攻撃等の非国家行為体の武力行為の被害者となりうる個人一般——の生命・身体や、国際の平和と安全といった各国の個別利益には還元されない国際社会の共通利益を守るため、その責任を果たす意思・能力を欠く領域国に代わって、被害国が軍事行動をとることを認めるところに、意思・能力欠如理論の新鮮さがあると言える。⁽⁹⁰⁾

もっとも、共通利益実現のための領域国の責任という議論は、すでに二〇世紀からなされてきた。奥脇直也は、領域管理責任の拡張としてそれを次のように論じている。

すなわち、近代国際法においては、国家主権が排他的に作用する領域を空間的に区画することによって主権の衝突を回避する領域性の原理が、秩序の維持形成の基本枠組みの一つをなし、そこから派生するものとして、領域使用の管理責任を国家は負うとされてきた。領域主権が排他的で他国の権限行使を排除することから、領域国が、他国の権

利を保護しなければならず、私人の活動が他国領域に損害を与えることのないように確保する注意義務を負うのである。

しかし、一九世紀後半以降、そして二〇世紀に入ってから一層、国際社会の相互依存性が増大すると、領域性原理は重大な変容を受けた。それに伴って領域管理責任が拡張し、国際社会の共通利益の実現に協力する義務を根拠づける原則となっている。普遍的な目的のために設定された国際基準を適正に実施するように領域主権を行使する一般的な義務を国家は負うようになった、という⁽⁹¹⁾。

こうした領域管理責任の変化を跡付けるために奥脇が言及するのは、まずその第一歩として、回復されがたい人間環境破壊の事前防止とそのため国際協力の促進を主要な目標の一つとするストックホルム国連人間環境宣言（一九七二年）であり、その後の展開を示すものとして、国連海洋法条約の海洋環境保護関連規定、さらにオゾン層保護条約、気候変動枠組条約である⁽⁹²⁾。二〇世紀後半に主として環境保護の分野で論じられてきた、領域国が果たすべき責任の内容の発展を、非国家行為体に対する越境軍事行動の正当化の文脈でも顕在化させようとするのが、意思・能力欠如理論なのである。

(二) 越境軍事行動の対象となる非国家行為体の性質の問題

領域管理責任の展開を体现する意思・能力欠如理論が、二一世紀に、とりわけ九・一一以降の国際社会の変化をうけて現れたこと背景にある時代状況については、Tom Ruyssの指摘が参考になる。Ruyssが指摘するのは、脱植民地化プロセスが終了したことと、テロリズムが国際社会の安全に対する脅威として認識されるようになったことという二つの要因である⁽⁹³⁾。

第二次世界大戦後、自決の原則が確立し、植民地支配からの独立を求める動きが各地で活発化する中で、非国家行為体に対する越境軍事行動をめぐる議論の焦点は、自決を実現しようとする人々やその集団による実力行使と、それに対抗しようとする国家の行動をどのように評価するかということにあった。「ある者にとってのテロリストは他の者にとっての自由の戦士である (one man's terrorist is another man's freedom fighter)」という有名なフレーズが端的に示すように、武力行為に及ぶ非国家行為体を不正なテロリストと見るか、あるいは正当な目的を追求する民族解放団体と見るかは、具体的なケースにおける政治的立場次第で一八〇度変わってしまう。そのため、非国家行為体一般について、その武力行為に対処することが国際社会の共通の利益であるとは捉えられ難かった。

しかし、その後、脱植民地化プロセスは基本的に完了し、『テロ組織』⁽⁹⁴⁾であると断定できる集団のリストは近年相当に長くなってきている。最近では『解放運動』と認識される武装集団はほとんどない⁽⁹⁴⁾。今世紀の国際情勢の中では、安全保障上の深刻な脅威となる非国家行為体が、もはや民族解放団体と見られる可能性はなく、政治的立場を異にする国家もみな一致してテロリストと認定する存在である、という状況は十分想定しうる。

さらに、九・一一は、非国家行為体がもたらしうる危険の大きさを衝撃的な形で世に示した。軍隊の規模や通常兵器の装備の点では国家に遠く及ばない非国家行為体であっても、国境をまたいで活動し、大国にさえ甚大な被害を与えることがいまや十分に可能である。九・一一以降の地球規模でのテロとの戦いの中で、テロリストが単に各国の治安に悪影響を及ぼす存在ではなく、国際社会全体の平和と安全にとっての脅威と認識されるようになっていく。

こうした時代状況の下で、テロリズムへの対処が国際社会の共通利益となり、その実現のために国家がテロリストに活動拠点を与えない責任を負っていることが強調される。そして、その責任を果たす意思・能力が領域国に欠けている場合には、それに代わって被害国が措置をとることができるとする意思・能力欠如理論が唱えられるに至ったの

である。

以上のように、原理的根拠の観点から、意思・能力欠如理論が今世紀に入って登場した背景を検討すると、同理論の妥当性にとって、越境軍事行動の対象となる非国家行為体の性質が決定的に重要な意味をもつことが明らかとなる。意思・能力欠如理論において、非国家行為体に対する措置は共通利益を守る行動として正当化されるのだから、その非国家行為体は、誰しもがテロリストとみなすような客観的に不正な存在であって、かつ、国際社会全体にとっての脅威でなければならぬ。

このことは、実際に、共通利益の保護を一つの目的に掲げて意思・能力欠如理論が援用された、次の二つの事例にも表れている。

まず、二、(三)で分析したように、イスラエルは、レバノン領域内のPLOに対する越境軍事行動について、意思・能力欠如理論を援用して正当化を図った。その際、一九七八年の安保理会合において、「イスラエル政府は、自衛という国家の正当な権利、すなわち領域と国民を守り、野蛮な攻撃がこれ以上なされないようにするための固有の権利にしたがって行動した⁽⁹⁵⁾」と述べ、自国の領域と国民を守るための行動であることを主張した。しかし、それにとどまらず、PLOが民族解放団体だというのは名ばかりで、実態はテロリストの組織であると断罪し⁽⁹⁶⁾、さらに次のように述べた。

南レバノンにおけるイスラエルの行動は、……世界を悩ませる国際的テロリズム——境界線を知らず、世界中のありとあらゆる国家で秩序立った社会に危険をもたらすテロリズム——に対する戦いの一部という側面から見られなければならない。……自国は被害を受けないと保証できる国はない。……テロリズムは、誰かにとっては悪

で、他の誰かにとっては許容可能、ということはありません。⁽⁹⁷⁾

イスラエルは、意思・能力欠如理論に沿った自国の軍事行動を、領域や国民を守るというイスラエル自身の個人的な利益のためだけでなく、あらゆる国家にとって危険なテロと戦うという共通利益のための行動であると主張したのである。

しかしながら、そうしたイスラエルの主張が広く受け入れられることはなかった。レバノンの領土保全に対する軍事活動を即時停止し撤退することをイスラエルに求める安保理決議が採択されている。⁽⁹⁸⁾ 安保理における議論の中で、イスラエルの行動を侵略として非難した国々（リビア、⁽⁹⁹⁾ エジプト、⁽¹⁰⁰⁾ クウェート、⁽¹⁰¹⁾ ナイジェリア、⁽¹⁰²⁾ ベトナム、⁽¹⁰³⁾ イエメン、⁽¹⁰⁴⁾ ソ連）は、同時にパレスチナ人民の自決権を支持する発言をしていた。この事例には、まさに「ある者にとってのテロリストは他の者にとっての自由の戦士である」というフレーズがあてはまっていたのである。

次に取り上げる事例は、I S I L に対する軍事作戦である。二、(二)では、米国が I S I L に対する軍事行動を正当化するために意思・能力欠如理論に依拠したことにふれたが、その作戦に参加した他のいくつかの国家もまた同理論を援用していた。⁽¹⁰⁵⁾ 例えば英国は、「(シリアの) アサド政権は、イラクに対する I S I L の継続中の攻撃を防ぐために必要な行動をとる意思および／または能力を欠いている」ということを一つの考慮要素として挙げ、それに照らして、シリア領内の I S I L に対する軍事行動は自衛権により正当化される、という見解を表明した。⁽¹⁰⁶⁾ そして、英国は自衛権行使を安保理に報告する書簡の中で、「二〇一五年の決議二二四九において、安保理は、……I S I L が国際の平和と安全に対する地球規模で前例のない脅威を構成する、ということを確認した」と述べ、英国の行動がその安保理決議二二四九の要請に沿ったものであることも主張している。⁽¹⁰⁸⁾ ここでも、意思・能力欠如理論にもとづいて正当化さ

れる越境軍事行動が、国際の平和と安全という共通利益を守るための行動と位置づけられているのである。

米英などによるISIL掃討作戦の合法性について他国から一切疑義が呈されなかったわけではなく、領域国シリアに加え、ロシアも強く批判した。しかし、そうだとしても、ロシアの批判には、ISILが非難されるべきテロリストであることを否定したり、あるいは自由の戦士としてISILを擁護したりする意図は決してなく、ISILの脅威と戦う必要性があることはロシアも認めている⁽⁴⁹⁾。この点は、前記のイスラエルの主張に対する諸国の反応と対比すれば、注目に値する。少なくとも特定の非国家行為体については、それが客観的に不正な存在で、国際社会全体にとっての脅威をなし、当該非国家行為体への対処は国際社会の共通利益にかなう、という認識が現実を受け入れられる素地が生じつつあるのかもしれない。

意思・能力欠如理論がすでに諸国に広く受け入れられていると言えるか否かを評価することはもとより本稿以後の課題だが、同理論を支持する学説および援用した国家実行において、国際社会の共通利益の実現が目指されていることは確認できた。そして、そうした理論が妥当するためには、越境軍事行動の対象となる非国家行為体の性質がきわめて重要である。

このことよって惹起されるのは、その性質を誰がどのように判断するのか、という問題である。非国家行為体に対する越境軍事行動を正当化するための従来の理論においては、被害国自身の安全や国民の生命・財産を脅かす非国家行為体が軍事行動の対象であった。そうした非国家行為体の脅威について直接の被害国が判断する場合と比べると、国際社会の共通利益を脅かす非国家行為体の性質を個別国家が判断する場合には、恣意的な判断がなされる危険がより大きいように思われる。この点、ISILに対する軍事作戦に関連して、英国が、自らの判断としてISILは国際の平和と安全に対する脅威であると述べたのではなく、安保理決議における認定に言及したことは示唆的である。

仮に意思・能力欠如理論を受け入れるとしても、その下で越境軍事行動の対象となる非国家行為体の範囲を何らかの形で限定することが求められるであろう。

以上論じてきたように、原理的根拠の観点からは、意思・能力欠如理論は、既存の正当化理論とは非連続的な側面を有する主張と捉えることができ、それゆえに、新しい問題を内包していると言える。

四. おわりに

意思・能力欠如理論をめぐって、実定法上の意義が激しく争われているが、その対立の根底には、同理論が学説において近年なかば唐突に現れたものであることをどのように捉えるかについての不一致がある。すなわち、諸国が長きにわたって実践してきた事柄を素直に定式化した理論と見るか、あるいは、学説が全く新たに編み出した理論と見て、それによって武力行使の規制が緩和されることを警戒するか、という相違である。そこで、本稿は、意思・能力欠如理論の「新しさ」を検証するため、国連憲章の下で非国家行為体に対する越境軍事行動を正当化するためにこれまで提示されてきた諸理論との関係で、意思・能力欠如理論がどのように位置づけられるかを探ってきた。

解釈論上の根拠の観点からは、同理論は、既存の正当化理論と異質なものではなく、連続性がみとめられる。四つの根拠にもとづく主張に分類することができるが、そのうち、領域国が意思・能力を欠く場合、被害国が非国家行為体の脅威に対処するための一時的・限定的な軍事行動を行うことは、武力不行使原則の射程外であって禁止されていないとする主張（第一類型）と、領域国の意思・能力の欠如によって必要性要件が満たされ、非国家行為体による武力攻撃に対して自衛権を行使することができるとする主張（第二類型）は、従来から存在する正当化理論と同じ解釈

論によっている。また、領域国の意思・能力の欠如が先行行為となり、それに対する自衛権行使として被害国の越境軍事行動が正当化されるとする主張（第三類型）と、領域国が意思・能力を欠くことにより、非国家行為体の武力行為が領域国に帰属する基準が満たされ、領域国による武力攻撃に対して被害国が自衛権を行使できるとする主張（第四類型）は、従来からの議論と基本的には同一の解釈論にもとづき、ただし、それを一定程度拡大したものである。

無論、既存の正当化理論と連続的なものであるということは、意思・能力欠如理論を無批判に受け入れてよいということの意味しない。本稿は、関係する国家実行のごく一部を扱ったにすぎず、また、意思・能力欠如理論が援用された事例という意味で参照したにとどまり、それに対する国際社会の反応等も勘案して結論づけられるべき実定法上の意義について、何ら予断を与えるものではない。かねてより争われ、意思・能力欠如理論をめぐっても問題となっている四つの論点——武力不行使原則の射程、「武力攻撃」の主体、自衛権の先行行為の範囲、非国家行為体の行為の帰属基準——について検討を重ねることが、変わらず課題となる。

しかし、取り組むべき課題に変化がないとしても、そこに切り込んでいく視角も変えずに済むわけではない。前記の論点についての法解釈は、それを支えるより原理的な根拠と無関係に示されるべきではなく、原理的根拠の観点からは、意思・能力欠如理論がすぐれて今日的な特徴を有することに注意しなければならない。同理論の原理的根拠については、主権に伴う責任が強調され、しかも、その責任は、国際社会の共通利益の実現を促進する責任を含む。かつては「ある者にとってのテロリストは他の者にとっての自由の戦士」であったが、今日問題となっているテロリストは誰からも非難されるテロリストでしかありえず、テロ対策は国際社会の共通利益となっている。それゆえ意思・能力欠如理論において、共通利益実現のための責任を果たす意思・能力を欠く領域国に代わって、被害国が軍事的措置をとることが認められるのである。

国際社会の共通利益の実現のためと言えば聞こえは良いが、そのために国家の単独の判断にもとづく越境軍事行動を許容することは重大な危険もはらむ。国際社会全体にとっての脅威という非国家行為体の性質の認定を個別国家が恣意的に行えば、共通利益のための軍事行動という正当化事由はたちまち濫用されることになる。これが、国家の武力行使に対する法的規制を弛緩させかねない意思・能力欠如理論の「新しさ」のもっとも深刻な部分であろう。結論を今一度繰り返せば、意思・能力欠如理論は既存の正当化理論との連続性と非連続性の双方を有する。こうした特徴をつかんだ上で、非国家行為体に対する越境軍事行動はいかなる根拠により、いかなる範囲で認められるのか、という古くて新しい問題に我々は改めて向き合わなければならないのである。

【注】

- (1) E.g., Christine Gray, *International Law and the Use of Force* (4th ed., Oxford University Press, 2018), p. 227. ただし、厳密には、意思・能力欠如理論が何を指すものかという点や自体が問題になる。複数の理解の仕方があるという点について、本稿二、参照。
- (2) Olivier Corten, "The 'Unwilling or Unable' Test: Has it Been, and Could it be, Accepted?," *Leiden Journal of International Law*, Vol. 29 (2016), p. 778. ただし、意思・能力欠如理論として取り上げられるようになったのが最近のことだとしても、類似の主張が以前から見られたことはCortenも認識している。
- (3) Elizabeth Wilmshurst, "The Chatham House Principles of International Law on the Use of Force in Self-Defence," *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55 (2006), pp. 963-972. 1994年10月10日ICJの議上に掲載されたが、1100〇五年にはまだこの発表がなれていない (<https://www.chathamhouse.org/publications/papers/view/108106>) accessed 20 September 2018)。
- (4) Mary Ellen O'Connell, "Dangerous Departures," *American Journal of International Law*, Vol. 107 (2013), p. 384; Gray, *supra* note 1, p. 243, n. 258.
- (5) Ashley S. Deeks, "Unwilling or Unable": Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense," *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52 (2011), pp. 483-550.

- (9) *Letter dated 23 September 2014 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General*, UN Doc. S/2014/695.
- (7) 邦語文献でも「意思・能力欠如理論を正面から扱ったものが存在する。本吉祐樹「Unwilling or Unable」理論をめぐる議論の現状—その起源、歴史的展開を中心に—」『横浜法学』第二六巻二号（二〇一七年）一五三—一九一頁。
- (8) Deeks, *supra* note 5, p. 486.
- (9) *Ibid.*, pp. 549–550.
- (10) Elena Chachko and Ashley Deeks, “Who is on Board with “Unwilling or Unable”?”, <<https://www.lawfareblog.com/who-board-unwilling-or-unable/>> accessed 20 September 2018.
- (11) Kevin Jon Heller, “That ‘Broad Consensus’ for Unwilling/Unable Just Got Less Broad,” <<http://opiniojuris.org/2015/09/28/that-broad-consensus-for-unwilling-unable-just-got-less-broad/>> accessed 20 September 2018; Kevin Jon Heller, “France Fails to Adopt ‘Unwilling or Unable’ in Syria,” <<http://opiniojuris.org/2015/10/11/france-fails-to-adopt-unwilling-or-unable-in-syria/>> accessed 20 September 2018.
- (12) Kevin Jon Heller, “The Absence of Practice Supporting the “Unwilling or Unable” Test,” <<http://opiniojuris.org/2015/02/17/unable-unwilling-test-unstoppable-scholarly-imagination/>> accessed 20 September 2018.
- (13) ほかにも、Paulina Starski は「意思・能力欠如基準を支持するアプローチは、実は法の変更の隠れた訴えなのである」とし、熟慮せずの解釈を拡張するのを戒める。Paulina Starski, “Right to Self-Defense, Attribution and the Non-State Actor – Birth of the ‘Unable or Unwilling’ Standard?”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Vol. 75 (2015), pp. 499–500. Mary Ellen O’Connell は「諸国がこれは柔軟な干渉の規則を受け入れることは決まらなかつた」として「O’Connell, *supra* note 4, p. 384. ISIL に対する軍事行動の合法性を検討した Olivia Flasch は、「もし伝統的な枠組みが適用不可能であるならば」その合法性を示す方法として意思・能力欠如理論がありうるとして検討しており、同理論が伝統的な枠組みとは異なるものであることを議論の前提としている。Olivia Flasch, “The Legality of the Air Strikes against ISIL in Syria: New Insights on the Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors,” *Journal on the Use of Force and International Law*, Vol. 3 (2016), p. 39.
- (14) 今日「武力行使法 (*Jus ad bellum*) の分野では、基本的に「戦争・武力行使の禁止の歴史的到達点としての国連憲章の規定を前提として議論がなされることから、本稿はさしあたりその中の意思・能力欠如理論の位置づけを考察する。しかし、同理論を支持する論者が、一九世紀以来の国家実行との整合性を主張していることに鑑みれば、最終的な評価を下すためには、憲章制定以前にもさか

- のぼった分析が必要となるだろう。この点について、下記注77参照。
- (15) 意思・能力欠如基準の法的根拠や性質の不明確性を指摘するものとして、Gareth D Williams, “Piercing the Shield of Sovereignty: An Assessment of the Legal Status of the ‘Unwilling or Unable’ Test,” *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 36 (2013), p. 627; Nicholas Tsagourias, “Self-Defence against Non-state Actors: The Interaction between Self-Defence as a Primary Rule and Self-Defence as a Secondary Rule,” *Leiden Journal of International Law*, Vol. 29 (2016), p. 810.
- (16) 解釈論上の根拠として複数の捉え方があることを示唆しており、分類もまたその参考になるものとして、Williams, *supra* note 15, pp. 627-639; Flasch, *supra* note 13, pp. 54-57; André de Hoogh, “Restrictivist Reasoning on the *Ratione Personae* Dimension of Armed Attacks in the Post 9/11 World,” *Leiden Journal of International Law*, Vol. 29 (2016), pp. 25-26.
- (17) 分類にあたって取り上げる学説には、「意思・能力欠如理論」という呼称が一般的になる以前のものも含まれる。したがって、論者本人としては意思・能力欠如理論なるものを論証しようとする意図で唱えたのではなく学説も含まれるが、いずれも意思または能力の欠如 (unwilling or unable) という表現は用いており、同理論の命題を肯定する内容の主張であった。今日では、それを支持する学説として引用されているものである。個々の論者の所説を評価する目的ではなく、まずは理論的な可能性として意思・能力欠如理論の解釈論上の根拠としてどのようなものがありえるかを探る目的で、諸学説を参照する。
- (18) Ivan Shearer, “A Revival of the Just War Theory?,” Michael N. Schmitt and Jelena Pejic (eds.), *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines* (Martinus Nijhoff Publishers, 2007), pp. 10-11.
- (19) *Ibid.*, p. 15.
- (20) *Ibid.*, pp. 7-11. 国連憲章第二章四項の領土保全や政治的独立といった文言は武力行使の禁止の範囲を制限するものではなく、かつ今日の支配の見解も参照。Albrecht Randelzhofer and Oliver Dörr, “Article 2 (4),” Bruno Simma et al (eds.), *The Charter of the United Nations: A Commentary* (3rd ed., Oxford University Press, 2012), Vol. 1, p. 215, n. 79.
- (21) 本件について詳細は後述したが、Christine Gray and Simon Olleson, “The Limits of the Law on the Use of Force: Turkey, Iraq and the Kurds,” *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. 12 (2001), pp. 355-408. 緊急避難理論の検討より、観点から詳細に検討したものを、山田卓平「敵対武装集団掃討のための越境軍事活動と緊急避難理論——北イラクにおけるトルコの行動を素材として——」『神戸学院法学』第三十六巻1号（二〇〇六年）一三三—一六四頁。
- (22) Letter dated 24 July 1995 from the *Chargé d’affaires a.i. of the Permanent Mission of Turkey to the United Nations addressed to the President of the Security Council*, UN Doc. S/1995/605. () 内筆者補記、以下同様。() 傍点筆者。

- (23) *Identical Letters dated 27 June 1996 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General and to the President of the Security Council*, UN Doc. S/1996/479; *Identical Letters dated 7 October 1996 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General and to the President of the Security Council*, UN Doc. S/1996/836; *Letter dated 22 October 1996 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General*, UN Doc. S/1996/872; *Identical Letters dated 3 January 1997 from the Permanent Representative of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General and to the President of the Security Council*, UN Doc. S/1997/7; *Identical Letters dated 16 July 1997 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Turkey to the United Nations addressed to the Secretary-General and to the President of the Security Council*, UN Doc. S/1997/552.
- (24) UN Doc. S/1996/836
- (25) トルコ自身の主張が十分に明確とは言いがたいため、この事例についてトルコがどのような根拠による法的正当化を意図していたかという点について学説上の理解は一致していない。自衛権の主張と理解との違い、Stanimir A. Alexandrov, *Self-Defense Against the Use of Force in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 1996), pp. 180-181. しかし、本文中で述べた通りトルコは安保理への自衛権行使の報告を一切せず、少なくとも国連に対する説明においては自衛に一切言及していない。緊急避難の主張と理解との違い Andreas Laurson, "The Use of Force and (the State of) Necessity," *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 37 (2004), p. 517; Tarcisio Gazzini, *The Changing Rules on the Use of Force in International Law* (Manchester University Press, 2005), p. 206. 武力不行使原則の射程外だとしても、領域主権の侵害が別途問題になりえず、それを緊急避難により正当化するという論理構成は少なくとも理論的には成り立つ(すなわち、武力不行使原則射程外という本稿の暫定的な理解と、緊急避難による正当化という理解とは、両立しうる)。そのほか、一九九五年の作戦につき自衛と「継続追跡」の権利、一九九七年の作戦につきイラクのクルド人組織クルド民主党(KDP)の要請によって正当化が図られたと理解するものもある。Constanthe Antonopoulos, "The Unilateral Use of Force after the End of the Cold War," *Journal of Armed Conflict Law*, Vol. 4 (1999), p. 141.
- (26) 同様の理解を示すものとして Gray and Oleson, *supra* note 21, p. 387, 注 14; Gray and Oleson はこれをトルコの一時的危険地帯の正当化について指摘しており、その書簡で特に明確に領土保全を侵害する意図が否定されたことは本文中で述べた通りだが(前記注 24参照)、トルコの措置はイラクの主権の侵害にあたらないという主張はそれ以前から一貫してなされている。
- (27) UN Doc. S/1996/479

- (83) E.g., D. W. Bowett, *Self-defence in International Law* (Manchester University Press, 1958), p. 152; Julius Stone, *Aggression and World Order: A Critique of United Nations Theories of Aggression* (University of California Press, 1958), pp. 43, 94–101.
- (83) 他國の領土侵害や領海侵犯に反して自衛に必要と認められる非難は Jordan J. Paust, “Responding Lawfully to International Terrorism: The Use of Force Abroad,” *Whiter Law Review*, Vol. 8 (1986), pp. 716–717, 742, 747 の Paust の議論の要旨は、ネロリキムに反して先制攻撃は必要とする報復攻撃に動機を認むるものの回答は否定的であることには、(他國の領土侵害や領海侵犯に反して必要と認められる) 國權の行使に反して必要と認められる。 *Ibid.*, pp. 717–719.
- (85) Deeks, *supra* note 5, pp. 494–495.
- (85) Kimberly N Trapp, “Back to Basics: Necessity, Proportionality, and the Right of Self-Defence Against Non-State Terrorist Actors,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56 (2007), pp. 146–147; Kimberly N. Trapp, “Can Non-State Actors Mount an Armed Attack?,” Marc Weller (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law* (Oxford University Press, 2015), pp. 694–696; Noam Lubell, *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors* (Oxford University Press, 2010), pp. 46–48; Raphaël van Steenberghe, “Self-Defence in Response to Attacks by Non-state Actors in the Light of Recent State Practice: A Step Forward?,” *Leiden Journal of International Law*, Vol. 23 (2010), pp. 199–202; Nico Schrijver and Larissa van den Herik, “Leiden Policy Recommendations on Counter-Terrorism and International Law,” *Netherlands International Law Review*, Vol. 57 (2010), p. 542, para. 42; Raphaël van Steenberghe, *La légitime défense en droit international public* (Larcier, 2012), pp. 353–358; Christopher Greenwood, “Self-Defence,” *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (online version, article last updated April 2011), para. 18; Christian J Tams and James G Devaney, “Applying Necessity and Proportionality to Anti-Terrorist Self-Defence,” *Israel Law Review*, Vol. 45 (2012), pp. 98–101; Lindsay Moir, “Action against Host States of Terrorist Groups,” Marc Weller (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law* (Oxford University Press, 2015), pp. 720–735; Kinga Tibori-Szabó, “The Unwilling or Unable Test and the Law of Self-defence,” Christophe Pauussen *et al* (eds.), *Fundamental Rights in International and European Law: Public and Private Law Perspectives* (T. M. C. Asser Press, 2016), pp. 89–93; Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence* (6th ed., Cambridge University Press, 2018), pp. 293–294, 297–298, paras. 768, 778; International Law Association, Use of Force Committee, “Final Report on Aggression and the Use of Force” (2018), (<http://www.ila-hq.org/index.php/committees?id=157>) accessed 20 September 2018, pp. 16–17.

- (33) Letter dated 7 October 2001 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2001/946.
- (34) John B. Bellinger, III's Speech at the London School of Economics, "Legal Issues in the War on Terrorism" (October 31, 2006), <https://www.state.gov/s/l/2006/98861.htm> accessed 20 September 2018.
- (35) *Ibid.*
- (36) *Ibid.*
- (37) Harold Hongju Koh, "The Lawfulness of the U. S. Operation Against Osama bin Laden," <http://opiniojuris.org/2011/05/19/the-lawfulness-of-the-us-operation-against-osama-bin-laden/> accessed 20 September 2018. See also Harold Hongju Koh, "Keynote Address: The Obama Administration and International Law," *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, Vol. 104 (2010), pp. 207-221. (傍点補記)
- (38) Koh, "The Lawfulness of the U. S. Operation Against Osama bin Laden," *supra* note 36.
- (39) Brian Egan, "Keynote Address: International Law, Legal Diplomacy, and the Counter-ISIL Campaign," *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, Vol. 110 (2016), p. 304.
- (40) 浅田正彦「同時多発テロ事件と国際法—武力行使の法的評価を中心に—」『国際安全保障』第三〇巻一—二合併号(二〇〇二年)七五—七六頁。
- (41) 川岸伸「非国家主体と国際法上の自衛権(一)一九・一一同時多発テロ事件を契機として」『法学論叢』第一六七巻四号(二〇一〇年)一〇七頁。ただし、ICJの立場をどのように理解するかについても争いがある。ICJは、パレスチナ占領地域における壁事件勧告的意見において「憲章第五一条は、国家による他国に対する武力攻撃の場合に自衛の固有の権利が存在することを認めつつある」と述べた。Consequences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, C. I. J. Recueil 2004, p. 194, para. 139. つづから、武力攻撃の主体を国家に限定するのがICJの立場だと理解されることが多い。しかし、例えばGrayは壁事件への前記説示について「これは自衛権の基本的で中心的なものを述べたものに過ぎない。裁判所は、国家による他国に対する武力攻撃の場合にのみ、自衛権が存在するとは言っていない」(傍点原典イタリック)として、非国家行為体による武力攻撃に対する自衛の可能性について判示することをICJは避けたものと理解している。Gray, *supra* note 1, pp. 142-143.
- (42) E.g., Sean D. Murphy, "Terrorism and the Concept of "Armed Attack" in Article 51 of the U. N. Charter," *Harvard International Law Journal*, Vol. 43 (2002), pp. 47-51.

- (42) もっとも、Deeks の主張は、意思・能力欠如基準をえ満たせば被害国の武力行使が合法となると論じているかのような印象も与える。この点を指摘し批判するものとして、Tsagourias, *supra* note 15, p. 810, n. 47.
- (43) 具体的な事案における領域国の意思・能力の有無・程度の評価にあたって、考慮要素が完全には特定されていないことや、軍事行動を行う国家による判断は恣意的なものになりうる点などから、意思・能力欠如基準の適用には困難が伴うとしばしば指摘されるが (Dawood I. Ahmed, "Defending Weak States Against the 'Unwilling or Unable' Doctrine of Self-Defense," *Journal of International Law and International Relations*, Vol. 9 (2013), pp. 14-21; Williams, *supra* note 15, pp. 631-633; Tsagourias, *supra* note 15, p. 809) 必要要件の適用に常にきまとう問題もあり、意思・能力欠如基準についてのみ問題となるものではなく。
- (44) 一つの可能な解釈としてこの考え方を示すものとして、Kimberley N Trapp, "Actor-Pluralism, the 'Turn to Responsibility' and the *Jus ad Bellum*: 'Unwilling or Unable' in Context," *Journal on the Use of Force and International Law*, Vol. 2 (2015), pp. 21-22.
- (45) Abraham D. Sofaer, "Terrorism, the Law, and the National Defense," *Military Law Review*, Vol. 126 (1989), pp. 92-96.
- (46) *Ibid.*, p. 106.
- (47) *Ibid.*, p. 108.
- (48) UN Doc. S/PV.2071, para. 38.
- (49) *Ibid.*, para. 47.
- (50) *Ibid.*, para. 52.
- (51) *Ibid.*, para. 53. ほかにも意思・能力欠如理論を援用するイスラエルの発言として (以下で引用するものをのぞき) UN Doc. S/PV.2164, para. 56; S/PV.2292, para. 54.
- (52) UN Doc. S/PV.2113, para. 250; S/PV.2146, para. 51; S/PV.2149, para. 49. ほかに、レバノン政府が義務を果たす能力を欠くと指摘するイスラエルの発言として UN Doc. S/PV.2292, para. 52.
- (53) UN Doc. S/PV.2113, paras. 251-252; S/PV.2147, paras. 177-178; S/PV.2374, para. 78.
- (54) なお、イスラエルは一九九六年四月にレバノン領域内のヒズボラに対して空爆を行い、その際も「レバノン政府にはヒズボラの活動を抑制する能力があるいは意思がない」として領域国の意思・能力の欠如に言及した上で、自衛権により自国の軍事行動の正当化を図った。ヒズボラの取締りを行うことがレバノン政府の義務であることも指摘しており、本件でもイスラエルは、意思・能力の欠如を自衛権の先行行為として捉えていたとも考えられる。もっとも、その点についてのイスラエルの主張は本文中に挙げた事例で

示されたほど明確ではない。UN Doc. S/PV.3653; S/PV.3654; A/50/PV.113.

また、ロシアが二〇〇二年に示した立場も、本文中の事例ほど明確ではないものの、第三の類型の意思・能力欠如理論の援用と理解する余地がある。二〇〇二年八月、ジョージアはロシア軍用機による領空侵犯と空爆の被害を受けたとして、ロシアの「侵略行為」を非難した(UN Doc. S/2002/950)。その後、ロシアは、テロとの戦いに関する大統領の声明において、ジョージアにより非難された具体的な軍事行動に直接的言及はしなかったものの、自国の行動が自衛権にもとづくものであることを示唆し、また、領域国の意思・能力の欠如にもふれている。その声明はまず、世界の様々な場所に中央政府の管理の及ばない領域が存在し続けており、それらの政府がテロリストの脅威に対処する能力または意思を欠いているということが、テロリズムとの戦いの困難さの要因であると指摘する。そして、ジョージアとロシアの国境沿いの地域もそうした状況にあり、ジョージア領域内に多数のテロリストと違法な武装部隊が存在していると主張し、次のように述べる(UN Doc. S/2002/1012)。

ロシア連邦は国際義務を堅く遵守し、他国の主権と一体性を尊重するが、それと同じ態度がロシアに対してもとられることを要求する。

もしジョージアの指導部が、ジョージアとロシアの国境地域に安全地帯を確立することができず、二〇〇一年九月二十八日の国連安保理決議一三七三を無視し続け、隣接するロシア領域への攻撃をやめさせないならば、我々は国連憲章第五条にしがたって行動する権利を留保する。同条はすべての国連加盟国の不可譲の権利である個別的または集団的自衛の権利を規定している。

このように、ロシアは、領域国が非国家行為体に対処する意思・能力を欠く場合に自衛権行使が可能であるという認識を示している。そして、それが領域国の国際義務の違反の帰結であると捉えているように思われる。ジョージア政府がロシアの主権と領土保全を尊重する義務を果たさないことや、テロ対策関連の安保理決議に違反することが、ロシアによる自衛権行使の可能性の前提とされているからである。また、前記の引用部分は、義務に違反する国家に対しては義務を遵守する必要はないというイスラエルの主張にも通じるものがある。

(53) C. H. M. Waldock, "The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law," *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 81 (1952), pp. 496-497; Bowett, *supra* note 28, pp. 192-193; S. M. Schwebel, "Aggression, Intervention and Self-Defence in Modern International Law," *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 136 (1972), pp. 482-483.

(54) Bowett, *supra* note 28, pp. 44-50.

(55) ICJはニカラグア事件本案判決において、武力行使の最も重大な形態が武力攻撃であって、それは他のより重大でない形態の武

- 力行使と区域別な軍事的行為 (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits Judgment*, I. C. J. Reports 1986, p. 101, para. 191) 前巻の武力攻撃が自衛権の発動要件では軍事的行為に過ぎない (*ibid.*, p. 103, para. 195) 上の軍事的行為は自衛権の発動要件を満たす (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, *Judgment*, I. C. J. Reports 2003, pp. 186–187, para. 51) 学説上は、自衛権の先に行使は武力攻撃に限られるという理解が支配的であるという。Albrecht Randelzhofer and Georg Nolte, “Article 51,” Simma *et al.* (eds.), *supra* note 20, Vol. II, pp. 1401–1406.
- (85) Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations. UN Doc. A/RES/2625(XXV).
- (86) この点については今日では事実上争うべきでない指摘をとり、Randelzhofer and Dörr, *supra* note 20, p. 211.
- (87) Starski, *supra* note 13, p. 479.
- (88) *Ibid.*, pp. 478–483; Corten, *supra* note 2, pp. 791–793.
- (89) Michał Kowalski, “Armed Attack, Non-State Actors and a Quest for the Attribution Standard,” *Polish Yearbook of International Law*, Vol. XXX (2010), pp. 126–128. 同様にこの類型に分類される意思・能力欠如理論やそれについて Barry A. Feinstein, “A Paradigm for the Analysis of the Legality of the Use of Armed Force Against Terrorists and States that Aid and Abet Them,” *The Transnational Lawyer*, Vol. 17 (2004), pp. 67–73; Randelzhofer and Nolte, *supra* note 57, pp. 1414–1419; Flasch, *supra* note 13, pp. 55–57.
- (90) Kowalski, *supra* note 62, pp. 118–125. See also Randelzhofer and Nolte, *supra* note 57, p. 1417; Flasch, *supra* note 13, pp. 49–50. ただし、前記注69で挙げた論者のうち、Feinsteinは、非国家行為体も武力攻撃の主体になりうるもの考えに立つ。しかし、同時に、国家の意思・能力欠如が国家自身による武力攻撃を構成することも述べており、どちらかが自衛権発動の引き金となるといふ。Feinstein, *supra* note 62, p. 72.
- (91) *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, *Judgment*, I. C. J. Reports 2005, p. 187, para. 25.
- (92) *Ibid.*, p. 196, para. 43.
- (93) CR 2005/7, p. 30, para. 77 (Mr. Ian Brownlie).
- (94) *Ibid.*, paras. 77–78.

- (68) *Ibid.*, para. 79.
- (69) *Ibid.*, para. 80.
- (70) なお、本稿では意思・能力欠如理論が援用された例を整理するという目的に沿ってウガンダの主張を検討したが、裁判所はその主張を受け入れていない。
- (71) この論点については、非国家行為体の行為が国家に帰属する基準の問題（すなわち二次規範の問題）ではなく、非国家行為体の武力行為に関連した国家自身の行為が武力攻撃として評価されるための基準の問題（一次規範の問題）として捉えるべきであるとの指摘がなされている（Tal Becker, *Terrorism and the State: Rethinking the Rules of State Responsibility* (Hart Publishing, 2006), pp. 176-185; 宮内靖彦「自衛の発動要件」としての非国家的行為体の意味—国際判例の観点からの分析—村瀬信也編「自衛権の現代的展開」（東信堂、二〇〇七年）一三九—一四一頁。この問題の分析として、浅田正彦「非国家主体と自衛権—侵略の定義—決議第三条（g）を中心に—」坂元茂樹、薬師寺公夫編『普遍的国際社会への法の挑戦』（信山社、二〇一三年）八二五—八二九頁参照）。この指摘は理論的な整理という観点からは重要であるが、「帰属」という語を用いる論者の多くは、国家の責任が生じる基準としてではなく、当該国家が自衛権行使の対象となりうるかの基準として論じており、また、それが国家責任法上の行為帰属の基準と必ずしも同一でないことも認めているように思われる。ここで扱うべきは、一次規範か二次規範かという性格そのもの（あるいは「帰属」は二次規範上の行為帰属論の文脈でしか用いられない語なのかという問題）よりも、非国家行為体の武力行為に関わる国家のいかなる作為不作為が国家による武力攻撃とみなされるか、という実体的問題である。本稿では、今日の一般的趨勢（浅田「前掲論文」（注71）八二八頁）にならない、また、武力攻撃に至らない武力行使に対する自衛権の行使を根拠とする第三類型との区別を明確にするため、帰属という用語によって議論を進める。
- (72) Definition of Aggression, UN Doc. A/RES/3314 (XXIX).
- (73) ICJはコンゴ領における武力活動事件におつても侵略の定義決議第三条（g）に依拠して同様の基準を用いた。I. C. J. Reports 2005, pp. 222-223, para. 146.
- (74) 学説上の批判の一例として Thomas M. Franck, "Some Observations on the ICJ's Procedural and Substantive Innovations," *American Journal of International Law*, Vol. 81 (1987), pp. 120-121.
- (75) I. C. J. Reports 1986, pp. 343-344, 346-347, paras. 166, 170-171 (Dissenting Opinion of Judge Schwebel).
- (76) E.g., Jutta Brunnée and Stephen J. Toope, "The Use of Force: International Law after Iraq," *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53 (2004), pp. 794-795; Sten Verhoeven, "A Missed Opportunity to Clarify the Modern *Ius Ad Bellum*:"

Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo," *Military Law and the Law of War Review*, Vol. 45 (2006), p. 359; Steven Ratner, "Self-Defence against Terrorists: the Meaning of Armed Attack," Larissa van den Herik and Nico Schrijver (eds.), *Counter-Terrorism Strategies in a Fragmented International Legal Order: Meeting the Challenges* (Cambridge University Press, 2013), pp. 343-345.

(7) 国連憲章以前からの歴史的展開をふまえれば、意思・能力欠如理論についての議論は、「治安措置型自衛権」を現代においてどのように位置づけるかに関する議論としての意味をもつ。Deeks はカロライン号事件を意思・能力欠如理論の最初期の事例として挙げているが (Deeks, *supra* note 5, p. 502)、『同事件を含む国家実行を森肇志は分析し、一九世紀に起源を有する自衛権概念を「治安措置型自衛権」と名づけた。それは、「自国に対する私人による侵害があり、領域国あるいは旗国による抑止が期待できない場合に、相手国領域に侵入しあるいは公海上で、自らに対する侵害を排除することを正当化する根拠」であったとされている (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、二〇〇九年)九六頁)。「領域国……による抑止が期待できない場合」は、今日的な表現を用いるならば、領域国が意思・能力を欠く場合と言い換えられるだろう。森は、「治安措置型自衛権」が戦間期にも存続し、国連憲章起草過程においても否定されなかったということを明らかにし、さらに、「治安措置型自衛権」の発動と見られる実行が近年にも多数存在すると指摘した上で、「治安措置型自衛権」を現代国際法においてどのように位置づけるかという課題が残されている旨述べた (同上、特に二八一—二八四頁参照)。四つの類型の意思・能力欠如理論それぞれが実定法の一部をなすか否か、という問題は、歴史的に見れば、「治安措置型自衛権」が今日においても認められるのか、認められるとして解釈論上、どこに位置づけられるのか、という問題だと言える。ただし、意思・能力欠如理論が、単純に「治安措置型自衛権」を維持しようとする主張としてのみ捉えられない要素をも含むことについては、本稿三・(特に下記注90)参照。

(78) Gray は、米国が意思・能力欠如基準は自衛権の必要性原則の一部に過ぎないと述べながら、実は、軍事行動に対する制限としてではなく、軍事行動を可能にする引き金として意思・能力欠如理論を用いていると指摘する。Gray, *supra* note 1, p. 246. 第二の類型であっても、実質的には、意思・能力欠如理論が越境軍事行動 (による領域侵害) を正当化する機能を期待されていることを看過してゐるのである。

(79) 典型的に Deeks, *supra* note 5, p. 486.

(80) Trapp, *supra* note 44, pp. 9-10.

(81) *Ibid.*, p. 14.

(82) このことは、初めて意思・能力欠如理論を提示したものとと言われる Chatham House 原則が「テロリストの行為についての責任

は国家にはないかもしれないが、国家は、他国に対する攻撃の拠点として自国領域が利用されることを防ぐために合理的な措置をとらなかつたことには責任を負う。この責務を果たす能力を欠くからといって、責務から解放されるわけではない」(Wilmshurst, *supra* note 3, p. 970)と述べていることにも表れている。また、意思・能力欠如理論は責任化 (responsibilization) の文脈で作用すると指摘されている⁽⁸⁷⁾。Tsagourias, *supra* note 15, p. 812.

(83) Theresa Reinold, "State Weakness, Irregular Warfare, and the Right to Self-Defense Post-9/11," *American Journal of International Law*, Vol. 105 (2011), p. 250.

(84) *Ibid.*, p. 245.

(85) Trapp, *supra* note 44, p. 12.

(86) *Ibid.*, p. 13.

(87) 武力行使法 (*ius ad bellum*) の分野全体を見渡せば、責任を果たさない領域国に代わって、他国が国際社会の共通利益のために軍事力を用いるという主張は、決して新しいものでない。このことは、国籍を問わず他国領域内の人々を大規模な人権侵害から守ろうとする人道的干渉の議論を想起すれば、明白である。しかし、本稿が主題とする非国家行為体に対する越境軍事行動の正当化の文脈では、あくまで自国や自国民の利益を非国家行為体の脅威から守るための行動であることを前提として議論がなされてきた。

(88) Bowett, *supra* note 28, pp. 55-65.

(89) *Ibid.*, p. 269.

(90) 前記注77にて、意思・能力欠如理論と「治安措置型自衛権」の概念との関係に言及したが、「治安措置型自衛権」の保護法益は自国民の生命・財産(状況によっては国家の安全)であったという(森「前掲書」(注77)九五頁)。したがって、保護法益の点では、意思・能力欠如理論は、「治安措置型自衛権」の単純な存続ないし復活の主張として捉えることはできない。

(91) 奥脇直也「国際法の実現過程」変容する国家管轄権の機能——村瀬信也ほか『現代国際法の指標』(有斐閣、一九九四年)一一二—一一九頁・奥脇直也「日本の国際法学における領域性原理の展開——領域支配の実効性と正当性」『国際法外交雑誌』第九六巻四・五号(一九九七年)八六—八八頁。

(92) 奥脇「前掲」(注91)(一九九四年)一一八頁。

(93) Tom Ruys, 'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter: Evolutions in Customary Law and Practice (Cambridge University Press, 2010), pp. 419-428. Ruysの指摘は、意思・能力欠如理論のみに直接関連してなされたものではなく、非国家行為体に対する自衛権をめぐる議論全般についてのものだが、背景にある時代状況の分析として示唆に富む。

- (94) *Ibid.*, p. 421.
- (95) UN Doc. S/PV.2071, para. 52.
- (96) *Ibid.*, para. 24.
- (97) *Ibid.*, para. 65.
- (98) UN Doc. S/RES/425(1978)
- (99) UN Doc. S/PV.2071, para. 118.
- (100) UN Doc. S/PV.2072, para. 20.
- (101) *Ibid.*, para. 39.
- (102) *Ibid.*, para. 62.
- (103) *Ibid.*, para. 73.
- (104) *Ibid.*, para. 82.
- (105) UN Doc. S/PV.2073, para. 44.
- (106) *Letter dated 31 March 2015 from the Chargé d'affaires a.i. of the Permanent Mission of Canada to the United Nations addressed to the President of the Security Council*, UN Doc. S/2015/221; *Letter dated 9 September 2015 from the Permanent Representative of Australia to the United Nations addressed to the President of the Security Council*, UN Doc. S/2015/693.
- (107) Memorandum to the Foreign Affairs Select Committee, Prime Minister's Response to the Foreign Affairs Select Committee's Second Report of Session 2015–16: The Extension of Offensive British Military Operations to Syria. <<https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/foreign-affairs-committee/news-parliament-2015/pn-syria-response-15-16/>> accessed 20 September 2018.
- (108) *Letter dated 3 December 2015 from the Permanent Representative of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the United Nations addressed to the President of the Security Council*, UN Doc. S/2015/928.
- (109) UN Doc. S/PV.7271