

伝統的国際法の国内法補足的性質について

——武力紛争法・国際人道法を例として——（一）

鈴木 淳 一

目次

はじめに

第一章 国際法の間接執行とその前提としての国内法の実効性

第二章 伝統的な武力紛争法・国際人道法の前提としての国内法

——国内法による間接執行の根拠と国際法におけるヴァットテル的伝統——（以上、本号）

第三章 国家の完全性の規範的根拠——個人の不完全性の克服

第四章 伝統的国際法の役割としての国内法の補足

第五章 国内法補足的な伝統的国際法の限界

おわりに

はじめに

法の機能の一つは、個人を規律することである⁽¹⁾。この個人の規律という法の任務をこれまで主に担ってきたのは国内法であった。これに対して、伝統的国際法の主要な機能は、国内法のように個人を規律することではなく、自律的主体である複数の国家間の関係を規律することにあるといわれてきた⁽²⁾。その国家間関係では相互主義を基礎として秩序付けがなされ、これに対して国内社会では国家主権に基づく実効的支配の下で秩序付けがなされてきた。

もっとも、国際法が国家間関係を規律するという従来からの伝統的機能を維持しつつも、今世紀に入ってから、特に第二次世界大戦以降以降の傾向として、多くの国際法は個人の権利・義務を直接に定めるようになってきている⁽³⁾。特に本稿で検討する武力紛争法(Law of Armed Conflicts)・国際人道法(International Humanitarian Law)⁽⁴⁾の分野では、国際法が個人責任(individual accountability or individual responsibility)を直接に課している⁽⁵⁾。

にもかかわらず、国際法を実施(implementation or execution)するにあたり、国際法を個人々人に実際に適用し執行(enforce)する⁽⁶⁾第一的責任は国内法秩序に任せられ、国際法は国内法を通じて「間接執行(indirect enforcement)」されるに過ぎないとされた⁽⁷⁾。すなわち、個人を規律する国際法は、人権法・人道法を含めて、基本的に国家によって執行されるのである。

しかしながら、今日では、このような国家の国内法秩序を前提とする国際法観は大きく変容しつつある。すなわち、以上のような国家の実効性は、本稿の課題の一つである国家及び国内法秩序の「完全性」⁽⁸⁾を当然の前提としてきたが、今日の実行を詳細に検討すれば、国家の統治の実効性が損なわれる事態が生じていることが明らかとな

る。特に今日では、国際化の進展と技術の進歩によって、個人又は集団が、単独の国家の統制を離れ、したがって単独の国家による実効的な規律が不十分な場合が生じている。さらに、そもそも個人を統治するはずの国家が、逆に個人がその私的な力を行使するために利用する道具・システムとして機能する場合も生じてきている。

以上の動向を受けて、本稿では、このような従来型の国家統治の実効性を前提とした国際法の間接執行のメカニズムが十分に機能しなくなった原因を究明することに主眼を置く。そのために、国家と個人とが共に深く関わっている武力紛争法・国際人道法の分野を取り上げることとする。国際武力紛争法や国際人道法は、従来から戦争法（*ius in bello*）として国際法の重要な関心事であり、今日、最も華々しい発展を遂げている法領域である。本稿で特にこの分野をとりあげる理由は、この分野が国際法の国家による間接執行の持つ問題を明らかにしていると考えられるためである。すなわち、①戦争・武力紛争において戦闘員たる個人は国家の機関として行為するにもかかわらず、武力紛争法・人道法の実施のためには、その個人としての行為の規律が必要不可欠であり、今日実定法となっている武力紛争法・国際人道法も個人の権利義務を詳細に定めていること、②武力紛争法・国際人道法は、生命という人間の最も重要な価値に関係するため、これを規律する国際法の実効的執行が特に切望され、国際法の歴史において、この領域における法の制度化・組織化が繰り返し試みられていること、③他方、安全保障の分野は、国家の自衛権や主権に代表されるように、国家の存在理由に関わる最も重要な問題であること、④それゆえ戦争や武力紛争においては、国益と国際社会の利益との対立が明確かつ先鋭化した形で提示されやすいこと、以上のためである。

（一）法の機能については、田中成明『法理学講義』七四—八〇頁（有斐閣、一九九四年）を参照。また、本稿で検討する法理学一般に関しては、たとえば以下の文献を参照。H. L. A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* (2d ed. 1964) (1961)（邦訳は、H・

1. A. N. (矢崎光國監訳) 『法の概念』(タチヤ書房、一九七六年)；HANS KELSEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE (Anders Wedberg trans, Russell & Russell, 1961) (1945) (邦訳) トムス・ケルゼン(尾吹善人訳) 『法と國家の一般理論』(木鐸社、一九九一年)；RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE (1986) (邦訳) ロナルド・ドゥワッキー(小林公訳) 『法の帝国』(未來社、一九九五年)；JOHN FINNIS, NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS (1980).
- (2) 本稿で、伝統的国際法とは、国際法が、原則として主権国家間の関係を法として規律し、かつ国家間の合意に基づいて成立するところの立場を指す。THOMAS BERGENTHAL & HAROLD G. MAIER, PUBLIC INTERNATIONAL LAW 1 (2d ed. 1990). 高野雄一『全訂新版 国際法概論 上』二、三六—八〇頁(弘文堂、一九八五年)。山本草二『国際法【新版】』(有斐閣、一九九四年)三二—三三頁。
- (3) 今日の国際法における個人の権利・義務については以下の文献を参照。AKEHURST'S MODERN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL LAW 100-104 (Peter Malanczuk ed., 7th ed. 1997) [hereinafter cited as AKEHURST]; IAN BROWNLIE, PRINCIPLES OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 66 (5th ed. 1998) [hereinafter cited as BROWNLIE, PRINCIPLES]; IAN BROWNLIE, THE RULE OF LAW IN INTERNATIONAL AFFAIRS 48 (1998) [hereinafter cited as BROWNLIE, RULE]; ERICA-IRENE A. DALS, STATUS OF THE INDIVIDUAL AND TEMPORARY INTERNATIONAL LAW: PROMOTION, PROTECTION AND RESTORATION OF HUMAN RIGHTS AT NATIONAL, REGIONAL AND INTERNATIONAL LEVELS (1992); ROSALYN HIGGINS, PROBLEMS & PROCESS 48-55 (1994) [hereinafter cited as HIGGINS]; CARL AAGE NØRGAARD, THE POSITION OF THE INDIVIDUAL IN INTERNATIONAL LAW (1962); I OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW 505-508, 846-849 (Robert Jennings & Arthur Watts eds., 9th ed. 1992) [hereinafter cited as OPPENHEIM (9th ed.)]; MALCOLM N. SHAW, INTERNATIONAL LAW 182-190 (4th ed. 1997).
- (4) 今日では、武力紛争法という名称は、狭義の戦争概念に限らず、広く武力紛争に対して法的な規制を及ぼすことを意味し、戦争法(jus in bello, law of war)という従来の名称に代わって用いられてきている。たとえば、2 GEORG SCHWARZENBERGER, INTERNATIONAL LAW, THE LAW OF ARMED CONFLICT (1968); L. C. GREEN, THE TEMPORARY LAW OF ARMED CONFLICT (1993). 本稿では、伝統的な戦争法の対象領域とされた分野を包括的に含む法領域を考察するものとし、ラウゼンバーグ法(Law of Hague) (作戦行動に関する交戦者の権利義務や害的手段の規制に関する規則)とシコナー

「法 (Law of Geneva) (紛争犠牲者の保護や尊重、人道的待遇を確保する規則) の両概念を含む。藤田久一『国際人道法』(新版)』(有信堂、一九九三年) 一四頁。本稿では、武力紛争法と国際人道法とを併置するが、それは、武力紛争の規制に関するあらゆる法領域を網羅するためである。本稿で論ずる武力紛争法・国際人道法は、たとえば次の通りである。「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」(以下、陸戦条約) (Convention respecting the Laws and Customs of War on Land, October 18, 1907) とその附属規則 (以下、陸戦規則) (Annexed Regulations) 「戦地である軍隊の傷者及び病者の状態の改善に関する千九百四十九年八月十二日のジュネーブ条約」(以下、第一条約) (Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field of August 12, 1949) 「海上にある軍隊の傷者、病者及び難船者の状態の改善に関する千九百四十九年八月十二日のジュネーブ条約」(以下、第二条約) (Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick, and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of August 12, 1949) 「捕虜の待遇に関する千九百四十九年八月十二日のジュネーブ条約」(以下、第三条約) (Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949) 「戦時における文民の保護に関する千九百四十九年八月十二日のジュネーブ条約」(以下、第四条約) (Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of August 12, 1949) 「千九百四十九年八月十二日のジュネーブ諸条約に追加される国際的武力紛争の犠牲者の保護に関する議定書」(以下、第一追加議定書) (Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts, December 12, 1977) 「千九百四十九年八月十二日のジュネーブ諸条約に追加される非国際的武力紛争の犠牲者の保護に関する議定書」(以下、第二追加議定書) (Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts, December 12, 1977)。

(4) STEVEN R. RATNER & JASON S. ABRAMS, ACCOUNTABILITY FOR HUMAN RIGHTS ATROCITIES IN INTERNATIONAL LAW, 3-15 (1997).

(6) 条約の実施 (implementation or execution) と執行 (enforcement) とを別個の概念とする学説もある。たとえば、ドレイパー (G.I.A.D. Draper) は、実施を「法の遵守を監視・確保するための手段・制度・規則と定義し、その例として利益保護国制度をあげる。また、執行とは、法の遵守がなされない場合にとられる対応のことを意味するとして、その例として、人質

・復仇・戦争犯罪人の裁判・補償を挙げよう。G.I.A.D. Draper, *The Implementation and Enforcement of the Geneva Conventions of 1949 and of the Two Additional Protocols of 1978*, 164 REUEIL DES COURS 1-54 (1979-III).

(7) M. Cherif Bassiouni, *The Penal Characteristics of Conventional International Criminal Law*, 15 CASE W. RES. J. INT'L L. 27, 29-30, 32-34 (1983); M. CHERIF BASSIOUNI & EDWARD M. WISE, AUT DEPERE AUT JUDICARE at x-xi (1995).

(8) 完全性に関しては、後述第三章を参照。

第一章 国際法の間接執行とその前提としての国内法の実効性

(1) 国際法は、その規範を豊かなものとするように発展してきた一方で、それを国際的に強制するメカニズムについては十分に発達させていない。⁽⁹⁾ このため国際法は、それを執行するための制度として国内法秩序を利用して⁽¹⁰⁾ いる。もちろん、この両者の関係については、国際法と国内法をめぐる規範的な序列の問題として、従来から論じられてきた。⁽¹¹⁾ しかしながら、最近の研究において、国際機構等によって定立された規範が国内法制を通じて実現されることが、特に注目されるようになって⁽¹²⁾ いる。この文脈では、国際法が実施されるための当然の前提として、国内法秩序が位置付けられている。

多くの国際法学の教科書では、純粋に国際法上の議論ばかりか、その国際法を執行する国内法過程についても説明のためかなりの頁数が割かれている。⁽¹³⁾ しかし、これらの国内法過程に関する記述がなされている理由について、従来の国際法と国内法をめぐる学説的対立では十分な説明を行うことは困難である。なぜならば、これらの教科書では、国際法と国内法との二体系の理論的關係を述べているのではなく、国際法を実施するためには、国内法

が有用であるという極めて実用主義的な（pragmatic）理由で前述の国内法過程に関する記述を行っているからである。

もっとも、従来から国際法の主体をめぐる論争において、基本的に国家が主体であり、⁽¹⁴⁾ 国際法は国家間の法であると言われてきた。伝統的国際法は、国家を国際法秩序の中心に位置付け、個人や国際組織の権利義務を国家の権利義務に還元する。たとえば、横田喜三郎は次のように述べる。「……国際法上の権利と義務を有するものは、どこまでも国家であり、国家だけである。個人が国際法上の権利や義務を有するように見えることもあるが、実はそうでなく、国内法上の権利や義務を有するにすぎない。」かくして国際法は、諸国民間法（*Jus inter gentes, droit des gens, law of nations, Völkerecht*）として成立することとなる。⁽¹⁶⁾

以上の伝統的国際法からすれば、国際社会と国内社会とをつなぐ機関として国家が位置付けられることになる。それゆえ、国際法は、個人の規律を直接の主題とはせず、国内法に任せている。すなわち、国際法は、その執行にあたって、直接的に執行手続を定めるのではなく、各当事国の国内法手続にまかせるという「間接執行（indirect enforcement）」の形態をとっている。⁽¹⁷⁾ 本稿の主題である武力紛争法・人道法についても、伝統的国際法では、国際裁判所が直接に個人を裁判することはせず、国内裁判所に処罰を義務付けるという形で、間接的に個人を規律している。⁽¹⁸⁾

そのような国内法による国際法の間接執行という形態をとる以上、国際法は、その成立の前提として国内法を想定しており、その際に最も重要なことは、国内法が実効性を有することである。国際法は、国内法を通じてその実効性を確保してきたのである。⁽¹⁹⁾ 以下、国際法の前提である国内法の実効性について検討する。

(2) 一般に実効性（effectiveness）とは、権利又は権限の存否を判断するにあたり、当該権利又は権限を根拠とし

て一定の措置が実際にとられていることが必要となることをいう。⁽²⁰⁾ このような実効性の原則は、様々な国際法の分野で見出すことができる。たとえば、先占によって領域を取得するためには、実効的支配が必要とされる。⁽²¹⁾ また、国籍に基づく外交的保護権行使の要件として、請求国が保護対象者との間に実効的な国籍関係を有することが求められる。⁽²²⁾

この実効性について、ケルゼン(Hans Kelsen)は次のように述べる。⁽²³⁾

「ある法秩序が妥当性を有する(Valid)ためにはそれが実効的(efficacious)でなければならないという原則は、それ自体が実定法上の規範である。これが国際法に属する実効性の原則(Principle of effectiveness)である。この国際法上の原則によれば、当局が現実には確立されることによって正統政府となり、この政府が定めた強制的命令が法秩序となり、この秩序から構成される共同体が、その秩序がおおむね実効的であるかぎり、国際法の意味における一国家となる。」

このように国家は、実効性の規準を満たすことで法的地位を獲得する。国家は、実効性を実現するための領土を持ち、実効的支配を条件として承認を受け、対外的に同国を代表する主権を持つ。伝統的国際法においては、国家が国際的地位を獲得するためには、この実効性のみが要求された。⁽²⁴⁾

国際法においてこの実効性の原則が確立した経緯について、山本草二は、次のように述べる。⁽²⁵⁾

「国際社会では伝統的に、個々の国際法違反の事実に対して、実力でその履行を強制し制裁を科する固有の機関が欠如していた。したがってこれらの違反は、本来の法執行機能のメカニズムによるよりも、むしろ各国の合意と権能の配分がひろく留保されている、紛争解決手続に付託される例が多かった。国際法違反は、なによりも各関係国が自主的に解決すべき紛争の原因としてとらえられ、その意思に反して強制される法執行機能は回避されてきたのである。そのさい、「実効性(effectivity)の原則」に基づいて、各国の実力により設定された事実状態が規範力をもつという前提がおかれ、国際法の適用と実現が政治的な

現実のほうに歩み寄る、といった傾向を否定できなかった。」

このように国際法は、本来『事実の (de facto)』問題である『実効性が確保された状態』を、実効性の要件として法的な要件に組み込むことによって、国際法自身の実効性を確保してきたのである。国際法が実効性の規準に執着した理由は、中央集権的秩序が存在しない国際社会で法の強制力を担保することにあつた。⁽²⁶⁾別の言い方をすれば、国際法はそれ自身の法体系としての実効性を、中央集権的な国内法秩序の実効性によって担保しているのである。

このような展開を受けて、国際法の一法領域である武力紛争法・国際人道法も、その実効性を確保するため、国内法に依拠せざるを得なかつたのである。次章では、この実効性の原則を、武力紛争法・国際人道法の具体的な規定の中で検討する。

- (9) BENEDETTO CONFORTI, *INTERNATIONAL LAW AND THE ROLE OF DOMESTIC LEGAL SYSTEMS* 7-8 (1993).
- (10) Friedrich Kratochwil, *The Role of Domestic Courts as Agencies of the International Legal Order in INTERNATIONAL LAW: A CONTEMPORARY PERSPECTIVE* 236-263 (Richard Falk, Friedrich Kratochwil, Saul H. Mendlovitz eds., 1985). *Id.* at 8-9.
- (11) 国際法と国内法の理論的關係については、たとえば次の文献を参照。AKEHURST *supra* note 3, at 63-74; BROWNLIE, *PRINCIPLES, supra* note 3, at 31-56; HIGGINS, *supra* note 3, at 205-218; 1 OPPENHEIM (9th ed.), *supra* note 3, at 52-86.
- (12) たとえば、小和田恒「国際機構の規範定立行為と国内法制—統治権能の国際的配分に関する一試論—」山本草二先生古稀記念『国家管轄権—国際法と国内法—』六八三—七〇二頁（勁草書房、一九九八年）。山本草二「国際法の国内的妥当性をめぐる論理と法制度化—日本の国際法学の対応過程—」国際法外交雑誌九六巻第四・五合併号一八一—五〇頁（一九九七年）。
- (13) たとえば、国際人権法の分野において、THOMAS BURGENGHAL, *INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS* 273-317 (2d ed., 1985).

- (14) ただし、ANTONIO CASSESE, *TERRORISM, POLITICS AND LAW* at vii-viii (1989)の反論も参照。
- (15) 横田喜三郎「国際法の性質」国際法学会編『国際法講座 第一巻』六頁(有斐閣、一九五三年)。引用するあたり、旧字体を新字体で改めた。またA.L.I. RESTATEMENT (THIRD) OF FOREIGN RELATIONS LAW OF THE UNITED STATES Part II, Introductory Note, at 70-71 (1986); BUERGENTHAL & MAIER, *supra* note 2, at 1を参照。
- (16) ARTHUR NUSSBAUM, *A CONCISE HISTORY OF THE LAW OF NATIONS* 135-136 (Revised ed. 1954) (邦訳は、一九四七年の初版本に「つづ、A・ニユスボーム(広井大三訳)『国際法の歴史』(つぎし社、一九九七年)」。また、東寿太郎「国際法における個人の法主体性」寺沢一・内田久司編『国際法の基本問題』一〇三頁(有斐閣、一九八六年)も参照。
- (17) *See supra* note 7.
- (18) Michael Bothe, *The role of national law in the implementation of international humanitarian law in STUDIES AND ESSAYS ON INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND RED CROSS PRINCIPLES IN HONOUR OF JEAN PICTET* 301-302 (Christophe Swinarski ed., 1984); JORDAN J. PAUST, *Universality and the Enforcement of International Criminal Law in INTERNATIONAL LAW AS LAW OF THE UNITED STATES* 405-412 (1996); RATNER & ABRAMS, *supra* note 5, at 139-146.
- (19) Oscar Schachter, *The Decline of the Nation-State and its Implications for International law*, 36 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 721-23(1997).
- (20) Karl Doehring, *Effectiveness in 2 ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW* 43-48 (Rudolf Bernhardt ed., 1995).
筒井若水編『国際法辞典』一七〇—一七一頁(有斐閣、一九九八年)。また、小森光夫「国際公法秩序における履行確保の多様化と実効性」国際法外交雑誌九七巻三号三七—四二頁(一九九八年)も参照。
- (21) BROWNLE, *PRINCIPLES, supra* note 3, at 138-141.
- (22) *Id.* at 411-424.
- (23) KEISEN, *supra* note 1, at 121.
- (24) ただし、第二次世界大戦以後の非植民地化の場合、実効的政府の言う「実効性」についてはほとんど判断してこなかったという国家実行の実証的分析に基づく批判がある。芹田健太郎『普遍的国際社会の成立と国際法』一九一頁(有斐閣、一九

九六年。

(25) 山本・前掲注(2)『国際法【新版】』四四頁。

(26) See Doehring, *supra* note 20, at 44. 筒井・前掲注(20)『国際法辞典』一七〇頁。

第二章 伝統的な武力紛争法・国際人道法の前提としての国内法

——国内法による間接執行の根拠と国際法におけるヴァットレル的伝統——

本章では、国際法の履行・実施に際して、国内法体系の存在とその実効性とが前提とされていることを、伝統的な武力紛争法・国際人道法の文脈で検討する。具体的には、①国際法上、戦争を遂行できる主体は、国家（又は、国家に準ずる主体）に限定されていること、②その結果、武力紛争法・国際人道法上の権利・義務が帰属する主体も、原則として国家に限定されること、③他方、武力紛争法・国際人道法を個人が遵守することを確保するため、それら個人を属地主義・属人主義に基づき規律するのは国家であること、④武力紛争法・国際人道法に違反した個人の処罰も、国際的手続ではなく、原則として国内法手続に付されること、そして、⑤国家が武力紛争法・国際人道法を誠実に履行することの確保も、相互主義・復讐により国家によってなされること、である。

一 国家による武力紛争法・国際人道法上の権利・義務の独占

(1) 伝統的国際法は、複数の自然人から構成される本来法人であるはずの国家を、法的に単一の主体であると擬制してきた。その結果、国家（そしてその国家を統治する政府）は、同国を対外的に代表する唯一の正当な機関と

なる。伝統的国際法において戦争を遂行する権利を行使できる主体も、もっぱら国家又はそれに準じた団体に限定されている。⁽²⁷⁾

したがって、伝統的国際法においては、国家と何ら関係も有しないような私戦(private wars)は認められない。⁽²⁸⁾ それほどばかりか、正規軍隊に属しない個人としての資格での敵対行為は、違法な戦闘行為となり、被害国は、違反者を戦争犯罪人として取り扱い、彼らを処罰する権限を国際法上与えられる⁽²⁹⁾ (ここで国際法が直接定めるのは、私人による正当ではない戦闘行為(illegitimate warfare)という不法行為(delic)類型のみであり、個々の事案に関する不法行為類型の特定化と執行については、被害国に委ねている。この意味で、国際法は、個人に対する制裁を間接的に定めているにすぎない⁽³⁰⁾)。

この観点からすれば、一国家の中で内乱(civil war)を行う反徒団体には原則として交戦者資格が認められないこととなる。⁽³¹⁾ 伝統的国際法においては、内乱の当事者が交戦団体という国家による承認を得る場合に限り、内乱に国際法が関与することとなった。このように、交戦団体の承認を介して反徒を国家に準じて扱う交戦団体承認制度は、合法政府の立場を正当なものとして、正当政府の反徒鎮圧権を当然の前提とする、近代国際法の性質を示すものである。⁽³²⁾

(2) 周知のとおり、一九四九年のジュネーブ四条約の共通三条は、国際法上の保護の適用対象を内乱にまで拡張した革新的規定である。⁽³³⁾ この共通三条は、交戦団体の承認を得ていない団体が行う内乱においても、最小限の人道的保護がもたらされるべきことを規定している。⁽³⁴⁾ しかしながら、共通三条については、同条項の適用対象となる内乱の概念は不明確であり、場合によっては、交戦当事者が政治的理由をもって共通三条の規定の適用を回避する傾向もないわけではない。⁽³⁵⁾

さらに、一九四九年のジュネーブ諸条約を補完する一九七七年の二つの追加議定書⁽³⁶⁾では、従来内乱と分類されてきた武力紛争のうち、民族解放紛争については、第一追加議定書で、国際的武力紛争に含まれることとした⁽³⁷⁾。他方、民族解放紛争以外の非国際的武力紛争については、第二追加議定書において、その第一条で、共通三条よりも詳細に非国際的武力紛争を定めているが、「暴動、単発及び散発の暴力行為、並びに他の類似の性質を有する行為のような、武力紛争ではない国内的な騒擾及び緊張の事態」は、同議定書の適用範囲から除外された⁽³⁸⁾。その結果、第二追加議定書が適用される団体は、少なくとも特定領域に対して実効的支配を行っている団体に限定されてしまった⁽⁴⁰⁾。

以上から明らかになることは、伝統的戦争法において、戦争を遂行する権利を持つのは、国家又は国家に準じた実効性を持つ団体に限られていることである。

(3) その当然の帰結として、ある国の軍隊に属する個人が行った行為が原因となって他国に損害が発生した場合、伝統的国際法においては、その行為を命令したり直接実行した個人ではなく、国家に帰属させて責任を負うものとされた⁽⁴¹⁾。たとえば、陸戦条約⁽⁴²⁾の第三条は戦争法違反に対する交戦国の国家責任を定める。ここで陸戦条約は、相手国に対する賠償責任について規定しているが、これが含意していることは、戦闘行為に従事する者の行為が特定国家に帰属し、当該国家の責任となることである⁽⁴³⁾。また、第一追加議定書の第九一条も、紛争当事国の軍隊の構成員が行なったすべての行為について、国家が責任を負うべきことを定めている。

また、国際法上違法な行為によって損害を被った個人については、単なる個人の資格で国際法に基づいて損害賠償を提起することが一般にはできず、そのような賠償は、国家自身の請求として提出されなければならない⁽⁴⁴⁾。たとえば、いわゆる原爆訴訟（下田事件）⁽⁴⁵⁾において、戦争によって損害を受けた個人が、加害国に対して国際的な請求

権を有することは認められなかった。⁽⁴⁶⁾

さらに、このように国際社会においては国家のみが代表となり得るため、武力紛争法に限らず、そもそも国際法形成に参加できるのは、国家だけである。伝統的国際法においては、国家以外の主体が国際法形成に携わること許されなかった。もっとも、武力紛争法・国際人道法の歴史においては、赤十字国際委員会 (International Committee of the Red Cross: ICRC) のような国家以外の人道的団体が、人道法の発展を目的とした国際会議において主導的役割を果たしてきたという歴史的経緯もある。しかし、そのような国際会議への参加も、関係諸国の同意に基づいて許されてきたにすぎない。⁽⁴⁷⁾

(4) したがって、今日では、ある地域を国際社会で対外的に代表できることが、国家であること (国家性 (Statehood))⁽⁴⁸⁾ を示す一要件として採用されている。

従来、国家が国際法の主体としての資格を認められるための要件は、国内的自治の確立で十分とされた。しかし、今日では、国内的自治の実効性に加えて、対外関係の処理能力が必要とされ、国家は、一般に①永久的住民、②明確な領域、③政府のほか、④他国との関係を結ぶ能力を持たねばならなくなった。⁽⁴⁹⁾

国家がこのような外交能力を保持することは、①国家によって国内的に権力・機関の集中化が達成されることと、②他国の法秩序から独立して国家管轄権を行使できること、を意味する。それゆえ、国家はこのような実効的な国内的自律性を根拠として、対外的な代表性という属性を獲得している。⁽⁵⁰⁾ それゆえ、国家が対外的な代表性を有する根拠は、実は、国内統治の実効性にある。

二 武力紛争法・国際人道法の間接執行とその前提としての国内法

(1) 武力紛争法の執行の問題においても、その違反を処罰する責任を負うのは、原則として関係国である⁽⁵¹⁾。それゆえ、国際法は、武力紛争法の執行にあたって、直接的にその執行手続を定めるのではなく、各当事国の国内法手続に任せるという「間接執行(indirect enforcement)」の形態をとっている⁽⁵²⁾。

各当事国は、自国による武力紛争法・国際人道法の実施(execution)について責任を負う⁽⁵³⁾。各国は、その軍隊に対する国内法令を制定する義務を負う⁽⁵⁴⁾。軍隊構成員や文民に対して、人道法の内容、少なくともその基本原則を熟知せしめることが義務付けられている⁽⁵⁵⁾。

さらにジュネーブ諸条約は、共通規定において違反行為に関する刑罰法令を制定し、容疑者を捜査し、裁判を行い、違反行為を処罰する措置をとるべき国家の義務を定めている⁽⁵⁶⁾。特に重大な違法行為(grave breaches)⁽⁵⁷⁾に対しては、各締約国に裁判管轄権を認める方式をとっている。すなわち、各締約国は、①条約に対する重大な違反行為を行い、又は行うことを命じた者に対して有効な刑罰を定めるため必要となる立法を行い、②その疑いがある者を捜査する義務を負い、またその者の国籍のいかんを問わず自国の裁判所において公訴を提起しなければならない⁽⁵⁸⁾。

また、陸戦条約の第三条は、軍隊構成員が引き起こした一切の陸戦規則違反について、当該軍隊構成員の所属国が賠償責任を負うことを規定している。それゆえ、武力紛争法や国際人道法といった国際法を、国内裁判所を通じて(すなわち国内法を通じて)適用することが主張されている⁽⁵⁹⁾。

(2) このように国際法によって規律される分野は、もはや国内問題ではないといわれる⁽⁶⁰⁾。しかしながら、国際法によって規律されている分野であっても、その国内的執行にあたっては、いかなる方法で執行するかについて、国

家は、広範な裁量を有する（いわゆる「結果の義務」⁽⁶¹⁾）。たとえば、一九六八年に国連総会で採択された「戦争犯罪及び人道に対する罪に対する時効不適用に関する条約」⁽⁶²⁾の第四条は、戦争犯罪や人道に対する罪に関して時効が適用されないことを確保するため、各国に立法その他の措置をとることを義務付けるものであるが、「それぞれの憲法に従って」という留保を付けて、国内法秩序の尊重を示している。

これに対し、他国国内での武力紛争法・国際人道法の履行状況に不満を持つ関係国が、相手国内にいる当該個人を処罰するためにとれる措置としては、①違反行為を行った交戦国に抗議し違反行為を行った個人の処罰を要求すること、②違反行為を行った交戦国に対して賠償を要求すること、などに限定されており、戦争犯罪人を実際に拘束している領域国以外の国が当該個人を処罰することは原則としてできない。

したがって、たとえ国際法によって規律される分野であるとしても、国際法の国内法を通じた執行にあたっては、国内法の介在が不可欠となり、その結果、国家は自らの裁量に委ねられた留保部分をいまだ有していることになる。このような留保部分は、国際法が関与しえない分野であるため、いわゆる国内問題となる。

このような隠れた国内問題の留保こそ、国際法の実効性にとって国内法秩序が不可欠であることの証左に他ならない。

三 国内法の自律性と相互主義・復仇

(1) 以上のように、国際法はその実効性を確保するために国内法を前提としているが、伝統的国际法では、他国による義務の履行が不十分であるとしても、自国の国内法秩序の中で他国の国際法上の義務の履行状況について判断し履行を強要することは、認められなかった。それゆえ、国際法は、それ自身の中に実効性確保のメカニズムを

有する必要がある⁽⁶⁴⁾。武力紛争法・国際人道法の文脈において、そのような国際法の実効性を担保するために従来から用いられている方法は、相互主義 (reciprocity) や復仇 (reprisals) であつた。

(2) ここで相互主義とは、一方がそれを適用しないなら、他方もそれに拘束されないという原則である⁽⁶⁵⁾。元来は、「与えられるために与える」(do ut des) という普遍的概念に由来する⁽⁶⁶⁾。武力紛争法においても、法の適用確保をはかる一つの方法として、相互主義は中心的地位を占めている⁽⁶⁷⁾。

特に、一九世紀から第一次世界大戦までの戦争法に関する多くの条約は総加入条項 (clausula si omnes, general participation clause) を含んでいた。ここで総加入条項とは、戦時国際法に関する立法条約において、交戦国のすべてが条約の当事国である場合に限り、交戦国相互間に当該条約を適用すると規定した条項をいう⁽⁶⁸⁾。総加入条項は、相互主義そのものを意味するものではないが、戦争法規則が交戦国間の利益調整の側面を持ち、交戦国間での相互主義により一般に遵守される性質のものであることを示していた。

一方で今日の多くの条約には総加入条項は存在しなくなったが、同条項が存在しなくとも、武力紛争の双方の当事国による人道法尊重を現実可能な限り確保し、さらに当事国に人道法に拘束されないという口実を与えないために、人道法規則の相互主義の適用が依然として求められるのである⁽⁷⁰⁾。

このように、実定国際法の基本的原則の一つに相互主義があるといわれながらも、そこでの相互主義は純粋な法的推論から導かれるものではなく、現実の力と力のぶつかり合いの中に実効性が宿るという意味で政治的な原則であつた⁽⁷¹⁾。

国際法において、相互主義は、国家の持つ実効性を前提として、生の力を法的枠組みに取り込むための装置となつている。それゆえ、実効性を前提とした相互主義の規準によって、国際法自身は、その実効性を確保するので

ある。

(3) 次に復仇とは、相手国の国際法違反行為に対して、それを止めさせ法遵守に戻らせる他の手段がないときに、自国もやむをえず違法行為に訴えることをいう⁽⁷³⁾。

復仇制度は古来から存在しているが、特に近代国際法においては、中央集権的権力の存在しない相互に平等である国家間において、他国の法の遵守を確保する方法として、又は他国の違法行為に対する一種の制裁に相当するものとして許されてきている。今日の国際社会でも、復仇行為は特に禁止されたものを除き、一定の要件の下、一般に許容されている⁽⁷³⁾。

伝統的国際法において、このような復仇は、国家の行方措置として確立してきたものである。それゆえ、復仇を行うか否かの判断は国家(具体的には政府又は高級司令部)に専属するのであり、そのような国家の命令によらない軍隊構成員個人の資格による復仇は禁止される⁽⁷⁴⁾。

(4) このように、国際社会の分権的構造の結果、国際法を強制するメカニズムとして、相互主義や復仇が用いられたのである⁽⁷⁵⁾。たとえば、山本草二は次のように述べる⁽⁷⁶⁾。

「したがって伝統的な国際法のもとでは、その違反の被害国が復仇など、個別に自救行為と対抗措置に訴え、相手国(違反国)に対し対応する利益の提供を期待するという形で、法執行機能を維持するほかなかった。いいかえれば、相互主義の保証は、国際法の実効性(履行確保のための強制性)を確保するための要件であった。」

四 まとめ

本章で検討してきたように、武力紛争法・人道法に関する伝統的国際法は、国内法の存在をその当然の前提とし

てきた。

以上のような国際法が国内法秩序を当然の前提としているということは、特に、国内法秩序が事実の問題として実効的であるばかりか、規範的に正当化されている自己完結的・自律的法秩序であると考えられたためである。たとえば、ノーズィック (Robert Nozick) は、次のように述べている。⁽⁷⁷⁾

「国家は、誰がいつ実力を行使できるのかを決定する権限の独占を主張する。国家は、誰がいかなる条件下で実力を行使してよいかを、国家自らだけが決定できると述べる。国家は、自国境界内のあらゆる実力行使に対して、正当性と許可を付与する単独の権利を保持する。さらに国家は、自らが主張する独占を侵害する全ての者を処罰する権利を主張する。」

それゆえ、いわゆる国際法の基本原則と呼ばれる諸原則でさえ、その理論的根拠を、国家の規範的自律性（すなわち国内法の自律性）の中に見出すことが可能となる。もちろん、このような国内法を前提とするものではない国際法秩序も考えられよう。たとえば、アロット (Philip Allott) は、国際社会が取り得る形態として四つの理論的オプションをあげる。⁽⁷⁸⁾ すなわち、①国際社会を自生的人類社会 (a natural human society) とみなす、一八世紀中ごろまで有力であった見解、②国際社会を国際的な自然状態 (an international state of nature) とみなす、一六・一七世紀に有力となり今日でも影響力を持つ見解、③国際社会を国家形態を有する複数の民族から構成され、自然法によって規律されるもの (statal nations under natural law) とする、一八世紀に有力でなくなった見解、④国際社会を国家形態を有する複数の民族から構成され、慣習法によって規律されるもの (statal nations under customary law) とする見解である。第一番目の見解を支持する学者を代表するのは、ヴィトリア (Francisco de Vitoria) やスアレス (Francisco Suarez) である。⁽⁸⁰⁾ 第二番目の見解を支持する学者の代表が、ホッブス (Thomas Hobbes) である。⁽⁸¹⁾ 第三番目の見解を支持する学者の代表が、グロティウス (Hugo Grotius) である。⁽⁸²⁾ 第四番目の見解を支持する学者の代

表が、ヴァッテル(Emmerich de Vattel)⁽⁸³⁾であり、アロットは、以上の伝統の中でこの四番目の考え方が結果として今日一般に優勢であるという評価を下している(もともと、アロット自身は、この考え方には、まったく与しないのだが)⁽⁸⁴⁾。

アロットは、このヴァッテル的な国際社会の特徴に基づいて、国際社会が、国家の内部秩序に依存しつつ、国家間法たる国際法を、国内法から分離した法体系として成立させてゆく論理を次のように展開している⁽⁸⁵⁾。すなわち、①国家(state)⁽⁸⁶⁾は、国内社会を内部的に組織化するという方法で発展してきたため、その国内社会を基盤として自らを対外的に表明しているという意味で、本来的に国家の対内向けものを対外向けに「逆転させ」(turned inside out)ている。②このように国内を統合するための観念として利用された主権概念が国家間関係において利用されることで、国家は、相互に内部的秩序概念であるはずの主権を国際的平面で相互に認めあう。そのような意味で、「主権が対外的なもの(Sovereignty externalized)」となる。③各国はその国内社会全体の統治のために必要な意志及び行為を展開する場としてそれぞれ公的分野(public realm)を有するが、それら国内社会が相互に遭遇する場であるはずの国際的領域は、国際社会(International society)⁽⁸⁸⁾として認識されるのではなく、各国国内の公的分野が単に相互作用するだけの場、すなわち国家間非社会(Interstate unsociety)⁽⁸⁹⁾として認識される。④そのような国内諸社会の相互作用にすぎない公的分野で行われる社会的過程の営みは、国家間の外交と戦争⁽⁹¹⁾であり、それ以外の社会的過程は存在しない。⑤政府が対外的に国内社会を代表することは、国内的には政府の機能として考えられるため、国際的平面での政府の対外的な代表も、本来、国内的な公的分野の機能を対外的に行っているにすぎないと考えられる。⑥以上から、国内社会と国家間非社会とは、相互に分離した別個の世界であると認識され、個人が国家間非社会に参加するためには、国家を経なければならなくなった。⑦それゆえ、国内の社会過程は、国際的社会過程

程から全く分離・独立したものとしてみなされ、各国毎にばらばらの現実が存在するようになる。そして、ある国内社会と他の国内社会との間の相互作用も、不確定で末消的なものとなる。⑧国家や政府が行う以外の私的な国際的分野での相互作用（経済活動も含めて）は、国家間非社会の外に置かれ、社会的なものともみなされない。⑨国家間社会過程の発展は、外交と戦争を通じて偶然に発展するだけであり、国内的な社会過程とは全く異なる。⑩その結果、国内社会は多様な社会発展をすることとなったが、そのように様々に異なる社会的発展が継続するべき理論的根拠は存在しない。⑪国家間非社会における主権は未発達のままであり、それは封建制度を想起させる土地所有に基づく権威にすぎない。⑫国家間非社会における主権は、国家以外の個人や法人を包含する社会過程を有していないため、主権の民主化圧力が存在せず民主化されない。⑬国家間非社会においては、そのような社会過程が欠如しているため、利用可能な様々な力が、全人類から構成される国際社会の存続と繁栄のような目的のために利用されるのではなく、個々の国内社会の存続と繁栄のために利用された。⑭国家間非社会は、国際的な公的分野（international public realm）⁽⁹²⁾において国際的政府として機能する単一の主権によって統合されたシステムとはなり得なかったため、国内社会は、いかなる制限にも服しない自由な存在として認識される。⑮諸国の意志と行為から国家間法（interstatal law）、いわゆる国際法（international law）が形成される。⑯国内法が国際法から分離され、その結果、国家間非社会では道徳が存在しなくなる。このように、ヴァッテル的伝統の直接の結果として、国内法は、国際法から分離された法秩序となるのである。⁽⁹³⁾

このように、国内法と分離された国際法は、統治の第一次的責任を国内法秩序に任せるのである。これを典型的に示しているのはいわゆるロチュース号事件⁽⁹⁴⁾において明らかにされた以下の原則である。すなわち、「国際法は、独立国家間の諸関係を規律している。それゆえ、諸国家を拘束する法の規則は、①条約中に表明されるところの諸国

の自由意思から生ずるか、又は、②法の原則を明らかにするものとして一般に認められ、かつ、共存しているこれらの独立団体「たる諸国家」を規制するため又は共通する諸目的を達成するために確立された慣行において表明される⁽⁹⁵⁾ところの国々の意思から生ずるものである。したがって、国々の独立の制限を推定することはできない。このような主権に有利な推定が、国際法ではなされてきたが、それは国家が実効性を持ち、国際法を創造しうる唯一の種類⁽⁹⁶⁾の主体であると考えられてきたからである。

次章では、前述のような国内法の規範的優位性を説明するための規範的・倫理的基礎について検討する。

- (27) HENRY WHEATON, ELEMENTS OF INTERNATIONAL LAW WITH A SKETCH OF THE HISTORY OF THE SCIENCE 254-255 (Dapao Press 1972) (1836); 2 OPPENHEIM'S INTERNATIONAL LAW 203-204 (H. Lauterpacht ed., 7th ed. 1952) [hereinafter cited as OPPENHEIM (7th ed.)]; 田岡良一『国際法Ⅲ〔新版〕』二七八頁(有斐閣、一九七三年)。筒井若水『国際法Ⅱ』一三一一―一三七、二二七―二三四頁(青林書院新社、一九八二年)。たとえば、ドレイパーは、一九〇七年のハーグ諸条約や一九四九年のジュネーブ諸条約において反映された、戦争法の暗黙の諸前提の一つとして、「戦争を遂行する権利 (rights of war) が、軍隊及び軍隊類似の組織にも「ばら属すること」をあげた。GLAD. Draper, *Combatant Status: An Historical Perspective*, 11 REVUE DE DROIT PÉNAL MILITAIRE ET DE DROIT DE LA GUERRE 135, 143 (1972)。
- (28) 竹本正幸『国際人道法の再確認と発展』一九六頁(東信堂、一九九六年)。たとえば、戦争に際して私船が海上捕獲に従事することを明文で禁じることによって、戦闘行為が国家の独占に帰することを一八五六年の「海上法ノ要義ヲ確定スル宣言(ノリ宣言)」(Declaration pour régler divers points de droit maritime (Déclaration de Paris), April 16, 1856)は明か⁽⁹⁷⁾か⁽⁹⁸⁾してこ⁽⁹⁹⁾。
- (29) 2 OPPENHEIM (7th ed.), *supra* note 27, at 256-257, 574.
- (30) KEISEN, *supra* note 1, at 345-346.

- (31) たとえば、シュワルツェンバーガー (Schwarzenberger) は、国際責任に関する適用可能な諸規則がある場合を除いて、国内武力紛争が主権国家の排他的国内管轄権の範疇にあり、国内紛争に対しては、戦争法と中立法が国内的武力紛争に直接適用されることはないとした。SCHWARZENBERGER, *supra* note 4, at 688. また、GREEN, *supra* note 4, at 52-53 も参照。さらに次の文献も参照。藤田・前掲注 (4) 『国際人道法 (新版)』二二二頁。足立純夫『現代戦争法規論』三二〇—三二四頁 (啓正社、一九七九年)。
- (32) いわゆるメットニッヒの正統性の理論 (Metemich doctrine of legitimacy)。Wolfgang Friedmann, *Law and Politics in the Vietnamese war: A Comment*, 61 AM. J. INT'L L. 776, 782 (1967)。田畑茂次二郎『国際法 I (新版)』二九六頁 (有斐閣、一九七三)。藤田・前掲注 (4) 『国際人道法 (新版)』二二二頁。
- (33) もっとも、同規定の立法過程においては、当該規定の是非をめぐる鋭い対立があった。本稿の問題関心からすれば、以下のような反対意見が注目される。「内乱の動乱で苦しんでいる国の政府に対して、このような内部の騒動について戦争の場合に適用するためであると明示して締結された条約の規定全部の適用を強制することは、僅かばかりの反乱者かあるいは通常の盗賊に過ぎない敵に交戦者としての地位を与え、また、ある程度の法律上の承認をすら与えることを意味することとなるであろう。」この共通三条制定の背景については、以下の文献を参照。COMMENTAIRE I, LA CONVENTION DE GENÈVE POUR L'AMÉLIORATION DU SORT DES BLESSÉS ET DES MALADES DAN LES FORCES ARMÉES EN CAMPAGNE DU 12 AOÛT 1949, at 46-47 (1952) (邦訳は、榎本重治訳『千九百四十九年八月十二日のジュネーブ条約解説 I』四六頁 (大成出版社、一九五七年)；GEOFFREY BEST, *WAR AND LAW SINCE 1945*, at 168-179 (1994)。
- (34) 共通三条の実際の運用については、足立・前掲注 (31) 三二九—三三三頁。
- (35) 足立・前掲注 (31) 三二九頁。
- (36) 追加議定書でいう「一般に」INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, COMMENTARY ON THE ADDITIONAL PROTOCOLS OF 8 JUNE 1977 TO THE GENEVA CONVENTIONS OF 12 AUGUST 1949 (Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann eds., 1987) を参照。
- (37) 第一追加議定書一条四項。
- (38) 第二追加議定書の第一条は、同議定書の適用対象となる武力紛争について、第一追加議定書の第一条に包含されない武

力紛争であり、かつ「締約国の領域内において、責任ある指揮の下に、持続的かつ協同的軍事行動を實行しこの議定書の実施を可能にする程度の支配をその領域の一部に対して行使する反乱軍隊又は他の組織的武装集団と、締約国の軍隊との間に生ずるすべての武力紛争」と定めた。

- (39) 第二追加議定書一条二項。
- (40) 藤田・前掲注(4)『国際人道法〔新版〕』二一八頁。
- (41) Frits Kalshoven, *State Responsibility for Warlike Acts of the Armed Forces*, 40 INT'L & COMP. L. Q. 827 (1991), reprinted in HUMANITARIAN LAW 267 (Judith Gardam ed., 1999).
- (42) 陸戦条約の一般論「A. PEARCE HIGGINS, THE HAGUE PEACE CONFERENCES AND OTHER INTERNATIONAL CONFERENCES CONCERNING THE LAWS AND USAGES OF WAR: TEXTS OF CONVENTIONS WITH COMMENTARIES 207-280 (1909) を参照。
- (43) 竹本・前掲注(28)一九六頁。
- (44) 2 OPPENHEIM (7th ed.), *supra* note 27, at 594 n.l. But see Kalshoven, *supra* note 41. But cf. INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS, *supra* note 36, at 1056-1057.
- (45) 東京地昭三八・一二・七判決下民一四卷一二号二四三五頁。
- (46) 前掲注(45)二四六六一二四七〇頁。
- (47) 拙稿「国連経済社会理事会とNGOとの協議取決めの改定—グローバルな『市民社会』の国連への参加—」獨協法学四四号三八三—三八四、四〇五—四〇七、四一六—四一八頁(一九九七年)。
- (48) この国家の対外的代表の資格は、今日の実定国際法では、一般に、「国家性の問題との関連で論じられてきている(国家性にについては、JAMES CRAWFORD, THE CREATION OF STATES IN INTERNATIONAL LAW (1979) を参照)。
- (49) 山本・前掲注(2)『国際法【新版】』一三三—一三六頁。たとえば、「国の権利及び義務に関する条約(モンテヴィデオ条約)」(Convention on Rights and Duties of States, December 26, 1933)の第一条は、「国際法上の人格としての国は、次の資格、すなわち、(a)永久的住民、(b)明確な領域、(c)政府、及び(d)他国との関係を取り結ぶ能力をもたなければならぬ」と規定する。

- (50) BROWNLE, PRINCIPLES, *supra* note 3, at 71-72. 山本・前掲注(2)『国際法【新版】』一二六頁。
- (51) PAUST, *supra* note 18, at 405-407. 藤田・前掲注(4)『国際人道法【新版】』一八〇—一八二頁。
- (52) Bassiouni, *supra* note 7, at 29-30, 32-34; BASSIOUNI & WISE, *supra* note 7, at x-xi.
- (53) たとえば、第一条約四五条、第二条約四六条。
- (54) たとえば、陸戦条約の第一条は、締約国が陸戦規則に適合する訓令を発することを義務付けている。また第一追加議定書の第八〇条は、その締約国及び紛争当事国がジュネーブ諸条約と追加議定書により負う義務を実施するためにすべての必要な措置を遅滞なくとらねばならず(第一項)、またそれらの遵守を確保するために命令や訓令を発するものとしている(第二項)。
- (55) たとえば、第一条約四七条、第二条約四八条、第三条約一二七条、第四条約一四四条、第一追加議定書八三条、第二追加議定書一九条。
- (56) たとえば、第一条約四九条、第二条約五〇条、第三条約一二九条、第四条約一四六条。次の文献も参照。PAUST, *supra* note 18, at 406-407; 足立・前掲注(31)二九二—二九四頁。
- (57) 第一条約五〇条、第二条約五一一条、第三条約一三〇条、第四条約一四七条、第一追加議定書八五条二—四項。
- (58) 第一条約四九条、第二条約五〇条、第三条約一二九条、第四条約一四六条。藤田・前掲注(4)『国際人道法【新版】』二〇三頁。
- (59) 一般に、陸戦条約の国内法廷での適用については、たとえば、阿部浩己『ハーグ条約』の適用可能性ハ731部隊南京虐殺等損害賠償請求訴訟√意見書 阿部浩己『人権の国際化』二六〇—二九二頁(現代人文社、一九九八年)を参照。
- (60) 伝統的国際法では、国際法の規律が及ばない分野が存在し、それは国内問題(domestic question)と呼ばれた。国内問題は、各国の主権に基づく裁量の範囲内であるとされ、これについて一定の行為をとるように強制的に介入することは違法であるとされた(内政不干渉原則)。田畑茂二郎『国際法新講 上』一〇六一—一〇頁(東信堂、一九九〇年)。
- (61) 結果の義務とは、国際法が国家に対して特定の事態と結果を実現しまたはその発生を防止するよう、確保する義務を課するが、そのための実施措置は特定せず、各国に現行国内法令の範囲内で可能な方法・手段の選択の自由をみとめる内容の義務をいう。山本・前掲注(2)『国際法【新版】』一一三頁。

- (62) Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes against Humanity, November 26, 1968.
- (63) 足立・前掲注(31)二八四頁。
- (64) 戦争が違法化されない時代にあつては、戦争も、他国に対して、国際法上の義務の履行を強制する機能を果たしていた。IAN BROWLIE, INTERNATIONAL LAW AND THE USE OF FORCE BY STATES 21-22 (1963); 2 OPPENHEIM (7th ed.), *supra* note 27, at 177-179, 223. 広瀬善男『力の行使と国際法』五一―五四頁(信山社、一九八九年)。
- (65) 相互主義については一般に、次の文献を参照。Bruno Simma, *Reciprocity*, in 7 ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 400-404 (Rudolf Bernhardt, ed., 1984); GEORG SCHWARZENBERGER, THE FRONTIERS OF INTERNATIONAL LAW 15-16 (1962).
- (66) 山本草二「国際経済法における相互主義の機能変化」横田先生鳩寿祝賀『国際関係法の課題』二五八頁(有斐閣、一九八八年)。
- (67) 藤田・前掲注(4)『国際人道法〔新版〕』一八二―一八三頁。
- (68) 2 OPPENHEIM (7th ed.), *supra* note 27, at 234-236.
- (69) ジェネーブ諸条約共通一条では、締約国が「すべての場合に(in all circumstances)」その条約の尊重を約束するとしており、これによって、総加入条項からの脱却をはたした。藤田・前掲注(4)『国際人道法〔新版〕』一八二―一八三頁。
- (70) 藤田・前掲注(4)『国際人道法〔新版〕』一八二―一八三頁。
- (71) 従つて、リアリストの立場からすれば、そもそも規範的な相互的義務は存在しないこととなる。土山實男「アナーキーという秩序―国際政治学におけるリアリスト理論とその批判―」国際法外交雑誌九六卷三三九頁(一九九七年)。
- (72) 2 OPPENHEIM (7th ed.), *supra* note 27, at 136. 藤田・前掲注(4)『国際人道法〔新版〕』一八三―一八六頁。足立・前掲注(31)六五―六八頁。寺沢一「血讐論(一)(二)」法学協会雑誌七〇卷一号―二四六頁(一九五二年)、二号一―一八―一六六頁(一九五三年)。寺沢一「復仇制度の成立(1)(2)」国家学会雑誌七六卷五―六号一―二九頁(一九六二年)、一―一―二―二―二―三三頁(一九六三年)。
- (73) ジェネーブ諸条約はたとえば以下の復仇禁止を含む。第一条約四六条、第二条約四七条、第三条約一三条、第四条約三三

- 条、第追加議定書五一条六項、五二条一項、五三条c、五四条四項、五五条二項、五六条四項。藤田・前掲注（4）『国際人道法（新版）』一八三頁。
- (74) 足立・前掲注（31）二八六頁。
- (75) ケルゼンは、個別国家による自力救済によって制裁がなされるという事実にもかかわらず、国際法は強制的法秩序とみなされるとした。Kelsen, *supra* note 1, at 328-341. See also BROWNLE, *RULE, supra* note 3, at 6-8.
- (76) 山本・前掲注（2）『国際法【新版】』四四頁。
- (77) ROBERT NOZICK, *ANARCHY, STATE, AND UTOPIA* 23 (1974). 邦訳は、ロバート・ノージック（嶋津格訳）『フナーキー・国家・ユートピア』三六頁（木鐸社、一九九二年）。
- (78) PHILIP ALLOTT, *EUNOMIA* 242-243 (1990).
- (79) FRANCISCO DE VITORIA, *RELECTIO DE INDIS O LIBERTAD DE LOS INDIOS*; FRANCISCO DE VITORIA, *RELECTIO DE IURE BELLI O PAZ DINAMICA*. 邦訳は、ビトリリア（佐々木孝訳）『人類共通の法を求めて』（岩波書店、一九九三年）。
- (80) FRANCISCO SUÁREZ, *DE BELLO* (1621).
- (81) THOMAS HOBBES, *LEVIATHAN* (1651). 邦訳は、ホッブズ（水田洋訳）『リヴァイアサン』（一）〜（四）』（岩波書店、一九五四年、一九六四年、一九八二年、一九八五年）。
- (82) HUGO GROTIUS, *DE IURE BELLI AC PACIS* (1625). 邦訳は、グローチウス（一又正雄訳）『戦争と平和の法』復刻版（酒井書店、一九九六年）。
- (83) EMERICH DE VATTTEL, *LE DROIT DES GENS, OU PRINCIPES DE LA LOI NATURELLE APPLIQUÉS À LA CONDUITE ET AUX AFFAIRES DES NATIONS ET DES SOUVERAINS* (1758). 邦訳は、ヴァットテル研究会訳・山手治之監修「ヴァットテル『国際法』すなわち諸国民と諸主権者の行動および事務に適用される自然法の諸原則』（一）〜（七）」立命館法学七二号一〇三〜一二八頁（一九六七年）、七三号八四〜一二二（一九六七年）、七四号八〇〜一二九頁（一九六七年）、七五・七六号八六〜一二三頁（一九六七年）、八〇号八六〜一一五頁（一九六八年）、九六号七四〜一〇二頁（一九七一年）、九八号四七〜七二頁（一九七一年）。ヴァットテルについてはたとえば次の文献を参照。NUSSBAUM, *supra* note 16, at 156-164; PETER PAVEL, *REMEC, THE POSITION OF THE INDIVIDUAL IN INTERNATIONAL LAW ACCORDING TO GROTIUS AND VATTTEL* (1960); Frederick

G. Whelan, *Vattel's Doctrine of the State*, 9 HISTORY OF POLITICAL THOUGHT 59-90 (1988), *reprinted in* GROTIUS, PUPENDORF AND MODERN NATURAL LAW 403-434 (Knud Haakonssen ed., 1999).

- (84) 後述第五章を参照。
- (85) ALLOTT, *supra* note 78, at 243-248.
- (86) アロットは国家 (state) を「単一の政府の権威の下にある公的分野として」*See id.* at 243, para.13.105 (1).
- (87) アロットは「主権 (sovereignty) を「社会の意志とそれ自体を機能させるために用いる意志 (will by which society's will is itself willed)」であり、「意志によらない社会の意志」であるとす。 *See id.* at 199, para. 12.53; at 218, para.13.35. アロットにおいて、主権は、際限のない連鎖の終点を示すものであり、社会についての権威基底的な見解の中で用いられることで、究極的な権威を仮定するものとされている。
- (88) アロットによれば、国際社会とは、「全人類から構成される社会」であり、全ての諸社会から構成される社会」であり、「これは国際社会が民族国家から構成される社会であるという一般的に受容された命題を否定している。 *See id.* at 3-4, para.1.1, 1.4.
- (89) アロットによれば、誤って認識されている国際社会こそ、諸国政府に有利な、主権国家から構成される世界大のシステム (a world sovereignty-state-system) であり、同世界は、国家によって権威付けられた主権者達から構成された集団によって支配される非社会であるという。 *See id.* at 249-250, para.13.109.
- (90) アロットにとって、外交は、「未成熟な社会による対話、人間の荒廃に対する賞賛」であり、「欺瞞をもって行う教育」であるとす。 *See id.* at 269-274.
- (91) アロットによれば、「戦争は、「人間の失敗」であり、「自己創造を装った自殺行為」である。国際社会において、戦争は秩序追求の手段と見なされてきたが、これは、想像力と理性が自らの選択によっては秩序をもたらすことができないうことが明らかなきに既存の秩序を破壊することで秩序を追及する」という意味において妥当するにすぎない。また、戦争は犯罪をもつて行う教育でもある。 *See id.* at 264-269.
- (92) *See id.* at 279-285.
- (93) *See id.* at 248.

- (94) The Lotus (France v. Turkey), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10. 邦訳は、皆川洗編『国際法判例集』二五—二六四頁（有信堂、一九七五年）。
- (95) *Id.* at 18.