

博士学位論文

海洋安全保障と国際法

—領海秩序維持のための沿岸国の措置—

佐藤教人

目次

目次.....	2
略語一覧.....	7
序論.....	8
I 問題提起.....	8
1 問題の背景.....	8
2 免除の問題.....	11
3 先行研究の整理.....	13
II 本稿の視点・目的・構成.....	17
1 本稿の目的と射程.....	17
2 本稿の構成.....	19
第1部 領海における外国軍艦及び公船に対する執行措置の限界.....	23
I はじめに.....	23
II 関連概念の概観.....	25
1 領海の法的地位.....	25
2 無害通航権.....	28
III 軍艦と公船の同異.....	31
1 通航関連規則の起草過程の分析.....	31
(1) 軍艦.....	31
(2) 公船.....	39
2 免除に関する分析.....	44
3 軍艦と公船の定義.....	49
(1) 軍艦.....	49
(2) 公船.....	51

(3) 差異.....	53
4 小括.....	53
IV 沿岸国法令執行権と沿岸国保護権.....	54
1 「接合説」と「分離説」	55
2 沿岸国法令執行権と沿岸国保護権の関係	63
(1) 法令執行権.....	63
(2) 保護権.....	69
3 海洋法条約 30 条の性質.....	72
4 小括.....	74
V 海洋法条約 25 条と 30 条の具体的運用要領.....	76
1 民間船舶	76
2 軍艦.....	76
3 公船.....	77
VI おわりに	80
第 2 部 海上における法執行活動と武力の行使.....	82
I はじめに	82
1 問題提起	82
2 用語の意味.....	86
II 先行研究	88
1 許容される可能性がある暴力行為の法的根拠.....	88
(1) 自衛権 (the right of self-defense).....	88
(2) ギル (T. D. Gill) の「国家の本質的利益を保全し及び確認する権利」	91
(3) 法執行活動.....	93
(4) 対抗力を保持した国家管轄権の一方的行使.....	96

(5) 検討対象外とする法的根拠.....	98
2 許容性の指標のためのパラダイムの整理	99
(1) 武力行使パラダイム広範タイプ	100
(2) 法執行パラダイム広範タイプ	101
(3) グレーゾーン積極対応タイプ	101
III 「武力の行使」と「実力の行使」の峻別の困難性.....	101
1 海上における事例	103
2 空における事例	108
3 海中における事例	112
4 目的（標的）を限定した軍事行動の事例	115
IV 「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動を選択する必要性.....	119
1 自衛権発動要件の不明確性（「武力攻撃」概念の不統一性）	119
2 エスカレーション防止	125
3 主権免除のベールを貫き通す必要性.....	129
4 （事前警告なしの）致死的力の行使の必要性.....	131
V 「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動を選択できる許容性.....	135
1 2条4項の意味における武力の行使であるための敷居（を超えてはならない）	135
(1) 行為又は事態の重大性（gravity）の基準	136
(2) 他国に対する武力を行使する意図（intention）の基準.....	145
(3) 考慮要素	152
2 適用法規問題.....	155
(1) 戦時／平時の二分法の歪み（武力紛争と法執行活動における適用法規の重複）	155
(2) 交戦法規（jus in bello）.....	159
(3) jus ad bellum の継続適用から導き出される制限.....	160

(4) いわゆる平時法	162
(a) 武器使用の制限	163
(b) 海洋法	165
(5) 第3国に対する措置 (jus in bello)	169
VI おわりに	172
結論	176
I 第1部 「平時」における力の行使の限界	179
1 軍艦と公船の同異	179
2 法令執行権と保護権	181
3 執行措置の限界	182
II 第2部 純然たる平時でも戦時でもない状況における「法執行活動」	183
1 「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動	183
2 「法執行活動」を選択する必要性	184
(1) 狭義の自衛権を根拠とすることを控えたい理由	184
(2) 狭義の法執行活動では根拠として不十分と考えられる理由	185
3 「法執行活動」を選択できる許容性	187
(1) 2条4項の意味における武力の行使であるための敷居（を超えてはならない）	187
(2) 適用法規問題	188
III 純然たる平時でも戦時でもない状況における力の行使の限界	188
主要参考文献・資料	194
I 一次資料	194
1 判決・勧告的意見	194
(1) 常設国際司法裁判所	194
(2) 国際司法裁判所	194
(3) 仲裁・ITLOS	195

(4) 欧州人権裁判所	196
(5) 国内裁判所.....	196
(a) 米国.....	196
(b) 英国.....	196
(c) ドイツ.....	196
(d) 日本.....	196
2 条約等起草過程	196
(1) 1930 年ハーグ国際法典編纂会議	196
(2) UNCLOS I	197
(3) UNCLOS II	197
3 侵略の定義に関する国連総会決議採択に至る起草過程	197
4 その他国際機構の公式文書.....	198
(1) 国際連合	198
(2) 欧州連合	200
5 学術団体	200
6 国家機関	200
(1) 米国.....	200
(2) 英国.....	201
(3) オーストラリア	201
(4) 韓国.....	201
(5) 日本.....	201
7 ニュースソース等	202
II 外国語文献.....	203
III 日本語文献.....	210

略語一覽

AJIL	American Journal of International Law
B.Y.I.L.	British Yearbook of International Law
EJIL	European Journal of International Law
ICJ	International Court of Justice
ICJ Reports	Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders of the International Court of Justice
ILC	International Law Commission
ILC Yearbook	Yearbook of the International Law Commission
Institut	Institut de Droit International
ITLOS	International Tribunal for the Law of the Sea
JCSL	Journal of Conflict and Security Law
NAFO	Northwest Atlantic Fisheries Organization
PCIJ	Permanent Court of International Justice
PKO	Peacekeeping Operations
UNCLOS I	First United Nations Conference on the Law of the Sea, 1958.
UNCLOS II	Second United Nations Conference on the Law of the Sea, 1960.
UNCLOS III	Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-82.
UN GAOR	General Assembly Official Records (United Nations)
UN SCOR	Security Council Official Records (United Nations)
U.N.Y.B.	The Yearbook of the United Nations

序論

I 問題提起

1 問題の背景

四方を海に囲まれた日本の国境線は海と空であり、海洋は社会と経済の重要な基盤であるとともに、外的な脅威の経路の一つとなり得るものである。そのため日本政府は 2013 年 12 月に策定した「国家安全保障戦略」において、日本を「開かれ安定した海洋」を追及する「海洋国家」と位置づけ、海洋安全保障を中心課題の一つとして挙げている。同戦略では、海洋国家として、各国と緊密に連携しつつ、力ではなく、航行・飛行の自由や安全の確保、国際法にのっとった紛争の平和的解決を含む法の支配といった基本ルールに基づく秩序に支えられた「開かれ安定した海洋」の維持・発展に向け、主導的な役割を發揮することが謳われている¹。

もとより、海洋安全保障問題が顕在化しているのは、グローバルなパワーバランスの変化と無関係ではない。今日の開放的な海洋法秩序を支えているのは海の憲法と称される国連海洋法条約（United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982. 以下、海洋法条約と呼称）であるが、それとともに世界の海で秩序が維持されてきたのは、あらゆる海域での航行の自由を国是とする米国の力によるところが大きい。だが、「国家安全保障戦略」も指摘するように、国際社会において中国やインドなどの新興国が台頭する一方、米国は国際社会を維持するための指導力を相対的に失いつつある。このため、過剰な海洋管轄権を主張する沿岸国の中に、力を背景にした現状変更を試みる動きがみられるようになっていく²。

そのように海洋秩序が動揺する中、各国の海軍や法執行機関が係争海域などで対峙する事案が相次いでいるため、海上における危機管理の重要性が急速に高まってきている³。

¹ 『国家安全保障戦略』（2013 年 12 月）22 頁。at

http://www.cas.go.jp/jp/siryou/131217anzenhoshou/pamphlet_jp_en.pdf (last access on 27 Feb. 2016).

² 小谷哲男「海洋安全保障の今日的課題－海上における危機管理」『国際安全保障』第 42 巻第 1 号（2014 年 6 月）1 頁。

³ 同上。

現在、そのような観点で世界的に最も注目されている海域は南シナ海であるが、例えば、2015 年 10 月 27 日に南シナ海の南沙諸島で中国が建造中の「人工島」から 12 カイリの水域内を、「航行の自由」と名付けた作戦にもとづいて米国の駆逐艦が航行し、それに対抗して中国は、同海軍のミサイル駆逐艦と巡視艦などが当該米駆逐艦を追尾し、「監視」と「警告」を行ったという⁴。だが、同海域の国家間の紛争は決して新しいものではなく、第二次世界大戦後、複数の国が同海域の島や礁（低潮高地）の領有権等を主張していることから、武力衝突に至るものも含め、大小の紛争が各所発生してきた。

そんななか、国際法に則った紛争の平和的解決手段として、フィリピン政府が同海域におけるフィリピンと中国との間の紛争を海洋法条約付属書Ⅶに基づく仲裁手続に付託し⁵、2015 年 10 月 29 日、フィリピンの主張の一部について当該仲裁手続を行う仲裁裁判所の管轄権が認められた⁶ことは注目に値する。2016 年中に本案判決が下される見込みであり、もちろん判決の内容は精査される必要があるが、力による⁷現状変更の試みに対し、既存の国際法に基づく力によらない紛争解決の道筋が健在していることを現しているものといえよう。

他方で、日本近海に目を転じれば、能登半島沖不審船事案（1999 年）、九州南西海域不審船事案（2001 年）、日本海中部海域不審船事案（2002 年）、中国原子力潜水艦による領海内潜没航行事案（2004 年）、尖閣諸島周辺領海での中国漁船による日本海上保安庁巡視船に対する衝突事件（2010 年）など、その安全保障にとって脅威となる事案・事件が起きている。さらに 2012 年 9 月の魚釣島、北小島、南小島という三つの島の「国有化」を契機に、一時に比べて若干静まったとはいえ、中国政府当局の公船が連日のように同諸島接

⁴ 2015 年 11 月 9 日 日本経済新聞 朝刊

⁵ 2013 年 1 月 22 日付託。cf. Notification and Statement of Claim, from the Department of Foreign Affairs of the Republic of the Philippines, Manila to the Embassy of the People's Republic of China, Manila, 22 Jan 2013. at <http://www.pcacases.com/web/view/7> (last access on 26 Feb. 2016).

⁶ *Permanent Court of Arbitration Case No.2013-19, In the Matter of an Arbitration before an Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Conventions on the Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People Republic of China, Award on Jurisdiction and Admissibility* (29 October 2015), at <http://www.pcacases.com/web/sendAttach/1506> (last access on 26 Feb. 2016).

⁷ 本稿の傍点及び下線による強調は、特に断りがない限りすべて著者によるものである。また、引用文中の [] は著者が付け加えたものである。

続水域への入域、さらには領海を徘徊するという事態が常態化している。また、外国軍隊の動きでいえば、2013年11月、東シナ海上空における中国の防空識別圏の設定⁸、2014年12月、中国海軍駆逐艦などが尖閣諸島の北方70kmまで接近し、Uターンなどを繰り返した事案⁹、2015年11月、同国海軍の情報収集艦が尖閣諸島南方の公海を反復航行し、日本の領海や接続水域には入っていないが、尖閣南方海域で中国軍艦の航行が初めて確認された事案¹⁰等があり、その緊張の度合いでいえば南シナ海と遜色はない。

このような純然たる平時でも戦時でもない状況¹¹における安全保障上の脅威に対し日本国政府は、一義的には警察機関や海上保安庁をもって対応することになっているが、当該法執行機関のみでは対応できない場合、自衛隊による海上における警備行動¹²や治安出動¹³による対処行動をも想定している¹⁴。

また、南シナ海で起きた例で言えば、2014年5月、中国がベトナムと領有権を争っている西沙諸島付近で大型石油掘削装置を使った試掘作業を開始し、これに反発するベトナムとの間で、中国海警とベトナム海上警察の公船同士が、放水や接舷規制を応酬的に行うという事態¹⁵も類似した状況下におけるものと言える。

⁸ 当該圏内に尖閣諸島上空も含んでいる。

⁹ 2016年1月12日 読売新聞 朝刊

¹⁰ 2015年11月13日 日本経済新聞 朝刊

¹¹ 日本に特有の概念に「グレーゾーン事態」があるが、本稿ではこの“純然たる平時でも戦時でもない状況”をこれと同義で用いる。「グレーゾーン事態」が正確にはどのような事態を指すのかについては、それが法律上定義された概念ではないため、必ずしも明確というわけではない。例えば、防衛省が発行している『平成27年版防衛白書』のなかでは、「グレーゾーン事態」について、「領土や主権、経済権益などをめぐる、純然たる平時でも有事でもない（事態）」と定義され、具体的には、「①国家などの間において、領土、主権、海洋を含む経済権益などについて主張の対立があり、②そのような対立に関して、少なくとも一方の当事者が自国の主張・要求を訴え、または他方の当事者に受け入れさせることを、当事者間の外交的交渉などのみにならずして、③少なくとも一方の当事者がそのような主張・要求の訴えや受け入れの強要を企図して、武力攻撃に当たらない範囲で、実力組織などを用いて、問題に関わる地域において、頻繁にプレゼンスを示したり、何らかの現状の変更を試みたり、現状そのものを変更したりする行為を行う」事態と説明されている。森川幸一「グレーゾーン事態対処の射程とその法的性質」『国際問題』No. 648. (2016年1・2月) 29-30頁。『平成27年版防衛白書』1頁。at http://www.clearing.mod.go.jp/hakusho_data/2015/pdf/27010000.pdf

¹² 自衛隊法82条及び93条

¹³ 自衛隊法78条、88条、89条及び90条

¹⁴ 『我が国の領海及び内水で国際法上の無害通航に該当しない航行を行う外国軍艦への対処について』（平成27年5月14日）閣議決定。『離島等に対する武装集団による不法上陸等事案に対する政府の対処について』（平成27年5月14日）閣議決定。

¹⁵ 2014年5月10日 日本経済新聞

2 免除の問題

しかしながら、このような外国軍艦や公船¹⁶に対し対応行動をとる場合には、それらが享受するとされる免除をどう克服するのかという問題が第一に飛び込んでくる。すなわち、外国軍艦及び公船は主権免除を享受するとされるから、それらによる執拗な沿岸国法令違反等が生じても沿岸国は、その現場海域においては退去要求以外にはとりうべき措置がないともいわれているのである。そういうわけだから、領海においてもこれら外国軍艦及び公船は沿岸国の管轄権に服さないともしばしばいわれる。しかし、そのような艦船であっても沿岸国法令の遵守を求められることに間違いない。海洋法条約 30 条は、通航に係る沿岸国法令に反し、その遵守要請を無視する外国軍艦は領海外への退去を求められると規定している。軍艦に対しては、沿岸国法令違反の段階で退去要求が可能なのであり、退去しないことでその無害性を喪失するという見解¹⁷が一定の支持を受けているようである。さらに、海洋法条約に明文規定はないものの、沿岸国は外国公船に対してもこのような退去要求を行い得ることが合理的である¹⁸ことがいわれている。また、同条約 31 条では、通航に関する沿岸国法令違反、海洋法条約又は国際法の他の規則の違反の結果生じた損害等につき軍艦や公船の旗国は国際的責任を負うとする。

特に問題となるのは、沿岸国がこれら外国軍艦及び公船を領海外に退去させるために何らかの暴力行為¹⁹を行い得るかである。これは、外国軍艦・公船との関係における沿岸国の保護権として必要な措置の範囲の問題とも重なる。すなわち、外国軍艦・公船が享受する免除と沿岸国の保護権のそれぞれの射程をまず問題とし、次にそれら両概念がどう重なるのか、またはどう関係するべきなのかが問題となってくるのである。

¹⁶ 本稿でいう公船は特に断りがない限り「非商業的目的のために運航する軍艦以外の政府船舶」とする。

¹⁷ F. D. Froman, “Uncharted Waters: Non-innocent Passage of Warships in the Territorial Sea,” *San Diego Law Review*, Vol. 21 (1984), p. 665.; 小寺彰「政府船舶に対する沿岸国の措置」『海洋の科学的調査と海洋法上の問題点』（日本国際問題研究所、1999 年 6 月）77 頁。

¹⁸ R. R. Churchill and A. V. Lowe, *The Law of the Sea* (Manchester: Manchester University Press, 1999), p. 99.; T. Treves, “Chapter 17 Navigation,” R-J Dupuy & D. Vignes eds, *A Handbook on the New Law of the Sea* (Martinus Nijhoff Publishers, 1991), p. 923.; 村上暦造「国家船舶の免除と執行措置」『海洋の科学的調査と海洋法上の問題点』（日本国際問題研究所、1999 年 6 月）94 頁。

¹⁹ 本稿では、「暴力行為」を物理的その他の力によって人または物を殺傷、破壊又は捕える行為とし、それ自体に法的評価を含まない概念とする。また、「力の行使」という用語も、それ自体に法的評価を含まない概念として「暴力行為」と互換的に使用する。

学説には、軍艦の免除享有との整合性から沿岸国の保護権はそこではオーバーライドすることはできず、軍艦はその旗国の管轄下に留まるとするものが多い²⁰。これらは、免除をあらゆる沿岸国の暴力行為からのそれと認識した上で、軍艦に対する暴力行為の免除ゆえの否定にかわって海洋法条約が用意したのが、法令違反段階での退去要求と軍艦旗国の国際的責任追及であったと理解するのである²¹。

しかし、免除の否定がありうるとの立場もないわけではない。かかる見解は、軍艦の免除享有は、これらが国際法や沿岸国法令を遵守することが前提であって、これらを見做すものに免除は与えられないとするのである²²。合衆国連邦最高裁判所スクナー・エクスチェンジ号事件判決はこの立場を示唆しているともいえるかもしれない²³。また、軍艦の事例ではないが、旭川地方裁判所の1954年のクリコフ船長事件判決は、ソ連東サハリン国営漁業トラスト巡回艇が免除を享受するものであったとしても、犯罪行為を目的とするのであれば免除は否定されるとし、当該船舶を司法手続の対象とした²⁴。サドルスカ(R. Sadurska)によれば、潜没潜水艦侵入事件でスウェーデン政府は、内水侵入の場合や法令違反の場合には免除が失われるとしたという²⁵。

他方で、公船の免除の射程と沿岸国の保護権の射程の関係を述べた研究はそもそもその数が少ない。判例では先に述べたクリコフ船長事件判決が唯一参考となる資料と考えられる。昨今の尖閣諸島周辺海域に出入域を繰り返す中国公船に対し実効的かつ合法的に対処行動を行う必要がある日本政府として、このような外国公船の法的性質の明確化は喫緊の課題であり、本稿の目的の一つである。

²⁰ See, e. g., B. H. Oxman, "The Regime of Warships Under the United Nations Convention on the Law of the Sea," *Virginia Journal of International Law*, Vol. 24 (1984), pp. 815, 854-855.

²¹ 小寺「前掲論文」(注17) 77頁。

²² I. Delupis, "Foreign Warships and Immunity for Espionage," *AJIL*, Vol. 78 (1984), p. 71.

²³ 同判決は、「平時関係にある外国の用に供せられる武装公船であるので、…港にいて友好的にふるまう間は、…国の管轄権から除外されるべきであるという暗黙の約束の下に…領域に入ってきたと考えなければならない」と判示した。*The Schooner Exchange v. McFaddon and Others*, 11 U.S.(7 Cranch) 116(1812), pp. 116 and 141.

²⁴ 昭和29年2月19日旭川地裁判決。

²⁵ R. Sadurska, "Foreign Submarines in Swedish Waters: The Erosion of an International Norm," *Yale Journal of International Law*, Vol. 10 (1984), pp. 45-48.

3 先行研究の整理

免除を否定するかまたは沿岸国の保護権の側面から詰めていくかはともかく、沿岸国がこのような外国軍艦又は公船に対し行う暴力行為の性格がさらに問題となる。仮にこのような暴力行為が沿岸国の法執行活動と位置づけられるのであれば、そうした措置に伴う実力の行使については、先例を通じて一定程度のルールが明らかにされている。すなわち、当該武器の使用は、法令執行のために「不可避、合理的、必要である限り」において認められる²⁶。端的に言えば、法令執行の目的の範囲内で警察比例原則に則った必要最小限の力の行使が許容されることになる。

他方で、当該暴力行為が武力行使と位置づけられるのであれば、当該武力行為が国際法上禁止されるか、禁止されるとして自衛権行使等の事由によって正当化しうるか、という枠組みで分析されることになる。

海上における沿岸国のこのような暴力行為が法執行活動の文脈で行われるのか、武力行使として行われるかは、当該暴力行為を規律する規範が何であるのか、どのような性質・限度の武器使用が認められるか、といった現実的な諸問題に影響を与える²⁷。しかしながら、海上における武器使用を伴う措置の性格づけは、実際上の重要性にもかかわらず、これまでほとんど研究されてこなかった分野であると指摘されている²⁸。

そこで本稿の目的の一つとして、このような純然たる平時でも戦時でもない状況において、沿岸国が外国軍艦及び公船に対して行う力の行使の限界とその法的根拠を明らかにすることを挙げる。

ところで、免除をどう克服するかという問題に絡めて、外国軍艦・公船に対する暴力行為の「力 (force)」の意義または捉え方には以下の3つの考え方があるように思われる。

²⁶ *The Arbitral Tribunal Constituted Pursuant to Article 287, and in Accordance with the Annex VII, of the United Nations Convention on the Law of the Sea in the Matter of an Arbitration between Guyana and Surinam*, in the Award of 17 September 2007, [hereinafter cited as *Guyana/Suriname Award*], para. 445.

²⁷ 西村弓「排他的経済水域・大陸棚における測量妨害行為に係る諸問題」『海上法執行活動に関する諸問題の調査研究 研究報告書』(海上保安大学校国際海洋政策研究センター、2015年3月) 40頁。

²⁸ Patricia Jimenez Kwast, “Maritime Law Enforcement and the Use of Force: Reflections on the Categorization of Forcible Action at Sea in the Light of the Guyana/Suriname Award,” *JCSL*, Vol. 13, No. 1 (2008), pp. 52 and 61.

第一の立場は、法執行活動と武力行使はそもそもディメンションが異なるので、法執行活動における暴力行為がどんなに烈度が高いものであったとしても、それは飽く迄法執行活動における暴力行為であるとする説である。例えば、オCONNELL(D. P. O' Connell)教授は、外国軍艦に対する高烈度の火力を用いた暴力行為をも法執行活動なる表現で説明することができる場合があることを指摘している²⁹。法執行活動の語は、様々な文脈で様々な意味で使用されており、いかなる範囲の措置を指しているのか学説上もよく整理されているわけではない。免除が喪失した故をもって裁判のような司法的手続に付することを含めて使用する場合もあるであろうし、また、領海外退去強制の側面に限って使われることもあるように思われる³⁰。

いずれにせよ、国内法に基づく措置の側面を強調するのであれば、外国軍艦及び公船に対する暴力行為が国際的平面における武力の行使を巡る紛争に転化することを回避する効果、すなわちその暴力行為を *jus ad bellum* (戦争ないし武力行使に訴えることが許されるかを規定する法) の範疇で考察しないことにより、当該暴力行為がその点で国際法上合法か違法かという紛争を回避しようというのである。

第二の考え方は、国家機関間の暴力行為に関しては、法執行活動のものとは評価できず、須く武力行使の文脈に位置づけられ、その合法性または許容性は国連憲章 2 条 4 項及び 51 条 (または第 7 章) の審査をうけることになるというものである。ロイス (T. Ruys) によれば、法執行活動概念は法執行主体と客体との垂直的關係の存在を前提とするが、国際法上、軍艦・公船については免除が認められることから垂直的關係にはなじまず、軍艦・公船に対して執られる措置は水平的な主体間の問題として把握されるという³¹。オックスマ

²⁹ D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea*, Vol. II (1984), pp. 1096-1097. ここでオCONNELL教授は、1967 年の第三次中東戦争終結から 4 カ月後にエジプトがイスラエル海軍駆逐艦エイラートをその領海内 (イスラエルは当該駆逐艦は当時公海上を航行していたと主張) で撃沈した事案は、その当時の状況から考えると、自衛権を援用した武力の行使というよりは法執行活動とカテゴライズすることが望ましいと述べる。また、ベトナム戦争において米国艦船が南ベトナム領海内で行ったマーケット・タイム作戦及び北ベトナム領海内で行ったシー・ドラゴン作戦は、報復又は復仇という目的を隠すための政治的必要性から、法執行活動を基盤として必要な措置を行ったという。

³⁰ 真山全「領海にある外国軍艦に対する強力的措置に関する覚書」『国際安全保障』第 35 巻第 1 号 (2007 年 6 月) 47 頁。

³¹ Tom Ruys, "The Meaning "Force" and The Boundaries of the *Jus ad bellum*: Are "Minimal" Uses of Force Excluded From UN Charter Article 2(4)?" *AJIL*, Vol. 108, No. 2 (2014), p. 180.

ン (B. H. Oxman)教授も、法執行は国家とその管轄権に服する船との間にのみ観念される概念であって、軍艦・公船に対して実力を訴えることは武力による威嚇または武力の行使にあたり、海洋法ではなく国際の平和と安全の維持に関わる問題であると指摘する³²。

ここでの狙いは当該暴力行為を外国軍艦・公船の免除問題から切り離して論じるためであり、そのため、ここではしばしば自衛権による説明が試みられている。

外国軍艦又は公船が領海内にある場合、これを沿岸国に対する武力攻撃と認識すれば、沿岸国は国連憲章 51 条に従い自衛権を援用できる。しかしながら、その存在自体が沿岸国に対する武力攻撃を構成するとみなすことが妥当かや、外国軍艦・公船がいかなる行為をなせば武力攻撃とされるのかについて学説及び国家実行において見解の一致はないように思われる。また、国連憲章のいう自衛権とは異なる意味合いでの外国軍艦・公船排除のため自衛権が援用される場合もあり、武力攻撃の存在に明示的に言及しないまま、自衛権を根拠に沿岸国が外国軍艦・公船の排除を試みたと考えられる事例があるのである³³。

このような問題に対して、ディンシュタイン(Y. Dinstein)は、潜没潜水艦について、その侵入は（それだけで）初期段階の武力攻撃 (incipient armed attack)と推定することができ、沿岸国は自衛による強制措置をとることができるとする³⁴。これは、潜没潜水艦は、その活動が目視または電子的手段で容易に確認できない点で水上艦よりも危険性が高いことを考慮に入れ、潜没潜水艦の侵入それ自体と武力攻撃を強く結びつけるものであるといえよう。

第三の見解は、法執行活動と武力の行使を同じディメンションに位置づけ、そこに国連憲章 2 条 4 項の敷居を設ける考え方である。ここには、ミニマル・ユース・オブ・フォース (minimal uses of force)³⁵という概念が深く入り込んでくる。

マリーエレン・オコンネル(Mary Ellen O'Connell)は、この点について明確な根拠があるわけではないが、と断りを入れながらも、2 条 4 項の射程は見た目よりも狭く、ミニマ

³² Oxman, *supra* note 20, p. 815.

³³ 真山「前掲論文」(注 30) 48 頁。

³⁴ Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 5th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), p. 244.

³⁵ 詳しくは、第 2 部－Ⅲ章を見よ。

ル・ユース・オブ・フォースは2条4項の武力行使禁止の敷居をおそらくは越えないであろう³⁶、と述べる。また、コルタン(O. Corten)は、国際関係におけるユース・オブ・フォースが、ある一定の国際法規則には反する可能性はあるものの、国連憲章2条4項に違反することはないという意味の敷居が存在する³⁷、と主張する。

さらに、外国軍艦又は公船の領海侵入のような武力攻撃に至らない軽微な侵害に対して、比例する範囲で武力に訴えることはそもそも武力行使禁止原則の範疇に入らないとする見解がある。ジョージア紛争に関する独立国際事実調査ミッションは、憲章2条4項における武力行使の禁止は、一定の敷居値の烈度(a minimum threshold intensity)を超える全ての物理的力の行使の問題を規律する³⁸とする。このことは、逆に一定の烈度以下の武力の行使は、例えば他国領域で行われれば領域主権侵害等の他の国際法違反を生じることあり得るとしても、少なくとも武力行使禁止原則の違反とは評価されないことを意味している³⁹。

そこで、このような憲章2条4項の敷居を超えない武力の行使をどのように正当化するかというと、ここで用いられるのは法執行活動ではなく武力の行使における暴力行為であるので、第二の見解のように自衛権で説明することになる。しかし、ここでは武力攻撃に至らない侵害に対して自衛権で説明するので、憲章51条のいうそれとは異なるものを用いることになる。デルピス(I. Delupis)は「武力攻撃が発生していない場合であっても、沿岸国は自衛権の行使が可能である⁴⁰」とし、フローマン(F. D. Froman)中佐も、沿岸国の「保護権」としての use of armed force と構成しつつも、それが「慣習法上の」自衛権と等しいと見る⁴¹。

この立場を国家実行として行った事例が、1981年及び82年に領海及び内水内に侵入した潜没潜水艦に爆雷等を使用して浮上と退去を求めたスウェーデン政府の対応であると言

³⁶ Mary Ellen O'Connell, "The Prohibition on the Use of Force," *Research handbook on international conflict and security law*, ed. by Nigel D. White, Christian Henderson (Cheltenham, 2013), p. 102.

³⁷ O. Corten, *The Law Against War* (Hart Publishing, 2010), pp. 55 and 56.

³⁸ *Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia*, Report, Vol. II (Sept. 2009), p. 242.

³⁹ 西村「前掲論文」(注27)43頁。

⁴⁰ Delupis, *supra* note 22, p. 72.

⁴¹ Froman, *supra* note 17, pp. 674 and 683.; 詳しくは、第1部-V章-2を見よ。

われる⁴²。というのも、スウェーデン政府は、措置の根拠として免除喪失とともに、自衛権にも依ったとされるが、潜没潜水艦の存在が武力攻撃を構成するかについては、同政府はこれを直接的に肯定していないように見えるから⁴³である。

このような立場は、沿岸国の措置が軍艦・公船の免除によって制限されていることを認識した上で領海にある外国軍艦・公船に対する暴力行為の法的根拠を提供しようとするものである。上記のような学説や国家実行が自衛権を援用するのは、相手が軍艦又は公船だからであり法執行活動としての説明に困難を見出しているからであろうと思われる。しかし、国連憲章上の自衛権として説明する場合、その発動が条文上は武力攻撃を構成する客体に限定されるから、それとは異なる意味合いの自衛権でもって説明する立場が生じるのであろう⁴⁴。

II 本稿の視点・目的・構成

1 本稿の目的と射程

それではこの3つの説のうちどれを採用すべきであろうか。結論を先にいうと、そこに通説というものは存在しないし、これまでの国家実行を見ても、明確な法的根拠の下に国家はその暴力行為が法執行活動のものであるか武力行使のものであるのかをそれぞれのケース毎使い分けてきた⁴⁵。それが許される環境があるのは国際法を立法する国家群がそれを望んでいるからである。第3次国連海洋法会議においては、条約上の“enforcement measures”や“necessary steps”といった用語の意味や射程について詰めた検討を行うことは避けられた⁴⁶。海洋法条約中に力の行使に関する詳細な規定が置かれなかったのは、海上における力の行使を巡る法規制について見解の一致が見られなかったこと、さらには将来的に国際環境が変化し得ることに照らして、いずれかの国の安全保障政策上の選択肢を

⁴² 真山「前掲論文」(注30) 49頁。

⁴³ 同上。

⁴⁴ 同上。

⁴⁵ 例えば、スウェーデン対水没潜水艦事件〈カールスクローナ(1981年)、ハルス・フィヨルド(1982年)〉、中国海軍原潜日本領海潜没航行事件(2004年)、トンキン湾事件(1964年)、エイラート号沈没事件(1967年)、USS プエブロ号拿捕事件(1968年)、シドラ湾事件(1981年)、ICJ スペイン・カナダ漁業管轄権事件(管轄権判決)(1998年)

⁴⁶ I. A. Shearer, “Problems of Jurisdiction and Law Enforcement against Delinquent Vessels,” *ICLQ*, Vol. 35 (1986), p. 341.

狭める可能性のある規定を設けることに消極的であったことが原因とされる⁴⁷。海洋法条約前文は「条約により規律されない事項は、引き続き一般国際法の規則及び原則により規律されることを確認」するが、海上における暴力行為についての一般国際法の規則及び原則は、あえて曖昧にされているように思えるのである。

そんな中、2007年のガイアナ・スリナム仲裁判決は、国家が法執行活動の暴力行為であると主張したものを武力行使のそれであると評価⁴⁸したことにより、国家の法執行活動又は武力行使を選択する「裁量権」に一石を投じた。よってこの仲裁判決以降、海上における暴力行為の性格づけの問題が少しずつではあるが議論されるようになった。しかし、こうした近年の研究の大半は、海上での法執行活動における暴力行使と武力行使におけるそれを明確に分ける基準は存在せず、それぞれの暴力行為を巡る諸要素に照らしケース・バイ・ケースに判断されるとする。詳しくは本稿第2部で取り上げるが、例えば、武力不行使原則を定める国連憲章2条4項を巡る国家慣行に関して初めて本格的モノグラフを著したと評される⁴⁹コルタン⁵⁰、暴力行為の意義及び国連憲章2条4項の射程を検討したロイス⁵¹、及び、暴力行為の機能的目的(functional objective)という視点に立って分析したクヴァスト (P. J. Kwast)⁵²の研究が有名である。日本の研究者で言えば、森川教授がPSI(Proliferation Security Initiative)や国連による海上阻止活動の性質決定を含めてより包括的にこの点について検討を行っている⁵³。

このように、学説上は海上における暴力行為の性質を決定する明確な基準は存在せず、諸要素に照らしてケース・バイ・ケースで判断すればよいとしても、国家はその安全保障上の危機において、明確な法的根拠の下に法執行活動か武力の行使かを否応なしに選択せざるを得ないから、時に難しい状況判断を迫られることがある。例えば、海上における法

⁴⁷ A. V. Lowe, "National Security and the Law of the Sea," *Thesaurus Acroasium*, Vol. 17 (1991), p. 134.

⁴⁸ *Guyana/Surinam Award*, para. 445.

⁴⁹ Ruys, *supra* note 31, p. 159.

⁵⁰ Corten, *supra* note 37, pp. 66-67.

⁵¹ Ruys, *supra* note 31, pp. 175-176.

⁵² Kwast, *supra* note 28, pp. 49-91.

⁵³ 森川幸一「国際平和協力外交の一断面－「海上阻止活動」への参加・協力をめぐる法的諸問題」『日本が外交と国際法』(内外出版、2009年) 271-275頁。

執行機関として行動する沿岸国の軍艦が警察比例の原則等に従い暴力行為を行い、かかる措置の烈度が武力紛争関連条約が念頭に置く武力紛争の敷居を超えたならば、そうであってもその暴力行為は法執行活動といえるのであろうか。本稿は、沿岸国の主権的権利及び管轄権行使の文脈における法執行活動を武力行使とどのように区別するかという問題認識に立った上で、純然たる平時でも戦時でもない状況において、沿岸国が外国軍艦及び公船に対して行う力の行使の限界とその法的根拠を明らかにするものである。本問題の解明は日本のような国にとって極めて重要である。なぜなら、日本のような国内法上、武力行使が極めて限定的に規制されている国家は、前述したように武力攻撃に至らない侵害に対して法執行活動により対応しようとする傾向があり、そこでは国内外に対して説得力ある法的説明が必要だからである。

また、沿岸国の法執行活動に焦点をあてるのだから、当該国の主権的権利や管轄権が最も集中する領海に焦点をあてて検討を進めることとする。もちろん、公海や排他的経済水域（以下、EEZ と呼称）のような領海外の海域について検討しないわけではないが、沿岸国の法執行活動という文脈においてのみ検討の対象とすることにし、最近の海賊対応行動や大量破壊兵器拡散に対応する公海上の行動など、いわゆる公海における海上警察活動、さらには、安保理の決定を根拠にした禁輸措置などにおいて、外国船舶を臨検、乗船・検査する行為の法的性質もよく議論になるが、本稿ではこれら基本的には取り上げない。

2 本稿の構成

以上のような点を明らかにするために、本稿では以下の順序で考察を進める。

まず、第1部「領海における外国軍艦及び公船に対する執行措置の限界」においては、領海における通航規則の基礎が確立されたという1930年及び1958年の2つの法典化作業を中心にその起草過程を検証することにより、「平時」における沿岸国の暴力行為についてその限界と法的淵源を検討する。第二に、先行研究が極めて少ない外国公船に関して、この部において軍艦との違いを検討することもその重要な目的である。

ここでは最初に、領海の法的地位の変遷及び無害通航権の沿革等を押さえることにより関連概念を概観し（第1部一Ⅱ章 関連概念の概観）、次に、先に述べた2つの法典化作業

を追うことにより軍艦と公船の違いを浮かび上がらせる。その際、領海通航関連規則、享受する免除の淵源、並びに、軍艦及び公船の定義の分析を通じその差異を明らかにしていく（第1部—Ⅲ章 軍艦と公船の同異）。

他方で、沿岸国が外国軍艦・公船にとり得る措置としては、国内法令を前提とする法令執行権の行使、または、海洋法条約 25 条に基づく無害でない通航を防止するための必要な措置、すなわち、保護権行使がある。ここでは、同 25 条、及び、沿岸国法令違反における執行措置規定と考えられる同 30 条の具体的運用要領を明らかにすることになる次章に先立ち、この保護権と法令執行権の間、さらには海洋法条約 25 条及び 30 条の間に何があるかを整理する。具体的には、この 2 つの措置（保護権と法令執行権の行使）が発動され得る数居、すなわち、無害でない通航の認定と法令違反がどのような関係があるのか、また、措置を発動するにしてもその制裁要領に違いはあるのか、さらには、2 つの措置にオーバーラップする部分があるとするならば、その交錯要領はいったいどうなるか、最後に海洋法条約 30 条の措置とは如何なる性質のものであるかを明らかにしたい（第1部—Ⅳ章 沿岸国法令執行権と沿岸国保護権）。

以前の章までにおいて、軍艦と公船の違いを浮かび上がらせ、そして、法令執行権と保護権の差異やオーバーラップしている状況を検討してきたので、第1部の最終章として、それまでの検討を踏まえて軍艦及び公船それぞれに関し、事例を参照しながら根拠条文を踏まえその具体的運用要領を簡潔に説明することにより、同文脈における執行措置の限界を一定程度明らかにしてみたい（第1部—Ⅴ章 海洋法条約 25 条と 30 条の具体的運用要領）。

本稿第1部の意義は、「平時」における沿岸国の暴力行為についてその限界と法的根拠を明らかにすることに関し、外国軍艦だけにとどまらず、外国公船に対しても行っていることある。そこでは公船が享受する無害通航権や免除の性質、海洋法条約 30 条の退去要求及びその他沿岸国法令の執行、並びに、25 条の保護権が外国公船に対し、いかように適用されるのかが検討される。

次に、第2部「海上における法執行活動と武力の行使」においては、純然たる平時でも戦時でもない状況において、国家は「武力の行使」ではなく「法執行活動」に基づく強制措置を選択することができる現象を実証的に解明していく。そのため、沿岸国の主権的権利・管轄権行使とリンクしやすい国境付近の小競合いのような国境衝突事件を検討する国家実行や判例として取り上げる。具体的には、国家の主観的な考慮によって選択されたある暴力行為について、その行為が如何なる法的根拠をもつのか、如何なる理由からその行為が必要とされ、そして、どのような場合に許容されるのか、すなわち、その暴力行為に該当するための要件、その暴力行為の効果、及び、そこでの適用法規（人道法、人権法、その他）は何であり、どのようにすればそれらに対し合法となるのかを検討する。

ここではまず、次章以降の国家実行や判例の分析を体系化して考察するために、関連する主要な先行研究を概観する（第2部—II章 先行研究）。

次に、国家が行う暴力行為のうち、2条4項の意味における暴力行為と法執行活動における暴力行為の接点部付近（グレーゾーン）に存在すると考えられるものを取りあげて、その法的根拠を判例及び国家実行を通じて検討してみる。そこでは、そもそも武力の行使と法執行活動の峻別がいかに難しかを説明して主要検討前の動機づけを行う（第2部—III章 「武力の行使」と「法執行活動」の峻別の困難性）。また、本章の最後に、海上における法執行活動と武力行使の峻別困難な事象、特に、国境付近の小競合いのような国境衝突事件において、国家はそこで行う暴力行為の法的根拠として、国連憲章2条4項の意味における武力の行使ではなく、ある法的淵源に基づき法執行活動を選択することができるという仮説を提示する。

この「武力行使ではなく、『法執行活動』を選択することができる」という仮説は、まず、なぜ国家は、海上における法執行活動と武力行使の峻別困難な状況において法執行活動を選択するのかというその必要性が検討されることになる（第2部—IV章「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動を選択する必要性）。ここでは、その可能性があるものとして4つの事由を取りあげてみる。最初の2つが、国家が暴力行為を行う際に狭義の自衛権を根拠とすることを控えたい理由（第2部—IV章—1 自衛権発動要件の不明確性、及び、第2部

—IV章—2 エスカレーション防止）であり、後の2つが狭義の法執行活動では根拠として不十分と考えられる理由（第2部—IV章—3 主権免除のベールを貫き通す必要性、及び、第2部—IV章—4 致死力的力の行使の必要性）である。

さらに、当該仮説は、その暴力行為が2条4項の意味における武力行使に該当しない要件の検討（第2部—V章—1 2条4項の意味における武力の行使であるための敷居）、そして、そのような *jus ad bellum* の問題だけではなく、許容される法執行活動としてそこで適用される規範に違反してはならないための検討（第2部—V章—2 適用法規問題）が行われることになる（第2部—V章 「慣習法上の自衛権」 内在の法執行活動を選択できる許容性）。

なお、この第2部において提示する仮説（ある法的淵源を根拠にして武力行使ではなく法執行活動を選択する）をその必要性（IV章）及び許容性（V章）から検証する過程が本稿全体の中核部分を構成する。ここでは、一般的に武力行使禁止原則や自衛権の射程を検討することにもなるため、海上における執行の特性をふまつつも、国際関係における力の行使の規制に関わる一般論をも対象に入れて重層的に検討することになる。

最後に結論では、それまでの論証を基に、純然たる平時でも戦時でもない状況において、沿岸国が外国軍艦及び公船に対して行う力の行使の限界とその基となる背景を明らかにする。

第1部 領海における外国軍艦及び公船に対する執行措置の限界

I はじめに

2012年9月11日、日本政府が尖閣諸島を「国有化」して以来、同諸島領有を主張する中国の海洋監視船等が付近を徘徊するという事態が常態化している。外国公船に該当するこれら中国船舶により尖閣諸島周辺で現在行われている活動は、海洋法条約19条1項の「通航は、沿岸国の平和、秩序又は安全を害しない限り、無害とされる。」の「秩序」を害する行為に該当すると考えられ、我が国が当該活動を「無害でない通航」に該当すると判断した場合、同25条の「沿岸国は、無害でない通航を防止するため、自国の領海内において必要な措置をとることができる。」との規定に基づく措置がとれるものと考えられる。他方で、同32条「軍艦及び非商業的目的のために運航するその他の政府船舶に与えられる免除に影響を及ぼすものではない。」から分かるように外国公船は軍艦と同様に旗国の主権と独立を表すものとして免除を有しており、沿岸国の執行管轄権や司法管轄権が及ばないとされる。

そこで、例えばチャーチルとロウの『海洋法』¹のような著名な海洋法の教科書では、軍艦について規定した同30条「軍艦が領海の通航に係る沿岸国の法令を遵守せず、かつ、その軍艦に対して行われた当該法令の遵守の要請を無視した場合には、当該沿岸国は、その軍艦に対し当該領海から直ちに退去することを要求することができる。」という規定を公船にも適用できることが合理的であることを示唆している²。すなわち、沿岸国法令に違反し遵守要請に従わない公船を軍艦と同様に領海から直ちに退去を要求できる、とするわけである。

しかし、中国の海洋監視船等に見られる沿岸警備隊（Coast Guard）等海上における法執行機関が登場したのは、20世紀、とりわけ第二次世界大戦後においてであり³、少なくとも19世紀末から議論されている軍艦の法的性質から比べればその歴史は浅く⁴、また、第1次国連海洋法会議

¹ R. R. Churchill and A. V. Lowe, *The Law of the Sea* (Manchester: Manchester University Press, 1999), p. 99.

² その他に、以下の文献において海洋法条約30条が公船に適用されることが示唆されている。T. Treves, “Chapter 17 Navigation,” R-J Dupuy & D. Vignes eds, *A Handbook on the New Law of the Sea* (1991), p. 923. 村上暦造「国家船舶の免除と執行措置」『海洋の科学的調査と海洋法上の問題点』（日本国際問題研究所、1999年6月）94頁。

³ 村上暦造・森征人「海上保安庁法の成立と外国法制の継受—コーストガード論—」『海上保安法制』（三省堂、2009年）35頁。

⁴ II章－2を見よ。

(First United Nations Conference on the Law of the Sea, 1958. 以下 UNCLOS I と呼称) 及び第3次国連海洋法会議(Third United Nations Conference on the Law of the Sea, 1973-82. 以下 UNCLOS III と呼称) ではその法的性質の議論が避けられてきた状況が見られるわけであり⁵、軍艦と公船への対応要領を同一視するためには慎重な検討が必要であると考えられる。

しかも、実際に採択された条文に関しても、海洋法条約第2部第3節「領海における無害通航」C「軍艦及び公船に適用される規則」の中の31条及び32条の対象が軍艦及び公船であるのに対して、なぜ、30条は軍艦だけなのか釈然としない。

さらに、公船に対して取り得る措置はいかなる状況でも退去要求が限界であるのか、または、その退去要求にも従わない場合にいかような措置をとれるのか、海洋法条約は沈黙している。

そこで第1部の目的は、現在、海洋法条約にある領海における通航規則の基本的考えが確定されたとされる1930年及び1958年の2つの法典化作業を中心にその起草過程を検討することにより、軍艦と公船の違いを浮かび上がらせ、そして、海洋法条約25条と30条の間にどのような措置があるかを考察することにより、その具体的運用要領を一定程度明らかにすることである。

第1部では、これまで研究されることが少なかった公船への対応を軸に検証するつもりであったが、結果的に軍艦に関する記述が多くなっている。その理由として、これまで軍艦の通航や免除に関する法的問題が伝統的に議論されており、公船の各種性質を軍艦のものと対照的に検討していくことが参照できる資料も多いため説得力あるものになるからであり、また、実際の起草過程においても、特に1950年代の国連国際法委員会(International Law Commission、以下 ILC と呼称) の検討において、軍艦と公船の法的地位が比較・検討されているからである。

そこでこの後、領海関連概念の歴史的背景を確認した上で、Ⅲ章において関係条文の起草過程を分析することにより海洋法条約30条の公船への適用性を検討し、Ⅳ章において、一見、違いが不明確な法令執行権と保護権の差異やオーバーラップしている状況を検討し、Ⅴ章において根拠条文を踏まえた軍艦及び公船への執行措置要領を説明する。

⁵ Ⅲ章を見よ。

Ⅱ 関連概念の概観

1 領海の法的地位

周知のとおり、広大な海洋は国際法において「公海」及び「領海」と呼ばれる2つの区域に伝統的に分類されてきて、それぞれまったく別の制度が適用されてきた。

「領海」の概念は、16世紀頃から西欧諸国が沿岸海域に対して国土の防衛及び経済的利益の保護のために特殊な地位を主張したことに基づき発達した。すなわち、沿岸国は、沿岸海域に対して、交戦国の敵対行為が禁止される中立水域、自国民漁業のための水域あるいは関税と衛生管理のための監視水域として、それぞれの目的に応じた機能を及ぼし、それが次第に領海として一般的な形を整えていった⁶。

このような領海に対して沿岸国が及ぼす権能の性質について17世紀から20世紀にかけてさまざまな考え方が主張された。領海における沿岸国の権限の性質についての現在の不明確さを認識するためにはこれら諸説を概観しておく必要があると思われる。

①所有権説(Property Theory)：この説は領海に対する沿岸国の権能を所有権(dominium)である

とし、領海を国家の所有権の目的物とするものである⁷。この所有権説は学説においては、17世紀の英国において一般的であったものであり、当時のこの説の支持者は、海洋における国王のdominionの存在あるいは国王が海洋においてpropertyをもつことを承認した。この場合の法的基礎としては、神学的なものと哲学的なものがあった⁸。所有権説は、18世紀にはそれ程前面に出ていないが、19世紀初頭まで多くの学者によって支持されている⁹。

②警察権説(Police Theory)又は管轄権説(Competence Theory)：これらの説は、沿岸国が領海に

及ぼす権能を「管轄権」で説明しようとするものである¹⁰。19世紀になって、自由貿易が重商主義的保護主義以上に重要なものとなり、この後述べる領海における無害通航権の概念が学説においても次第に確立していく中で、所有権によって領海に対する沿岸国の権能を説明するこ

⁶ 高林秀雄『領海制度の研究(第3版)』(東信堂、1987年)48-90頁。

⁷ 水上千之「航行利益の尊重と沿岸国の領海における主張」『船舶の通航権をめぐる海事紛争と新海洋法秩序(第1号)』(日本海洋協会、1981年)2頁。

⁸ D. P. O'Connell, "The Juridical Nature of the Territorial Sea," *B.Y.I.L.*, Vol. 45 (1971), pp. 307-309.

⁹ 水上千之『海洋法—展開と現代』(有信堂高文社、2005年)63頁。

¹⁰ 水上「前掲論文」(注7)2頁。

とが困難となった。他方でこのころ、理論的には領域の概念と管轄権の概念の乖離が言われるようになり、それによれば、領域は所有されるものではなく、国家の権能が行使される空間的領域とみなされるようになり、また、国際法が許す限度においてこの空間的領域外で国家の警察権力が行使され得、管轄権の及ぶ範囲は空間的に領域と同一ではなくなった。沿岸海域に対する権限を正当化するために所有権または領域の概念をもちこむことは必要ではなく、管轄権の概念を用いればよくなったのである。また、このような管轄権は場合と対象に関して限定されているので、無害通航と容易に調和することができた¹¹。例えば、カルボ(C. Calvo)は、「国家は、領海に対して所有権(un droit de propriété)をもつのではなく、自国の防衛及び経済的な利益のために監視及び管轄の権利(un droit de surveillance et de juridiction)をもつに過ぎない」と述べている¹²。

③地役権説(Servitude Theory)：地役権説は、海洋の単一性の維持及び諸国による海洋の共同利用の促進を望む学者、特にフランスのド・ラ・プラデル(A. de Geouffre de La Pradelle)によって唱えられた。この考え方は領海自体の存在を争いそれが公海と同様、共有物(res communis)であると考え、沿岸国が領海の所有者ないし主権者であるという考え方を否定する。そして、この共有物に対して沿岸国は非常にわずかな一束の地役権(très mince faisceau de servitudes)の行使が認められるとする。この場合、各々の地役権(中立、安全、警察又は課税)は、保護される利益に応じて異なった空間的範囲をもちうるという¹³。

④主権説(Sovereignty Theory)：20世紀に入って、領海に対する沿岸国の権能を主権概念で説明することが一般的になっている。学説においては多くの学者が領海が沿岸国の主権に服することを支持してきている¹⁴。

万国国際法学会 (Institut de Droit International、以下 Institut と呼称) も 1894 年の草案では「主権の権利」(un droit de souveraineté)という幾分曖昧な表現をしていた¹⁵のに対し、1928

¹¹ O'Connell, *supra*, note 8, p. 325.

¹² C. Calvo, *Le droit international théorique et pratique*, 5e ed, Tome Premier (Paris: Rousseau, 1896), p. 479.

¹³ A. de Geouffre de La Pradelle, *Le droit de l'Etat sur la mer territoriale*, *Revue Générale de Droit International Public*, Tome V (1898), pp. 337, 339.

¹⁴ 水上『前掲書』(注9)64頁。

¹⁵ O'Connell, *supra*, note 8, p. 328.

年の草案では「国家は、以下の範囲と制限の下に自国の海岸に沿う海域において主権(*la souveraineté*)をもつ」(第1条)として主権という言葉で領海に対する権能を述べている。また、報告者はこの点に関し次のようにコメントしている。「主権の問題について我々が前に述べたことから、我々は第一において、国家が主権をもつという表現によって諸国が領海に対して所有権をもつものではなく、諸国の権能がすべてこの区域に及ぶと理解されなければならないことを付け加えることが有益であると信ずる¹⁶。」

領海の法的性質について国際会議における決議、すなわち国家の意思によって合致が初めて得られたのは、1930年国際連盟主催のハーグ国際法典編纂会議(以下、ハーグ会議と呼称)においてである¹⁷。そこで採択された「領海の法的地位に関する一般規定」(以下、ハーグ規定と呼称)の第1条も次のように規定している。「国家の領域は、この条約で領海として言及される海帯を含む。この海帯に対する主権は、この条約及び国際法の他の規則で定められた条件に従って行使される¹⁸。」

この問題の討議においては、多くの代表は主権という言葉をサポートしたが、しかし、いくつかの代表(ポーランド、ギリシア、チェコスロバキア)はそれを争った¹⁹。

結局、主権という用語を使用することによって、オCONNELL(D. P. O'Connell)教授が言うように、「領海を国家領域に含めることから権限の域外行使…まで様々な見解を包含する(*accommodate*)ことができた²⁰」ということなのだろう²¹。1958年に採択された領海条約(*Geneva Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, 1958*。以下、領海条約と呼称)及び海洋法条約においても主権説が採用されている。

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ 杉原教授は、仮説の域を出ないがという前提をおきながらも、領海は主権が及ぶ水域であるとする立場に決定的な弾みを与えたのは、思いのほか、1919年のパリ国際航空条約ではなかったか、という見解を出している。杉原高嶺「フランコニア号事件と領海制度」『海洋法の主要事例とその影響』(有信堂高分社、2007年)4頁。

¹⁸ S. Rosenne ed., *League of Nations Conference for the Codification of International Law* [1930], Vol. 4, p.1414.

¹⁹ 水上「前掲論文」(注7)3頁。

²⁰ O'Connell, *supra*, note 8, p. 351.

²¹ 沿岸国に「主権」が及ぶという場合と、「所有権」が認められる場合とでは両者の違いはいかなるものか、必ずしも判然としない。また「主権」が及ぶという場合でも、それゆえにそこが国家領域を構成するという意味か、あるいは単に国家の一定の権限が及ぶという意味にとどまるのか、決して自明とはいえない。杉原「前掲論文」(注17)12-13頁。

このように主権説が一般的となった背景には、19 世紀の終わりのころ次第に強く主張されはじめた海洋資源に対する沿岸国の排他的権利が、地役説あるいは管轄権説では十分に説明されえず、主権概念によって資源の独占を説明することができ、また、外国船舶に対しても有効に規制することができるということがありと考えられる²²。

2 無害通航権

無害通航の制度は外国船舶の航行利益と沿岸国法益の均衡・調整の上に成立している制度であるが、オCONNELL教授によれば、無害通航制度が争えない地位を獲得したのは比較的新しくせいぜい 19 世紀半ばとされる²³。

しかしながら、学説上は 17 世紀グロティウス²⁴とセルデン²⁵のいわゆる海洋論争の時代からほのめかされており、広い公海と狭い領海という 2 元構造が確立した 18 世紀にも領海の「無害の使用」の概念が多く論者によって主張された²⁶。

国家実行としては、18 世紀後半から 19 世紀にかけての産業革命により蒸気船が発明・発達し、欧米の海洋国はこぞって外洋進出を果たすことにより国家間の紛争も発生しやすい環境となり、主として欧米の国内裁判を中心に自国（又は植民地）領海における外国船舶の無害通航の権利が論点として上がりその概念が確立していった。特に、19 世紀初頭、ナポレオン戦争後にスペインの支配が弱まったラテンアメリカ諸国の独立により、open-door-policy が取られ、それが無害通航制度を刺激した²⁷といわれている。

²² O'Connell, *supra*, note 8, p. 343.

²³ D. P. O'Connell, *The International Law of the Sea*, Vol. I (1982), p. 19.

²⁴ グロティウスはその著書「戦争と平和の法」(1625 年)において、占有を認められた海域において「武装せずかつ害悪なき航海」は妨げられない旨を付している。H. Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres*, Translation by F. W. Kelesy, *The Classical of international law*, (Clarendon Press, Humphrey Milford, 1925), II, iii, 12.

²⁵ セルデンも通商の自由を尊重する立場から、たとえ海が領有されても、外国人の「無害の通航」(inoffensive passage)は許されなければならない、このことは、所有の概念と抵触しないとした。J. Selden, *Mare clausum, seu de dominio maris libri duo*, London, 1635, Lib. 1, Cap. XXIII, p. 98. スコットランドの法学者で、グロティウスの「自由海論」の批判者であったウェルウッドも同様である。W. Welwood, *An Abridgement of all Sea-Lawes*, London, Printed for Humfrey Lownes, for Thomas Man, 1613, p. 62.

²⁶ 18 世紀、ヴァッテルは沿岸国の領有に服する海は国家領域の一部として、通航に許可を要するとしつつ、しかし、なんら嫌疑のない船舶は、領海の「無害の使用」(usages innocens)が許されるとした。E. de Vattel, *Le Droit des Gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduit et aux affaires des nations et des souverains*, 1758, Liv. 1, Chap. XXIII, § 288.

²⁷ O'Connell, *supra*, note 8, p. 325.

詳しくはⅢ章で述べるが、公船と比較される軍艦の無害通航権について、実はこの問題が顕著化したのも国際法の時間的尺度からいえば最近のこととなる。

19世紀初頭まで続いたといわれる所有権説の時代には、領海におけるすべての航行船舶を排除できる権能が沿岸国に一般には認められており、そのため、外国船舶の通航権はあくまで沿岸国から与えられる恩恵的なものであり、逆に言えば、沿岸国は通航権を与える義務はなかった。従って、明らかにこの時代、軍艦と商船の区別は論理的には問題とされておらず、当時の国家や学者の関心は軍艦の同時入港可能隻数であったり、戦時中立通商の確保であった²⁸。

19世紀中葉に一般的な無害通航の概念が確立しつつあった時点でも、軍艦の通航に関する事件は注目されていなかった。その理由として、一つは、軍艦とその他の船舶を明確に区分した1856年「海上法ノ要義ヲ確定スル宣言」(以下、パリ宣言と呼称)の発効間もなかったこと、二つ目に、産業革命の軍艦への波及が遅く遠征できる装甲軍艦が未だ発達していなかったことが考えられる²⁹。

他方で20世紀に入って主権説の時代になると、船舶の無害通航権も確固たるものになっていたが、同時に沿岸国の主権との調和が問題とされ、船舶の「無害性」という点が非常に強調されるようになり、それが軍艦の通航の問題と絡み合っ、て、そもそも軍艦というのは本来的に危険なものなので、その通航自体が「無害ではない」という見解が出てきた³⁰と考えられる。そういった意味では世界的な学会での議論³¹やハーグ会議で審理を行うことによって軍艦の無害通航権への否定的見解が蓄積されたことも否めない。

例えば、ホール(W. E. Hall)は「軍艦については、商業的な通航の場合のような根拠がないので、無害通航は認められない。貿易のためにすべての国の船舶が最大の通航の自由を取得することは、全世界の関心事であるが、軍艦の通航権の取得については、そのような一般利益は関係しない。軍艦の通航は、一国の利益にだけに仕えるものであり、しばしば第三国には有害となり、またときには沿岸国に危険なものとなるおそれがある。」として、沿岸国は望むならば自国領海への外国

²⁸ D. P. O'Connell, "Innocent Passage of Warships," *Thesaurus Acroasium*, Vol. 7 (1977), pp. 409-410.

²⁹ *Ibid.*, p. 410.

³⁰ 共同討議『船舶の通航権をめぐる海洋紛争と新海洋法秩序(第2号)』(日本海洋協会、1982年)145頁。

³¹ 20世紀初頭のInstitut、国際法協会(International Law Association)、アメリカ国際法学会(American Institute of International Law)及びハーバード・ロー・スクールでの草案作成における議論がこれにあたる。

軍艦の立入を拒否する権利があるという³²。そのほかに、「軍艦は商船と異なり脅威を与えるものであるから、沿岸国の同意なくその領海を通航することはできない。」という 1910 年英米間北大西洋漁業事件仲裁裁判での米国国務長官ルート(E. Root)の陳述³³、陸上の軍隊の通過権の否認と同様に軍艦の領海の通過権も認められない³⁴とするジェサップ(P. C. Jessup)、軍艦の通航は「権利」としてではなく「寛容」(tolérance)としてのみ認められる³⁵というジデル(G. Gidel)、などがこれである。これに対し、軍艦も「合法的使命」(lawful errand)をもつとして、無害通航権を肯定的にとらえようとしたウェストレイク(J. Westlake)³⁶のような立場は、むしろ少数説であったといえよう³⁷。

軍艦の無害通航権に関する現行規則についてはⅢ章において詳しく検討するので、ここでは、無害通航権の存立根拠をいかに捉えるかが航行利益の問題をみる場合の前提的な問題であることを指摘しておきたい。これには大きく 2 つの考え方があると思われる。一つは無害通航権を公海における航行の自由の延長にある権利とみる立場³⁸である。その意味で無害通航権は、沿岸国によって与えられた礼讓または恩恵ではなく、すべての船舶に認められた厳格な意味での権利である。もう一つの立場は、無害通航権の制度的地位を認めつつ、他方、これを沿岸国主権の例外とみる立場³⁹である。ここでの無害通航権は「権利内の権利(a right within a right)⁴⁰」と呼ぶべき存在である。この立場の違い及び対立が、沿岸国法令制定権及び執行権、保護権、並びに、海洋法条約 30 条の解釈など、後々の検討に影響してくる。

³² W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, 8th ed. (Oxford University Press, 1924), p. 198.

³³ *North Atlantic Coast Fisheries Arbitration, Proceedings*. Vol. XI (Washington Government Printing Office, 1912), p. 2007.

³⁴ P. C. Jessup, *The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction* (Kraus Reprint Co, 1927), p. 120.

³⁵ G. Gidel, *Le Droit International Public de La Mer*, Tome III (Topos Verlag AG, Vaduz, Liechtenstein, 1934), p. 284.

³⁶ J. Westlake, *International Law*, 2nd ed. Part I Peace (Cambridge : at the University, 1910), p. 192.

³⁷ 杉原高嶺『海洋法と通航権』(日本海洋協会、1991 年)70 頁。

³⁸ ジェサップ、杉原、水上及び広部教授がこの立場である。

³⁹ 沿岸国主権の例外と捉えた事件として、1933 年米国・パナマ一般請求委員会のダビッド号事件がある。*Compañía de Navegación Nacional (Panama) v. U.S.*, 29 June 1933, Reports of International Arbitral Awards, Vol. VI, pp. 382-386. 杉原教授は、領海の無害通航と公海の自由通航はいずれを欠いても他方を無意味ならしめる関係にあり、その意味で、無害通航権は沿岸国主権の「例外」とみるべきではない、とする。杉原『前掲書』(注 37)65 頁。

⁴⁰ 1876 年フランコニア号事件 (英国留保事件裁判所) におけるグローブ判事(Grove, J.)の意見。Queen v. Keyn, [1876] 2 Ex. Div. 114.

III 軍艦と公船の同異

本章では、1930 年と 1958 年の 2 つの法典化作業を中心にその起草過程を追うことにより、軍艦と公船の違いを浮かび上がらせ、海洋法条約 30 条の公船への適用妥当性を探ってみたい。

1 通航関連規則の起草過程の分析

(1) 軍艦

世界的な学会での議論や国内裁判を別にして、軍艦の無害通航が初めて国際的に議論されたのは、1930 年のハーグ会議とその準備作業かと思われる。まず、国際連盟は準備として専門家委員会を設立し、「領海」部門においてはドイツのシュッキング(W. Schücking)が特別報告者に指名され、最初の草案が以下の通り作成された。それが、1926 年のシュッキング草案⁴¹である（ここでは無害通航関連部分のみ紹介）。

まずは、すべての船舶(all vessels)を対象とした無害通航に関する 7 条は以下のように定められた。

「第 7 条（平和的通航）：すべての船舶は区別することなく、領海において平和的な通航の権利を有する。… [Article 7(Pacific passage)⁴² : All vessels, without distinction, shall have the right of pacific passage through the territorial sea. [...]]」

次に、軍艦(warships)を対象とした 12 条は、

「第 12 条（軍艦）：軍艦の自由通航の権利の行使は、沿岸国の特別規則に服する。… [Article 12(Warships) : The exercise by warships of the right of free passage may be subjected by the riparian State to special regulations. [...]]」

と定め、ここだけ見ると無害通航権があるか玉虫色の表現である。

一方で、同 12 条の中段には、

「…重大かつ継続した違反が行われる場合は、軍艦の艦長は慎重な手段によりセミオフィシャルな警告を受ける。そして効果なき場合、もし必要ならば、退去を要求される。[… [...]] If a serious

⁴¹ 他の二人（デ・マガラエス及びウィッカーシャム）の委員の意見を踏まえたのちの修正草案である。S. Rosenne ed., *League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law* [1925-1928], Vol. 2, pp. 98-101.

⁴² 当該条文のコメンタリーには、領海の common user として軍艦にも無害通航権がある、との表現がある。Idid., pp. 70-71.

and continued offence is committed, the commander of the vessel shall receive a semi-official warning in courteous terms and, if this is without effect, he may be requested, and, if necessary, compelled, to put to sea. [...].」

と、ここに既に海洋法条約 30 条の原型が存在する。この 12 条のコメンタリーによれば、シュッキングが参照したのは Institut の 1898 年採択された「外国の港にある軍艦と乗組員の取締に関する規則」（以下、Institut 港規則と呼称）⁴³ であり、条文の文言は上記シュッキング草案 12 条の中段部分とほぼ同様である。この時期、Institut は「領海」に関する規則と「港」に関する規則作成の 2 作業を同時進行させていた⁴⁴。

このように、1898 年の「港規則」から海洋法条約 30 条の原型が出現したわけであるが、これは港における外国商船や軍艦が従うべき規則を規定している。この規則は「領海」規則ではなく「港」という内水における規則である。内水は沿岸国の領域の一部であり、領海と異なりその完

⁴³ Règlement sur le régime légal des navires et de leurs équipages dans les ports étrangers, the Institut de Droit international, at its session held at The Hague in 1898, proposed in the draft regulations adopted on August 23rd, 1898.

Article 13

Les navires de guerre étrangers admis dans les ports doivent respecter les lois et les règlements locaux, notamment ceux qui concernent la navigation, le stationnement et la police sanitaire.

En cas de contravention grave et persistante, le commandant, après avis officieux et courtois resté sans effet, pourrait être invité et, au besoin, contraint à reprendre la mer.

Il en serait de même si les autorités locales jugeaient que la présence de son navire est une cause de désordre ou de danger pour la sûreté de l'Etat.

Mais, à moins d'extrême urgence, ces mesures rigoureuses ne doivent être employées que sur l'ordre du gouvernement central du pays.

⁴⁴ 当時の Institut の関連作業をクロノロジカルに列挙すれば以下ようになる。

- ・1888 年ロザールヌ会期において、領海の問題を研究することを決議。そのための委員会（第 3 研究委員会）を結成
 - ・1890 年、委員会に questionnaire を回覧
 - ・1892 年ジュネーブ会期、委員会での報告にて「沿岸国は“absolute and exclusive sovereignty”をその海域（領海）にもつ」を提示
 - ・1894 年パリ会期、「領海の定義及び制度に関する規則」（Institut 領海規則と呼称）採択。結局、領海の法的性質は「un droit de souveraineté（主権の権利）」にて採択。当該領海規則 9 条には「navire de guerre」が登場。ただし、内容は継続追跡権を軍艦（等）にも留保するというもの
 - ・1898 年ハーグ会期「外国の港にある軍艦と乗組員の取締に関する規則」採択（港規則）
 - ・1927 年ロザールヌ会期「平時における領海に関する規則案」審議。シュッキングが国際連盟法典化編纂専門委員会の 12 条（軍艦）の条文をとり入れるよう提案。しかし、委員会はあまり詳細に立ち入るべきではないとして、その冒頭だけ採択。すなわち、「The exercise by warships of the right of free passage may be subjected by the riparian State to special regulations.」という規定振りに落ち着く。
 - ・1928 年ストックホルム会期にて上記「平時領海規則案」採択
 - ・1928 年同じく「平時における外国港軍艦及び乗組員取締規則」採択
- なお、1898 年採択の「港規則」について 1896 年まで遡って調査したが、重要な部分（法令違反、遵守要求無視、退去要求）は 1897 及び 1898 年とも特に議論なく採択されている。

全な領域主権に服し、沿岸国の管轄権が領土と同じように適用されることは当時から認識されていた。よって、1898 年港規則 13 条のような沿岸国法令の違反に対して対処する規定も、当時から確立していたのであり、それをシュッキングは領海規則である連盟領海規則案に盛り込んだのである。

また、領海の法的性質及び無害通航権の歴史的背景から見ても、この時期(19 世紀末)に Institut 領海規則ではなく、港規則からの導入は当然であるように思える。なぜなら、当時は領海に対する沿岸国の権限の性質が確定されてはいなかった⁴⁵、すなわち、管轄権説から主権説への過渡期であったのである。さらには無害通航権についても、当時、学説としては認められていたが国家実行及び判例としてようやく確定しだした段階であり⁴⁶、軍艦の無害通航権に至っては十分研究されておらず⁴⁷、他方で港等の沿岸国の主権が確実に存在する地域・海域での法令違反にどう対応するかがやっと議論されはじめた時代であると考えられるからである。その港の規則案が領海の規則案に導入されたのである。

ところで、ハーグ法典編纂会議準備における 1926 年シュッキング草案に対し、各国の意見を求めたところ 16 対 7 で無害通航肯定が優勢であった。このような各国の意見を踏まえ、ハーグ会議前の 1929 年最終草案「討議の基礎 (Base of Discussion)」⁴⁸の 19 項は、次のような通航に関する草案を規定した。そこでは、シュッキング草案とは主体と客体を入れ替え、対象をすべての船舶(all vessels)から外国商船(foreign merchant ships)に修正したもののその趣旨に変更はない。すなわち、

「沿岸国は、外国商船に無害通航権を付与しなければならない。… [A coastal State is bound to allow foreign merchant ships a right of innocent passage through its territorial waters; [...].]」次に、軍艦の通航に関する 20 項は以下の通りである。すなわち、

「沿岸国は領海における外国軍艦の無害通航権を認める。… 沿岸国はその通航の条件を規定する規則を制定することができる。しかし、事前の通航許可を求める権利はない。… [A coastal

⁴⁵ II 章-1 を見よ。

⁴⁶ フランコニア号事件 (1876 年) : 領海の法的性質及び無害通航権に問題を投げかけた先例的判例。Queen v. Keyn, *supra* note 40.

⁴⁷ II 章-2 を見よ。

⁴⁸ S. Rosenne ed., *supra* note 18, pp. 1381-1383.

State should recognize the right of innocent passage through its territorial waters of foreign warships, [...]. A coastal State is entitled to make rules regulating the conditions of such passage without, however, having the right to require a previous authorisation(sic).⁴⁹ [...]」

下線部からわかるように、シュッキング草案よりも軍艦の無害通航権に対し肯定的になっている。21 項は、例の軍艦の法令遵守・退去要求の規定である。こちらのほうはその趣旨にシュッキング草案と変化はない。すなわち、

「外国領海において、軍艦は現場の法令を尊重しなければならない。どのような違反の場合も艦長は通知を受ける。：その艦長が当該通知に従わない場合、退去を要求され得る。(In foreign territorial waters, warships must respect the local laws and regulations. Any case of infringement will be brought to the attention of the captain: if he fails to comply with the notice so given, the ship may be required to depart.)」

では、1930 年ハーグ会議において採択されたハーグ規定⁵⁰ではどのような条文⁵¹となったのでろう。そこでは 1929 年最終草案 19 項が 3 条及び 4 条に分派され、3 条第 1 文が「通航の定義」を、第 2 文が「無害の定義」を規定し、4 条は一般の通航に関する規則であるが、その対象をタイトル（下記の下線部）にあるように「軍艦以外の船舶」とした。すなわち、

「第 3 条（通航権）：『通航』は、内水に入ることなく領海を通過するため、内水に入るため、または内水から公海へ向かうために領海を通る航行を意味する（第 1 文）。通航は、沿岸国の安全、公序、または財政的利益に有害な行為を行う目的で、船舶が沿岸国の領海を使用するときは無害

⁴⁹ その他、1929 年最終草案には以下のような 1958 年領海条約において再現された条文の萌芽がみられる。

25 項：領海条約 18 条（課徴金）の原型、22 及び 23 項：領海条約 19 条（刑事裁判権）の原型、24 項：領海条約 20 条（民事裁判権）の原型

⁵⁰ 当該規定は、領海の幅員及びこれと密接に関連する沿岸国の海洋管轄権（接続水域）をめぐる各国の激しい対立を解消しえなかった点が直接的な基本的要因となり、条約としては採択されなかった。しかし、海洋における航行の自由を確保することが国際社会全体の利益であること、各国の沿岸に沿う海域が国家領域の一部を構成するものであって、沿岸国の正当な利益を確保するために不可欠なものであること、および、領海における無害通航権が航行の自由確保のために要請される領域権に対する国際法上の制限であること、などの海洋法の支柱をなす大原則については、会議に参加したすべての代表が争う余地なしに確認したことを特筆しなければならない。したがって、これらの基本原則に基づいて法典化会議が作成した二つの報告書は、領海制度を形成する慣習法の諸規則を明文化したものとして、国際法上に不朽の価値をもつものであった。ゆえに、ハーグ会議で合意されたこれらの規則の多くは、その後 28 年後の UNCLOS I で採択された領海条約のなかに、ほとんどそのまま再現されたのである。加藤信行「近代海洋法法典化の試み—ハーグ国際法典編纂会議・近代海洋法から現代海洋法への架け橋—」『海洋法の歴史的展開』（有信堂高分社、2004 年）71 頁。高林『前掲書』（注 6）204 頁。

⁵¹ S. Rosenne ed., *supra* note 18, pp. 1414-1419.

ではない（第2文）。… [Article 3(RIGHT OF PASSAGE) :

"Passage" means navigation through the territorial sea for the purpose either of traversing that sea without entering inland waters, or of proceeding to inland waters, or of making for the high sea from inland waters.

Passage is not *innocent* when a vessel makes use of the territorial sea of a Coastal State for the purpose of doing any act prejudicial to the security, to the public policy or to the fiscal interests of that State. [...].]

「第4条（軍艦以外の船舶）：沿岸国は、領海における外国船舶の無害通航に障害を与えてはならない。… [Article 4(VESSELS OTHER THAN WARSHIPS) : A Coastal State may put no obstacles in the way of the innocent passage of foreign vessels in the territorial sea. [...].]

次に軍艦の通航規則であるが、12条がそれにあたる。すなわち、

「第12条（軍艦）：一般原則として、沿岸国は、その領海における外国軍艦の通航を禁止せず、また、事前の許可や通告を必要としない。沿岸国は、軍艦の通航の条件を定める権利をもつ。…

[Article 12(WARSHIPS) : As a general rule, a Coastal State will not forbid the passage of foreign warships in its territorial sea and will not require a previous authorization or notification. The Coastal State has the right to regulate the conditions of such passage. [...].]

「所見」では次のよう述べている。「沿岸国が軍艦の無害通航を禁止しないと述べることは、現行の慣行を承認することに他ならない。この慣行は、厳格に絶対的な規則を定めることなく、例外的な場合には、沿岸国に外国軍艦の通航を禁止する権能を与えている。沿岸国は通航の条件を定めること、とくに、その領海または領海の特定の部分を同時に通航する外国軍艦の数について定めることが出来る。もっとも、一般規則として、事前の許可や通報は必要ではない。」ここでは微妙な表現ながら、軍艦の無害通航権を肯定している。

13条は例の軍艦の法令遵守・退去要求の条文である。すなわち、

「第13条：領海を通航する外国軍艦が沿岸国の規則を遵守せず、かつ、軍艦に対して行われる遵守の要請を無視したときは、沿岸国は、その軍艦に対して、領海からの退去を要求できる。

(Article 13 : If a foreign warship passing through the territorial sea does not comply with the regulations of the Coastal State and disregards any request for compliance which may be brought to its notice, the Coastal State may require the warship to leave the territorial sea.)」

この条文については一貫してその趣旨に変化はない。

戦後、「領海制度」を法典化が必要な分野の一つとして選択した ILC は、1954 年、特別報告者の草案に従って先ほどのハーグ規定を採用した⁵²。ただし、軍艦の通航規定 26 条の第 1 項は「例外的事情の場合を除いて、軍艦は、事前の許可や通告なくして、領海の無害通航権を有する⁵³。」とした。その他は、概ねハーグ規定と同じである。その注釈として次のように述べている。「委員会は、事前の許可または通告なくして、通航を許されるべきであると考え。もっとも、いくらかの委員は軍艦の通航は、単なる特権(*mere concession*)にすぎないから、沿岸国の同意に服させることができると考えている⁵⁴。」

1955 年の草案では、25 条 1 項において「沿岸国は、軍艦の領海通航を事前の許可または通告に服させることができる。(ただし) 通常には、沿岸国は、第 18 条 (沿岸国の保護権) と第 19 条 (通航船舶の義務) の規定を守ることを条件として、無害通航を許すものとする⁵⁵」と採択し、

⁵² *ILC Yearbook*, 1954, Vol. 2, pp. 158-162.

⁵³ SECTION B : WARSHIPS

Article 26

Passage

1. Save in exceptional circumstances, warships shall have the right of innocent passage through the territorial sea without previous authorization or notification.

2~4. [...].

Ibid., 161. なお、軍艦の法令遵守・退去要求規定は以下のように相も変わらずその趣旨に変化はない。

Article 27

Non-observance of the regulations

1. Warships shall be bound, when passing through the territorial sea, to respect the laws and regulations of the coastal State.

2. If any warship does not comply with the regulations of the coastal State and disregards any request for compliance which may be brought to its notice, the coastal State may require the warship to leave the territorial sea.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ SECTION D: WARSHIPS

Article 25

Passage

1. The coastal State may make the passage of warships through the territorial sea subject to previous authorization or notification. Normally it shall grant innocent passage subject to the observance of the provisions of articles 18 and 19.

2~3. [...].

ILC Yearbook, 1955, Vol. 2, p. 41. なお、軍艦の法令遵守・退去要求規定は以下のように相も変わらずその趣旨に変化はない。

ハーグ規定の考え方を 180 度変換した。注釈では、「諸国の意見に照らして再検討した結果、事前の許可または通告に服させる沿岸国の権利を強調するように修正しなければならなかった⁵⁶⁾」と述べている。

その考え方が 1956 年の最終草案に繋がり、こうして、UNCLOS I に提出された草案は次のようになった⁵⁷⁾。

「D 節 軍艦 第 24 条 (通航) : 沿岸国は、軍艦の領海通航を事前の許可または通告に服させることができる。通常には、沿岸国は、第 17 条 (沿岸国の保護権) と第 18 条 (通航船舶の義務) の規定を守ることを条件として、無害通航を許すものとする。[Sub-section D. Warships Article 24(Passage) : The coastal State may make the passage of warships through the territorial sea subject to previous authorization or notification. Normally it shall grant innocent passage subject to the observance of the provisions of articles 17 and 18.] 」

軍艦の沿岸国の法令遵守及び退去要求規定については、ハーグ規定の趣旨に変化なくほぼそのまま採用された。

すなわち⁵⁸⁾、

「第 25 条 : 軍艦が領海の通航に関する沿岸国の規則を遵守せず、かつ、軍艦に対して行われることがある遵守の要請を無視した場合には、沿岸国は、その軍艦に対して、領海からの退去を要求することができる。[Article 25(Non-observance of the regulations) : If any warship does not comply with the regulations of the coastal State concerning passage through the territorial sea and disregards any request for compliance which may be brought to its notice, the coastal State may require the warship to leave the territorial sea.] 」

UNCLOS I では、上記の軍艦に関する最終草案 24 条と 25 条のうちで、24 条について大論争となった。「領海」について審議した第 1 委員会では、2 つの規定とも可決された⁵⁹⁾が、総会議で

Article 26

Non-observance of the regulations

If any warship does not comply with the regulations of the coastal State and disregards any request for compliance which may be brought to its notice, the coastal State may require the warship to leave the territorial sea.

⁵⁶⁾ *Ibid.*

⁵⁷⁾ *ILC Yearbook*, 1956, Vol. 2, p. 276.

⁵⁸⁾ *Ibid.*, p. 277.

は 24 条が否決され、25 条だけが可決された⁶⁰。結局、セットであった規定の片方だけが残る形となり、それが領海条約 23 条⁶¹であり、そしてそれが海洋法条約の 30 条となっているのである。

このようにしてみると、やはり 1955 年 ILC 草案「沿岸国は、軍艦の領海通航の事前の許可または通告に服させることができる」という条文がターニング・ポイントであった。以上のことにより、軍艦の通航規則は不明確な点が残存しており、他方で、沿岸国の法令順守・退去要求の規則は 1898 年 Institute 港規則以来、不動の地位が確保され、さらに対象が軍艦のみであるということが言える。

軍艦の通航規則の起草過程がこのような有様であるので、この問題について 3 通りの解釈ができるのではないかと考えられる。これに関してオコンネル教授の以下の 3 つの解釈が参考になる。

①領海条約 14 条の「船舶」という表現は、反対の表現がないので、軍艦を含む「すべての船舶」を意味する。この解釈は沿岸国に外国軍艦による領海の使用の規制権限のみを付与し、通過に要する事前の許可権限を付与していない 23 条によって補強される。

②14 条の「船舶」という表現は商船を意味する（軍艦は入らない）。なぜなら、領海条約採択以前の慣習法に照らせば、無害通航権に関し軍艦と商船は同等であるという明確な立法が必要であったからである。23 条は沿岸国に対しその規制権能の側面として事前の許可を求めることを認めており、自らの意思により領海から外国軍艦を排除できるという慣習法上の権利ゆえにも、この解釈は必要である。さらに、C 節は特別規定により A 節にある一般的権利を享受しており、他方で、軍艦が位置する D 節はそうではないことも、この解釈を補強する。

③UNCLOS I における軍艦に関する規定の否決により、軍艦の無害通航権の問題は全体(the whole)として棚上げされた状態であり、それ故、これは慣習法によって規制されることになる。問題の解決は慣習法の内容に関する論争の結果次第である⁶²。

⁵⁹ A/CONF. 13/C. 1/SR/, UNCLOS, *Official Records*, Vol. 3, First Committee, pp. 129-133.

⁶⁰ A/CONF. 13/PL/SR/, UNCLOS, *Official Records*, Vol. 2, Plenary Meetings, pp. 66-68.

⁶¹ Subsection D. Rules applicable to warships

Article 23

If any warship does not comply with the regulations of the coastal State concerning passage through the territorial sea and disregards any request for compliance which is made to it, the coastal State may require the warship to leave the territorial sea.

⁶² O'Connell, *supra* note 23, pp. 290-291.

なお、第1部では軍艦の無害通航権の有無を検討することが目的ではないため、ここでは「軍艦の通航規則に不明確な点が残存している」ことを確認するにとどまる。ちなみに、UNCLOS III及び海洋法条約採択及び発効以降もこの状況に変化はないと考えられる⁶³。

(2) 公船

それでは、領海通航規則の起草過程で公船はどのように扱われたであろうか。1926年シュッキング草案には公船の通航に関する規則はない。1929年ハーグ最終草案にもない。

しかし国家及びその財産の裁判権免除の文脈では、同年代の1926年の「国有船舶の免除に関する若干の規則の統一のための条約」（いわゆるブリュッセル条約。以下、ブリュッセル条約と呼称）において裁判権免除のいわゆる「制限免除説」の立場に立ち、国が所有する又は運航する船舶を扱っている。

ここで若干、ブリュッセル条約が登場した時代背景を説明する。それ以前の19世紀前半は、すべての行為を免除の対象とするいわゆる絶対免除主義の観念で理解されていた。この当時は国家の行為は主権的な統治活動に限られ、それ以外の経済的商取引の活動は、いわばレッセ・フェ

⁶³ UNCLOS III後の大きな国家実行としては、2大海洋国である米ソの1989年共同声明「無害通航に関する国際法規の統一解釈」内で、「軍艦を含め船舶はすべて、その積荷、装備、推進手段にかかわらず、無害通航権を有し、事前の通告または許可を条件とすることはできない。」と、軍艦の無害通航権を明確に認めたことが挙げられる。*International Legal Materials*, Vol.28 (1989), p.1446. 他方で、現在、約40ヶ国もの国が、自国の領海を通航する軍艦に対し事前の通報または事前の許可を要請〔事前許可が26か国、事前通知が13か国、Source: J. A. Roach and R. W. Smith, *United States Responses to Excessive Maritime Claims*, 2nd ed. (Martinus Nijhoff Publishers, 1994), pp. 251-267.; United Kingdom Hydrographic Office, *Annual Summary of Admiralty Notices to Mariners, Correct to 17 December 2015, National Claims to Maritime Jurisdiction*, pp. 1-20-1-24.〕しており、全くの少数派とは必ずしも言えない状況も見られる。田中則夫「国連海洋法条約の成果と課題」『国際法外交雑誌』112-2（2013年8月）19-20頁。しかし、ドイツ、イタリア、オランダ及び英国のような国が海洋法条約批准に際して、その事前許可又は事前通知が海洋法条約と両立しないと反対しており、米国もまた事前許可及び通報両方に反対を表明していることから、この問題は海洋法条約採択・発効後も未だ決着がついていないと考えるのが妥当と言える。

ところで、この問題をより精緻にとらえれば、「事前許可」と「事前通知」は峻別する必要があるかもしれない。なぜなら、「事前通知」のほうは海洋法条約21条1項(a)の射程に収まり、その場合、軍艦の無害通航権と沿岸国の事前通知を要求する権利が両立するかもしれない。他方で、事前許可の合法性には問題が残るからである。Y. Tanaka, *The International Law of the Sea*, (Cambridge University Press, 2012), p. 91. 海洋法条約の解釈としては、以下のように軍艦の無害通航を肯定的に捉えるものもある。すなわち、①「すべての船舶」に無害通航権を付与する17条が、A「すべての船舶に適用される規則」に位置することから、商船及び軍艦両方がその権利を享受する。②A節に位置する20条では、submarinesが海面上を航行しなければならない旨規定されているが、submarinesは殆どの場合、軍艦であるため、このことは軍艦が無害通航権を持つことを含意している。③有害航行をリスト化している19条2項は、兵器を用いた演習、航空機の離発着、及び軍事機器の発着又は積込み等多くの軍艦によって行われる行為を列挙しており、このことは軍艦が無害通航権を享受することを含意する。R. R. Churchill, "The Impact of State Practice on the Jurisdictional Framework Contained in the LOS Convention," *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention*, edited by A. G. O. Elferink (2005), pp. 111-112.

ールの下に個人や私企業によって遂行されるとの前提があった。ところが、19 世紀後半から 20 世紀になると、国家の活動領域の拡大とともに国家自身が商業活動に従事したり、一定の貿易を独占するなど、従来、私人や民間企業に委ねられてきた活動領域に国家が参入するようになった。この傾向は、20 世紀における社会主義国家の出現によっていっそう顕著になった。その場合でも、20 世紀前半まではその活動に免除を認める立場が実際には有力であった。イギリス控訴審のポルト・アレクサンドル号事件（1920 年）⁶⁴、ドイツ控訴審のアイス・キング号事件（1921 年）⁶⁵、合衆国連邦最高裁のペサロ号事件（1926 年）⁶⁶などは、商業用公船にも免除を認めた顕著な事例（絶対免除主義）である。もっとも、パールマン・ベルジュ号事件の第一審判決（1879 年）⁶⁷のように、そのような公船の免除を否認した事例がないわけではないが、これが各国の一般的な立場であったわけでもない。しかし、とりわけ第一次世界大戦における商業用公船のいっそうの増大⁶⁸とともに、この種の船舶への免除の供与には批判が強まった。その背景には、自国民・自国企業の司法的救済という動機があった。言い換えれば、国家の通商活動に免除を認めることは弱者の犠牲において強者を保護することになり、国際通商の発展に好ましくないと思慮されるにいたったのである。このような背景の下、国有船舶の免除に関するブリュッセル条約（1926 年）がいち早く制限免除を提議したのである⁶⁹。

なお、ブリュッセル条約（1926 年）の当事国は 29 か国にすぎないが、批准が少ない一つの理由はその複雑さにあるといわれる⁷⁰。しかしながら、同条約は、その締約国はわずかであるものの、他の 2 国間条約のモデルとなるとともに、非締約国によっても適用されるなど、国家及びその財産の裁判権免除の文脈では重要な役割を演じることとなった⁷¹。

⁶⁴ *The Porto Alexandre* [1920] P. D., 30.

⁶⁵ *The Ice King*, *Annual Digest of Public International Law Cases*, Vol. 1 (1919-1922), p. 150.

⁶⁶ *Berizzi Brothers Company v. Steamship Pesaro*, 271 U.S. 562, 46 S.Ct. 611, 70 L.Ed. 1088 (1926).

⁶⁷ *The Parlement Belge*, [1878-79] 4P. D., 129, 144.

⁶⁸ 仏国では 1918 年 2 月には全商船が徴発された。英国では戦争準備として当初、商船 250 隻（のち 1000 隻以上）が直ちに徴発された。1916 年 12 月を境に、新設の海軍省の下に全船舶が没収され、船舶監督官が、大船主より成る運営委員会と協力してこれらを最も効率的に運用することになった。岩波講座「世界歴史 24 第一次世界大戦」（岩波書店、1970 年）76 及び 78 頁。

⁶⁹ 杉原高嶺「政府公船に対する裁判権免除の展開」『法学論叢』40 巻 3・4 号（京都大学法学会、1997 年）2 及び 22 頁。

⁷⁰ H. Fox, *The Law of State Immunity* (Oxford University Press, 2002), p. 87.

⁷¹ 坂元茂樹「排他的経済水域での沿岸国の同意なき海洋の科学調査—政府公船の場合の対応措置—」『海洋の科学的調査と海洋法上の問題点』（日本国際問題研究所、1999 年 6 月）59 頁。

予想通り、1930年ハーグ会議「領海」を扱う第2委員会ではブリュッセル条約の「制限免除説」の趣旨を取り入れるべきとの修正案〔1929年最終草案22条(刑事裁判権)へのポルトガル修正案〕⁷²が提出され、それが採用された。すなわち、

「第10条(1930年ハーグ規定：公船関連)：前二条の規定(刑事裁判管轄権〈8条〉及び民事裁判管轄権〈9条〉)は、政府の非商業的役務にもっぱら従事する船舶とその船舶内の人の取扱の問題を害するものではない。〔*Article 10* :

The provisions of the two preceding Articles (Arts. 8 and 9) are without prejudice to the question of the treatment of vessels exclusively employed in a governmental and non-commercial service, and of the persons on board such vessels. 〕」

その「所見」では、

「…。8及び9条(刑事裁判管轄権のための規定、及び民事裁判管轄権のための規定)は、そのため、商業目的のための政府船舶に適用される。〔[...]. Government vessels operated for commercial purposes therefore fall within the scope of Articles 8 and 9.〕」

と、反対の地位にある商業目的政府船舶を持ち出して「制限免除説」を改めて肯定した。

しかし、戦後、なぜかこのハーグ規定の考え方が途切れてしまう。ILCの1954年の草案には、公船に関する規定が存在しない。1955年の草案では「非商業目的に使用される政府船舶」というタイトルの下に、括弧を入れて、「これらの船舶の地位は、未定とする」とした。その注釈として、つぎのように述べている。「ILCは、軍艦を除いて、非商業目的に使用される政府船舶の取扱の問題は、未定であるということ、1954年よりも、いっそう明白に欲した。この点について、ハーグ法典会議の例にならうべきであると感じた⁷³。」

1956年の最終草案は、はじめて、つぎのような規定を設けた。

「第23条(非商業目的のために運航する政府船舶)：A節の規則は、非商業目的に使用される政府船舶に適用される。〔ARTICLE 23(*Government ships operated for non-commercial purposes*) : The rules contained in sub-section A shall apply to government ships operated for

⁷² 同趣旨の意見は、英国及びスウェーデンからも出された。S. Rosenne ed., *supra* note 18, pp. 1279, 1281, 1282, and 1394.

⁷³ *ILC Yearbook*, 1955, Vol. 2, *supra* note 55, pp. 40-41.

non-commercial purposes. 〕 〕

A 節というのは無害通航に関する一般規則のことである。その注釈として、ILC は次のように述べている。「軍艦に関する規定 (D 節) を非商業目的の政府船舶に適用するかの問題は、未定である。委員会はこの種類の船舶の地位を詳細に定めることを欲しない。これを軍艦と全く同一化するか、ある点で同一化するかの問題は、未定にしておく。これはハーグ法典会議の例にならうものである。⁷⁴⁾ ⁷⁵⁾

これだけではその意味するところが不明であるが、ILC の議事録を確認すると次のような議論の対立があったことが分かる。すなわち、

- ①免除を享受する公船が、非商業目的政府公船だけでなく商業目的政府公船まで含むのか否か。
- ②軍艦と非商業政府公船の性質（無害通航権及び免除）が同一か否か。

この 2 つの論点が絡み合うことで議論が錯綜及び膠着して⁷⁶⁾、軍艦と公船の性質の同一性について ILC の議論では結論が出なかったということだと考えられる。

しかしここで振り返ってみると、既に述べたように、ハーグ会議においては非商業公船と軍艦の地位の違いについて意図的に未定にしたわけではなく、そこまで議論が進展していないだけであり、結果的に未定になっただけである。よって、「委員会は、この種類の船舶の地位を詳細に定めることを欲しない。これを軍艦と全く同一化するか、ある点で同一化するかの問題は、未定にしておく。これはハーグ法典会議の例にならうものである。」という見解はミスリーディングであり、又は、ていのよい言い訳のようにも思われる。

そのような ILC の最終草案の下で、UNCLOS I では次のように帰結した。すなわち、ここでも、非商業目的政府公船の免除の範囲をめぐる争いがあったため⁷⁷⁾、それを明らかにするため

⁷⁴⁾ *ILC Yearbook*, 1956, Vol. 2, *supra* note 57, p. 276.

⁷⁵⁾ 坂元教授によれば、実は注釈のこの点こそ問題の核心があるという。なぜなら、非商業目的の政府公船を軍艦と全く同一視できるのか。それともある面では同一視し、他の面では同一視しなくてもいいとすれば、同一視しなくてもいい側面とはいかなる側面か。仮にそれが特定できれば、非商業目的の政府公船に対する執行措置の行使の態様も明らかになるからである。坂元「前掲論文」(注 71) 60 頁。

⁷⁶⁾ *ILC Yearbook*, 1956, Vol. 1, pp. 209-211, and 286.

⁷⁷⁾ 具体的には、①免除を享受する公船が商業目的政府船舶まで含むか。②非商業目的政府公船の免除の内容は如何なるものか (フィリピンの質問に対するオーストラリアの提案)。A/CONF. 13/C. 1/SR/, UNCLOS, *supra* note 59, pp. 121, 126, 127, and 133.

なお、オーストラリアから、現在、領海条約 22 条 2 項 (免除に影響を及ぼさない規定) となっている条文案が提案され可決された。この提案が出されたのはつぎの事情による。すなわち、フィリピン代表が以下のような

に、1930年ハーグ規定10条に類似した領海条約22条2項が盛り込まれることとなったのである⁷⁸。他方で、1955年からILC委員を務め、かつUNCLOS I英国派遣団副代表でもあったフィッツモーリス(G. Fitzmaurice)がいうように、軍艦には22条2項のような規定は不必要であると考えられた⁷⁹。すなわち、軍艦の免除は公船の免除に比べて確固たる地位にあると考えられたのである。現在では、この公船に関する免除規定領海条約22条2項が、海洋法条約においては軍艦が対象として追加されて32条に引継がれている。

ここまで軍艦及び公船の通航関連規則の起草過程を考察してきて言えることは、

- ①軍艦と比較して、非商業目的政府公船の免除の範囲は明確ではない。
- ②軍艦の免除は明確なので、そのような規定は不必要であった。
- ③公船の無害通航権に関して、結果的に領海条約では非商業目的政府船舶はカテゴリー的に軍艦よりも振り分けられ、それと同時に、無害通航権に関する規則(14条)が適用されることを明確に規定することになった(22条1項)。よって、形式的に公船の無害通航権が肯定されることになる。たしかに、現在でも非商業的目的の政府公船の無害通航権を否定する学説はない⁸⁰。

質問をした。A節の規定が適用されるといっているから、B節の規定は適用されないという意味を含む。しかし、B節の草案19条第1項(課徴金、現在の18条1項)は通航を理由として外国船に課徴金を課さないとしている。そうすると、草案第23条(現在の22条1項)は非商業目的の政府船舶に課徴金を課し得ることを意味するものであるが、同じことは草案20条1項(刑事裁判権、現在の19条1項)、草案21条1項(民事裁判権、現在の20条1項)についてもいえる。この質問に答えて、そうではないことを明らかにするためにオーストラリアは上記提案を出したのである。A/CONF.13/PL/SR/, UNCLOS, *supra* note 60, p.66.

⁷⁸ Subsection C. Rules applicable to government ships other than warships

Article 21

[...].

Article 22

1. The rules contained in subsection A and in article 18 shall apply to government ships operated for non-commercial purposes.

2. With such exceptions as are contained in the provisions referred to in the preceding paragraph, nothing in these articles affects the immunities which such ships enjoy under these articles or other rules of international law.

Subsection D. Rules applicable to warships

Article 23

[...].

⁷⁹ G. Fitzmaurice, "Some Results of the Geneva Conference on the Sea," *ICLQ*, Vol. 8 (1959), p. 103.

⁸⁰ 小寺彰「政府船舶に対する沿岸国の措置」『海洋の科学的調査と海洋法上の問題点』(日本国際問題研究所、1999年6月) 77～78頁。

2 免除に関する分析

次に免除に特化して公船と軍艦とを相対的に考察してみる。まず、軍艦の免除から述べれば、軍艦はその旗国の主権と独立を完全な形で表象するものとして不可侵権を有しており、また、旗国以外のいずれの国の管轄権からも完全に免除されることは確立された慣習国際法である⁸¹といわれている⁸²。

次に、国有船舶の免除を認めたリーディング・ケースとして取り上げられるスクナー・エクスチェンジ号事件をみてみたい。本件では、米国のフィラデルフィア港に入港しているフランスの武装公船スクナー・エクスチェンジ号の免除が問題とされた。もともと米国人所有の船舶であったエクスチェンジ号が1810年にフランスによって公海上で拿捕され、その後フランス政府の武装公船（public armed vessel）として就役していたところ、1811年7月、荒天によりフィラデルフィア港に入港した。そこで、元の所有者が同船舶の所有権の確認と回復を主張してペンシルベニア連邦地裁に出訴したため、外国の武装公船は免除を有し、寄港国の裁判権に服するかどうか争点となった。これに対して1812年2月に米国連邦最高裁が示した判決が、本件であった⁸³。

本件は免除のリーディング・ケースだけあって、外国武装公船の免除をア・プリオリに断定することなく慎重に判断した。すなわち、その免除の根拠を、主に、各国の相互交流の利益のために、諸国の主権者がその領域管轄権行使を放棄することに明示的または黙示的に「同意」してきたところに求めたのである⁸⁴。また、このように主権者がその権限を放棄したと解される事例は以下の3つがあるという。すなわち、

⁸¹ W.Geck, "Warship", in Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 4 (1982), pp.347-350.

⁸² また、最近では、国際海洋法裁判所（ITLOS）は、ガーナが自国の港に入港した ARALIBERTAD（リベルタッ号）を差押えた事件において、アルゼンチン海軍の士官候補生の練習船として用いられている3本のマストを持つ帆船を「軍艦」と認め、内水においては免除を有しないというガーナの主張をしりぞけ、アルゼンチンによる暫定措置の要請を認め、釈放を命じた。The "ARA Libertad" (Argentina v. Ghana), Case No. 20, Dec 15, 2012, at <http://www.itlos.org/index.php?id=222&L=0> (last access on 26 Feb. 2016).

なお、2013年9月27日にアルゼンチンとガーナが和解したことにより、海洋法条約287条及び付属書VIIに基づく仲裁裁判の進捗も進んでいたが、途中にて終結した。和解した主な理由は、ガーナ最高裁が軍艦の免除に関する慣習法上の立場を尊重する国内法作成を判示（2013年6月20日）したことであった。

cf. "Agreement between Argentina and Ghana" - 27-09-2013. at <http://www.pcacases.com/web/sendAttach/429> (last access on 26 Feb. 2016).

⁸³ *The Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812).

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 140-143.

①外国領域内における主権者の身体の逮捕・抑留からの免除

②①と同じ原則に基づく外交使節の免除

③外国領域を通過する他国軍隊の免除（ただし、陸軍の領域通過の許可は推定され得ず、主権者の明示的合意が必要である、と注釈されている。）⁸⁵

その免除を認める根拠は、すでに述べた領域主権者の「同意」のほか、（相手）主権者及び国家の威厳（*dignity*）⁸⁶であるとか、国家間関係の円滑な交流・促進を強調する政策的配慮であるとか、はたまた、相互主義あるいは国際礼譲によるもので、結局は主権免除の根拠として有名なローマ法の格言「対等なるものは対等なるものに対して支配権をもたない」に帰着するという見解⁸⁷もあり、この判例に対する評価はさまざまであり、そのようなところからも免除の根拠に関してなかなか定説なるものは存在しないというのが実情である。

そこで、本稿が扱う免除を考えてみると、それは主に執行措置現場での免除であり、既述の1926年ブリュッセル条約や2004年採択の国連国家免除条約で扱う国及びその財産の裁判権免除そのものでなく⁸⁸、仮に山本草二教授がいう国家管轄権の3分類⁸⁹に従うとすれば、主に執行管轄権の行使に対する公船なり軍艦の免除であるといえるが、その根拠は二つの流れからきているものと思われる。一つはエクスチェンジ号事件で領域主権者がその権限を放棄したと解される事例で挙げられた(i)外交使節の免除、または外国元首の免除であり、もう一つは、やはり起草過程でも登場した(ii)国及びその財産の裁判権免除である⁹⁰。さらにその2つの流れから導き出される免除の細部根拠を列挙すれば以下のようなものが考えられる。①治外法権説(*extraterritoriality*)⁹¹（浮か

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 137-139.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 144.

⁸⁷ Dahai Qi, "State Immunity, China and Its Shifting Position," *Chinese Journal of International Law*, Vol. 7, Issue 2 (July 2008), para. 11.

⁸⁸ 1926年ブリュッセル条約や国連国家免除条約が、執行管轄権一般を念頭においた条約ではないが、これらの条約の趣旨や定義が、これまでの海洋法関連規則の起草過程や解釈に影響していることは確かである。

⁸⁹ 「立法管轄権」(*legislative or prescriptive jurisdiction*)とは、国内法令を制定して、一定の事象と活動をその適用の対象とし、合法性の有無を認定する権限を言う。また、「執行管轄権」(*executive or administrative jurisdiction*)とは、行政機関が逮捕、捜査、強制調査、押収、抑留などの強制措置により国内法を執行する権限をいい、さらに「司法管轄権」(*judicial jurisdiction*)とは、司法機関がその裁判管轄の範囲を定め、国内法令を適用して具体的な事案の審理と判決の執行を行う権限をいい、両者を合して「強制管轄権」(*enforcement jurisdiction*)とよぶ場合がある。山本草二『国際法（新版）』（有斐閣、1994年）232頁。

⁹⁰ 小寺「前掲論文」（注80）80頁。

⁹¹ 治外法権説に関連して、かつて本土と遜色ない主権を有するという意味から「浮かんでいる領土説」が唱えられた。また、治外法権と不可侵権は密接な関係にある。横田喜三郎『国際法Ⅱ（新版）』（有斐閣、1972年）237及び283頁。

ぶ領土説)、②代表説⁹²、又は尊厳(威厳)説、③国際礼讓説、④同意による領域権能放棄説⁹³、⑤政策的配慮説⁹⁴、⑥国家機関としての機能説⁹⁵、⑦主権国家平等・独立説、及び⑧軍事機密保護説⁹⁶。

これらは、いずれかが決定的効果をもつものであるとみるよりも、むしろこれらが複合的に作用して形成されたものと解されるが、軍艦に関しては、現在ではそれは擬制(フィクション)にすぎないが⁹⁷、治外法権説とそこから導きだされる不可侵権がかなりよくその地位を表していると学説上は言われる。

しかし軍艦以外の公船に関していえば、そこまでの免除を享受するかは明瞭ではない。そうした見解を判示したのがクリコフ船長事件(1954年)⁹⁸である。この事件は、ソ連の公船が日本の法令違反により領海内で拿捕され、そして起訴された事件である。被告は使われた巡視艇がソ連の国有であり、その管轄下にあるので公船として治外法権があり、日本の裁判権には服しないと主張したのに対して、旭川地裁は、政府船舶の免除について次のように判示した。

「…そこで公船についてはこれを大別すると軍艦とその他の公船に分けることができ、軍艦についてはつとに不可侵権と治外法権が完全に認められているが、その他の公船については諸国の態度が必ずしも軌を一にせず一国においてすら主義が一貫していないので、いまだ公船に関する国

⁹² 治外法権説と威厳説の付随的根拠となり得る。

⁹³ 11 U.S.(7 Cranch), *supra* note 88, pp. 140-143.

⁹⁴ 以下のような場合、この根拠が用いられやすい。①現場で強制的な対応をするよりも、じ後の外交ルートからの対応にて処理するほうが利益がある場合。②事態のエスカレーション防止の必要性が高い場合。

⁹⁵ R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed. Vol. 2 (Longman, London, 1992), pp. 1167-1168.

⁹⁶ 西村弓「第7章 海洋安全保障と国際法」『海洋安全保障の諸問題と日本の対応』(財団法人 日本国際問題研究所、2012年3月) 95頁。浅田正彦「九州南西海域不審船事件と日本の対応—継続追跡の問題を中心に—」『日本における海洋法の主要課題』(有信堂高文社、2010年) 100頁。

⁹⁷ *Chung Chi Chung v. The King*, [1939] AC 160, p. 174.; また、ブライアリー(J. L. Brierly)により治外法権説はフィクションであることが同意されている。M. Whiteman, "Immunity of Warships and Noncommercial State-owned or -operated Vessels," *Digest of International Law*, Vol. 4 (U.S. Department of State Publication, 1965), p. 633; A. Clapham, *Brierly's Law of Nations*, 7th ed. (Oxford University Press, 2012), pp. 233-234.

⁹⁸ 事実の概要：旧ソ連邦サハリン漁業総局所属の巡回艇の船長クリコフは、1953年8月1日、関三次郎を不法上陸させるために有効な旅券・乗員手帳を所持しないで宗谷郡沖領海に入った。同月8日、巡回艇が同一人物を収容するため再び領海に入ったところ、日本の保安庁巡視船が同船を臨検・拿捕し同船長を逮捕した。ここでは、不法入国という(旧)出入国管理令第3条違反、及び、巡回艇を不開港場である北海道領海内に停留させたとして船舶法第3条違反が問われ、旭川地方裁判所に起訴された。同裁判所は被告人に対し懲役1年執行猶予2年の刑を宣告した。クリコフは1954年3月28日、同巡回艇とともにソ連側に引き渡された。

「慣習法が確立していない…」⁹⁹

国家実行としては、1952年の李承晩ライン¹⁰⁰設定以降の数年間に、日韓の竹島をめぐる係争海域において日本の海上保安庁の巡視船及び水産庁監視船が韓国警備艇や韓国軍艦から、発砲¹⁰¹、接舷・臨検¹⁰²、及び、拿捕・抑留¹⁰³等を受けた事例がある。本諸事例の国際法的妥当性に関しては非常に危ういものがあるが、少なくとも韓国の立場から言えば、日本公船の免除を一切考慮することなく法執行を行ったのであり、他方で、軍艦に対しここまでの法執行を行うことは考えられない¹⁰⁴。

さらに、これは領海での実行ではないものの、2014年5月、南シナ海パラセル（西沙）諸島付近での中国石油掘削装置設置をきっかけとするベトナムの反発において、中国海警の公船とベトナム海上警察の公船とが、放水や接舷規制を応酬的に行っているが、両政府とも軍艦での対応は控えているようである¹⁰⁵。

よって以上のことから、軍艦の免除は慣習法上確立していると言えるが、軍艦以外の公船の免除は軍艦と同程度まで確立しているとは言えないのではないだろうか。

さらに免除について、1958年公海条約(Geneva Convention on the High Sea, 1958. 以下、公海条約と呼称)における公船の免除規定の起草過程についても触れておきたい。1930年ハーグ会

⁹⁹ 旭川地判昭和29年2月19日判時21号475頁（477頁）。

¹⁰⁰ 1952年1月18日、大韓民国の李承晩大統領は、朝鮮半島周辺の広範囲の水域に対し、一片の声明をもって韓国の主権を宣言したが、そのときのラインがこれである。

¹⁰¹ 例えば、1953年7月12日、海上保安庁巡視船「へくら」が、韓国人40名が竹島に上陸し、日本領であることを示した標柱も撤去されていることを確認した際、韓国の警察官が巡視船に來船し、退去を要請した。巡視船が海域から離脱しようとする際に、韓国側が10発発砲し、うち2発が被弾したという事例がある。高井晋「韓国竹島領有論の再吟」『島嶼研究ジャーナル』2巻1号（2013年3月）6頁。

¹⁰² 1952年10月25日、海上保安庁巡視船「PMいき」が、韓国警備艇を発見したので退避したところ、距離2海里のところから十数発の銃撃を受けたのでやむなく停船。相手船（韓国警備艇）は接舷して調査した。海上保安庁総務部総務課編「十年史・海上保安庁」（平和の海協会、1961年5月）158頁以下。

¹⁰³ 1954年2月20日、海上保安庁巡視船「PMさど」が韓国艦艇らしきものを発見したので警戒接触中、突然銃撃を受け停船を命ぜられた。当時附近に2隻の日本漁船が操業中であつたので、これを保護するためあえて退避せず、相手船と直接折衝を行おうとし停船のうえ接舷、会談を行ったが「李承晩ライン」侵犯と公務執行妨害を理由に拿捕を通告、済州邑まで実力により連行された。済州邑入港後船内に軟禁を受けたが、同夜船体・乗組員共に釈放された。同上。また、1953年9月27日には水産庁監視船も拿捕された記録がある。「朝日新聞縮刷版」（1953年9月）343頁。

¹⁰⁴ なお、日本政府は実力による対抗的な措置をとることは避け、じ後的に外交ルートを通じて抗議をしたものの、その違法性を国際的な第三者機関に訴えるようなことはしなかった。海上保安庁総務部総務課「海上保安庁三十年史」（海上保安協会、1979年5月）28頁。

¹⁰⁵ 中国外務省は掘削装置の周辺海域に「軍艦を派遣することは断じてない」と強調している。2014年6月19日 日本経済新聞 朝刊7面。

議では「公海」は扱われていないので、ILC の起草作業から検討を始めることにする。1956 年 ILC 最終草案では次のような条文が採択された。すなわち、

「第 33 条（その他の政府船舶の免除）：…、もっぱら政府役務に使用される船舶は、…、軍艦と同一視され、これと同一の免除を有する。〔*Article 33(Immunity of other government ships):[...], ships owned or operated by a State and used only on government service, [...], shall be assimilated to and shall have the same immunity as warships.* ^{106]}」

ここで注目されるのは条文の文言上、公船の免除を軍艦と同一視しているところである。しかし、UNCLOS I では、結局、米国修正案が提議されこれが後に採択された¹⁰⁷。すなわち、以下のように現行公海条約では軍艦の免除（8 条 1 項）と公船の免除（9 条）規定とが内容は同じだが別個の条文になったのである。

「第 8 条（軍艦）：公海上の軍艦は、旗国以外のいずれの国の管轄権からも完全に免除される。
Article 8(Warships) :

1. Warships on the high seas have complete immunity from the jurisdiction of any State other than the flag State.
2. [...]

「第 9 条（国が所有し又は運航する政府の非商業的役務にのみ使用される船舶）：国が所有し又は運航する船舶で政府の非商業的役務にのみ使用されるものは、公海において旗国以外のいずれの国の管轄権からも完全に免除される。〔*Article 9 (Ships owned or operated by a State and used only on government non-commercial service) : Ships owned or operated by a State and used only on government non-commercial service shall, on the high seas, have complete immunity from the jurisdiction of any State other than the flag State.* 〕」

ここで重要なことは草案に継続してあった「軍艦と公船の免除は同一」であるという文言が削除されたことである。

¹⁰⁶ *ILC Yearbook*, 1956, Vol. 2, *supra* note 57, p. 280. なお、軍艦と公船の免除の関係について、1954 年草案では「…, assimilés à des navires de guerre. (軍艦とみなされる。)」*A/CN.4/79, Regime of the High Seas* (1954), p. 11. 1955 年草案では「… shall be assimilated to warships. (軍艦と同一視される。)」*ILC Yearbook*, 1955, Vol. 2, *supra* note 55, p. 23. というふうに、1956 年最終草案までその趣旨は一貫している。

¹⁰⁷ *A/CONF. 13/C. 2/SR/*, UNCLOS, *Official Records*, Vol. 4, Second Committee, pp. 67, 68, 71, and 76.

そこで当該米国修正案に付随するコメントを確認すると、以下のような理由により修正案が提出されたことが分かる¹⁰⁸。すなわち、

①軍艦と公船をパラレルではあるけれど同一視できない関係にとらえたため。

②ILC 草案の懸案である公船には付与されない警察権を排除するため¹⁰⁹。

よって、ここにおいても軍艦と公船の性質を同一視できない証拠が存在することになる。

3 軍艦と公船の定義

さらに軍艦と公船の性質の違いについて、それぞれの定義の仕方から証明を試みるが、まず、それぞれの定義そのものについてその沿革と付随する問題について述べ、最後にその差異について言及する。

(1) 軍艦

まず、軍艦の定義に関する現行規則であるが、それは海洋法条約 29 条にある。すなわち「この条約の適用上、『軍艦』とは、一の国の軍隊に属する船舶であつて、当該国の国籍を有するそのような船舶であることを示す外部標識を掲げ、当該国の政府によって正式に任命されてその氏名が軍務に従事する者の適当な名簿又はこれに相当するものに記載されている士官の指揮の下にあり、かつ、正規の軍隊の規律に服する乗組員が配置されているものをいう。」

他方で、この定義は 1994 年に作成された「海上武力紛争に適用される国際法に関するサンレモ・マニュアル」（以下、サンレモ・マニュアルと呼称）の軍艦の定義と全く同じものであり、その意味ではいわゆる戦時・武力紛争時においても適用されるといえる¹¹⁰。

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 135.

¹⁰⁹ なお、この米国修正案の趣旨から言えば、本稿が主対象としている公船、すなわち、海上警察機関の巡視船が軍艦と同じ性質ではないかという疑念が生じ得る。しかし、当該疑念には以下のように反論する。すなわち、たしかに現行の公海条約 21 条「公海における拿捕の行使」権は軍艦の他に、政府の公務に使用されているその他の船舶に付与されている。しかし、1956 年の最終草案 45 条では、まだ、軍艦（又は軍用航空機）のみへの付与（…only by warships or military aircraft）であつた。さらには、UNCLOS I では、公海条約 9 条（公船の免除）のほうに 21 条（拿捕の行使）より先に審理されている。以上のことから、9 条（公船の免除）審理時は、拿捕権は軍艦のみにあるという認識であつたのであり、海上警察機関の巡視船といえども軍艦とは異なるという見解が支配していたこととなる。

¹¹⁰ なお、サンレモ・マニュアルの意義について、同マニュアルの日本語訳を作成して出版した訳者たちは、「主として国家実行に重きを置いた現実的な研究により導かれ、また、各国専門家の多数意見を反映していることから、相応の説得力を持つものといえることができる。ただ、多数決で導かれた規定の一部には必ずしも主要海軍国の見解を反映していないところもあり、また、法の漸進的発達を考慮して設けられた規定には、既存の慣習法を重視する一部の国には受け入れ難いと思われるところもある。しかしながら、全体的にみると、不明瞭とされてきた部分を明確化したのみならず、国際社会の進展に適合させるべく海戦法規の再構築を図った画期的な成果で

ところで、国際法において軍艦を定義する必要性は何であろうか。それは軍艦が旗国の主権を表象するものとして免除を有し、さらに、平時・戦時問わず国際航行に干渉する権利をもつことから¹¹¹、他の船舶からの峻別によりその適格性を確保し、権利の濫用を防止するためである。

多くの論者が、軍艦として認められる基準を最初に定めたのは1907年の「商船ヲ軍艦ニ変更スルコトニ関スルハーグ第7条約」(以下、ハーグ第7条約と呼称)であると指摘するが、1856年パリ宣言において、その基準が私掠船の廃止に密接に関連していたことを忘れてはならない¹¹²。パリ宣言発効以降、敵対行為のみならず、捕獲法における臨検、搜索及び拿捕の権利は軍艦のみが有することとなった¹¹³。

その後は周知の通り、ハーグ第7条約1～4条において軍艦であるための構成要件が採択され、ほとんどそれがそのまま1958年公海条約8条2項に引き継がれている¹¹⁴。そこで採用されているのが、所属国の直接の管轄、監督及び責任、外部の特殊標識、正式に任命された士官の指揮、並びに、軍紀に服する乗務員という形式的な4要件であった。海洋法条約29条では、カナダ国防軍に見られるような三軍統合の傾向を考慮し、公海条約での「海軍」の用語を「軍隊」に拡大しことに伴う所要の修正の他に変更はない。なお、すでに国内法上軍隊の一部とされていた米国Coast Guardのカッターの軍艦としての国際法上の地位がこれにより明白にされることになった¹¹⁵。

あるということができよう」と評価している。人道法国際研究所(竹本正幸監訳、安保公人・岩本誠吾・真山全訳)『海上武力紛争法サンレモ・マニュアル解説書』(東信堂、1997年) v-vi 頁。

¹¹¹ R. W. Tucker, *The Law of War and Neutrality at Sea* (US Government Printing Office, Washington DC, 1957), p. 34.

¹¹² 近世初頭の国家は常備海軍力が少なかったので、免状を発行することにより私船に交戦者資格を付与する私掠船という実行でそれを補っていた。私掠船は、利益を重視する私人の事業であるため、危険が少なくて収益の多い商船の捕獲にもつぱら従事し、特権を濫用して中立国船に対して戦争法上許される捕獲の限度を超える掠奪を行って、交戦国と中立国との間の紛争になることが多かった。そういった理由からパリ宣言では私掠船の全廃を宣言することになったのである。高林秀雄「私掠船」『国際関係法辞典(第2版)』(国際法学会、2005年) 492-493頁。

¹¹³ R. W. Tucker, *supra* note 111, pp. 40-41.

¹¹⁴ *Article 8*

1. [...].

2. For the purposes of these articles, the term “warship” means a ship belonging to the naval forces of a State and bearing the external marks distinguishing warships of its nationality, under the command of an officer duly commissioned by the government and whose name appears in the Navy List, and manned by a crew who are under regular naval discipline.

¹¹⁵ 真山全「軍艦の定義」『海洋法・海事法判例研究(2号)』(日本海洋協会、1991年) 55頁。

なおここで、軍艦を定義づけることに伴う最も重要な問題を1つだけ摘出して置く。それは軍艦の無害通航との関係である。前述したように軍艦が領海において無害通航権を有するかの従来からの議論では、軍艦の実質に着目していたことは否定できない。すなわち、軍艦が沿岸国に対して有形又は無形の力を行行使しうるものであることである。特に軍艦の無害通航権を否定する側においては、その有する武力からくる脅威を強調する。つまり、沿岸国に対する脅威は、軍艦の実質から生じるのであって、形式的に軍艦としての基準を満たすものすべてを当然に脅威源としていたかが問題となろう。定義に形式的基準のみを用いた結果、海洋法条約29条に合致すれば、戦闘能力を有する実質的意味での軍艦以外もこの範疇に入ることになる。逆もしかりである。すなわち、形式的には軍艦ではないが、実質的には軍艦であるものをどう取り扱うかである。例えば、米国海軍には、武装を備えているが、公海条約や海洋法条約でいう軍艦にあたらないものがある¹¹⁶。現在、少なからぬ国が外国軍艦の領海航行を規制しているが、実質的軍艦であるものを規制しているとすれば、あるいは、そうでなければ意味がないとすれば、海洋法条約29条との関係で問題が生じることになる¹¹⁷。

(2) 公船

「非商業的目的のために運航する軍艦以外の公船」といってもその範囲にはかなりの幅があり、例えば、UNCLOS Iにおける非商業目的政府公船の定義の英国案では、①ヨット、巡視船、病院船、艦隊補助船、軍需品輸送船、軍隊輸送船、②海底電線船、気象観測船、科学調査船、漁業

¹¹⁶ 海洋法条約236条には「軍艦(warship)若しくは軍の補助艦(naval auxiliary)」という文言があり、ここでいう補助艦は、軍により所有されているかまたはその排他的支配下にあるもので、29条でいう軍艦以外をさす。この補助艦に分類される艦船は、実際上は輸送、補給、救難、観測といった補助的任務に用いられているものが多いが、29条の定義でいう軍艦を除くものであるため、武装の有無等の実質には関係がなくなることになる。このような補助艦は、政府の非商業的役務に使用されており、免除を有する。尚、補助艦は軍艦に変更されない限り、武力紛争時に臨検等の権利を行行使しえないが、軍艦か補助艦かの区別は、合法的な攻撃目標となるかどうかの問題や自艦の防御のために発砲し得るかの問題とは直接は関係ない。米国海軍の場合、軍事海上輸送団(Military Sealift Command; MSC)の運航するすべての艦船がこの補助艦である。同上、57-58頁。cf, *Department of the Navy, Annotated Supplement to the Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, NWP1-14M, 1997, 2.1.3.; なお、サンレモ・マニュアルによれば、軍艦と補助艦は軍事目標であり、それらの船舶の乗組員は敵軍に捕らえられた場合には捕虜となる。International Institute of Humanitarian Law, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea: Prepared by International Lawyers and Naval Experts convened by the IHL* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), pp. 154, and 228.; また、軍艦と補助艦を分ける意味は、前者のみが敵対行為を行う資格を有するからである。Ibid., p. 90.

¹¹⁷ 真山「前掲論文」(注115) 56-57頁。

保護船、③第1と第2の船舶に類似する任務に使用される船舶をあげていたのである¹¹⁸。しかし、この提案に対しては多くの国から反対の声が上がった。例えば、トルコ代表は、コンスタンティノーブル海峡制度に関するモントルー条約のような国際条約では、艦隊補助艦、軍需品輸送艦が軍艦のうちに含まれているのに、英国案では軍艦以外の非商業目的の政府船舶とされているといい、国際法上で軍艦と認められる船舶について、通航に関して許可も通知も必要としない商船と同一化するのは不当であると非難し、他方、デンマーク代表は、英国案では国有鉄道の連絡船、政府の砕氷船などがもれていると指摘し、このことは列挙だけによる定義が困難なことを示すものであると述べた¹¹⁹。確かに英国案をみると、第1の種類の船舶は軍艦に引きつけて考えることが比較的可能な船舶であるのに対して、第2の種類の船舶は多少それとは異なる取扱いをする余地があるように思える¹²⁰。結局、ひとくちに非商業目的の政府船舶といっても、取扱いの上で軍艦並みに扱うべき船舶とそうでない船舶があることになるが、いずれにせよ、列挙方式による定義付けの試みはその困難性から最終的には放棄され、不明確な部分が残ることとなった。しかしながら、本稿において主として扱う海上警察機関の巡視船が公船に該当することに UNCLOS I では争いはなかった¹²¹。

次に、海洋法条約において公船を扱っている第2部「領海及び接続水域」の31条及び32条、第7部「公海」96条、並びに、第12部「海洋環境の保護及び保全」236条では、その表現の仕方に差異はあるがその効果について若干付言する。

起草委員会は、各条文の表現上の調整過程の一部として、免除が与えられる軍艦や他の政府船舶に関する様々な条文を精査したといわれる。とりわけ、起草委員会は、31条、32条、96条及び236条において「軍艦、国の航空機、又は国によって所有若しくは運航され、もっぱら非商業目的のために使用される船舶又は航空機」という語句が用いられていることに注目し、同時に96

¹¹⁸ ちなみに、資料的に古いが、わが国が非商業用政府公船として所有している船舶はつぎの通りである。税関監視船（財務省）、検疫艇（厚労省）、警備艇（法務省）、警察用船舶（警察庁）、漁業監視船（農林水産省）、漁業調査船（農林水産省）、練習船（文科省、国交省）、支援船（海上自衛隊）、研究船（文科省）、気象観測船（国交省）、浚渫船（国交省）、油回収船（国交省）、測量船（国交省）、巡視船（海上保安庁）、水路業務用船（海上保安庁）、灯台業務用船（海上保安庁）である。辺見正和「海洋法条約草案上の通航問題等について」『海洋法と海洋政策（第5号）』（外務省、1982年）4頁。

¹¹⁹ 横田喜三郎『海の国際法（上巻）』（有斐閣、1959年）226頁。

¹²⁰ 坂元「前掲論文」（注71）60頁。

¹²¹ 横田『前掲書』（注119）229頁。

条で「航空機」や「軍艦」への言及がないことに注目したといわれる。しかし、結果的には31条、32条及び96条の条文に変更は加えられなかった¹²²。関係条文の規定振りの統一を意識したものの、UNCLOSⅢでは最終的に採用されなかったことを考えると、これら条文にある「公船」の意味に実質的な差異はないと考えるのが妥当である¹²³。

(3) 差異

軍艦については上述したように海洋法条約29条で定義されている。この規定は1958年公海条約の軍艦の定義規定(8条2項)を、海洋法条約の領海規定に援用したものであるが、冒頭の「この条約の適用上(この部の適用上ではない)、『軍艦』とは…」という文言から分かるように、領海、EEZ、又は公海等海域に関係なく適用される定義である。ここで注目すべきは、軍艦は識別のために外部標識を掲げることを求められていることである。

他方、公船はどうであろうか。外部標識に関して、たしかに、海賊の拿捕、臨検、又は追跡を行うなどの公海における警察権行使を行うためには、「政府の公務に使用されていることが明らかに表示されておりかつ識別される」ことが求められるが(海洋法条約107条、110条5項、111条5項、なお、224条も参照)、外国の領海を通航する際に外部標識を掲げることを明示的に求められているわけではない。この部分も軍艦との差異であり、V章の軍艦及び公船への25条と30条の具体的運用要領に関係してくる。

4 小括

以上、軍艦と公船の通航及び免除の規則を中心にその起草過程を検討した点をまとめると、軍艦と公船は必ずしもその性質が同一ではないことが判明した。繰り返しになるがその論拠として以下の点が挙げられる。

- ①通航：軍艦の通航規則は相対的に不明確な点が残存するが、他方で、公船の無害通航を否定する主張は見られない。
- ②免除：軍艦の免除は慣習法上確立していると言えるが、公船の免除は軍艦と同程度まで確立し

¹²² S. N. Nandan and S. Rosenne et al., *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary*, Vol. II, pp. 263-264. Vol. III, pp. 161-162.

¹²³ 坂元「前掲論文」(注71)62頁。なお、海洋法条約31・32条の「非商業的目的」及び96条「非商業的役務」という表現上の相違の原因は、領海条約と公海条約の表現をそのまま受け継いだ結果に基づくものである。

ているとは言えない。

③沿岸国の法令順守・退去要求の規則：19 世紀末からその内容は一貫して確立しており、かつ、その対象は現在の海洋法条約 30 条においても軍艦のみであるが、公船にもこの規則が適用できるかどうかは不明である。

Ⅳ 沿岸国法令執行権と沿岸国保護権

本章では沿岸国法令執行権と保護権について検討する。まず、なぜここで分析するかその理由を示しておきたい。領海内を航行する外国船舶が沿岸国の法令に違反する場合、または、無害通航の要件を満たさない場合には、沿岸国は具体的な執行措置をとることになる。その場合には、それぞれの事案について、その事由や要件を分類して、とるべき執行措置の態様を特定する必要がある¹²⁴。一般的に言えば、この時沿岸国がとり得る措置としては、国内法令を前提とした執行措置、または、海洋法条約 25 条に基づく無害でない通航を防止するための必要な措置、すなわち、保護権行使がある。

そこで、海洋法条約 25 条、及び、沿岸国法令違反における執行措置規定と考えられる 30 条¹²⁵の具体的運用要領を一定程度明らかにすることになる V 章に先立ち、この保護権と法令執行権の間、さらには海洋法条約 25 条及び 30 条の間に何があるかを整理しようとするのである。具体的には、この二つの措置が発動され得る敷居、すなわち、無害でない通航の認定と法令違反がどのような関係があるのか、また、措置を発動するにしてもその制裁要領に違いはあるのか、さらには、二つの措置にオーバーラップする部分があるとするならば、その交錯要領はいったいどうなるか、最後に海洋法条約 30 条の措置とは如何なる性質のものであるかを明らかにしたい。最初に、無害でない通航の認定と法令違反がどのような関係があるかを探求すべく「接合説」と「分離説」¹²⁶についてみていく。

¹²⁴ 山本草二「無害通航に当たらない領海侵犯」『我が国の新海洋秩序（第 3 号）』（財団法人海上保安協会、1990 年）86-87 頁。

¹²⁵ 奥脇直也「領海における外国公船に対する執行措置」『平成 21 年度海洋権益の確保に係る国際紛争事例研究（第 2 号）』（財団法人海上保安協会、2010 年 3 月）2 頁。西村「前掲論文」（注 96）94 頁。『新海洋法条約の締結に伴う国内法制の研究（第 2 号）』（日本海洋協会、1983 年）62 頁。

¹²⁶ 無害性と沿岸国法令の違反の有無とを密接に結びつける「接合説」と、両者を無関係のものとして切り離す「分離説」の概念の存在自体の認識は諸国の国際法学者に共通であるが、この「接合説」「分離説」という 2 分

1 「接合説」と「分離説」

周知のように、無害性の認定基準と沿岸国の国内法令の違反の有無との関係については、国際法上、両者を結びつけるいわゆる「接合説」と両者を無関係なものとするいわゆる「分離説」の対立が存在する。すなわち、領海を通航中の外国船舶が沿岸国の国内法令に違反する行為を行った場合のみ、その通航を「沿岸国の平和、秩序又は安全」に対して無害でないとみる立場（接合説）と、逆に、国内法令の違反にかかわらず、沿岸国の重要利益を害すれば無害でない通航とみる対場の対立である。

後者の立場に立てば、国内法令の違反がただちに通航の無害性の否定に結びつくわけではなく、沿岸国の重要利益を害しない限り、無害通航権は否定されず、単に法令違反の責任を問われるのみである。他方、前者の立場に立てば、国内法令違反が無害性の認定と結びつくことになるので、沿岸国の立場からすれば、みずからの法益を保護するためには、国内法上あらかじめ無害通航にあたらない場合をすべて規定しておく必要がある¹²⁷。

後に詳しく触れるが、例えば、1958年のUNCLOS Iにおける沿岸国の保護権に関する ILC 最終草案 17 条 1 項には、接合説と分離説の保護権に対するアプローチの違いを極端に示す修正案が出された。一つは接合説に基づくオランダ修正案で、「沿岸国は、(ILC 最終草案) 18 条に定める法令の領海内での違反を防止し、かつ、この法令の執行を確保するために必要な措置を領海内で執る権利を有する」と定める。ここでの沿岸国の保護権は、沿岸国法令の違反を防止し法令の執行を確保するための措置に純化されている。他方は分離説に立つ米国修正案で、「沿岸国は、無害でない通航を防止するために領海内で必要な措置をとることができる」と定める。ここでは、沿岸国の保護権は無害でない通航すなわち沿岸国の安全を害する通航を防止する措置に純化されている¹²⁸。

また研究者間の対立¹²⁹で言えば、幾つかの場所で「接合説」の立場を取っていると理解される林久茂教授は、沿岸国の法令制定権に関する領海条約 17 条の解釈において、沿岸国が制定する

法的名称を最初に考案したのは山本草二教授ではないかと思われる。薬師寺教授からの聞き取り。

¹²⁷ 坂元茂樹「領海」『海上保安法制』（三省堂、2009 年）134 頁。

¹²⁸ 薬師寺公夫「領海における海洋汚染防止法令の執行と無害通航権」『21 世紀の国際機構：課題と展望』（東信堂、2004 年）536 頁。

¹²⁹ 例えば、接合説派：ンガンチャ(F. Ngantcha)、林久茂教授。分離説派：ソレンセン、フローマン中佐、山本

法令は、当該条約の規定及び国際法の他の規則（無害通航権の主義を含めて）に従って制定されたと考えられるものであって、「沿岸国の平和・公序・安全」にかかわる性質の法令であり、したがって、これらの法令に違反したときは、外国船の「通航は無害でない」ということになるという。そのため、UNCLOS I デンマーク政府代表であったソレンセン(M. Sørensen)の「沿岸国は、領海を通航する外国船に対して、その法令を執行する(enforcement)権利はあるが、その法令に違反したという理由のみで、船舶の通航を防止することはみとめられない」¹³⁰という分離説に基づく解釈に対し、すべての法令についてそうでなければならない、というわけではないが、法令の執行を行うために、通航の防止がまったく認められないというというのは、実際を無視した解釈であり、法令の実効確保措置がなければ、無害でない通航の防止は不可能であると非難している¹³¹。

この「接合説」と「分離説」の対立は歴史的に変遷がある。当初は「分離説」が有力であり、19世紀から20世紀初頭にかけて、主として英米法系の諸国が主張した¹³²。1926年のシュッキング草案もこの立場を踏襲した¹³³。この立場によれば、通航の無害性の認定に際しては、平和（軍事的な安全）、安全（非軍事的で社会経済面での国の安全）または秩序など、沿岸国の公益とか国家としての存立にかかわる重要利益が侵害されるかどうかを基準とするべきであり、これらの事項は必ずしも沿岸国の法令でその要件が特定されているとは限らない、という考えであった。逆に、通航中の法令違反の行為が行われても、沿岸国のこのような国家実益に対し有害な結果を生

教授、薬師寺教授。

¹³⁰ M. Sørensen, *Law of the Sea, International Conciliation* No. 520 (1958), p. 234.

¹³¹ 林久茂「無害通航と沿岸国の権能」『海上保安大学校研究報告第1部』(海上保安大学校、1965年) 37-38頁。

¹³² 山本「前掲論文」(注124) 77頁。Churchill and Lowe, *supra* note 1, p. 82.

¹³³ シュッキング第一草案（本稿でいう「シュッキング草案」の第一草案のことである）の7条は、（現在の無害通航権にあたる）「平和通航権」(peaceful passage)の概念を使用し、…、平和的通航権は自己保存のため以外の国家の恣意的制限に服しないという規定を置いていた。他方同案10条第1文で、「沿岸国は、領海内で、航行の規則、海上信号及び灯台の保全、海難防止、水先案内の規則、海底ケーブルの保護、輸出入禁止品目の検査を含む税関検査の規則、漁業の監督、衛生管理、海上救難及び衝突に関する立法権限及び行政権限を有する」と定め、同条第3文では、「沿岸国は、その立法権と行政権の範囲内で違反に対処することができるようにするために、自国の管轄権の執行に必要な強制手段を使用する権利を付与される」と定めた。シュッキング第一草案には平和通航権の定義はなかったが、同案は、「平和通航権」でなくなる事由として沿岸国の自己保存を脅かす場合のみを掲げ、沿岸国法令の違反に対しては「平和通航権」の喪失ではなく、沿岸国の強制手段を使用した執行措置で対処している点で分離説に与するものといえるだろう。Churchill and Lowe, *supra* note 1, p. 83. 山本『海洋法』(三省堂、1992年) 129頁。

ずるものでない限り、無害通航権自体は奪われることはなく、単純な法令違反の責任を追及されるだけである、としている¹³⁴。

これに対して当時的大陸法系の諸国は「接合説」をとり、通航の無害性と法令遵守の要件を密接にリンクさせ、通航中の外国のその時々¹³⁵の行動様式(behavior)の合法性を基準とするよう主張した¹³⁵。ハーグ国際法典編纂会議も、これら諸国の強い反対にあつて先のシュッキング草案を改め、接合説を考慮した折衷的な立場に傾いた。すなわち、1930年のハーグ規定は無害通航の概念を定義し¹³⁶、その3条において、通航が無害でなくなるのは、外国船舶が沿岸国の安全(security)、公序(public policy)または財政的利益(fiscal interests)の侵害となる行為を行う目的で領海を使用する場合¹³⁷、とした。「所見」は、「財政的利益」という文言が、「広義に解釈され、関税に関するすべての事項を含(み)」、輸出入の及び通過の禁止は公衆衛生のために定められている場合も「財政的利益」に含まれると説明している。つまり、当時、外国船舶の領海通航が有害になるのは、人や商品の輸出入や領海通過が関税、出入国管理、衛生管理に違反する場合が想定されており、「公序」や「財政的利益」に害を与えるという概念は、これらの国内法令違反と相当重なりあっていたといえよう¹³⁸。

第二次世界大戦後にも、実行上は分離説と接合説の対立がくりかえされたが、大勢はしだいに両論併記の形となった¹³⁹。

周知のとおり、1949年のコルフ海峡事件(本案)に関する国際司法裁判所(以下、ICJと呼称)

¹³⁴ 山本『前掲書』(注133)128-129頁。

¹³⁵ 山本「前掲論文」(注124)78頁。

¹³⁶ 無害性の定義が必要になった一つの契機は、ハーグ会議前の1929年最終草案では船内の「人と商品」にも無害通航権が認められていたことによる。ハーグ会議では米国は、特に領海を航行して港に向かう船舶の無害通航から「人と商品」を除外するよう求め、これを支持した英国が「無害通航権の定義」と題する提案を行い、「通航は、沿岸国の安全(safety)、公序(public order)又は歳入(revenue)に害を与える行為を行う目的で沿岸国の領海を利用するときは無害ではない」という条文を提示した。S. Rosenne ed., *supra* note 18, pp.1260 and 1264.

¹³⁷ S. Rosenne ed., *supra* note 18, p.1415.

RIGHT OF PASSAGE

Article 3

1. [...].

2. Passage is not *innocent* when a vessel makes use of the territorial sea of a Coastal State for the purpose of doing any act prejudicial to the security, to the public policy or to the fiscal interests of that State.

3. [...].

¹³⁸ 薬師寺「前掲論文」(注128)524-525頁。

¹³⁹ 山本「前掲論文」(注124)79頁。

の判決は、無害性の認定基準として、船種別規制を排除し、通航中の外国船舶（軍艦を含む。）の具合的な行為・態様をとらえるという行為・態様別規制¹⁴⁰の立場をとった。つまり沿岸国の国内法令で軍艦の無害通航について事前許可の要件を定めていた場合に、これに違反して通航が行われたとしても、その違反をもって直ちに通航の無害性を否認することは許されない、という判断である。この考えは、無害性の認定について、沿岸国が一方的に行う主観的判断の危険を防止し、外形的行為の意味を客観的に判断する足掛かりを与えること、及び、第一次的な沿岸国による無害性の否認を国際法に準拠して争える余地を認めるものである。その意味では、最も客観的な基準に基づく分離説の立場を新たに構成した、ともいえよう¹⁴¹。

しかしその後、領海条約の草案の作成に当たった ILC では、再び両説が対立を繰り返した。その結果、外国船舶が「沿岸国の安全を害するか又はこの草案に定める規則又は国際法の他の規則に違反する行為を行う」場合には無害に当たらないとした¹⁴²。この規定は、沿岸国の安全の場合を除き、草案で認めた国内法令違反又は国際法の他の規則違反をもって有害通航とみなすとする点で、接合説の立場に大きく傾斜していた¹⁴³。

しかし、UNCLOS I では、通航自体が沿岸国の平和、秩序、安全（沿岸国の主権に対する軍事的その他の脅威がないこと。経済・イデオロギー上の安全を含まない。）を害しない限り、無害であるとした¹⁴⁴。したがって沿岸国法令（漁業法令を除く。）の違反行為があっても、沿岸国の

¹⁴⁰ 無害性の認定基準として、船舶の種類・装備・積荷・仕向地などの内在的な要素を重視する「船種別規制」、領海通航中に船舶の上で行われる明白な行為または通航の具体的な態様などの外形的な要因に着目する「行為・態様別規制」がある。山本『前掲書』（注133）121頁。

¹⁴¹ 山本「前掲論文」（注124）79頁。

¹⁴² *ILC Yearbook*, 1956, Vol. 2, *supra* note 57, p. 272.

SECTION III. RIGHT OF INNOCENT PASSAGE

Sub-section A. General rules

Meaning of the right of innocent passage

Article 15

1~2. [...].

3. Passage is innocent so long as the ship does not use the territorial sea for committing any acts prejudicial to the security of the coastal State or contrary to the present rules, or to other rules of international law.

4. [...].

¹⁴³ 薬師寺「前掲論文」（注128）527-528頁。

¹⁴⁴ SECTION III. RIGHT OF INNOCENT PASSAGE

Subsection A. Rules applicable to all ships

Article 14

1~3. [...].

4. Passage is innocent so long as it is not prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State.

これらの権利を現実害するものでない限り、その違反だけでは、通航の無害性を否定することはできないと定められたのである¹⁴⁵。すなわち、この規定は有害通航を沿岸国の法令違反から完全に断ち切っているのである。この劇的転換をもたらしたのは、UNCLOS I に提出された米国修正案である。その内容はつぎの通りである。「通航は、沿岸国の安全に有害でない限り、無害である。このような通航は、この条約の規則に従って行われるものとする」。その説明として、第一に、有害通航を沿岸国の安全を害する場合に限定することにより最大限度通航の自由を認めようとするもので、「安全」の意味は厳密ではないが、「沿岸国の主権に対し軍事的その他の脅威がない」¹⁴⁶ことを意味し、経済的又はイデオロギー的安全を含まないこと、第二に、無害通航船舶は沿岸国の法令に従わなければならないが、沿岸国の法令は無害通航を禁止できないことを狙いとしました¹⁴⁷。

この米国案は、通航の態様ではなく通航そのものが沿岸国の安全を害するとみなされる余地を残しており、通航の仕方のみを問題にすべきだという意見がいくつかの国から表明されたが¹⁴⁸、沿岸国法令の違反と有害性を完全に分離した点につき英国、イスラエル、ノルウェーが支持表明をし、結局は米国案に基づく規定の仕方がそのまま残された¹⁴⁹。したがって、林久茂教授は、「無害性の認定の対象は、船舶の『通航』自体であって、通航の仕方だけではなく、その性質・目的をも含むものと解される。もっとも、この規定によって、具体的に問題となるのが、軍艦とか軍需品輸送船であるとするならば、軍艦（および非商軍用公船）の無害通航に関する事前の通告・許可に関する慣行の不統一性（条約上では無規定となった）等を勘案するとき、必ずしも不合理ではないであろう¹⁵⁰。」と評価する。

Such passage shall take place in conformity with these articles and with other rules of international law. 5~6. [...].

¹⁴⁵ O'Connell, *supra* note 23, pp. 268-269.

¹⁴⁶ A/CONF. 13/C. 1/L. 28/Rev. 1, UNCLOS, *Official Records*, Vol. 3, First Committee, *supra* note 59, p. 216.

¹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 82-83, para. 22-23.

¹⁴⁸ 例えば、デンマーク代表ソレンセンは「コルフ海峡事件はある船舶が、沿岸国が安全に反する任務に従事していると考えて提起された事件であるが、ICJは、無害であるかどうかを判定するために、通航が行われた方法にまで立入って審議したのである」と反対した。林「前掲論文」（注131）31-32頁。

¹⁴⁹ もっとも、通航の有害性を沿岸国の安全を害する場合に局限することについては異論が出され、「平和(peace)、秩序(good order)又は安全を害する」という文言に改めるよう求めたインド修正案が可決された結果、領海条約14条4項の規定となった。沿岸国の「平和」と「秩序」というのは領海通航中の船舶内で行われた犯罪に対する沿岸国の刑事管轄権を定めた条項に定める「沿岸国の平和又は領海の秩序」という文言にヒントを得たものである。A/CONF. 13/C. 1/SR/ UNCLOS, *Official Records*, Vol. 3, First Committee, *supra* note 59, p. 98, para. 39.

¹⁵⁰ 林「前掲論文」（注131）31-32頁。

海洋法条約（19 条）では、通航の無害性の認定について 2 段階の複雑な規定をおいたが、その適用にさいしては、それぞれについて、沿岸国法令違反の行為と関連させてとらえ得るかどうか、点検しなければならないことになる。

第一に、19 条 1 項は、領海条約 14 条 4 項の規定をそのまま踏襲しており、実質的に同じ立場をとっていると解される¹⁵¹。

また第 2 項で列挙された各種の有害行為については、その実質的な要件が国際法で定められているものと、国内法による特定化・補完の必要なものがある¹⁵²。

分離説の対場をとる米海軍法務総監付のフローマン(F.D. Froman)中佐によれば、有害性の認定と沿岸国法令違反行為は必ずしも相互排他的な関係にあるのではなく、商船、漁船及び調査船に関して言えば、この二つの要因は殆ど総合的に融合するという。すなわち、海洋法条約 19 条 2 項及び 21 条 1 項は両方とも通関、財政、出入国管理及び衛生上の規則の遵守を要求している¹⁵³。また、汚染¹⁵⁴、漁業¹⁵⁵、調査・研究活動¹⁵⁶、及び、沿岸国の通信系又は他の施設の保護¹⁵⁷の規則についてもオーバーラップが存在する。これら有害行為と沿岸国法令違反の分野は、主として商船、漁船及び調査船に対するのが適切である、とするのである¹⁵⁸。

反対に、19 条において有害とされる残りの行為¹⁵⁹は 21 条において法令制定を許容される分野とオーバーラップせず、その行為主体は軍艦であるという¹⁶⁰。他方で、軍艦に関し、航行の安全

¹⁵¹ 山本「前掲論文」(注 124) 82 頁。

¹⁵² 山本『前掲書』(注 133) 132 頁。

¹⁵³ 19 条 2 項(g)と 21 条 1 項(h)

¹⁵⁴ 19 条 2 項(h)と 21 条 1 項(f)

¹⁵⁵ 19 条 2 項(i)と 21 条 1 項(d)及び(e)

¹⁵⁶ 19 条 2 項(j)と 21 条 1 項(g)

¹⁵⁷ 19 条 2 項(k)と 21 条 1 項(b)及び(c)

¹⁵⁸ F. D. Froman, "Uncharted Waters: Non-innocent Passage of Warships in the Territorial Sea," *San Diego Law Review*, Vol. 21 (1984), p. 661.

¹⁵⁹ 19 条 2 項(a)～(f)。山本教授；…。19 条に違反する有害通航は、一体刑事罰になじむ、あるいは刑事罰をもって強制し得るような行為なのかどうかですね。田中教授；これは純粋に国内法的に見ますと、(a)から(f)などのような場合には、これはどちらかというと刑事法的な色彩に必ずしもなじむかどうかについて、疑問がなくもない。…、しかしながら、これに対し、(g)から(k)にかかわるような場合には、項目自体も刑事法的な色彩になじまないわけではありませんし、つまりそれは警察力による実現過程をたどることになじまないわけではありませんし、それに実際上も犯罪化が行われてきているのではないかと思います。共同討議『新海洋法条約の締結に伴う国内法制の研究』（日本海洋協会、1983 年）218 頁。

¹⁶⁰ Froman, *supra* note 158, p. 662. 林久茂『海洋法研究』（日本評論社、1995 年）49 頁。

(safety)及び海上交通の規制¹⁶¹に関する法令を制定する沿岸国の権利の部分にそのオーバーラップが、一見存在するようにみえるが、そこでは軍事的安全(security)を意図しているわけではなく、領海を通航する国内外船舶の安全(safety)及び規制を予期している。しかし、軍艦の通航に関しては異なる基準が使われており、それは security であって、safety ではなく、沿岸国の security を危険に晒す行為を禁止するのである。したがって、軍艦の有害通航は沿岸国法令違反とは独立して、軍艦の通航に security に関する要求を課す試みは 21 条の枠外である、と主張することになるわけである。

ここまでの「接合説」と「分離説」の対立の歴史的変遷を総括すれば、1930 年、1958 年及び 1982 年の条文採択に至る法典化作業においては、領海通航の無害性基準を具体化・客観化することが目指されたことがわかる。しかし、それを目指せば目指すほど国内法令の遵守と結び着くことになり「接合説」に傾斜する結果となる。それへの反動がまさに領海条約 14 条 4 項であり、その基となったのが米国修正案であった。オコンネル教授は、この規定は ILC（最終）草案とは反対の極端さを示すもので、無害性を沿岸国の法規の遵守に依存させはしないが、無害の定義を船舶が領海内で行った行為に関係づけていないために、領海内で沿岸国に害を与える行為をしなくても、他の何らかの事由により有害だとして通航が無害でなくなることがあり得る¹⁶²、と評価する。この米国修正案は海洋法条約の解釈においてもインパクトを与えている。それが 19 条 1 項と 2 項の関係についてであり、1 項は領海条約 14 条 4 項をそのまま採用しており、当時の条文採択の経緯からして行為・態様別基準に限定していなかったことは明らかであるため、2 項に該当しない行為であっても、1 項により無害とされない行為があり得るという解釈を生じさせる。山本草二教授がこの立場をとっている¹⁶³。しかしこれには反対論があり、19 条 2 項は「無害とされない行為の網羅的リスト」であるとし、しかも 1 項の例示にすぎないという解釈¹⁶⁴がある。中村洸教授及び 1989 年の米ソの「無害通航に関する国際法規の統一解釈」¹⁶⁵がこの立場をとる¹⁶⁶。

¹⁶¹ 21 条 1 項(a)

¹⁶² O'Connel, *supra* note 23, p. 273.

¹⁶³ 山本草二「軍艦の通航権をめぐる国際紛争の特質」『船舶の通航権をめぐる海事紛争と新海洋法秩序(第 1 号)』(日本海洋協会、1981 年) 56 頁。

¹⁶⁴ 中村洸「核搭載軍艦の領海通過について」『法学教室』No. 13 (1981 年 10 月) 96 頁。

¹⁶⁵ International Legal Materials, *supra* note 63, pp.1444-1447.

¹⁶⁶ この 19 条 1 項と 2 項の関係の解釈の違いは、1980 年のソ連事故原潜領海通過事件において日本政府がとつ

このように、現在の海洋法条約の解釈においても、「接合説」と「分離説」の対立は決着を見ていないわけであり、さらには「接合説」は「行為・態様別規制」の考えに、「分離説」は「船種別規制」の考えにつながり易い傾向をもつため¹⁶⁷、以前より複雑な対立構造となっている。

したがって、無害性認定と沿岸国法令違反の有無の関係を意識しながら沿岸国に何らかの害を与える外国船舶の行動類型¹⁶⁸を列挙すれば以下の通りになる。

①そもそも通航に該当しない有害または違法な来入・存在¹⁶⁹

②沿岸国法令を違反しないが、沿岸国の重要利益を侵害するという理由で無害性を否定される通

た対応について異なった見解に繋がる。中村洸教授は次のように言う。「[海洋法条約] 草案は、外国船舶の通航は、その船舶が領海において次のいずれかの行為に従事する場合には、沿岸国の平和、秩序又は安全を害するものとみなされる、と規定して 12 の行動を限定列挙している。…無害でないとされる場合のこの限定列挙のしかたは、反対にこれら無害とされない行為に従事しないかぎり、艦船は、沿岸国の領海において無害通航権を行使すると認めなければならないし、沿岸国はその通航を妨害してはならないことを意味している。…軍艦の無害通航に関する実定国際法は、核の積載の有無について回答がないことを理由として、当該軍艦の通過を目的とする領海への進行を領海侵犯と認定し退去を要求することを沿岸国に許していない。海の実定国際法は、沿岸国が自由に無害性の範囲を縮小したり、国内法令によって無害でない通航のカテゴリーを拡大することを許していない。従って、非核三原則、とくに核搭載艦の領海通過を無害と認められないという、昭和 43 年以来の政府の国会内での解釈は、領海条約への加入を何ら留保もつけずに行った以上、国際的対抗力をもっていない。…ソビエトが不可抗力の状況を考慮して航路短縮のために事故原潜を沖永良部島と与論島の間の、2 つの公海を結ぶ日本の領海(海峡)を通過して、東シナ海へ曳航したいという通告を受けた時、日本政府はその時点でその通告を了承すべきであった。日本政府とその機関が、ソビエト原潜による日本領海への核持ち込みの恐れを理由として、その通過自体が無害でないとして事故原潜らに対して、領海条約と非核三原則の立場を根拠として、侵犯を警告・退去を命令したことは、実定国際法が一般的に承認している沿岸国の権限を著しく踰越した措置であったと判断される。」中村洸「前掲論文」(注 164) 96 及び 98 頁。杉原教授もこの事件に関しこの立場をとる。杉原『前掲書』(注 37) 76-78 頁。

他方で、山本草二教授は以下の通り主張する。「草案 19 条 2 項は、すでに指摘した通り『みなし』規定であって、通航中の外国船が従事した活動の有害性（これらの活動の及ぼす結果・影響の有害性）を認定するについて、その性質上、沿岸国の裁量ないし挙証責任になじまないものである。この点、領海条約第 14 条 4 項（したがって、同草案第 19 条 1 項）では、沿岸国の裁量（ただし、その挙証責任が伴う）によって、沿岸国の平和・秩序・安全を害する通航に該当すると判断されれば、直ちに『無害の推定』が排除されるのとは区別しなければならない。…我が国は、少なくとも通常の領海に関する限り、核兵器搭載艦に特定していわゆる船種別規制説により、無害通航権を否定し得る権利を留保しており、このことは、以下の条件を満たす限り、領海条約の規定に適合するものと考えられる。…同条約にいう通航の無害性の基準(14 条 4 項、海洋法条約草案 19 条 1 項も同文)によれば、沿岸国は『特定の』軍艦については、それが沿岸国の平和・秩序・安全に有害であることが客観的に立証され、かつ、その内容が事前に関係諸国に周知されている限り、船種別規制説に基づいてその無害通航権を否認することも妨げない、と解されるからである。ただし、非核三原則にいう核兵器の持込の禁止を有効に外国軍艦に適用するためには、外国各常備艦の単純な無害通航がそもそも『核の持込』に該当するかどうかの判断をいっそう詳細に確定することのほか、この種の軍艦の通航がもたらす有害性・危険性の性質、これを認定する基準、その適用を確保するための事前通報手続の整備、このような規制に違反して通航を敢行する外国軍艦に対する対抗措置（領海外への退去要請の方法と、これを担当する国家機関の権限）などについて、必ずしも新規立法を要するとは考えないものの、今後ますます、その内容を整備し関係外国への一般的な周知をはからなければならないであろう。」山本草二「前掲論文」(注 163) 56 及び 61 頁。

¹⁶⁷ 坂元「前掲論文」(注 127) 151 頁。

¹⁶⁸ 山本「前掲論文」(注 124) 88 頁。

¹⁶⁹ 領海内での徘徊(hovering)、巡航(cruising)、停船、投錨その他の不審な行為。同上、72 頁。

③②と同時に法令違反に該当するという理由で無害性を否認される通航¹⁷¹

④無害通航権とは無関係の(無害とも有害のいずれとも認定されない)、法令違反の行為や有害・危険行為¹⁷²

また、法令違反と有害通航の関係については、本質的に分離説の立場をとる限りは、フィッツモーリスが指摘するように、有害通航は「単なる国内法令の存在を超えるもの」「ある特定の法令—それを違法とする—がたとえ存在しなくとも通航を汚損する (taint) もの」でなければならない¹⁷³。しかし他方で、法令違反は有害通航と完全に区別されるわけではなく、無害でないことの1つの有力な証拠、あるいは1つの基準を提供するものである¹⁷⁴と考えることもできるのである。

2 沿岸国法令執行権と沿岸国保護権の関係

本節では前節の「接合説」と「分離説の」の対立及び交錯状況を踏まえ、法令執行権と保護権のそれぞれの措置要領、又は制裁要領がいかなるものであるかを探るために、まずその起草過程をみた後に若干の検討をそれぞれに加えてみることにする¹⁷⁵。

(1) 法令執行権

1926年のシュッキング第一草案(本稿でいう「シュッキング草案」の第一草案にあたる)は10条第1文で、「沿岸国は、領海内で、航行の規則、海上信号及び灯台の保全、海難防止、水先案内の規則、海底ケーブルの保護、輸出入禁止品目の検査を含む税関検査の規則、漁業の監督、衛生管理、海上救難及び衝突に関する立法権限及び行政権限を有する。」と定め、同条第3文では、「沿岸国は、その立法権と行政権の範囲内で違反に対処することができるようにするために、

¹⁷⁰ 沿岸国の防衛又は安全を害することとなる情報収集のように19条2項の規定を違反するが、それにかかわらず、21条に基づいて制定された規則は遵守することになる通航

¹⁷¹ 例えば、漁業、海洋調査活動又は測量活動のように、21条に基づく沿岸国法令によっても禁止され、19条2項の有害行為リストに該当する行為

¹⁷² 理論上は以下のような行為が④の行為である。海洋法条約19条2項(h)は、外国船舶による沿岸国の領海における「この条約に違反する故意かつ重大な汚染行為」を無害とはせず、他方で、21条1項(f)は「沿岸国の環境の保全並びにその汚染の防止、軽減及び規制」に関する沿岸国の法令制定権を定めている。その結果、沿岸国の法令違反が常に「この条約に違反する故意かつ重大な汚染行為」に該当するとはいえず、単なる法令違反に止まり、無害性を喪失しない場合もありうることになる。もちろん、「この条約に違反する故意かつ重大な汚染行為」の場合には、航行の無害性は喪失する。坂元「前掲論文」(注127)139～140頁。

¹⁷³ G. Fitzmaurice, *supra* note 79, pp. 94-95.

¹⁷⁴ 共同討議「前掲論文」(注30)152頁、杉原教授のコメント。

¹⁷⁵ 本節の目的については、IV章冒頭の第1及び第2段落を見よ。

自国の管轄権の執行に必要な強制手段を使用する権利を付与される¹⁷⁶。」として、外国船舶の法令違反行為に対する沿岸国の執行権限を定めた。また刑事管轄権に関する9条は、領海に固有の法令違反ではなく普通刑法上の犯罪（水先案内人の殺害等）に関するものだと断っており¹⁷⁷、船内刑事犯罪につき容疑者を逮捕、捜査するための沿岸国の刑事管轄権と、領海通航に係る沿岸国の法令違反に対する制裁措置とは区別していた¹⁷⁸。

なお、専門家委員会の最終案、すなわち、シュッキング草案では、デ・マガラエスの意見を入れて、「沿岸国は、領海内で、この条約が定める制限に従うことを条件として、公的活動のあらゆる分野において完全な立法及び行政権限を有し、かつ違反に対処できるようにその管轄権の尊重を確保するために必要なあらゆる強制措置をとることができる。」と修正された¹⁷⁹。これは、前述したようにシュッキング草案が「分離説」の立場をとっていたので、法令違反が直ちに「平和的通航権」を失わせるものではないとしても、沿岸国は領海内では完全な主権を有し、あらゆる分野で国内法令を制定しその遵守を強制する権利を有するという考えが、専門家委員会では強かったことを窺わせる¹⁸⁰。

¹⁷⁶ S. Rosenne ed., *supra* note 41, p. 78.

ARTICLE 10

Regulations.

Within its territorial waters, the riparian State shall have the power of legislation and administration for the following purposes: regulation of navigation, preservation of marine signals and lighthouses, prevention of shipwreck, regulation of pilotage, protection of submarine cables, regulation of Customs, inspection including the inspection of prohibited imports and exports, supervision of fisheries, health control, assistance at sea and collisions.

[...].

Within the limits of the riparian State's right of legislation and administration, it shall be granted also the right to employ the necessary means of constraint to enforce its jurisdiction in order that it may be able to deal with offences.

[...].

¹⁷⁷ *Ibid.*, pp. 75-76.

¹⁷⁸ 薬師寺「前掲論文」（注128）523頁。

¹⁷⁹ S. Rosenne ed., *supra* note 41, p.93 and p. 99.

ARTICLE 10

Regulations.

Within its territorial waters, the riparian State shall have full powers of legislation and administration in all domains of public activity, subject to the restrictions imposed by the present Convention, and may employ all measures of constraint necessary to ensure respect for its jurisdiction so as to permit it to deal with offences.

[...].

¹⁸⁰ 薬師寺「前掲論文」（注128）523頁。

ところが、ハーグ会議の準備委員会が作成した 1929 年最終草案「討議の基礎」19 項の第一文では、沿岸国の強力な法令制定権・執行権に代えて、「沿岸国は、外国商船に対して領海での無害通航権を認めなければならない、船舶が従わなければならない警察規則又は航行規則は通航権を尊重するようにかつ差別なく適用されなければならない¹⁸¹。」という規定が置かれた。この案は、沿岸国の法令執行権に関する規定を落とし、逆に法令適用に当たり無害通航権の規定を強調した点でシュッキング草案とは好対照をなす。もっとも 1929 年最終草案の基礎となった政府回答を見ても、この転換がなぜ行われたのかは定かではない¹⁸²。

ハーグ会議では沿岸国の主権と無害通航権のいずれかを優位させるかについて相当議論になったが、ハーグ規定 6 条は「通航権を行使する外国船舶は、沿岸国が国際慣行に従って制定した法令、特に次のものに従わなければならない。」として、航行の安全と水路・標識の保護など 4 つを例示するに止めた¹⁸³。「所見」も沿岸国の法令制定権につき、当初、沿岸国は「無制限の立法権限を有するわけではなく国際慣行に従わなければならない。」という説明を用意していたが、最終的には、「国際法は、航行の一般利益のために、沿岸国が、領海内で無害通航権を行使する船舶に適用される特別の規則を制定する権利を認めている。このため、これまで国際法が沿岸国に属すると認めてきた主要な権限がこの条で定義された。」という説明に落ち着いた¹⁸⁴。つまり、無害通航権を行使する外国船舶が遵守しなければならない法令の範囲は領海に対する主権に基づい

¹⁸¹ S. Rosenne ed., *League of Nations Conference for the Codification of International Law* [1930], Vol. 2, p. 289.

No. 19

A coastal State is bound to allow foreign merchant ships a right of innocent passage through its territorial waters ; any police or navigation regulations with which such ships may be required to comply must be applied in such a matter as to respect the right of passage and without discrimination. [...].

¹⁸² 薬師寺「前掲論文」(注 128) 523 頁。

¹⁸³ S. Rosenne ed., *supra* note 18, p.1416.

Article 6

Foreign vessels exercising the right of passage shall comply with the laws and regulations enacted in conformity with international usage by the Coastal State, and, in particular, as regards:

- (a) the safety of traffic and the protection of channels and buoys;
- (b) the protection of the waters of the Coastal State against pollution of any kind caused by vessels;
- (c) the protection of the products of the territorial sea;
- (d) the rights of fishing, shooting and analogous rights belonging to the Coastal State.

[...].

¹⁸⁴ S. Rosenne ed., *supra* note 18, pp. 1405 and 1416.

ており、例示された4つの法令はその代表的なものに過ぎず、それに限定されるわけではない、とされたのである。

もっとも、ハーグ規定4条第1文は「沿岸国は領海における外国船舶の無害通航を妨害できない。」と定めるから、外国船舶が6条に定める法令に違反した場合、沿岸国がとり得る措置との関係が問題となるが、6条に関する所見は、「適正に制定された法令に違反した船舶は、明らかに沿岸国の裁判所に服する¹⁸⁵。」と述べる。従って、法令違反船舶が、直ちにそれが有害通航とならないとしても、4条違反を生じさせることなく、沿岸国の裁判所で裁判されることが示されており、そのための執行措置も当然認められるということが黙示されているものと考えられる¹⁸⁶。

ところで、1930年ハーグ会議第2委員会の特別報告者を務めたフランソワ(J. P. A. Francois、オランダ)は戦後ILCで海洋法に関する条約草案の特別報告者を再び務めることになり、ハーグ規定を彼の提案のモデルとした。このため、ハーグ会議における主要論点が再びILCで議論されることとなった。

ILC最終草案18条は、外国船舶の沿岸国法令遵守義務につき、「通航権を行使する外国船舶は、沿岸国がこの条約草案の規定及び国際法の他の規則に従って制定した法令、特に運送及び航行に関する法令に従わなければならない¹⁸⁷。」という条文を採択した。しかし、ハーグ規定と同様に、ILC条文草案にも、沿岸国による法令の執行権について定めた規定は設けられなかった。しかし既述したように、ILC最終草案15条3項は、沿岸国の安全を害する行為を除き、有害通航の意味を沿岸国の国内法令違反と同一視する接合説を採用していた。この接合説の下では、外国船舶の国内法令違反の行為に対する沿岸国の執行措置と無害でない航行に対する沿岸国の保護措置が殆どオーバーラップすることに注意する必要があるだろう。実際ILCは、沿岸国保護権に関する規定を接合説に基づく無害通航権の定義条項と一致させるために、最終草案17条1項では、「国の安全又はこの条文草案の規定及び国際法の他の規則に基づき沿岸国が保護する権限を有する他の利

¹⁸⁵ S. Rosenne ed., *supra* note 18, p.1416.

¹⁸⁶ 薬師寺「前掲論文」(注128)526頁。

¹⁸⁷ *ILC Yearbook*, 1952, Vol. 2, pp. 39-40 and *ILC Yearbook*, 1956, Vol. 2, *supra* note 57, pp. 273-274.

Duties of foreign ships during their passage

ARTICLE 18

Foreign ships exercising the right of passage shall comply with the laws and regulations enacted by the coastal State in conformity with the present rules and other rules of international law and, in particular, with the laws and regulations relating to transport and navigation.

益を害する行為」に対して自らを保護するために必要な措置をとることができる¹⁸⁸、という規定形式を採用した。「この条文草案の規定及び国際法の他の規則に基づき沿岸国が保護する権限を有する他の規則」という文言は、無害通航の定義に関する最終草案 15 条 3 項では有害通航が「この草案に定める規則又は国際法の他の規則に違反する行為」と定義されていたことに対応させるための文言である。要するに、沿岸国の保護権は、自国の安全を保護する措置を除けば、国内法令に基づいて沿岸国が保護する権限を有する利益を害する行為に対して、自らを保護するために必要な措置をとる権利を意味していた。

しかし、前述したように、1958 年の UNCLOS I では、無害通航権の定義は国内法令違反とは完全に分離される根本的転換がはかられた。従って、国内法令違反が直ちに有害通航にならないということであれば、沿岸国の違反に対する独自の執行措置に関する条文が必要になるはずである¹⁸⁹。

ILC 最終草案についても幾つかの修正案が提出されたが、ここでは修正案の一本化が図られた結果、6 カ国（米国、英国、オランダ、ギリシア、ポルトガル、ユーゴスラヴィア）は次のような修正案を提示した。すなわち、修正案 1 項は「通航権を行使する外国船舶は、この条約草案の規定及び国際法の他の規則に従って沿岸国が作成し公表した法令に従わなければならない」と定め、2 項は「沿岸国は一に定める法令の違反を防止し、並びに、この法令の執行を確保するために必要な措置を領海内で執る権利を有する¹⁹⁰」と定めた。沿岸国の法令違反の防止と法令執行の権限を明示したのである。分離説が採用された以上、無害通航船舶に関する法令の執行権についても、6 カ国修正案のような規定を整備することが規定に首尾一貫性を与えることになると思わ

¹⁸⁸ *ILC Yearbook*, 1956, Vol. 2, *supra* note 57, p. 273.

Rights of protection of the coastal State
Article 17

1. The coastal State may take the necessary steps in its territorial sea to protect itself against any act prejudicial to its security or to such other of its interests as it is authorized to protect under the present rules and other rules of international law.

2~4. [...].

¹⁸⁹ 薬師寺「前掲論文」(注 128) 536 頁。

¹⁹⁰ A/CONF. 13/C. 1/L. 72 and 33rd meeting, *Official Records*, Vol. 3, First Committee, p. 231 and p. 96, para. 13.

れるが¹⁹¹、審議はメキシコ案の可決¹⁹²によって相当な混乱を示し、詳細には討議されることなく、6か国修正案は投票に付されず、採択されなかった¹⁹³。

要するに、1958年 UNCLOS I では、無害通航権について接合説から分離説への決定的な転換がはかられ、次項で述べるように、これに伴い保護権規定もこれに適合するように修正がなされたのである。さらに沿岸国の法令遵守義務に関連して、分離説の立場から、国内法令違反ではあるが未だ無害通航権を喪失していない外国船舶に関して沿岸国の法令執行権を明示に認める規定が用意された。しかし上記のような事情により、国内法令の執行に関する規定が完備することなく UNCLOS I は幕を閉じたのである¹⁹⁴。これによって、沿岸国の法令執行権が無害通航を妨害しない義務との関連でしばしば問題となるのであるが、これまでの経緯を見るならば、たとえ領海内で無害通航権を行使している外国船舶であっても、沿岸国は法令違反を防止し、法令の執行を確保するために必要な措置をとることができることは、米、英、オランダをはじめ多くの国によって自明のことだと考えられていたように思われる。ただし、領海条約 17 条は、その条件として沿岸国法令が無害通航権に関する領海条約の諸規定と他の関連する国際法規則に則ったものであることを求めていたのである¹⁹⁵。

1982 年海洋法条約においても、沿岸国の法令制定権に関する規定が具体化されたものの、法令違反に対する沿岸国の執行権の一般規定は整備されなかった¹⁹⁶。

このような状況において、チャーチルとロウは、沿岸国は領海条約 17 条（海洋法条約では 21 条）により付与された立法管轄権の結果として領海に特別関係する法を執行する権利があるし、

¹⁹¹ 薬師寺「前掲論文」（注 128）537 頁。

¹⁹² メキシコ修正案は、ILC 最終草案 18 条の「沿岸国が制定する法令に従わなければならない」という文言を修飾していた「この条約草案の規定及び国際法の他の規則に基づいて」という文言を、領海内を通航する外国船舶を修飾するように変更する修正案で、これは再び接合説に回帰することを意味する提案であった。無害通航権の定義及び沿岸国保護権に関して分離説を採用した委員会で、これと矛盾する内容の提案がなぜ採択されたかは議事録からは不明である。A/CONF. 13/C. 1/L. 45, UNCLOS, *Official Records*, Vol. 3, First Committee, p. 222. See also, 27th meeting, First Committee., p. 80, para. 28.

¹⁹³ 林「前掲論文」（注 131）37 頁。メキシコ修正案を受けた条文案を最終評決にかけたところ、この修正案が否決されるという珍しい事態が起こったため、極めて異例ではあるが、再び元の ILC 最終草案 18 条が採択され、これが可決され、領海条約 17 条の規定となった。34th meeting, *ibid.*, p. 101, para. 27-31, 35th meeting, *ibid.*, p. 102, para. 16.

¹⁹⁴ 薬師寺「前掲論文」（注 128）538 頁。

¹⁹⁵ 同上。

¹⁹⁶ 海洋法条約 21 条

他の法についても、沿岸国は犯罪が同国の平和又は秩序等を害しない限り刑事裁判権を「行使できない (may not)」と定めていた ILC 最終草案の規定が、領海条約 19 条では「行使すべきではない (should not)」という文言に代えられたことに鑑みれば、領海における沿岸国の執行管轄権は原則として完全であって、ただ 19 条 5 項に定めるように領海に入る前に犯された犯罪については管轄権を「行使でき(ない)」だけであるが、もっとも領海条約 19 条 1 項や海洋法条約 27 条 1 項(a)(b)の要件に該当する場合、それが船内の犯罪であっても、船舶そのものの領海中に行う犯罪であっても逮捕又は捜索はできるわけであり、逆に要件を満たさない場合は礼讓により通航中の船舶に管轄権を行使しないように求められる、という見解をとる¹⁹⁷。他方で、イタリアのトレヴェス(T. Treves)は、海洋法条約は商船と商業目的の政府船舶に関して沿岸国法令の違反の効果につき何も指示しておらず、これは国内法が定めるあらゆる措置をとることができることを意味するが、この権限には同条約 24 条 1 項による重大な制約があり、法令の適用は無害通航権の行使を否定し又は害する結果となつてはならず、したがって通航権を行使している船舶に対する実質的な干渉となるほとんどの措置は許されない¹⁹⁸、と説明する。これは船内犯罪の裁判権に関する英米主義とフランス主義の違いが影響しているように思えるのだが、それにもかかわらず、それぞれの主張は重点の置き所が異なるために単純に比較できないし、沿岸国の執りうる措置と無害通航権を妨害しない義務との調和をどう図るかについて、条約規定上は決着をみていないのである。その要因としては「無害通航権の尊重」と「沿岸国の法令制定・執行権」のいずれに優位性を認めるかをめぐる諸国の歴史的な攻防があり、さらにその背景には、無害通航権の存立根拠、すなわち、それを公海において航行の自由が認められることの延長で捉えるのか、それとも沿岸国から与えられた恩恵的な利益として捉えるのかの対立があると思われる。

(2) 保護権

1930 年ハーグ規定において海洋法条約 25 条「沿岸国の保護権」の根源となつたのは 5 条であるが、その出現の発端は既述の「無害通航の定義」に関する英国の提案であつた¹⁹⁹。そこではハーグ規定 3 条の「通航が無害でなくなる要件」を踏襲し、5 条において「通航権は、沿岸国が自

¹⁹⁷ Churchill and Lowe, *supra* note 1, pp. 97-98.

¹⁹⁸ T. Treves, *supra* note 2, p. 923.

¹⁹⁹ S. Rosenne ed., *supra* note 18, p. 1264.

らの安全(security)、公序又は財産的利益を害するような行為から、また、内水に向かって航行している船舶の場合では内水に入るための船舶の許可条件の違反から、沿岸国を保護するためにすべての必要な措置をとることを妨げるものではない²⁰⁰。」と規定した。しかし、「所見」では「本条は、沿岸国に必要なならば船舶の航行の無害性を検認(verify)し、みずからの安全、公序又は財政的利益を害するような行為から、沿岸国を保護するためにすべての必要な措置をとる権利を付与するものである²⁰¹。…」と、「すべての必要な措置」には「無害性を検認(verify)する権利」及び「すべての必要な措置をとる権利」が含まれると解説するだけで、具体的な措置の内容については触れられなかった²⁰²。

戦後、領海条約の起草に当たっては²⁰³、ハーグ規定 5 条が 1952 年の ILC 特別報告者フランソワの報告書 16 条として登場した。その後、ILC の各会期の審議を経る過程で、「財政的利益」が削除され、また「公序」という表現は多義的であるとして「自らの安全又はその他の利益」という表現に変更されながら、最終的には領海条約 16 条 1 項の「沿岸国は、無害でない通航を防止するため、その領海内において必要な措置をとることができる²⁰⁴。」という簡潔な表現に落ち着くことになった²⁰⁵。それが、現在の海洋法条約 25 条に採用されている。

²⁰⁰ S. Rosenne ed., *supra* note 18, p. 1405.

Article 5

The right of passage does not prevent the Coastal State from taking all necessary steps to protect itself in the territorial sea against any act prejudicial to the security, public policy or fiscal interests of the State, and, in the case of vessels proceeding to inland waters, against any breach of the conditions to which the admission of those vessels to those waters is subject.

²⁰¹ *Ibid.*

Observations

The article gives the Coastal State the right to verify, if necessary, the innocent character of the passage of a vessel and to take the steps necessary to protect itself against any act prejudicial to its security, public policy, or fiscal interests. [...].

²⁰² S. Rosenne ed., *supra* note 18, p. 1416.

²⁰³ 「Right of Protection of the coastal state」のタイトルは 1954 年 ILC 草案から付いた。

²⁰⁴ 領海条約 Article 16

1. The coastal State may take the necessary steps in its territorial sea to prevent passage which is not innocent.

2~4. [...].

²⁰⁵ 簡素になった原因は米国の提案である。説明として、56 年 ILC 草案の 1 項後半は無害通航の意義を述べたものであるが、14 条に無害通航は規定されているから簡単にすることができるというのである。ILC Yearbook, 1956, Vol. 2, *supra* note 57, p. 78.

林久茂教授によれば、「必要な措置」の具体的内容として沿岸国に認められている権利とは、一般的には、①船舶の通航自体の無害性を検認する権利、②有害な通航に対して、その通航を防止する権利、③有害な通航につき、それを処罰する権利と説明される²⁰⁶。

①について林教授は、必要な場合(if need should arise)、つまり通航の無害性が疑わしい場合、必要な質問を行い、また、国旗の掲揚を求めるなどの船舶の識別(identification)を行うこと、さらに状況により、乗船して必要な検査を行うことも可能であるとし、この手続は公海上の臨検の権利（海洋法条約 110 条）と同じであって海事慣行としてすでに確立されているとあってよい、と述べる²⁰⁷。しかし、②については、有害通航の防止措置、無害通航船舶に対する法令適用上の行政措置、軍艦の法令違反に対する退去措置について少なくとも理論上は明確に区別して適用する国内法上の根拠規定を検討するべきだとして法令執行権と適正な交錯を指摘するものの、その不明確性を指摘する²⁰⁸。

他方で、③についてはまさに法令執行権と保護権がオーバーラップし交錯する部分である。例えば、韓国の 1977 年の領海法は、かかる場合の措置に関して幾らか詳細に規定している。それによれば、無害通航権に関する 5 条の規定に違反する嫌疑があると認められる外国船舶（軍艦及び非商業用政府船舶を除く）には、関係当局は、必要な命令を発し、停船・搜索・拿捕などの必要な措置をとることができ(6 条)、5 条 2 項の有害とみなされる行為の列举項目に違反した乗組員又はその他の乗船員は、5 年以下の懲役又は 2000 万ウォン以下の罰金に処せられ、かつ、事態が重大であると考えられる場合には、当該船舶、その設備、採捕物その他の物品が没収され得る(7 条 1 項)。また、上記の命令や措置に従わないか、それらを妨害又は回避した外国船舶の乗組員又はその他の乗船員は 2 年以下の懲役又は 1000 万ウォン以下の罰金に処せられる（7 条 2 項）。

²⁰⁶ 林『前掲書』(注 160) 59 頁。この点につきわが国の立場について、1977 年 3 月 2 日の衆議院外交委員会において、間海上保安庁長官(当時)は次のように述べている。「こうした無害でない通航を行いましたものにつきましては、これを発見いたしました場合にはその中止を求める。そして、それに従わない場合には領海外への退去を求める。あるいはわが国の法令に違反する行為がありました場合にはこれを検挙するという措置をとっております。」『新海洋法条約の締結に伴う国内法制の研究(第 2 号)』『前掲書』(注 125) 44 頁。

²⁰⁷ 林『前掲書』(注 160) 59-60 頁。

²⁰⁸ 同上、60 頁。

これらの場合に行為が他の法律の下で同時に犯罪を構成するときは、各法律の下で定められるいずれかの重い罰則が適用される（7条4項）²⁰⁹。

3 海洋法条約30条の性質

海洋法条約30条は、第2部「領海及び接続水域」第3節「領海における無害通航」A節「すべての船舶に適用される規則」ではなく、C節「軍艦及び非商業的目的のために運航するその他の政府船舶に適用される規則」に位置するところからみれば特定船舶を対象とした特別規則であることは明かである。さらに規定の文言からその対象は軍艦²¹⁰であり、沿岸国保護権に対応する規定ではなく沿岸国法令執行権に対応する特別規定である。

まず、同じC節にある各条項の関係についてみていきたいと思う。32条（軍艦及び公船に与えられる免除）は、すべての船舶に適用される無害通航の制度（17～26条）による例外、並びに、30条（軍艦の法令遵守・退去要求）及び国際的責任（31条）を例外として、軍艦及び公船に対しては免除が適用されるものとしている。この例外ではないとされる規定は27及び28条、すなわち、刑事及び民事裁判権に関する規定であり、条文を厳格に解釈すれば、この部分から免除されることを32条は示している。また、端的に言えば軍艦及び公船は沿岸国の裁判管轄権から免除されるため、沿岸国に損失・損害を与えた場合には、旗国がこれに対して国際的責任を負わなければならないことは当然であり、1958年条約には見られなかった規定であるが、当然のこととして、31条が規定されたものと思われる。これは国際的責任の特則であり、軍艦の沿岸国法令違反（国際違法行為そのものではない）のように、一般国際法上は直ちに国家責任が発生しない場合についても、31条によって旗国に国際的責任が発生する²¹¹。

ただし、第3節Aの無害通航制度が免除の例外とされたことについては、必ずしもその意味するところは明確ではない。たとえば、軍艦又は公船が21条の沿岸国の法令に違反した場合に、沿岸国の管轄権が及ぶという意味であろうか。そうであれば、免除の意味はなくなるから、単に

²⁰⁹ United Nations Treaty Series, *ST/LEG/SER, B/19*, (1980), p. 97.

²¹⁰ 海洋法条約30条が「公船」にそのまま適用できるわけではないことはⅢ章で述べた。

²¹¹ 小寺「前掲論文」（注80）77頁。

軍艦も含めてすべての船舶が無害通航の制度の享受には全く同じ地位に立つことを表したものと
いうことだけなのであろうか²¹²。

また、30条と32条の関係についても議論がある。村上教授は、30条がいうような領域からの
退去要求という措置は、主権免除を享有する国家機関、例えば外交官などが領域国の法令に違反
し、あるいは領域国の利益を害する行為を行ったにもかかわらず、その管轄権免除を有するがゆ
えに領域国が有効な執行措置をとることができないこととなる場合に、領域国に認められた古典
的な救済方法であるからして²¹³、領海内で国内法令に違反した外国軍艦について、30条はこの領
域内の措置を確認的に規定したものと解さなければならない、とする²¹⁴。そのように解するので
あれば、32条が30条の例外を除くほか同条約のいずれの規定も外国軍艦又は公船の免除に影響
を及ぼすものではないと規定するが、この規定はミスリーディングであると言わざるを得ない、
なぜなら30条に定める退去要求の措置は当該船舶の免除に何等影響を及ぼすものではないから
である、とする²¹⁵。

本節の最後に、30条がいう「退去要求」という執行措置手段の相手に対する制裁の程度が非常
に弱いものだということがよく指摘されるが、これについて若干触れたいと思う。例えば、デル
ピス(I. Delupis)は、1981年スウェーデンのゲーセフィヨルド湾にあるカールスクローナ海軍基
地近傍にソ連潜水艦が侵入した事件に関連して、沿岸国法令遵守の要請無視における退去要求だ
けに頼ることでは不十分であって、そのような要求は、非常に軽い(much milder)法令違反に対
してデザインされた措置であり、スパイ行為による領土保全を犯すような違反に対応するもので

²¹² 広部和也「船舶に対する主権免除」『船舶の通航権をめぐる海事紛争と新海洋法秩序（第2号）』（日本海洋協
会、1982年）41頁。UNCLOSⅢは非公式協議を主とするコンセンサス方式とパッケージディールによって運
営されたが、その効果として「条約文の不明確性」の残存が指摘されている。すなわち、最大限多数を確保する
ための交渉手続は、必然的に細部にわたって明確化できない妥協的文言となって表現されることが多くなり、条
約解釈上の問題を残す。利害関係が基本的に対立する場合はそうであって、対立する意見の「絶妙なバランス」
を読み取ることは極めて困難となる。この点と関連して、非公式協議は当初の提案と協議結果としての解決策が
示されるが、実質的な審理内容が公式記録としては示されず、準備文書（条約法条約32条）が不在となる。そ
れゆえ、文言の意味を客観的に確定できず、「立法者意思」が不明確となる。林久茂「国連海洋法条約の成立と
概要」『海洋法の新秩序』（東信堂、1993年）24-25頁。

²¹³ B. H. Oxman, "The Regime of Warships Under the United Nations Convention on the Law of the Sea,"
Virginia Journal of International Law, Vol. 24 (1984), p. 817.

²¹⁴ 村上「前掲論文」（注2）94頁。

²¹⁵ 同上、97頁。

はない、と指摘する²¹⁶。確かに、沿岸国の安全上の脅威となりうる軍艦に対し退去要求しかなし得ないのであればそれは不十分かもしれない。しかし、30条の意義は、一方では、軍艦に対しては裁判管轄権を行使しえないことからその代替機能を果たし、他方では、民間船舶については法令違反があっても無害性を喪失しない限り退去させることができず可能な範囲で管轄権を行使しうるに過ぎないのに対して、軍艦については法令違反のみで退去要求を可能にするところにあると考えられる²¹⁷。

4 小括

ここまで沿岸国法令執行権と保護権を見比べてその違いや関係について考察してきた。2つとも沿岸国がとる措置であるが、執行権については無害通航を妨害してはならないという義務はあるものの、自ら違反行為を制定できるので取り締まる枠が広い。他方、保護権については有害性の基準が国際法によって決められるので、その枠の中のより重大なものに対する措置と考えられている節があるように思える。しかし、軍艦や公船に関していえばその有する執行免除により、海洋法条約19条2項にあるような沿岸国に対する重大な侵害行為であるのに、退去要求のような単に追い出すだけの軽い措置、つまり実力をもって直接強制するような制裁的な措置ではなくて、より軽い必要な措置の実行という、何か矛盾した結果になることも考えられる²¹⁸。1968年のプエブロ号事件²¹⁹における米国務省の出先機関への電信がそれを物語っている。すなわち、「たとえ、プエブロ号が北朝鮮内の領海内にあったとしても、その拿捕は不適切であつただろう。何回にもわたって、同様のソ連船が米国領海に侵入した。我々は彼らに退去を警告し、外交ルートを通して抗議を提出した。武力攻撃の急迫した脅威が存在しない場合（プエブロ号は機関銃2丁しかなかった）外国軍艦を領海外へ誘導する(escorting)のが、沿岸国として執り得る最強の措置である。外国軍艦の拿捕やこれへの攻撃は余りにも危険かつ挑発的過ぎて、国際法では許されな

²¹⁶ I. Delupis, “Foreign Warships and Immunity for Espionage,” *AJIL*, Vol. 78 (1984), p. 73.

²¹⁷ 西村「前掲論文」(注96) 94-95頁。

²¹⁸ 共同討議「前掲論文」(注30) 150頁。

²¹⁹ 1968年1月23日、米海軍情報収集補助艦プエブロ号が北朝鮮東側のウォンサン沖の海上で米国国家安全保障(NSA)の秘密情報収集任務に就いていたところ、北朝鮮警備艇によって拿捕される事件が発生した。坂元茂樹「排他的経済水域における軍事活動」『海の国際秩序と海洋政策』(東信堂、2006年) 100頁。

い。沿岸国の実力行使 (the use of force) の制限は 1958 年領海条約 23 条に規定され、これが「唯一の救済手段として軍艦に領海からの退去を要求することだけを認めている²²⁰。」

この電信から分かるように、現代の武力不行使原則の影響は大きく、国際法平面にある保護権でできることは、無害でない通航の中止要請、領海からの退去要求、外交ルートによる抗議、事後的な無害通航の一時的停止 (海洋法条約 25 条 3 項)、及び、事後的な無害通航の航路帯の指定等に限られると思われる。それ以上の軍艦又は公船に対する実力行使となると武力行使に該当する可能性があり、海洋法のための問題とは言えなくなる。

また、保護権発動のトリガーである有害通航は国際違法行為であるので、当該有害性の是正を促すために対抗措置に訴えることも理論的には考えられなくはない²²¹。しかし現代においては武力を用いた対抗措置は一般に禁止されると解されるので、結局、有害通航という先行違法行為と同じ現場で執り得る対抗措置は外見的に退去要求等と同じ措置になるのではないかと思われる。

最後に、25 条と 30 条の関係、すなわち、領海内の外国軍艦に対する措置が 25 条による保護権の行使なのか 30 条による措置なのかについても、第 1 部にあるような問題認識をもつ論者の中では議論され得るので、このことについても若干付言しておきたい。ここまでの検討で分かるとおり、25 条を適用させるか 30 条の措置を行うかは、当該軍艦の沿岸国に対する侵害が、国内法令違反によるものなのか 18 及び 19 条による無害通航に該当しないものなのかの違いによる。また、当該軍艦の侵害が法令違反であり、かつ有害通航であることもあろう。その場合は取り得る措置がオーバーラップするが、どちらを適用させてもおそらく退去要求等に限定されるであろうから、実は 25 条と 30 条の関係、特にその峻別を議論することにあまり実益はないと考えられる。

²²⁰ D. J. Harris, *Case and Materials on International Law*, 6th ed. (Sweet & Maxwell, 2004), p. 463.

²²¹ そもそも海洋法は対抗措置のレジームになじまないシステムであると言われる。その理由としては、①海洋法条約は外交関係条法と同様に、相手方の違法行為に対して沿岸国のとりうる措置を書き込んだ自己完結的な制度 (self-contained regime) と捉えることができるため、一般国際法上における対抗措置の議論は慎重である必要があるため。②相互主義の抑止効果が外交関係法同様、海洋の航行についても存在する。O. Y. Elagab, *The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law* (Clarendon Press • Oxford, 1988), p.114.

V 海洋法条約 25 条と 30 条の具体的運用要領

ここまで、軍艦と公船の違いを浮かび上がらせ、そして、法令執行権と保護権の差異やオーバーラップしている状況を検討してきたが、ここでは、それらを踏まえ、民間船舶、軍艦及び公船それぞれに関し、事例を参照しながら根拠条文を踏まえその具体的運用要領を簡潔に説明する。

1 民間船舶

繰返しになるが、領海を航行中の船舶に有害通航にあたる行為がある場合、海洋法条約 25 条を適用して、その無害でない行為を防止するため「必要な措置」をとることができる。

民間船舶に対してであれば、たとえば当該船舶を領海外に退去させる措置をとることができる。さらに、そうした退去要求に止まらず、当該船舶を沿岸国の刑事手続にのせて処罰することも可能であるが、その場合には、無害通航にあたらない各種の類型があらかじめ国内法令違反の行為、特に刑罰規定の対象になる行為として実体法上規定されていなくてはならない。それなくして、被疑船舶の拿捕や被疑者の逮捕などの執行措置はとれないことになる。田中利幸教授によれば、こうした場合の「執行手段としては、①国籍の確認に始まり、②無害通航かあるいは有害通航もしくは通航にあたらないものかの確認、③その有害通航が国内法令とくに刑罰規定に違反しないかの確認、④刑罰規定に違反する場合の捜査や逮捕といった刑事手続の遂行が考えられる」とされる²²²。

2 軍艦

軍艦であれば、法令違反の段階でも 30 条の特別規則により退去要求が可能である。有害通航に対しても、海洋法条約 25 条は A 節「すべての船舶に適用される規則」内にあるので、それを適用して必要な措置をとることができるが、その保有する免除により、または事態のエスカレーションを防止（不測の戦闘行為を回避）²²³するためにも、一般的には退去要求²²⁴が限度²²⁵であろう。

²²² 田中利幸「外国船舶に対する執行と国内法の整備」『海洋法条約に係る海上保安法制第 1 号』（海上保安協会、1994 年）48 頁。

²²³ III 章 2 節、免除の細部根拠を見よ。

²²⁴ IV 章で取り上げたとおり、慣習法上における軍艦が享受する免除と領域国への侵害への古典的な救済方法により、退去要求を行うことができると考えることもできる。村上「前掲論文」（注 2）94 頁。

²²⁵ IV 章-4 を見よ。

例えば、ソ連軍艦「820号」領海内錨泊事件（1977年7月30日）²²⁶は、ソ連軍艦が日本領海内において理由不明の投錨を行った例であるが、それに対し海上保安庁の巡視船が数度にわたり忍耐強く退去要求を繰り返している。逆に言えば、それ以上の執行措置はできないことを如実に表した事例である。

他方で、米海軍のフローマン中佐は、軍艦について、特定の形で退去要求が軍艦に対して為されれば、軍艦が要求を拒否する可能性は低いとし、しかしにもかかわらず拒否した場合には、無害性を喪失し、強い制裁をまねくという。そして慎重に対応しなければならないことを留保しつつ、沿岸国が自衛権を発動できる場合もあるとする²²⁷。

なお、フローマン中佐は、スウェーデン内水へのソ連潜水艦の侵犯に対して、スウェーデンが爆雷を使用して潜水艦を強制的に浮上させようとした行為について、海洋法条約30条上の法令遵守要請・退去要求を超えてはいるが、沿岸国の保護権を規定した海洋法条約25条の「必要な措置」の範疇に入ると考えている。また、ここでの保護権は *use of armed force* を構成しつつも、それが慣習法上の自衛権と等しいという見解をとる²²⁸。

3 公船

公船は軍艦と違って、自衛権の行使が直接に正当化される場合があると一般的には考えにくい
が、警察力行使の一環として実力行使が行われることは、これまでの検討から理論的には認めら

²²⁶ ソ連「軍艦820号」領海内錨泊事件『海上保安事件の研究—国際捜査編』（中央法規、1992年3月）71頁以下。

- ・1310 巡視船「きくち」は、海上自衛隊からの通報に基づき沖の島灯台193度11.4海里の領海内に艦番号820のソ連海軍ペチャ級フリゲート（1050トン）が錨泊中であることを確認
- ・1320 入域理由を質問したが回答なし、不法入域船と判断
- ・1354 「きくち」はRD（貴船は錨泊されたし）を掲揚。「きくち」搭載艇はペチャに接近し海図を示し、無害通航とは認められない旨を告げ領海外への退去を要求
- ・1405 ペチャ「回答」旗を掲揚し主機を起動
- ・1451 ペチャ航走開始
- ・1507 ペチャ再び領海内に漂泊
- ・1522 「きくち」RV1（貴船は目的地に向けて進航されたい）掲揚
- ・1540 「きくち」ペチャの艦首付近に占位し誘導を試みる。
- ・1600 ペチャ、「きくち」に信号弾3〜4発発射
- ・1610 「きくち」ペチャの正横70メートルで海図の裏側にロシア文字で書いた退去要求文を表示。再びRV1掲揚、ペチャ退去要求文を双眼鏡で確認
- ・1638 ペチャ航走開始、「きくち」追尾
- ・1714 ペチャ、沖の島灯台218度12.4海里で領海海外へ出る。

²²⁷ Froman, *supra* note 158, pp. 665, 673-675.

²²⁸ *Ibid.*, pp. 674, 682 and 683.

れる。もちろん、それは「無害でない通航を防止する」のに「必要」と評価される範囲のものでなければならず、政策的な配慮も踏まえれば一般には退去要求までに止めるとともに、手段が状況において均衡性を保持すること(proportionate)が必要だと解される²²⁹。例えば、中国公船が尖閣諸島周辺領海において漂泊・徘徊などを行ったとしても、一般の場合には、現場では領海外への退去の要請をし、また本国政府との間で外交チャンネルを通じて抗議を申し入れる等の措置をとることができるにとどまるであろう。因みに、Ⅲ章で述べたように領海を通航する外国公船は軍艦と違って外部標識を掲げる義務はないので、外部的な徴表から外国公船と確認できず、かつ、外交チャンネルを通じた本国との連絡においても公船との同一性が確認できない場合も考えられる。その場合にはとりあえず一般の商船と同様に扱い乗船、検査等を行うことにより、後に外国公船であって免除対象であるということが発覚すれば、その時点でそのように扱うことになる²³⁰。

それでは沿岸国の行い得る措置の中には、乗船、検査、拿捕等は含まれるであろうか。海洋法条約 32 条により公船は刑事・民事裁判権から免除されていることは明らかである以上、裁判権を行使するための乗船等を行うことは許されない。しかし、海洋法条約 31 条を適用するための旗国の国際的な責任を追及するのに必要な、当該船舶の国籍、またはその船舶が行った行為を特定するために、当該船舶への乗船、検査が全く許されないとは言えないのではなかろうか。

²²⁹ 法理論的には、均衡性を保持した規制(control)措置、たとえば、進路、放水、又は接舷規制は可能かと思われる。

²³⁰ 奥脇「前掲論文」(注 125) 4 頁。浅田「前掲論文」(注 96) 86 頁。

例えば、中国公船「公辺 319」立入検査事件(1993 年)がこの事例にあたる。1993 年 2 月 1 日午後 4 時 40 分頃、久米島の北西約 150km の公海上で、鹿児島船籍の貨物船「ゆうしょう」が台湾に向け航行中、不審船が約 20 メートルまで接近し発砲(約 10 発)した。連絡を受けた保安庁機が 2 時間後現場付近で国旗、船名のない不審船を発見。同機が監視中、不審船は午後 10 時 25 分ごろ、第一現場から約 40 km 北東で、名古屋に向け航行中のパナマ船籍自動車運搬船「オレンジ・オーシャン」に発砲(約 10 発)した。保安庁機は無線で不審船に発砲理由を英語で問いかけたが応答はなかった。翌 2 日午前 7 時半、巡視船が不審船に接近し停船を命じたが、無視して航行を続けたため、8 時ごろ巡視船 2 隻が両側を挟むように航行し、前方を他の 1 隻の巡視船で塞いで停船させた。不審船は「公辺 319」と表示した看板を掲げた。海上保安官が立入検査を実施したところ、自動小銃 2 丁と拳銃 1 丁を発見した。制服を着用した「浙江省公安边防治安管」と記された身分証明書を所持していた。事情聴取では、民間船を借り上げて密輸取締を実施中であつたが日本船とは知らずに間違えて発砲したと主張した。海上保安庁は、8 時 40 分、乗員を解放し立入検査を打ち切った。外務省が中国側に照会したところ、同船は公船で公務にあたっていたことを認め、また発砲については遺憾の意を表明した。『海上保安の現況』(1993 年 10 月) 3 頁。

さらに、公船への執行措置に関し若干参考となるのが、中国がその EEZ 内での米海軍音響観測艦インペカブル²³¹の軍事調査を排除するために用いた理屈である。軍事海上輸送団(Military Sealift Command. 以下 MSC と呼称)の運航するすべての艦船は補助艦であり²³²、インペカブルはこの MSC に属する。この補助艦は、政府の非商業的目的役務に使用されており、免除を享受する。さらに、軍艦に変更されない限り、武力紛争時に臨検等の権利を行使しえないという、極めて、本稿で扱う公船と法的性質が類似した船舶である。中国は、米国の軍事調査と中国に対する戦闘準備態勢(preparation for battle field、又は war preparedness)の確立とを結びつけて、EEZ における軍事調査を停止させ排除するために強制力を行使できるとする。実際、中国政府はインペカブルの軍事調査を停止させるべく、フリゲート艦や情報収集艦による同船周辺での進路妨害措置及び軽飛行機による超低空飛行などの阻止行動をとったのである²³³。この措置は海洋の平和利用に関する規定、とくに海洋法条約の一般的な義務 (301 条) によって説明される。それゆえ海洋法条約上のすべての権利行使は、軍事調査活動を含め、武力による威嚇または行使と直接に関連するものであってはならないというわけである。

EEZ における軍事調査を戦闘準備と結びつけてこれを停止させるための強制措置を沿岸国がとり得るのであれば、領海における違法な情報収集活動について保護権を行使する際にも、こうした措置がとり得るであろう²³⁴。

しかし、このような相手の戦闘準備を根拠とした執行措置 (米国からみれば違法なハラスメント行為) の国際法的妥当性には注意が必要である。なぜなら、武力攻撃の急迫な恐れがないにもかかわらず、かつ当該補助艦の享受する免除を侵害してまでこのような実力行使に訴えることは、国連憲章 2 条 4 項にいう「武力による威嚇」に該当することも考えられ²³⁵、そこでは自衛権行使

²³¹ 当該艦艇には大口径の武器は搭載されておらず、軍人・文民の混合クルーが乗組んでいた。Thom Shanker, "China Harassed U.S. Ship, the Pentagon Says," *New York Times*, Mar. 10, 2009, at A8; Ann Scott Tyson, "China Draws U.S. Protest over Shadowing of Ships," *The Washington Post*, Mar. 10, 2009, at A8; Thom Shanker & Mark Mazzetti, "Tussle at Sea Has US. and China Quarreling," *New York Times*, Mar. 11, 2009, at A9.

²³² III章-3-(3) 軍艦、注 116 を見よ。

²³³ Mark Valencia, "The Impeccable Incident: Truth and Consequences," *China Security*, Vol. 5, No. 2 (2009), pp.22-28, Ji Guoxing, "The Legality of the 'Impeccable Incident'," *Ibid.*, pp.16-21.

²³⁴ 奥脇『前掲論文』(注 125) 6-7 頁。

²³⁵ *The Arbitral Tribunal Constituted Pursuant to Article 287, and in Accordance with the Annex VII, of the United Nations Convention on the Law of the Sea in the Matter of an Arbitration between Guyana and Surinam*, in the Award of 17 September 2007, para. 445.

の要件を満たさず、国際法違反の非難を免れないからである²³⁶。

VI おわりに

ここまで、領海における外国軍艦及び公船への執行措置の限界を探るべく、1930 年及び 1958 年の 2 つの法典化作業を中心にその起草過程を追うことにより、軍艦と公船の法的性質は必ずしも同一ではないことが判明した。よって、両者への対応要領を暗に同一視することは誤っていると言わざるをえない。故に、軍艦への対応要領を規定した海洋法条約 30 条を公船にそのまま適用することもその場の状況に応じて慎重に判断しなければならない²³⁷。

また、第 1 部では沿岸国の法令執行権及び保護権はいかなるものかについても一定の見解を出し、それを軍艦及び公船への執行措置要領のヒントとした。そこでは公船を軍艦と比較して検討したことにより付随的に判明したことがある。それは公船の相対的に曖昧な地位についてである。すなわち、国家機関として外国からの免除を享受するもののそれは軍艦ほど完全ではなく、逆に、軍艦ほど外国への脅威にならないから行動の自由が相対的に高いことである。そして、その帰結をうまく活用している国家が存在することである。すなわち、各国沿岸警備隊（Coast Guard）等の巡視船は係争海域での国家間の衝突等において、ある程度の実力行使を行っても反対に行われても、事態のエスカレーションを抑える機能をもっているのである²³⁸。

²³⁶ 山本『前掲書』（注 133）257 頁。

²³⁷ しかしながら、ここで一つ注意してもらいたいことがある。それは公船が享受する免除についてである。第 1 部では軍艦との比較のため、公船の免除があたかも存在しないかのような錯覚に陥る読者もあったかもしれない。これは軍艦との比較上、相対的に公船の免除が低く捉えられがちであるだけであって、公船も国家機関である以上、慣習法上も条約規定上も免除を享受するのである。本稿は序論で述べたとおり、「公船は免除を享受する」ことを前提としている。

²³⁸ III 章-2 を見よ。しかし、この帰結を利用することは別の問題を孕んでいる。というのも、予てから、中国は自らが領有権を主張する尖閣諸島周辺海域に公船を投入し日本を牽制しているが、2015 年 12 月下旬から、人民解放軍フリゲート艦を海警局に移籍し改装した巡視船（37 ミリ連装機関砲 4 基搭載）を同海域に繰り返して展開させ、日本領海内も通航させているという。すなわち中国側は、軍艦ではなく“強力な”海警局巡視船により、領海の主張を威嚇的にアピールする方針に転換したともいわれている。さらに、これらの重武装巡視船に加えて、2015 年秋からは巨大巡視船（基準排水量 1 万 2000 トン）も、尖閣周辺海域を中心とする東シナ海でのパトロールに常備されるようになってともいわれている。ここでの問題は、海洋法条約 29 条における軍艦の定義が形式的なものであるために、形式的には軍艦ではないが、実質的には軍艦並みの脅威ある船舶に対して沿岸国はいかに対応するかというものである。III 章-3 参照。

産経ニュース（2016 年 1 月 16 日）at <http://www.sankei.com/world/news/160112/wor1601120081-n1.html>

ところで現在尖閣諸島周辺領海において中国公船の無害でない通航に対し措置を行う日本の執行機関は第一義的には海上警察である海上保安庁である。また、相手の規模や強度において海上保安庁では対応できないという状況になれば、海上警備行動等による自衛隊の出動により対応することも選択肢としては考えられるが、「警備行動」という名称から分かるようにそれは当該中国公船を取り締まる法執行活動であり、国際関係における自衛権を発動しているわけではない。しかし、中国政府系メディアがかつて述べたように中国政府としては、日本が自衛隊という軍隊を出動させる場合、それに中国は人民解放軍により対応すると述べている²³⁹。その場合、中国においても尖閣諸島の領有を主張していること及び日米安保条約第5条発動による米国の介入を防ぐためにも、自国の法執行活動として対応する可能性が考えられる。そこでこの状況を第三者的に見ると非常に奇妙な現象が存在する。すなわち、二つの国の軍隊が実力を行使しあい、一見、国際的武力紛争に見えるものの実は両当事者の意思が奇妙に一致してそれを武力紛争とはしない現象が生じるのである。しかし、いくらお互い事態をエスカレーションさせたくないという黙示の合意²⁴⁰が成り立つとはいえ、このままでよいのだろうか。本来ならば国際人道法により保護される者が保護されなかったり、また、いわゆる平時のままの状態第3国の貿易等に係る海上交通に障害をもたらしてよいのであろうか。よってこの点が次なる検証項目として浮上してくる。

²³⁹ Source: Xinhua, *China's defense minister vows no territorial compromise*, 2014-April-8 20:17.

²⁴⁰ 浅田正彦「国際法における『武力紛争』の概念—国際的武力紛争における武力紛争法適用の敷居をめぐって—」『現代国際法の思想と構造Ⅱ 環境、海洋、刑事、紛争、展望（第2巻）』（東信堂、2012年4月）308-309頁。

第2部 海上¹⁾における法執行活動と武力の行使

I はじめに

1 問題提起

2014年7月1日、日本政府は事前に提出された「安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会（以下、安保法制懇）」報告書²⁾を踏まえ、「国の存立を全うし、国民を守るための切れ目のない安全保障法制の整備について」と題した、いわゆる、集団的自衛権を容認する等の閣議決定³⁾を行った。そこでの検討課題は大きく3つあるが、その中の一つに「武力攻撃に至らない侵害への対処」という項目がある。

これは、いわゆる「マイナー自衛権」として日本の国会において継続的に議論されてきた問題である。すなわち、自衛権の行使は国連憲章51条にいう「武力攻撃」以外の法益侵害に対しても認められるか、という問題である。武力攻撃以外の法益侵害には武力攻撃に至らない武力行使も含まれるが、これまでに問題となってきたのは、まさにこのような場合における自衛権行使の可否であった⁴⁾。

問題となる事例としては次のようなものがある。例えば、我が国領海で潜没航行する外国潜水艦が退去の要求に応じず徘徊を継続する場合への対応に際しては、一義的には自衛隊による海上警備行動⁵⁾による対応となるが、国内法上、決して「国際関係における武力を行使」して当該潜水艦を強制退去できるわけではない⁶⁾。

また、国境の離島等に対して特殊部隊等の不意急襲的な上陸があった場合、仮に警察権の行使⁷⁾により対応する場合においても、自衛隊には平素から同権限が認められているわけ

¹⁾ その上空及び海中も含む。

²⁾ 『安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会』報告書（平成26年5月15日）安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会（以下、安保法制懇報告書）

³⁾ 『国の存立を全うし、国民を守るための切れ目のない安全保障法制の整備について』（平成26年7月1日）国家安全保障会議決定・閣議決定

⁴⁾ 浅田正彦「憲法上の自衛権と国際法上の自衛権」『自衛権の現代的展開』（東信堂、2007年）259頁。

⁵⁾ 自衛隊法82条及び93条。

⁶⁾ 安保法制懇報告書『前掲書』（注2）33頁。

⁷⁾ 例えば、治安出動（自衛隊法78条、89条、90条及び91条）、又は海上警備行動が考えられる。

ではなく、ましてや「武力攻撃事態」と認定⁸されない段階では、「国際関係における武力の行使」による対応⁹はできない¹⁰。

今回の安保法制懇の報告書では、「…、この言葉[マイナー自衛権]は国際法上必ずしも確立したものではなく、また、国際連合憲章第 51 条の自衛権の観念を拡張させていると批判を内外から招きかねないので、使用しないことが望ましい。」¹¹と、これまでの国内議論を戒め、さらに、とり得る対応行動の法的根拠として、「かかる…行動は、その事態、態様により、国際法上は、自衛権に包含される活動として区分される場合もあれば、国際法の許容する法執行活動等として区分されることもあり得るが、いずれにせよ、国際法上合法的な行為である限り許容されるべきである。」¹²と提言している。しかしながら、何か総花的な表現であり、またその補足説明も十分ではない¹³。

他方で、国家はこの「武力攻撃に至らない侵害」への対応において常に自衛権行使によりそれを排除しようとするのであろうか。国家の「主観的」な考慮が、たとえ「客観的」には国家間の武力紛争の事態であっても、それを武力紛争とはしない¹⁴、または武力紛争法が適用されない方向¹⁵へと作用することがあるのではないだろうか¹⁶。グリーンウッドは、「大部分の諸国が、いかに重大な結果をもたらそうとも、単発的な事件 (incident) や砲火の交換が武力紛争としてジュネーヴ諸条約全体を適用に導くことになるか、全く明らかではない。」¹⁷と述べ、また、「国境における衝突や海軍関係の事件のような単発的

⁸ 武力攻撃事態等及び存立危機事態における我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律（以下、武力攻撃・存立危機事態法）参照。

⁹ 防衛出動（自衛隊法 76 条及び 88 条）

¹⁰ 安保法制懇報告書『前掲書』（注 2）33 頁。

¹¹ 同上。

¹² 同上、32 頁。

¹³ 武力攻撃とみなすことができるための、いわゆる累積理論についてのみ説明している。同上。

¹⁴ 浅田正彦「国際法における『武力紛争』の概念—国際的武力紛争における武力紛争法適用の敷居をめぐって—」『現代国際法の思想と構造Ⅱ環境、海洋、刑事、紛争、展望 第 2 巻』（2012 年、東信堂）322-323 頁。事態が「武力紛争」であるか否かは、当該紛争に関係する者の権利義務に大きな影響を与える。それは平時から戦時（武力紛争時）に移行することによって、適用される法が劇的に変化するからである。

¹⁵ 真山全「自衛権行使と武力紛争法」『自衛権の現代的展開』（東信堂、2007 年）218-219 頁。国家間の暴力行為の応酬に武力紛争法が適用されれば、どちらの当事者の行為であっても一定の範囲で殺傷と破壊が許容されるが、法執行活動ではそのような規則はない。適用される法によって、効果において顕著な相違が生じるだけに、適用法規選定は重大な問題となる。

¹⁶ 浅田「前掲論文」（注 14）308 頁。

¹⁷ C. Greenwood, “The Law of War (International Humanitarian Law),” in M. D. Evans (ed.),

な事件 (incident)は、武力紛争とは扱われていない。したがって、戦闘がそのような単発的な衝突のレベルを超えて一定の烈度 (intensity)に達した場合のみ、国際人道法の規則が適用される武力紛争として扱われるだろう。」¹⁸と主張している。

また、第1部－V章「おわりに」でとりあげたシナリオの繰返しになるが、対応行動の法的根拠が一見混乱する例として次のようなものがある。すなわち、昨今、日本政府が尖閣諸島三島の取得・保有を決定して以来、同諸島領有を主張する中国の海洋監視船等が付近を徘徊するという事態が常態化しているが、現在尖閣諸島周辺領海において中国公船の無害でない通航に対し措置を行う日本の執行機関は第一義的には海上警察機関である海上保安庁である。また、相手の規模や強度において海上保安庁では対応できないという状況になれば、海上警備行動等による自衛隊の出動により対応することも選択肢としては考えられるが、「警備行動」という名称から分かるようにそれは当該中国公船を取り締まる法執行活動であり、「国際関係における（自衛権による）武力の行使」の発動ではない。しかし、中国政府系メディアがかつて述べたように中国政府としては、日本が自衛隊という軍隊を出動させる場合には、中国は人民解放軍により対応することを示唆している¹⁹。その場合、中国においても尖閣諸島の領有を主張していること及び日米安保条約第5条発動による米国の介入を防ぐためにも、自国の法執行活動として対応する可能性が考えられる。すなわち、二つの国の軍隊が実力を行使しあい、一見、国際的武力紛争に見えるものの実は両当事者の意思が奇妙に一致してそれを武力紛争とはしない現象が生じる可能性が考えられるわけである。

現代国際法における戦争禁止原則、さらには、武力行使禁止原則の下では、たとえそれが「法上の戦争」とは区別される（国家間の）暴力行為であったとしても、「武力行使の目的を問わない客観的規制」²⁰の中に組み込まれることが一般的であると考えられるが、た

International Law, 2nd ed. (Oxford University Press, 2006), p. 786.

¹⁸ C. Greenwood, "Scope of Application of Humanitarian Law," in D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (Oxford University Press, 2008), p. 48, para. 202.3.

¹⁹ Source: Xinhua, *China's defense minister vows no territorial compromise*, 2014-April-8 20:17.

²⁰ ここでいう「武力行使の目的を問わない客観的規制」とは、国連憲章2条4項の起草過程、及びその後の武力行使に関する主要国連総会決議に鑑みて、ある国が他国に対し力 (force)を行使し、その目的は単に他国に対し自己の意思を強要することのみを前提としており、それが他国の征服や占領、又は政権

とえ国家間に武力衝突があった場合でも、国家は政治的な理由等からそれを「国際関係における武力の行使」としない状況があり得るのではないか²¹、いや、それ以上に、現代国際法下であってもある一定の文脈では国家の主観的考慮が堂々とまかり通り、原則と例外が逆転しているのではないか、というのが第2部の問題認識である。特に、その状況が色濃く出るのが、適用法規の「灰色状況」が陸地に比べて高いと考えられる「海上（その上空及び海中も含む）」における、その国家管轄権行使と相まった暴力行為(強制行為)ではないかと考え、第2部のタイトルとした次第である。

そこで第2部は、国家の主観的な考慮によって選択されたある暴力行為について、その行為が如何なる法的根拠をもつのか、如何なる理由からその行為が必要とされ、そして、どのような場合に許容されるのか、その暴力行為に該当するための要件は何か、その暴力行為の効果は何か、すなわち、どこまでできるのか、及び、そこでの適用法規（人道法、人権法、その他）は何であり、どのようにすればそれらに対し合法となるのかを検討することにより、ある特定の状況において、国家は「武力の行使」ではなく「法執行活動」に基づく強制措置を選択することになる現象を実証的に解明することを目的とする。

転覆であるか等に限定されないことを意味する。詳しくは、V章-1-(2)参照。cf. Tom Ruys, “The Meaning “Force” and The Boundaries of the Jus ad bellum: Are “Minimal” Uses of Force Excluded From UN Charter Article 2(4)?” *AJIL*, Vol. 108, No. 2 (2014), pp. 163-164. 2条4項において使用されている“force”という用語が如何なる定義もされていないことは周知の事実である。憲章の他の規定における“armed force（武力）”への言及（前文及び44条）から、また、起草過程における2条4項の射程が経済的強制行為にも及ぶべきとするブラジルの提案が却下されたことから、“force”という用語が“armed force（武力）”だけを意味することは一般的に認められている。さらに2条4項は、“in their international relations（その国際関係において）”から分かるように国家間における武力の行使にそれを限定している。このフレーズにより単なる1国内の use of force（例えば、1国内の政府軍対反政府勢力の衝突）はその射程に入らないと一般に解されている。また、根強い反対論は存在〔Among legal scholars, this position has been most staunchly defended by Anthony D’Amato, *International Law: Process and Prospect* (Transnational Publishers, 1987), pp. 57–87.〕するものの、武力による威嚇又は武力の行使の禁止は国の領域保全（もっとも代表的なものは、征服又は占領）、または、その政治的独立（もっとも代表的なものは、政権転覆）へ向けられた武力に限定されない。むしろ、同規定の最後のフレーズにある“or in any other manner inconsistent with the purposes of the United Nations,（国際連合の目的と両立しない他のいかなる方法による）”への言及が残存規定となり、2条4項を武力の行使または威嚇の包括的な禁止にし、そこにループ・ホールが存在しないことを示している。このような解釈は2条4項の置かれている文脈及びその趣旨・目的からも支持されると考えられる。すなわち、憲章創設の父は、次世代が戦争の苦しみにより再び陥らないよう、不戦条約に規定された戦争に訴えることの禁止を拡張することを願っていたのである。

²¹ 浅田「前掲論文」(注14)308頁。

そこで以下では、まずⅡ章において、Ⅲ章以降の国家実行や判例の分析を体系化して考察するために、関連する主要な先行研究を概観する。そして、Ⅲ章においては、そもそも「武力の行使」と「法執行活動」の峻別がいかに難しかを説明して主要検討前の動機づけを行い、その後、本稿が注目する仮説についてその必要性和許容性を検討する。

なお、本研究の射程であるが、国家管轄権とリンクしやすい国境付近の小競合いのような国境衝突事件²²を主に取りあげる。他方、最近の海賊対応行動や大量破壊兵器拡散に対応する公海上の行動など、いわゆる公海における海上警察活動、さらには、安保理の決定を根拠にした禁輸措置などにおいて、外国船舶を臨検、乗船・検査する行為の法的性質もよく議論になるが、第2部ではこれらは基本的には取り上げない。

2 用語の意味

ところで、検討の前に本稿での用語の意味を明確にしておきたい。なぜなら英語表現“use of force”が両義的に用いられているからである。

“use of force”の語は、国連憲章2条4項、及び海洋法条約301条の中に“any threat or use of force”という形で用いられているが、これは「武力による威嚇又は武力の行使」の訳語が当てられていることから判るように、主として軍事力の行使の意味で使用される例である。他方、領海、接続水域あるいはEEZにおいて、沿岸国が自国の関税法や漁業関連法令のごとき国内法令を執行するため、いわゆる、法執行活動において取締官が実力を行使する場合にも“use of force”の語が使用される²³のである。しかし、それらの用語法（訳語）の確定が本稿の目的ではないので、各国、各論者の用語の意味の相違、及びその是非については論じない。そして、本稿の分析において誤解が生じない範囲で、とりあえず次のように考えておきたい。

²² 森肇志『自衛権の基層—国連憲章に至る歴史的展開』（東京大学出版社、2009年）140頁。

²³ 村上啓造『領海警備の法構造』（中央法規、2005年）19頁。

まず、憲章 2 条 4 項にいう “use of force” には「武力の行使」の訳語を当てる。よって、そこでいう「武力の行使」が憲章 2 条 4 項にいう「武力の行使」と同一概念であることは明らかであり、かつ、第 2 部のタイトルの「武力の行使」がまさにこれである。

次に、法執行活動における “use of force” には「実力の行使」という訳語を当てる。この「実力の行使」という訳語は、1995 年の国連公海漁業実施協定 22 条 1 項(f)に登場する “use of force” の公定訳として使われている。他方で、前述の安保法制懇報告書や閣議決定の文言を見ても分かるように、日本政府は従前からこの “use of force” に対応する「武器の使用」という用語も使用している。よって、「武器の使用」という訳語も「実力の行使」と互換的に使用することとする。砲、機銃あるいは小銃といった武器を用いるという意味では「武力の行使」も「実力の行使」も同じではあるが、後者は国内警察権の行使として、法令違反の取締権限の行使の一環として用いられるものであるから、その性格において同じではない。国内法令の執行であるから、この武器の使用に対しては、いずれの国も国内法上の規律を設けており、国内法上の武器使用基準との整合性を求められる。そして、同時に、この法執行のために行われる海上での武器使用が国家間の争点となる場合には、国際法上の問題ともなる²⁴。

いずれにせよ、本稿で大事なことは英語表現 “use of force” に対し日本語表現「武力の行使」と「実力の行使」の用語を明確に区別して使用することである。なぜなら、本稿の目的がまさに両者の接際部を探ることだからである²⁵。

²⁴ 同上。

²⁵ なお、後に述べるように、国際海洋法裁判所は、サイガ号事件 (No. 2) (1999 年) において、ギニアの巡視船が無抵抗のサイガ号に発砲した事件で、実力の過剰な行使であり国際法に違反すると判示したが、その際、「実力の行使 (判決の英語正文は国連憲章と同様、“use of force” であるが、判決のフランス語正文は “usage de la force” を用いている。) はできる限り回避し、それが不可能な場合は、当該状況において合理的かつ必要な限度内でなければならない。人道の考慮は、海洋法にも適用される」と判示した。The M/V “Saiga” (No. 2) (St. Vincent v. Guinea) (July 1, 1999), *ITLOS Case No. 2, Merits*, [hereinafter cited as *Saiga case*], paras. 153-159. 裁判所が憲章 2 条 4 項の「武力の行使 (フランス語正文の “emploi de la force”)」という表現を避けていることから、ギニアの官憲による暴力行為を「実力の行使」と認め、「武力の行使」ではないと判断したことは明らかである。坂元茂樹「外国公船に対する警告 (続) 一日中の解釈の同異に焦点を当てて」『海上法執行活動に関する諸問題の調査研究 研究報告書』(海上保安大学校国際海洋政策研究センター、2015 年 3 月) 57 頁。それとは対照的に、スペイン・カナダ漁業管轄権事件 (管轄権 ; 1998 年) においては、スペイン漁船エスタイ号に対するカナダ沿岸警備隊の暴力行為に対し、ICJ は、英語正文 “use of force” に対し、フランス語正文 では “usage de la force” ではなく “emploi de la force” を使った。

II 先行研究

1 許容される可能性がある暴力行為の法的根拠

不法な領域侵入の文脈において領域国がある一定の条件の下で「武力の行使」または「実力の行使」によって対応することは一般的には認められている。しかしここで問題なのは、その対応が大規模な領域侵入又は衝突に対してだけではないことである。そこでの主要な論争点は、その侵入に対応する強制行為の適正な法的根拠である。

この論争に影響を与える重要な要素の一つが ICJ ニカラグア事件本案判決で示された「最も重大な形態の武力の行使（武力攻撃を構成するもの）“the most grave forms of the use of force (those constituting an armed attack)”」と「より重大でない形態の武力の行使（ICJ は単なる国境衝突事件と表現）“less grave” uses of force (and the court’s reference to “mere frontier incident[s]”）」の区別²⁶である。この区別はその後の事件でも踏襲され、ある論者によれば、暴力行為のエスカレーションの危険性を減らす目的で導入されたとのことである。すなわち、自衛権発動を惹起させる「武力攻撃」であるために必要な最低限度という要件を課すことにより、紛争の急激なエスカレーションが報復の連鎖になることを防ぎ国際秩序の安定強化に寄与したというのである²⁷。こうした判決の影響もあり、今日では、許容され得る暴力行為の法的根拠として以下のような議論があるので、それらについて概説してみよう。

(1) 自衛権 (the right of self-defense)

まずは、伝統的な自衛権にも新たな考えが出てきているので、それを紹介したい。多くの論者が前述の ICJ によって言明された区別が必ずしも武力攻撃に高い敷居を課しているのではないと述べるが、中には、このような武力攻撃の狭い解釈は道理に合わないとして非難する者もいる²⁸。特に、これら論者は、国境付近における小競合いのように規模の小

²⁶ *ICJ Report 1986, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, Merits, Judgement* (27 June 1986) [hereinafter cited as *Nicaragua case*], paras. 191 and 195.

²⁷ Ruys, *supra* note 20, pp. 177-178.

²⁸ ディンシュタインは、一隻の軍艦に対する攻撃が武力攻撃に当たる（2003 年 ICJ オイルプラットフォーム事件判決）のに、国境衝突事件が武力攻撃に当たらない（ニカラグア事件判決）とする合理的な理由は存在しないと述べて ICJ の当該判例を非難している。Yoram Dinstein, *War, Aggression and*

さい領域侵入に対する強制行為を「自衛権」を根拠に正当化する。その筆頭がディンシュタイン (Y. Dinstein) である。例えば彼によれば、潜没潜水艦や軍航空機の不法領域侵入は初期段階の武力攻撃 (incipient armed attack) と推定することができ、それに対して領域国は自衛権により対抗できるという²⁹。これと関係して、軍部隊同士の局地的交戦における武力の行使は「自衛として許容される…現場における反撃 (on-the-spot reaction … permissible as self-defense)」であれば合法である³⁰、とも主張する。このような武力攻撃の広い捉え方は暴力のエスカレーションの危険性があるという批判に対し、彼は、「自衛による現場における反撃」は、必要性及び均衡性の特別に厳格な基準を採用することにより制御可能であると反論する。すなわち、真の「現場における反撃」はまさにその場で終了する³¹、というのである。

ロイス (T. Ruys) も以下のように述べてディンシュタインの主張に同意している。すなわち、

「2 国間の如何なる武力衝突も、たとえそれが小規模であろうと局地的であろうとも、*jus ad bellum* の範疇で考察するべきであり、不法侵入に対する領域国の強制措置を憲章 2 条 4 項の範囲から簡単には排除できないとディンシュタインの見解³²に同意する³³。」

Self-Defence, 5th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), p. 212.

²⁹ Dinstein, *supra* note 28, p. 213.

³⁰ *Ibid.*, p. 244.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*, p. 213.

³³ Ruys, *supra* note 20, pp. 187-188. ロウ (A. W. Lowe) も、国家実行を分析し、主権及びその他の海上における自国の権利を保全するために必要かつ先行する脅威に比例する武力行使は、自衛権の行使として正当化されることとして、交戦権を惹起するような事態以外においても自衛によって武力行使が正当化されることがあり得るとの見解を示している。彼によれば、軍艦は免除を有し警察権限としての執行管轄権の対象とはならないため、このような場合は自衛権の行使として構成することが必要とされる。A. V. Lowe, "National Security and the Law of the Sea," *Thesaurus Acroasium*, Vol. 17 (1991), pp. 187-189. 他方で、1976 年、エーゲ海の係争海域において、トルコ軍艦に護衛されたトルコの調査船による地震探査に対してギリシャの軍艦が出動し相互に威嚇がなされる事態が発生したが、ロウはこの事案において仮に当該大陸棚がいずれかの国に帰属するのであれば、当該国は自国の主権的権利を保護するために必要かつ比例性のある武力行使に訴えることが正当化されるとする。 *Ibid.*, p. 186. 海上における自国の権利を保全するために必要な武力行使を念頭において論じているからであるが、帰属が確定していない海域については自衛権行使の対象外であるとする趣旨であるとするれば、彼の立場は実質的には後述するギル (T. D. Gill) の見解に近いとも考えられる。西村弓「排他的経済水域・大陸棚における測量妨害行為に係る諸問題」『海上法執行活動に関する諸問題の調査研究 研究報告書』(海上保安大学校国際海洋政策研究センター、2015 年 3 月) 57 頁。

また、国家的自衛権 (national self-defense)とは区別されるユニット・セルフディフェンス (unit self-defense)に注目する論者もいる³⁴。しかし、ディンシュタインは以下のように述べて、ユニット・セルフディフェンスも国家的自衛における武力行使の一形態に他ならないとする。すなわち、

「国際法の観点からは、すべての自衛は国家的自衛であると理解されなければならない。一つの部隊が武力攻撃に反撃することと、軍隊組織全体がそうすることとの間には、質的な相違ではなく、量的な相違があるだけである。他国による武力攻撃に対抗して武力が用いられる場合、それがどのような大きさの部隊によるものであれ、また用いられる武力の規模にかかわらず、それは国家的自衛の発現であり、当該行為の合法性は〔憲章〕第 51 条及び慣習国際法により決定される。³⁵」

いずれにせよ、本稿では許容される可能性がある法的根拠としてのユニット・セルフディフェンスも、自衛権の一形態として考えることとする。

他方で、幾つかの国の ROE (rules of engagement) では、国家的自衛権やユニット・セルフディフェンスと並んで、個人的自衛権 (individual or personal self-defense)が列挙³⁶してある。これは、戦争や武力紛争での暴力闘争とは別に、国家 A の兵士が国家 B の兵士から攻撃された時に、前者が自己の生命を防護するために後者に対し必要な措置をとる権利である。すなわち、個人の正当防衛権のことである。この場合の自衛は憲章 51 条を適用しての帰結ではなくて、国内刑法の一部を適用してのものである。換言すれば、この兵士間の暴力行為は国家間のものとは別であり、前者においてはその反応行為の妥当性は国

³⁴ e.g., Dale Stephens, "Rules of Engagement and the Concept of Unit Self-Defense," *Naval Law Review*, Vol. 45 (1998), p. 148. ; Charles P. Trumbull IV, The Basis of Unit Self-Defense and Implications for the Use of Force, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 23 (2012). 例えば、米国国務省法律顧問室法律顧問 (attorney-adviser) のトラムブル(Trumbull)は、ユニット・セルフディフェンスの法的性質について研究した最近の論文において以下のように結論づけている。

「ユニット・セルフディフェンスの権利と国家的自衛権とは、例えば武力を用いる決定を行い得る権限を誰が有するかとか、攻撃に対して用いることができる武力の性質や範囲といった、幾つかの重要な点において根本的に異なる。…」 *Ibid.*, pp. 132-133.

³⁵ Dinstein, *supra* note 28, p. 243.

³⁶ 例えば、米軍統合参謀本部の SROE (Standing Rules of Engagement) 2000 年版は、self-defense を ①national self-defense、②collective self-defense、③unit self-defense、④individual self-defense の四カテゴリーに分けている。 *Standing Rules of Engagement for US Forces*, CJCSI 3121.01A, 15 January 2000, Chairman of the Joint Chiefs of Staff Instruction, Enclosure A, para.5.

内刑法に従うことになり、後者は憲章の関係規定に従うことになる。同様の区別が攻撃目標とされる船舶及び航空機にも当てはまる。国際法はこのような文脈における自らを防護する個人の権利を妨げることはない³⁷。よって今後、国家間の暴力行為を扱う本稿ではその許容され得る法的根拠としてこの個人的自衛権は考察の対象から排除する³⁸。

(2) ギル (T. D. Gill) の「国家の本質的利益を保全し及び確認する権利」

次に、ギルが提唱する学説を紹介する。この学説は前項の自衛権とは異なるものの「武力の行使」のタイプに当たる概念である。ギルによれば、「国家は一定の明確な制限に服することにより、自国の本質的な利益を保全し及び確認するために武力を行使する権利を保有する³⁹」という。それは主に、違法な侵入に対し領域を保全するものであり、また部分

³⁷ Olivier Corten, “Judge Simma’s Separate Opinion in the Oil Platforms Case: To What Extent Are Armed ‘Proportionate Defensive Measures’ Admissible in Contemporary International Law?” *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Ulrich Fastenrath et al. eds. (2010), p. 859. ただし、国内訓令や内部規律との関係では個人的自衛権の性質・範囲は以前から問題があった。特に地上軍における ambush scenario や sweep scenario においては、個人的自衛権と指揮官の命令が相克することがある。P. Henseler, “Self-defense in the Maritime Environment under the New Standing Rules of Engagement/Standing Rules for the Use of Force (SROE/SRUF),” *Naval Law Review*, Vol. 53 (2006), pp. 225-226.

³⁸ 本稿とは異なる文脈であるが、国連の平和維持活動 (Peacekeeping Operations: PKO)において、派遣要員の個人的自衛権をマンデート遂行に資する実力行使の法的根拠にまで拡大する考え方がある。その一つが国連事務総長ワルトハイムが 1973 年のガイドラインで示した考え方である。そこでは個人的自衛権が、PKO 要員の生命等の防護だけでなく、マンデート下での任務遂行を妨害する行為に対抗する概念を含んでおり、強制措置をも許容するような広義に解釈する余地を残している。[UN Doc. S/11052/Rev. 1 (1973)] また、2000 年のブラヒミ・リポート [UN Doc. A/55/305, S/2000/809, paras 48-51.]は、個人的自衛権の概念を個人の自衛から任務の防護へ拡大した。すなわち、ティサゴリアスが指摘 [N. Tsagourias, “Consent, Neutrality/Impartiality and the Use of Force in Peacekeeping: Their Constitutional Dimension,” *JCSL*, Vol. 11 (2006), p. 473.] するように、このことは、PKO の個人的自衛権の意味を次第に拡大させ、兵士固有の自衛から、移動の自由の確保、持ち場の防護、マンデートの防護、及び第三者の防護まで自衛の意味が拡大する。しかし、現実に個人的自衛権がそのような拡大したならば、もはやそれは個人の自衛には留まらず、憲章 7 章 42 条下における完全なる平和強制行動には至らないものの、ある程度の強制行動を執るマンデートを意味することになる (例えば、7 章 40 条によって想定されているタイプの措置)。究極的には、実力行使を行う PKO 要員の権利が個人的自衛だけに基づくならば、そこでは、憲章 7 章上の根拠は必要ないことになる。[N. D. White, “Peacekeeping or war-fighting,” *Research handbook on international conflict and security law*, ed. by Nigel D. White, Christian Henderson (Cheltenham, 2013), pp. 587, and 589-590.]

³⁹ “...subject to certain well-defined limitations, states possess the right to use or threaten the use of force to protect, safeguard, and affirm certain well-established and recognized substantive rights that have been violated...” T. D. Gill, “The Forcible Protection, Affirmation and Exercise of Rights by States under Contemporary International Law,” *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 23 (1992), p. 106. 西村教授によると、ギルのこの見解は「領域主権や海洋における自国管轄権を保全するための小規模な武力行使を、それら主権・管轄権に内在するものとして正当化している」という。西村「前掲論文」(注 33) 44 頁。

的には、国家の領域外で当該権利を行使する概念である⁴⁰。この権利の法的基礎を分析するにあたって、彼は、対抗措置、復讐、緊急避難、または法執行活動の概念に依拠することではなく、また、だからといって、武力攻撃の広い解釈は国家間の紛争をエスカレーションさせることから、国家は政策として自衛権を選択することを躊躇することを指摘し、結果として小規模の領域侵入に対し国家の「本質的利益を保全し及び確認する権利」で対応することを主張する。またこの権利は武力行使禁止原則に対する新しい例外を創設するものでなく⁴¹、国連憲章の集団安全保障システム以前に存在した自助 (self-help) の復活を画策するものではないとも主張している⁴²。

なお、(1)のディンシュタインの「自衛による現場における反撃」とギルの「国家の本質的利益を保全し及び確認する権利」行使の最大の違いは、領域を防護するにあたり、前者においては、その行使が国家領域 (the State's territory) 内に限定されないが、後者は限定されることである⁴³。

ギルはこの権利を主張するにあたり、その理論的基礎を 1952 年ハーグ国際法アカデミーのウォルドック (H. Waldock) の講義⁴⁴においている。そして、そこで引用されている 1949 年 ICJ コルフ海峡事件本案判決において、英国艦隊が 1946 年 10 月にアルバニアの態度を試すために行った同海峡通過行為の評価を行っている ICJ の言説に依拠している。特に下線部の部分がそうである。すなわち、

「… As mentioned above, the Albanian Government, on May 15th, 1946, tried to impose by means of gunfire its view with regard to the passage. As the exchange of diplomatic notes did not lead to any clarification, the Government of the United Kingdom wanted to ascertain by other means whether the Albanian Government would maintain its illegal attitude and again impose its view by firing at passing ships.

⁴⁰ Gill, *supra* note 39, pp. 140-170. 外国領海における無害通航権、国際海峡における通過通航権、及び、公海における旗国管轄権に依拠。

⁴¹ *Ibid.*, pp. 116 and 120.

⁴² *Ibid.*, p. 116. そのため、2 条 4 項には違反しないことになる。

⁴³ *Ibid.*, p. 129.

⁴⁴ H. Waldock, "The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law," *Recueil Des Cours*, Tome 81 (1952-II), pp. 499-503.

The legality of this measure taken by the Government of the United Kingdom cannot be disputed, provided that it was carried out in a manner consistent with the requirements of international law. The "mission" was designed to affirm a right which had been unjustly denied. The Government of the United Kingdom was not bound to abstain from exercising its right of passage, which the Albanian Government had illegally denied. (1946年5月15日の砲撃事件以来外交交渉は進展せず、英国はアルバニアがその違法な態度を維持するかどうかを他の手段で確かめることを望んだ。英国のこの措置の合法性は、国際法が要求する態様によって行われる限りは争うことはできない。この措置 [1946年10月22日の英国艦隊のコルフ海峡の通航] は不当に否定された [英国の] 権利を確認するために計画された。英国は、アルバニアが違法に拒否した通航権の行使を慎む義務はなかった。) ⁴⁵⁾

(3) 法執行活動

また、多くの論者が、侵入する軍隊、軍艦又は軍航空機に対する強制措置を武力行使の法的枠組の外で考察し、単なる法執行活動又は警察権の行使として捉えている。最近の代表的な論者としてはコルタン (O. Corten) が挙げられる。彼によれば、国家は自国領域内で警察措置を執るために原則として自らの主権を行使できるという。国家 A が自国領域内で国家 B の兵士を拘束する、自国空域内で外国航空機を要撃する、または、外国船舶に領海からの退去を命令するなどしても、ア・プリオリに憲章 2 条 4 項の問題が生じることはない。むしろ、それは自国領域内の領域主権を基礎とした警察措置の枠組みで考えるべきものである。そのため、その実力行使を正当化するのに自衛権に依拠する必要はなく、正常な主権の行使と考えればよい、というのである⁴⁶⁾。

なお、この立場は 2007 年の自衛に関する Institut の決議によっても採用されている。そこでは、「自衛権を惹起させる武力攻撃は一定の重大性 [の形態] がなければならない」

⁴⁵⁾ Affaire de Détroit de Corfou, Arrêt (Fond), *CIJ Recueil* 1949, p. 30 (emphasis supplied), [hereinafter cited as *Corfu case*].

⁴⁶⁾ Corten, *supra* note 37, pp. 857-858.

ことを強調した後、「[武力攻撃よりも] 重大でない形態の攻撃の場合において、犠牲国は、攻撃を撃退するために必要な警察措置をとることができる。」と述べられている⁴⁷。

ただし、このタイプの法執行活動は商船や漁船等のような私人、犯罪グループ及び他の非国家主体による刑法及び行政法の違反を取り締まる日常的な法執行活動とは一見趣を異にするように見える。なぜなら、国境衝突事件のように規模の小さい領域侵入に対する強制行為であっても「自衛権」を根拠に正当化する前出のロイス等によって、このような「法執行活動」を根拠とすることは次のように非難されるからである。すなわち、

「ある国の軍隊が他の国の軍艦や軍用機に対して武力を行使することは、憲章 2 条 4 項がカバーする国際関係における武力の行使に他ならないし、軍艦や軍用機は他国の管轄権からの免除を享受することに鑑みれば、それらに対する法執行ということは考えられない⁴⁸。」というのである。

しかしながら、本稿ではコルタンが主張するような実力の行使をあくまで 2 条 4 項の意味における武力の行使とは区別される「法執行活動」と表現することとする。

この意味では、2003 年 ICJ オイル・プラットフォーム事件判決に対する個別意見において、「武力攻撃」に該当しない武力行使に対して、軍事的性質を有する「均衡する防衛措置 (proportionate defensive measures)」を主張したシンマ (B. Simma) の見解⁴⁹もこの範疇に入ると考えられる。シンマのこの主張は、ニカラグア判決で言及された直接被害国による「均衡する対抗措置 (proportionate counter-measures)」とよく類似した概念だとい

⁴⁷ Institut de droit international, *Present Problems of the Use of Armed Force in International Law—A. Self-Defence*, 10A Resolution EN (Oct. 27, 2007), at http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2007_san_02_en.pdf, para. 5, “An armed attack triggering the right of self-defence must be of a certain degree of gravity. . . . In case of an attack of lesser intensity the target State may also take strictly necessary police measures to repel the attack. . . .”

⁴⁸ Ruys, *supra* note 20, p. 180. オックスマン (B. H. Oxman) 教授も、法執行は国家とその管轄権に服する船舶との間のみ観念される概念であって、軍艦・公船に対して実力に訴えることは武力による威嚇又は武力の行使にあたり、海洋法ではなく国際の平和と安全の維持に関わる問題であると指摘する。B. H. Oxman, “The Regime of Warship under the United Nations Convention on the Law of the Sea,” *Virginia Journal of International Law*, Vol. 24 (1984), p. 815. また、Francioni も、その理由について説明はしていないが、実力行使措置の対象が他国軍艦である場合については、国家間の武力行使の問題として評価されるとする。F. Francioni, “Use of Force, Military Activities, and the New Law of the Sea,” A. Cassese ed. *The Current Legal Regulation of the Use of Force* (Martinus Nijhoff Publishers, 1986), p. 371.

⁴⁹ Separate Opinion of Judge Simma, Case Concerning Oil Platforms (Iran v. U.S.), Judgement, *ICJ Reports* 2003, para. 12, [hereinafter cited as *Simma, Separate Opinion*]

われる⁵⁰が、決してその理解は単純ではない。確かに、シンマの「均衡する防衛措置」が登場するパラグラフ 12 では、武力攻撃に至らない武力行使である事前の違法行為への均衡した対応として軍事的行為を正当化しているように見える⁵¹。これはある意味、武力復讐の合法性を支持した伝統的な学説の復活のようにも見える⁵²。しかし、それ以前のパラグラフ 6～11 では、反対に、憲章 2 条 4 項又は武力不行使原則の強行規範性を強調し、イランによる武力攻撃はそこになく、かつ、米国のイラン・オイル・プラットフォームに対する軍事的行為は不均衡であるとして当該米国の行動を非難している⁵³。しかも、彼によればこの「均衡する防衛措置」はオイル・プラットフォーム事件で突如出てきたものではなく、従前より主張されているものである。すなわち、

「憲章 51 条は『武力攻撃』に対する防衛措置、つまり、(部隊、または戦闘機による)軍事力の手段によるものだけを念頭においているため、国境警備隊間の偶発事件にも、外国の(戦闘機を除く)航空機の禁止された飛行に対する防衛措置にも適用されない。」した

⁵⁰ Ruys, *supra* note 20, p. 178. and 宮内靖彦「自衛の発動要件についての非国家的行為体の意味—国際判例の観点からの分析—」『自衛権の現代的展開』(東信堂、2007 年) 154 頁。

⁵¹ *Simma, Separate Opinion*, para. 12, 「… In my view, the permissibility of strictly defensive military action taken against attacks of the type involving, for example, the Sea Isle City or the Samuel B. Roberts cannot be denied. What we see in such instances is an unlawful use of force "short of" an armed attack ("agression armée") within the meaning of Article 51, as indeed "the most grave form of the use of force". Against such smaller-scale use of force, defensive action — by force also "short of" Article 51 — is to be regarded as lawful. In other words, I would suggest a distinction between (full-scale) self-defence within the meaning of Article 51 against an "armed attack" within the meaning of the same Charter provision on the one hand and, on the other, the case of hostile action, for instance against individual ships, below the level of Article 51, justifying proportionate defensive measures on the part of the victim, equally short of the quality and quantity of action in self-defence expressly reserved in the United Nations Charter. … (… 私の見解では、シー・アイル・シティ号又はサミュエル・B・ロバーツ号を巻き込むタイプの攻撃に対する厳密な意味での防衛的軍事行動は否認されるべきではないと考える。我々がこのような事例で見ているものは、憲章 51 条の意味における武力攻撃、すなわち『最も重大な形態の武力の行使』には至らない違法な武力行使である。このようなより重大でない武力行使に対しては、—51 条を援用するまでには至らない—防衛行動を行うことは合法と考えられる。換言すれば、一方では、憲章規定の意味における『武力攻撃』に対する 51 条を援用した真面目な自衛と、他方で、例えば、一船舶に対する敵対行為に対するような、犠牲者側の均衡する防衛措置を正当化するような 51 条を援用するまでには至らないもの、つまり、量及び質的に憲章上の自衛には至らない措置を区別すること提案したいのである。…。)」なお、この下りに“counter-measures”という用語は登場しない。

⁵² Corten, *supra* note 37, p. 846.

⁵³ *Simma, Separate Opinion*, paras. 6-11.

がって、「51 条の防衛措置に加えて、暴力行為または、2 条 4 項の武力行使禁止の下には入らない他の禁止された行為に対する、他の防衛措置もある。…」⁵⁴という。

このようにしてみれば、シンマの主張する「均衡する防衛措置」は、憲章 2 条 4 項の「武力の行使」に該当しない暴力行為への対応であり、それに均衡する防衛措置も自ずと 2 条 4 項の「武力の行使」に該当しない措置ということになる。よって本稿の区分原理からいえば、「法執行活動」に該当すると考えられる⁵⁵。

(4) 対抗力を保持した国家管轄権の一方的行使

対抗力を保持した国家管轄権の一方的行使とは、村瀬直也教授が国際法における国家管轄権の域外執行等を正当化する際に用いる事由であり、その基になっているのは山本草二教授の「一方的国内措置」や「対抗力」の研究から発しているものである。「対抗力の法理」については既に幾つかの解説⁵⁶が存在するので詳細はそちらに譲るとして、厳格な意味で「法の欠缺」は認められないにしても、法がいわば「灰色状態」にあって不明確ないし形成・変革の過程にある場合に、国家が他の代替方法がなく、急迫した状況の下で、一定の実効性 (effectiveness) と正当性 (legitimacy) をもってその一方的措置を行うとき、それは国際法上も、関係国に対して対抗性をもつ措置⁵⁷として、過渡的・限定的な法的効果を認められるとする概念である。

⁵⁴ Verdross, Alfred-B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, Dritte, völlig neu bearbeitete Aufl (Dunker & Humbolt, 1984), SS. 289-290.

⁵⁵ なお、シンマの「均衡する防衛措置」の法的性質を専属的に分析したコルタンの論文においても、法執行活動として位置づけられている。Corten, *supra* note 37, p. 858.

⁵⁶ 山本草二「一方的国内措置の国際法形成機能」『上智法学論集』33 卷 (2・3) (1990 年 3 月) 47-86 頁。同「国際紛争要因としての対抗力とその変質」『国際研究論集』(八千代国際大学紀要) 6 卷(2) (1993 年) 63-88 頁。江藤淳一「国際法における対抗性の概念」『東洋法学』36 卷(1) (1992 年) 87-151 頁。

J. G. Starke, "The Concept of Opposability in International Law", *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 5 (1968-69), pp. 1f.; 村瀬信也「国家管轄権の一方的行使と対抗力」『国家管轄権：国際法と国内法：山本草二先生古稀記念』(村瀬信也、奥脇直也 [ほか]編 勁草書房、1998 年) 61-82 頁。

⁵⁷ 通常の国際紛争では「合法・違法」の有無が争われ、違法行為を行った国家に対し国家責任が追及される。これに対して、国家の一方的措置をめぐる紛争では、措置の「対抗力」の有無が争われる。この場合、「対抗力の法理」は、通常、被告国側の主張となる。原告側がこれを主張することは考え難い。原告側はあくまでも、適用法規が確立していることを前提として、被告がとった措置が国際法上「違法かつ無効」であることを主張しなければならない。被告側は、適用法規が生成・変革過程にあって流動化しており灰色状態にあるとの主張によって防御を図るのである。対抗力をめぐる紛争では、国家の行為の違法性・有責性の認定よりも、その行為の特定国家に対する対外的有効性が問われる。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 卷 (3・4) (2006

第3次国連海洋法会議においては、条約上の“enforcement measures”や“necessary steps”といった用語の意味や射程について詰めた検討を行うことは避けられた⁵⁸。海洋法条約中に力の行使に関する詳細な規定が置かれなかったのは、海上における力の行使を巡る法規制について見解の一致が見られなかったこと、さらには将来的に国際環境が変化し得ることに照らして、いずれかの国の安全保障政策上の選択肢を狭める可能性のある規定を設けることに消極的であったことが原因とされる⁵⁹。このようなことから、今日では、国際テロ行為関連犯罪の取締や海洋その他の国際環境での沿岸国管轄権の拡大等の分野でこの概念が頻繁に援用されている⁶⁰という。

そのような意味において、国境付近における小競合いのような国境衝突事件においてとられる措置が前記のような要件を充たすときは、対抗力を認められる場合があり得ると考えられるのである。ただしこの概念は本稿が注目する暴力行為を違法・合法をめぐって判断するときは(2)ギルの「国家の本質的利益を保全し及び確認する権利」、または(3)法執行活動とオーバー・ラップすると考えられるので、以下においては必要のある場合のみこの概念を援用することとする。

年) 154 頁。ICJ は対抗性をめぐる紛争にいて、一方当事者の違法性と有責性を前提とした損害の請求に対し、その主たる争点が相手当事者が執った措置に対する対外的有効性の確認ないし否認であるとして 当該責任追及や損害賠償等の請求を結果的に判断しないことがある。その事例としては、1974 年英国及び西ドイツ対アイスランドの漁業管轄権事件本案判決におけるアイスランドの一方的漁業水域拡張及びそれに伴う執行措置があり、また、1980 年在テヘラン米国大使館事件判決では、イランが欠席戦術をとったためその違法性や責任追及を主張したわけではないが、1980 年 4 月に企てた人質救出作戦について、ICJ は国際司法手続を妨げる措置であると非難しつつも、当該措置の違法性や国家責任の問題は提起されていないと述べるにとどまった。村瀬信也「国家管轄権の一方的行使と対抗力」『国家管轄権：国際法と国内法：山本草二先生古稀記念』（村瀬信也、奥脇直也 [ほか]編 勁草書房、1998 年）65-66 頁。すなわち、ICJ はこれを「合法・違法」の問題としてではなく、「対抗力」の問題として判断しているものといえよう。村瀬信也「国連憲章と一般国際法上の自衛権」『自衛権の現代的展開』（東信堂、2007 年）13 頁。

⁵⁸ I. A. Shearer, “Problems of Jurisdiction and Law Enforcement against Delinquent Vessels,” *ICLQ*, Vol. 35 (1986), p. 341.

⁵⁹ Lowe, *supra* note 33, p. 134.

⁶⁰ 山本草二「前掲論文」（注 56）47 頁。

(5) 検討対象外とする法的根拠

国境衝突事件における対応行為を自衛権や法執行活動ではなく、対抗措置や緊急避難といった違法性阻却事由を援用することによって正当化することも考えられるが、最後にこれについて述べておきたい。

ILC や ICJ が指摘するように武力行使禁止原則ないしは憲章 2 条 4 項は一般的に強行規範であると考えられている⁶¹が、この意味において、憲章 2 条 4 項の義務と一致しない違法性阻却事由は、自動的に排除されることになる⁶²。このような強行規範性を脇におくとしても、2001 年国連総会によってテーク・ノートされた国家責任条文（以下、国家責任条文と呼称）50 条では、対抗措置は武力による威嚇又は武力の行使を慎む義務に影響を与えてはならないことになっている。また、武力を伴う対抗措置の不承認は有力な学説を主張する多くの論者から支持されている⁶³し、友好関係宣言における有名な言明「国は、武力行使をとまなう復讐禁止を慎む義務を有する」⁶⁴からも、もはや不動の地位を獲得していると言える。さらに最近では、2007 年ガイアナ・スリナム仲裁判決でも「対抗措置には武

⁶¹ ILC は、武力行使禁止に関する国連法は本質的に *jus cogens* の性質を有する国際法規則の顕著な例であると指摘している。ILC *Yearbook*, 1966, Vol. 2, p. 247.; ICJ は当該言明をニカラグア事件において引用している。Nicaragua case, para. 190.; For examples of support in legal doctrine, see Ian D. Seiderman, *Hierarchy in International Law: The Human Rights Dimension*, School of Human Rights Research series, Vol. 9 (2001), p. 62.; Alexander Orakelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford University Press, 2006), p. 51, and O. Corten, *The Law Against War* (Hart Publishing, 2010), pp. 200–213. cf. ニカラグア事件で ICJ は、武力行使に関する条約規則と慣習法規則が必ずしも符合しないことを認めた。すなわち、「多くの点で、これら 2 つの法源の規律する範囲は、正確には重ならず、かつ、それらが粹付けられる実質的規則は、同じ内容のものではない」(para. 175)。しかし、この判決は、慣習法上の武力行使禁止の範囲と 2 条 4 項のそれが別々に決定される仕方を示さなかった。むしろ、慣習規則を解釈するにあたり、ICJ は上述の表明にもかかわらず、一般国際法上の武力行使禁止と 2 条 4 項の定める禁止を内容上同一のものとみなしているといえる。ニカラグア判決以前も以後も、慣習国際法上の武力行使禁止は憲章上のそれより範囲が狭いとみる方が適切だろう。慣習法上の禁止の範囲を正確に決定することは困難であるが、それは 2 条 4 項の認められたコアを含むことは疑いない。藤田久一『国連法』(東京大学出版会、1998 年)278 頁。

⁶² 国家責任条文 26 条

⁶³ See, e.g., Josef Mrazek, “Prohibition on the Use and Threat of Force: Self-Defence and Self-Help in International Law,” *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 27 (1989), p. 90.; James Crawford, *State Responsibility—The General Part* (Cambridge University Press, 2013), pp. 690–91.; Corten, *supra* note 37, pp. 848–49.

⁶⁴ Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, GA Res. 2625(XXV) (Oct. 24, 1970), Annex, para. 1(6).

力行使が含まれないことは十分に確立した国際法の原則」であることが明確に確認されている⁶⁵。

同様の方向性で、緊急避難をもってしても2条4項の義務と一致しない武力の行使を正当化することはできない。なぜなら、前述したように強行規範違反は緊急避難をであっても阻却できないからである⁶⁶。

本稿では、このように武力の行使を伴う対抗措置又は緊急避難が許容されないとする立場をとるが、そうであるならば、武力の行使を伴わない対抗措置又は緊急避難であれば許容される可能性があるかどうかとも考察しなければならない。しかし、国境衝突事件でのこのような違法性阻却事由の援用は、その取扱うステージが違えど、その仕組・構造はおそらく、上記(2) ギルの「国家の本質的利益を保全し及び確認する権利」、(3)法執行活動、又は(4)対抗力を保持した国家管轄権の一方的行使等と変わることはないであろう。よって本稿では、ある暴力行為を2次規則の問題として扱うのではなく、1次規則の問題として許容されるかを問いたいがために、これら違法性阻却事由の検討は以後除外することとする。

2 許容性の指標のためのパラダイムの整理⁶⁷

次に、この後の国家実行や判例の分析を体系化して考察するために、前項で列挙した法的根拠のパラダイム（理論的枠組）を再整理してみる。なお、これまでの国際法における暴力規制に関する研究においては、ある「武力の行使」が武力行使禁止原則の例外にあたるか、特に、集団的措置を別にすれば、個別国家の自衛権の問題として、如何なる原因、如何なる時期、如何なる対象に対し自衛権を行使できるのか、そして、如何なる程度の武

⁶⁵ The Arbitral Tribunal Constituted Pursuant to Article 287, and in Accordance with the Annex VII, of the United Nations Convention on the Law of the Sea in the Matter of an Arbitration between Guyana and Surinam, in the Award of 17 September 2007, [hereinafter cited as *Guyana/Surinam Award*], para. 446, 「… It is a well established principle of international law that countermeasures may not involve the use of force. … (… 対抗措置には武力行使が含まれないことは確立した国際法の原則である。 …)」

⁶⁶ 2001 年国家責任条文案の第2 読を特別報告者として主導したクロフォード (J. Crawford) は、緊急避難として武力行使の違法性が阻却されることを否定する立場をとった。しかしこれによって一定の武力行使がそもそも合法とされる可能性が否定されたわけではなく、この点は一次規則の問題とされた。J. Crawford, “Second Report on State Responsibility: Addendum” (A/CN. 4/498/Add. 2) (1999), pp. 30-31, para. 287.

⁶⁷ Cf. A. Randelzhofer “Article 51,” *The Charter of the United Nations: Commentary*, in B. Simma (ed.), 1st ed. (Oxford U. P., 1995), pp. 664-665.; A. Randelzhofer (with Nolte) “Article 51,” *The Charter of the United Nations: Commentary*, in B. Simma (ed.), 3rd ed. (Oxford U. P., 2012), pp. 1401-1403.

力を行使できるのか、すなわち、*jus ad bellum* の問題として検討されることがほとんどであり、本稿のようなタイプ、すなわち、ある暴力行為がそもそも「武力の行使」にあたるのか否かが研究されることは稀であるように思われる⁶⁸。なぜなら、前述したように国家は安全保障政策上の選択肢を狭める可能性のある国際法規則を設けることに消極的であることに加え、自らの意思でその暴力行為の法的性格付けを行うからであり、その意味では国家にとってその両者の区別が自明であるからだと考えられる。すなわち、国際裁判や安保理の議題にあがるものはよく検討の対象となるものの、例えば、国家の法執行活動として行われた暴力行為は、積極的に公表しない限りその事実内容さえ知られないからである。他方で、後に述べるように、暴力行為の犠牲国が抱えている国内又は国外の政治的な理由から、または、当該暴力行為の重大性が客観的に低いことを理由に、それを 2 条 4 項違反とラベル付けするのではなく、主権侵害として訴えるケースが多くある。そうであるならば、暴力行為の当事者間に 2 条 4 項関連の実質的な法的紛争が起こることは多くない⁶⁹。

しかし、そうでないならば、その暴力行為を *jus ad bellum* の問題としてみなければならず、そこでは当該暴力行為が憲章 51 条の自衛権によって正当化されるかをみなければならぬのである。ここでは比較容易な 3 つの類型を挙げて以後の分析の道標としたい。

(1) 武力行使パラダイム広範タイプ

2 国間の如何なる武力衝突も、たとえそれが小規模であろうと局地的であろうとも、*jus ad bellum* の範疇で考察するべきであり、不法侵入に対する領域国の強制措置を憲章 2 条 4 項の範囲から簡単には排除できないとする立場である。結果として 2 条 4 項を広く捉えることになり、法執行活動として許容される暴力行為の範囲が狭くなる。前項との関係で言えばロイスが主張する類型であり、実質的意味における軍隊を使用して国家が他の国家に対し暴力行為を行えば武力紛争を生じるという武力紛争法適用の事実主義的認識⁷⁰と最も合致するタイプである。

⁶⁸ Corten, *supra* note 61, pp. 50-51. 西村教授によれば、この種問題は、2007 年ガイアナ・スリナム仲裁判決を契機に、少しずつ議論がなされつつある現状にあるという。西村「前掲論文」(注 33) 40 頁。

⁶⁹ T. Ruys, *Armed Attack and Article 51 of the UN Charter* (Cambridge University Press, 2010), pp. 184-185.

⁷⁰ 真山全「国連の軍事的活動に対する武力紛争法の適用—武力紛争の事実主義的認識とその限界—」『21

(2) 法執行パラダイム広範タイプ

(1)項とは対照的に、法執行活動として許容される暴力行為の範囲を広く捉え、結果として2条4項の範囲が狭く見えるタイプである。すなわち、国家Aが自国領域内で国家Bの国民又は兵士を拘束する、自国空域内で外国航空機を要撃する、または、外国船舶に領海からの退去を命令するなどしても、ア・プリオリに憲章2条4項の問題が生じることはなく、むしろ、それは自国領域内の領域主権を基礎とした警察措置の枠組みで捉えるタイプである。前項の関係で言えばコルタンが主張する類型である。

(3) グレーゾーン積極対応タイプ

最後に、(1)及び(2)のように武力行使パラダイムと法執行パラダイムの間に一本線を引くだけでは、その接際部付近(グレーゾーン)に存在する事象を説明できないと考え、そこに間隙を設け、その間隙における暴力行為は武力行使ではあるが、2条4項の範囲の国際関係における武力の行使ではないとするタイプである。前項の関係で言えばギルが主張する類型である。

III 「武力の行使」と「実力の行使」の峻別の困難性

この章では、国家が行う暴力行為のうち、2条4項の意味における「武力の行使」と法執行活動における「実力の行使」の接際部付近(グレーゾーン)に存在すると考えられるものを取りあげて、その法的根拠を判例及び国家実行を通じて検討してみる。そこでは、それら法的根拠が混合する現象が見られる。

そこでまず、そのグレーゾーンを垣間見るために最近のミニマル・ユース・オブ・フォース (minimal uses of force)の議論を見ることにしよう。この理論は、「国際関係におけるユース・オブ・フォースが、ある一定の国際法規則には反する⁷¹可能性はあるものの、憲章2条4項に違反することはないという意味の敷居が存在する。⁷²」というものであり、

世紀の国際機構：課題と展望』（東信堂、2004年）307-308頁。

⁷¹ おそらく、主権尊重の原則や不干渉義務に反することになると思われる。

⁷² Corten, *supra* note 61, pp. 55 and 66.

コルタンやマリーエレン・オコンネル (Mary Ellen O'Connell)⁷³等⁷⁴が主張する学説である。なお、この理論には強力な反対論があり、例えば、ロイスが当該理論に対する反論を米国国際法雑誌 (The American Journal of International Law) に発表している⁷⁵。本稿はどちらかの立場に与するわけではないが、これら理論の対立を分析することにより、本稿の目的である国家の主観的な考慮によって選択された暴力行為の法的性質の解明に何らかのヒントになると考え検討する次第である。

例えば、ジョージアからの分離独立を主張する南オセチアと同国軍との紛争、及び同国西部アブハジアをも含んだロシアの介入により発展した、いわゆる 2008 年 8 月のジョージア紛争において、欧州連合理事会 (the Council of the European Union) 隷下の独立国際事実調査ミッション (the Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia) は 2009 年 9 月の報告書において以下のように述べている。

「武力行使の禁止 [原則] は、最小烈度 (intensity) の敷居を超えるすべての物理的な力に對し当てはまる。……単なる小さな事態はその敷居を超えることはない。例えば、一個人の標的殺害 (targeted killing)、個人の強制的拉致、又は、一航空機の要撃 (interception) がそれである。⁷⁶」

コルタンによれば、この言説は間違いなく慣習国際法を反映しており、多くのケースにおいて、国家は「フォース (force)」を一般的及び通常の意味において使用しているが、それを憲章 2 条 4 項という特定の意味の範囲内で使っていないという。よって、このような場合には、憲章 2 条 4 項も 51 条も当該関連措置 (暴力行為) の合法性を評価するに当

⁷³ Mary Ellen O'Connell, "The Prohibition on the Use of Force," *Research handbook on international conflict and security law*, ed. by Nigel D. White, Christian Henderson (Cheltenham, 2013), p. 102, 「while acknowledging that "[t]here is no express authority on the point," O'Connell finds that "Article 2(4) is narrower than it might appear on its face. Minimal or *de minimis* uses of force are likely to fall below the threshold of the Article 2(4) prohibition." (マリーエレン・オコンネルは、この点について明確な根拠があるわけではないが、と断りを入れながらも、2 条 4 項の射程は見た目よりも狭く、ミニマル・ユース・オブ・フォースは 2 条 4 項の武力行使禁止の敷居をおそらくは越えないであろう、と述べる。)」

⁷⁴ Robert Kolb, *Ius Contra Bellum*, 2 édition. (Helbing Lichtenhahn, 2009), p. 247.

⁷⁵ Ruys, *supra* note 20, pp. 159-210, especially p. 180.

⁷⁶ *Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia*, Report, Vol. II (Sept. 2009), p. 242, and n.49, at <http://www.ceiig.ch/Report.html>. Note: the Report refers to the quote from Kolb (see *supra* note 74), which in turn refers to the analysis of Corten (see *supra* note 61).

たっては重要でなく、対照的に、別の法的規則が陸海空におけるそれら強制措置（暴力行為）に当てはまることになる⁷⁷。

ここで重要なのは、後に述べるように、その暴力行為が客観的基準としての一定の重大性 (*gravity*) を超えていないことが前提とされていることである。そして実は、その超えられるべき重大性のレベルが一体如何なるものであるかに関し一定の原則などなく、不明というのが現状なのである。それを説明するためにまず沿岸国が執った措置に関する 2 つの判例を紹介する。

1 海上における事例

まずは ICJ スペイン・カナダ漁業管轄権事件（管轄権；1998 年）である。本件において、スペインはカナダが公海上においてスペイン船籍漁船を拿捕したことにより憲章 2 条 4 項に違反したと主張した⁷⁸。それに対してカナダは、当該措置は単なる国内法上の保存管理措置の一行為であるとしてスペインの主張を否定した⁷⁹。ICJ は、カナダが当該保存管理措置に係る執行から生じた紛争を裁判所の管轄権から除外する留保を付していることから、当該紛争を審理する管轄権が設定されるかを判断する過程で、単なる警察行為として表現され得るミニマル・ユース・オブ・フォースと 2 条 4 項の範囲内に該当するより深刻なフォースに境界があることを暗に考慮することとなった⁸⁰。そして、別の理由によって上記のスペインの主張を退けると共に⁸¹、実際に「武力の行使」に関するスペインの主張をも退け、「乗船、搜索、拿捕及びそれら目的のための最小限の実力の行使 (*minimum*

⁷⁷ Corten, *supra* note 37, p. 856.

⁷⁸ Fisheries Jurisdiction (Spain v. Can.), ICJ, Application instituting proceedings (28 March 1995), para 2(h).

⁷⁹ Fisheries Jurisdiction (Spain v. Can.), ICJ, Counter-Memorial of Canada (29 February 1996), para 31.

⁸⁰ トーレス・ベルナルデス (S. Torres Bernárdez) 特任裁判官 (スペイン国籍) の反対意見参照。Fisheries Jurisdiction (Spain v. Can.), Judgement on Jurisdiction, Dissenting Opinion of Judge Torres Bernárdez (4 December 1998), *ICJ Reports* 1998, pp. 599-600 and 722-31.

⁸¹ スペインは、カナダの行為は違法であるところ、カナダの選択条項受諾宣言に付された留保 (NAFO 規制区域でのカナダによってとられた保存管理措置とその執行に関する紛争を除外) は [国際法上の] 合法性の問題と合致するように解釈しなければならないとして、違法な措置 (武力の行使) は留保には該当しない旨を主張したのに対して、ICJ は、留保を国際法と合致する行為のみを含むように解釈しなければならないという解釈規則はなく、そのような主張は行為の合法性と管轄権への同意を混同するものであるとして、スペインの主張を退けた。Fisheries Jurisdiction (Spain v. Can.), Judgement on Jurisdiction, *ICJ Reports* 1998, [hereinafter cited as *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Can.) case*], p. 465, paras. 78-79.

use of force)は、保存管理措置の概念の自然で合理的な解釈に従えば、保存管理措置の執行という概念にすべて含まれる⁸²⁾と結論づけたのである。

コルタンによれば、当該カナダが執った行為が非常に限定的な損害に抑えられたことによる目的を限定した措置に終始したために、裁判所は「武力行使」の敷居を超えていないと判断した⁸³⁾、と述べるが、事実として非常に限定された損害に終わったとしても、裁判所のこの評価は2条4項の意味における「武力の行使」と法執行活動における「実力の行使」の区別として本当に妥当なのであろうか。実際、現場でどのような実力行使が行われたのであろうか。当該選別する要件の検討は後(V章 法執行活動等を選択できる許容性)に具体的にするとして、ここでは、二つ目の判例であるガイアナ・スリナム仲裁判決と簡単に比較するために、事件の焦点となった暴力行為である1994年3月9日のスペイン漁船エスタイ号(the Estai)拿捕に係るカナダ当局の手段・方法を見たいと思う。すなわち、スペインのトロール漁船エスタイ号がニューファンドランド沖のカナダEEZの外側245海里の北西大西洋漁業機関(以下、NAFOと呼称)の規制区域3L(グランドバンク)で、ストラドリング魚種であるカラスガレイ漁の操業中に、カナダ当局により拿捕された。当該行為において死傷者は発生していないが、船舶は抑留され、船長はカナダ国内法令の違反の罪で逮捕された。同船はセント・ジョンズ港に引致され、漁獲物の一部は没収された。乗組員は直ちに釈放され、船長も、同月12日、保釈金を支払った後、釈放された。船体も、同月15日、保釈金の提供後、引渡された⁸⁴⁾。

またスペインの申述書によれば、当該措置を行ったカナダ法執行機関は沿岸警備隊で、当該拿捕に使用された母船は2隻の巡視船であり、いずれも全長約70メートル、総トン数約2000トンである。日本の海上保安庁の巡視船で言えば中程度規模の船舶である。ま

⁸²⁾ *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Can.)* case, Judgement on Jurisdiction, p. 466, para 84. また、それ以前の para. 83 においても ICJ は「[カナダの] 制定法の目的は、容認される実力の行使を漁業保存の執行の際の一般的範疇の措置に含めることで、それを規制し制限することにあつたように思われる」と述べている。 *ibid.*, para. 83.

⁸³⁾ Corten, *supra* note 61, p. 72.

⁸⁴⁾ *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Can.)* case, Judgement on Jurisdiction, p. 466, para 19.; *Ibid.*, Memorial of Spain, (28 September 1995), para 13.; 坂元茂樹「判例研究・国際司法裁判所 漁業管轄権事件(スペイン対カナダ)―裁判管轄権(判決:1998年12月4日)」『国際法外交雑誌』第103巻2号(2004年)85頁。

た実際の検査及び拿捕に関しては、母船の 50 口径砲による威嚇射撃を行ったうえ、数隻の高速ボートに乗船した自動火器にて武装した人員により行われたようである⁸⁵。この事実はカナダ側から反論されていないので間違いはないと思われる。

沿岸国が執った措置に関してもう一つの面白い判例が、2007 年 9 月 17 日に判示されたガイアナ・スリナム仲裁判決である。2000 年 6 月 3 日、スリナム海軍基地から発した 2 隻の海軍船舶は、両国大陸棚の係争区域に入り、ガイアナとの石油コンセッション契約に基づき地盤掘削活動を行っていたソートン号 (C. E. Thornton; 米国所有、カナダ CGX 社備船) に対し、当該領域から退去することを命令した⁸⁶。ガイアナはこの措置は憲章 2 条 4 項における武力による威嚇であると主張し、他方で、スリナムは当該措置は合理的で均衡性のある法執行の性質を帯びていると反論した⁸⁷。またスリナムは、前述したスペイン・カナダ漁業管轄権事件に依拠し自らの主張を補強した。ガイアナはスペイン・カナダ漁業管轄権事件は公海における漁船に対する執行措置を扱っているのであって、2 つの主権国家間の係争海域において発生した「武力の行使」を扱っているのではないと反論した⁸⁸。このような当事者の主張に対して仲裁裁判所は以下のように認定した。

「国際法の下で、それが不可避であり、合理的かつ必要である限りにおいて、法執行活動における実力(force)の行使が認められる場合があるという主張は受け入れる。しかし、本件の状況においては、2000 年 6 月 3 日に行われたスリナムの行動は単なる法執行活動というよりも軍事行動の威嚇に近いものとする⁸⁹。」

ここでは、一方で単なる法執行活動と、他方で 2 条 4 項によって禁止されている武力の威嚇または行使の間に敷居があることが認められる。多くの論者が、本件のような特定の状況、特に国家間の領域紛争がある文脈だからこそ、本仲裁裁判所が「武力の行使」の敷居を超えたという判断をした⁹⁰というが、それにもかかわらず、2 条 4 項適用のトリガー

⁸⁵ *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Can.)* case, Memorial of Spain, (28 September 1995), para 13.

⁸⁶ *Guyana/Suriname Award*, paras 151 ff.

⁸⁷ *ibid.*, paras 443-444.

⁸⁸ *ibid.*

⁸⁹ *ibid.*, para 445.

⁹⁰ Corten, *supra* note 61, p. 73.; Patricia Jimenez Kwast, "Maritime Law Enforcement and the Use of Force: Reflections on the Categorization of Forcible Action at Sea in the Light of the Guyana/Suriname Award," *JCSL*, Vol. 13, No. 1 (2008), pp. 69-70.; Ruys, *supra* note 20, pp. 205-206.

を引くのに十分な状況を正確に表現するのは難しい。そこで、当該敷居の具体的な分析は後にすることにして、ここでも本件の焦点となった 2000 年 6 月 3 日の事件の現場における具体的な状況に注目することにした。すなわち、ガイアナは、係争区域大陸棚における石油コンセッションを CGX 社に付与し、CGX 社は音波海底地盤調査を実施した。これに対し、スリナムは石油開発活動をすべて停止することを要請した。しかし、ガイアナは等距離線のガイアナ側での調査なので問題なしと回答した。2000 年 6 月 3 日、スリナムの海軍船舶が CGX 社の地盤掘削船ソートン号に接近し、無線交信により「12 時間以内に退去されたし。さもなければ、その結果については自ら責任を負われたし」と警告した⁹¹。その後、当該警告は繰り返され、その際スリナム側が言うには、ソートン号に対し危害を加えるつもりはないことも伝えられた⁹²。ガイアナ側が言うには、スリナム海軍が武力を行使するのを恐れ、ソートン号はその退去命令に従うことにしたという⁹³。その後、ソートン号側の要求により退去までの時間が 12 時間から 24 時間に延長され⁹⁴、実際に、海底からリグが引き離され、当該コンセッション区域から退去した⁹⁵。

ここで特に注目したいのはスリナム海軍がこの退去命令を強制するにあたり実際にとった手段・方法である。まず、スリナム海軍が使用した船舶についてであるが、それは 2 隻とも全長約 30 メートルのファイバーグラス製のボート⁹⁶であり、地盤掘削船ソートン号の 24 分の 1 の大きさであった。また、搭載火器はなく、デッキ下に自動小銃が 1 丁保管されているだけであった。要員は拳銃等の個人装備火器でそれぞれ武装していた⁹⁷。警告又は

⁹¹ *Guyana/Suriname Award*, Rejoinder of Suriname, (Vol. I), paras 4.46–47 and (Vol. II), Annex 19 (Statement of Captain Martin Galong), para. 7 and Annex 20 (Statement of Major John Paul Jones), para. 7; cf. Reply of Guyana (Vol. I), para. 10.16 and Memorial of Guyana (Vol. IV) Annex 175 (Affidavit of Mr. Edward Netterville) para. 6.

⁹² *Ibid.*, Rejoinder of Suriname (Vol. I), para. 4.48 and (Vol. II) Annex 19 (Statement of Captain Martin Galong), at para. 8.

⁹³ *Ibid.*, Reply of Guyana (Vol. I), at para. 10.16; Memorial of Guyana (Vol. III), Annex 164 (CGX Morning Report of 3 June 2000) and (Vol. IV), Annex 175 (Affidavit of Mr. Edward Netterville).

⁹⁴ Cf. *Ibid.*, Rejoinder of Suriname, (Vol. II), Annex 19 (Statement of Captain Martin Galong), para. 7.

⁹⁵ *Guyana/Suriname Award*, para. 151.

⁹⁶ 当該裁判手続文書及び記録にはないが、同型の船舶の情報から総トン数は 80 トン程度であり、日本の海上保安庁が保有する船舶で言えば、巡視船というよりは巡視艇（むらくも型）の類かと思われる。しかしながら、海洋法条約 29 条における軍艦の定義には該当するので、軍艦であることに間違いはないと思われる。

⁹⁷ *Guyana/Suriname Award*, Rejoinder of Suriname (Vol. I), para. 4.45.; Professor Sean D. Murphy,

威嚇射撃などの発砲の類は一切行われていない。さらに退去命令は無線にて遠隔で発せられており、乗船・検査が行われたわけではない。当然、負傷者も生じていない⁹⁸。

そこで前述したスペイン・カナダ漁業管轄権事件における 1994 年 3 月 9 日のエスタイ号拿捕に係るカナダ当局の手段・方法と当該事件を比較すると奇妙なことが判明する。すなわち、前者において ICJ はカナダが行った措置を暗に法執行活動における「実力の行使」と判断し、他方で、後者の仲裁裁判所はスリナムの行動を 2 条 4 項の意味における「武力による威嚇」と判断したのだが、現場で行使されたフォースを烈度の観点だけで見る限り、その関係が裏表なのである。前者において、カナダ沿岸警備隊はエスタイ号に対し威嚇射撃を行い、乗船及び検査により当該船舶を拿捕及び抑留し、船長を逮捕までした。しかし、ICJ の判断は法執行活動なのである。他方で、後者のスリナム海軍は民間の小型ボートと変わらないような武装されていない軍艦により、乗船・検査なしの退去命令をしただけであるのに、仲裁裁判所は武力による威嚇と判断したのである。

後に検討するように、暴力行為の現場における烈度だけでなく他の要因も含め総合的に判断すれば、これら裁判所の判断は妥当なのかもしれない⁹⁹が、ここで言いたいのは、国家の主権的権利や管轄権が作用する場面における高烈度の暴力行為においては、必ずしも「武力行使の目的を問わない客観的規制」が貫徹されず、法執行活動における「実力の行使」と 2 条 4 項の意味における「武力の行使」の峻別は極めて困難であり、それ故、そこに国際法上一定の原則が存在しないのではないかと、ということである。そうであれば、そ

Counsel and Advocate for Suriname, Day 7 (15 December 2006), Transcript of Hearings, pp. 1084-1085.

⁹⁸ ガイアナ側の主張によれば、当時、現地上空をスリナム航空機が飛び回っており、さらに、ソートン号が退去するまで間、別のスリナム海軍船舶が駆けつけることができる範囲に待機していたという。*Ibid.*, Memorial of Guyana (Vol. I), 5.9.

⁹⁹ 詳しくは V 章で検討するが、ガイアナ・スリナム仲裁判決は、両国の係争区域で発生したという特殊な事例であることや、掘削作業を巡る紛争が両国の大統領レベルでの交渉の対象にまでなっていたことなどから、スリナムの行為が一国の単なる法執行を超えてガイアナの主権に対するものとして捉えられたのかもしれない。浅田「前掲論文」(注 14) 315 頁。森川幸一「国際平和協力外交の一断面―「海上阻止活動」への参加・協力をめぐる法的諸問題」『日本が外交と国際法』(内外出版、2009 年) 275 頁。また、強制措置を行った機関が文民海上警察機関であるのか又は海軍であるのかの違いも、法執行活動における「実力行使」と 2 条 4 項の意味における「武力の行使」の区別に関し重要視されたのかもしれない。他方で、坂元茂樹教授は、「この判決の『武力による威嚇』の敷居が極めて低く、先例性にはやや疑問が残る。」と当該判決を酷評している。坂元「前掲論文」(注 25) 57 頁。

の暴力行為を行う法的根拠も一定しない、又は混乱、若しくは混合する可能性が多いにあるということになる。それでは次に空の事例について見てみよう。

2 空における事例

例えば、多くの論者が、国境付近における小競合いのような国境衝突事件を、特別な慣習的慣行 (specific customary practice) で律せられている主権的権利の行使や警察活動の文脈で論じている。これは特に対領空侵犯措置のような空の衝突事件における分野で発達したようで、2条4項における武力の行使とは別物として扱われることがある¹⁰⁰。ニカラグア事件本案判決で言えば、ICJは、領空における外国航空機の許可なき飛行は領域主権の尊重原則に反すると述べている¹⁰¹。2条4項との関係で述べるならば、同規定を相対的に狭く解釈するコルタンは、外国人、船舶又は航空機の許可なき侵入に対する領域国の当該領域内の「強制」措置は2条4項の範囲に立入ることはないと述べる。また、ブラウンリー (I. Brownlie)によれば、軍用機による外国領空の侵犯は憲章2条4項違反という非難に一般にはなじまないが、特定のケースでは侵略行為 (act of aggression) として判断されることもあると付け加えている¹⁰²。

このように主張する理由としては、領海とは異なる領空の主権概念の影響が考えられる。その主権概念の違いは、海洋法条約2条3項：「領海に対する主権は、この条約及び国際法の他の規則に従って行使される。」及び、国際民間航空条約（以下、シカゴ条約と呼称）1条：「締約国は、各国がその領域上の空間において完全且つ排他的な主権を有することを承認する。」により一目瞭然である。コルタンによれば、空域における国家主権は、侵犯する外国軍用機に対し、適正な警告を与えた後に撃墜することが可能なような広範な権利を国家に付与し、それは、国家間の武力行使の禁止とは根本的に異なるケースであることは明らかである、という。なぜなら、後者においては、安保理の認可又は自衛権による行動

¹⁰⁰ Ruys, *supra* note 69, p.185.

¹⁰¹ *Nicaragua case*, para. 251.

¹⁰² Ian Brownlie, "The Use of Force in Self-Defence," *B.Y.I.L.*, Vol. 37 (1961), p. 256. ; また、ブラウンリーは別の書物において、"problems relating to self-defence" という表題の箇所船舶及び航空機の不法侵入を扱っているが、それら侵入に対する領域国の措置の法的根拠についてはあいまいなままである。Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (Oxford University Press, 1963), p. 374.

であることが証明されない限り、侵犯機を撃墜できないからであり、憲章 51 条の下では事前の武力攻撃の要件が必要であるが、領空への一航空機の侵入（違法ではある）が武力攻撃に該当するとは到底考えられないからであるという。彼によれば、ここで、もし侵犯機に対する措置が空の国家安全保障上の警察的措置とするならば、その合法性を担保するために 51 条とは別の手段及びその根拠をもってこなくてはならない。すなわちそれは、明白な敵対意図 (*hostile intent*) が無い限りの事前の警告、必要かつ均衡した手段、又は、「自衛 (*self-defence*)」(ここでいう「自衛」は憲章上の自衛権ではない) による即座の応酬である、という。これは他国による武力攻撃に対する応酬としてではなく、外部からの攻撃または脅威をもたらす一航空機に対する防御措置として理解されるべきであるというのである。そしてここでは、憲章とは異なる別個の規則群を適用しているのであり、ここでいう「自衛 (*self-defence*)」はこの規則群の範囲で解釈されなければならない、というのである¹⁰³。

このような規則群は、軍用機だけでなく民間航空機をも要撃する規則を含む。例えば、シカゴ条約 3 条の 2(a) は以下のように定める。

「締約国は、各国が飛行中の民間航空機に対して武器の使用 (*the use of weapons*) に訴えることを差し控えなければならず及び、要撃の場合には、航空機内における人命を脅かし又は航空機の安全を損なってはならないことを承認する。この規定は、国際連合憲章に定める国の権利及び義務を修正するものと解してはならない。」

この規定の最終文は、2 つの別個の法領域が存在することを示唆している。単なる警察的手段として民間航空機を要撃することは可能である。ただし、緊急状態のような場合を除き武器を使用して迎撃することはできない。他方で、憲章の範囲内における国家間の真の意味での武力の行使も示唆している。しかしそこでの適用規則群は警察的手段とは異なる。すなわち、それは *jus ad bellum* であり、*jus in bello* である。

実際の実行においても、この 2 つの規則群の適用が明確に区別されているが、その棲み分けが必ずしも完全であるわけではない。例えば、1983 年 9 月 1 日に起きた大韓航空機

¹⁰³ Corten, *supra* note 61, pp. 60-61.

撃墜事件における各国の反応がその一例である。この事件は、ソ連領空に不法に侵入した大韓航空のボーイング747が、スパイ行為を行っていると誤認されソ連空軍機に撃墜され、乗客・乗員269人が亡くなった事件である。この深刻な事件により、韓国はもとより乗客の国籍国からすぐさま非難が寄せられた。安保理においても幾日かの公聴会が催され、51ヶ国もの理事国及び非理事国が各々の見解を示した。そこでは議論序盤に若干表明された微妙で間接的な表現を除いて、国際関係における武力行使を禁止する憲章2条4項違反に言及する国は無かった。

ソ連の行為を非難する際に用いられた規則は人道上の考慮のような一般原則、均衡性の原則、又は、民間航空機を要撃する際の手続に関するシカゴ条約の付属規則であった。17ヶ国により提示された決議案はソ連の拒否権の行使により否決されたが、安保理は、2条4項に言及することなしに、国際民間航空機に対するこのような軍事力の行使 (use of armed force) は、国際行為及び人道の基本的考慮を律する規範と両立しないと言明した。また、国際民間航空機関(ICAO)の報告書の中でも2条4項は言及されていない¹⁰⁴。結果として、この事件はシカゴ条約3条の2の起草を促進し、前述したように、民間航空機を要撃する特別規則を規定することになった。

その他に、軍用機が関与しているものの2条4項の意味における武力の行使として扱われていない航空機事件が幾つかあるので紹介する。

一つは、キューバ空軍が1996年2月24日に国際空域を飛んでいた米民間航空機2機を撃墜した事件がある。この事件では4人が死亡し、多くの非難がキューバに寄せられたが、憲章2条4項は言及されず、キューバは当時、シカゴ条約の締約国でなかったものの、事件3日後に採択された安保理決議には前述したシカゴ条約3条の2が慣習法のような扱いでキューバの行為を非難する規範として用いられた¹⁰⁵。また、時代は遡るが1950年代、60年代における米国対ソ連をはじめとした東欧諸国との軍航空機による偵察活動において、衝突事件が起きている。幾つかの事件は米国からICJに対し提訴されているが、東欧諸国がそもそも裁判管轄権を受諾していないのでいずれも訴訟中止命令が出されている。

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 61-62.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 62-63.

なおこれら事件においても 2 条 4 項違反を主張しているわけではなく、領域主権侵害やシカゴ条約違反が主張されている¹⁰⁶。この中で面白いのは 1960 年 5 月 1 日に発生したソ連領空における米国 U2 偵察機撃墜事件である。この事件は米国 U2 偵察機による高高度偵察飛行によりソ連領内のミサイル配備状況などの動向を探っていたところ、ソ連地对空ミサイルによって撃墜され、乗っていたパイロットは脱出に成功したもののソ連領内に着地したため当局に拘束され、スパイ活動として有罪に処せられた事件である。この事件は安保理にて動議にかけられ、他の米国の同類の行為とその政策から判断してソ連は侵略的行為 (aggressive act)¹⁰⁷であるとして非難した。しかし、それは 2 条 4 項とは結び付けられていなかった¹⁰⁸。

他方で、2 条 4 項違反として非難された事件が無いわけではない。一つは、1946 年、米国軍輸送機がユーゴスラビア領空にて撃墜された事件である。この事件では米機が悪天候によりコースをはずれて、過失により領空侵犯を犯したことが原因であるが、米国は米機がユーゴスラビアの主権に対し脅威を与えたわけではないので、ユーゴスラビアの撃墜行為は自衛の場合を除き武力を行使しない憲章上の義務に明確に反するとして非難した¹⁰⁹。

二つ目は、1981 年発生したいわゆるシドラ湾事件である。リビアは 1973 年からシドラ湾は自国領海と主張し、ベンガジとミスラタを結んだ線を領海の境界とした。これに対し、米国は、その主張は広すぎるために認められないとし、広すぎる部分については公海であり航行の自由が認められるとした。その上で、リビアに対する圧力・挑発もかねて、リビアの主張する境界線内も含む海域で空母機動部隊による艦隊演習を行っていた。1981 年 8 月 19 日には空母ニミッツを中心とする米艦隊が演習を行っていた。この米軍の行動はリビア軍を刺激し、リビア軍機は米軍に接近し、米軍機と絡み合うような機動を行うこともあった。その際、両国の戦闘機同士で瞬間的な戦闘が行われ、2 機のリビア軍機が撃墜された。リビアは安保理に対し、米国の行動は同国に対する武力による脅威及び行使に当た

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 63-64.

¹⁰⁷ この「侵略的行為 (aggressive act)」という用語は、憲章 39 条にいう「侵略行為 (act of aggression)」とは別物であり、2 条 4 項の意味における武力の行使には該当しない行為を意味している。

¹⁰⁸ Corten, *supra* note 61, p. 64.

¹⁰⁹ Ruys, *supra* note 20, pp. 192-193.

り侵略行為であり、それ故、憲章及び国際法の諸原則違反であると主張した。他方、米国は当該行為は 51 条を援用したものであると主張した¹¹⁰。

このように、航空機による国境衝突事件を 2 条 4 項の意味における武力の行使ととらえて行動する実行があるのだから、当然、この立場で主張する国際法学者も存在することになる。対象を空域に限定しているわけではないが、ランデルツホーファ (A. Randelzhofer) は、他国の許可なき領域侵入は、たとえその領域の一部を奪取する意図がなくとも、また、侵入部隊の一時的かつ限定的な作戦の遂行後に速やかに当該領域から撤退したとしても、2 条 4 項違反を構成すると主張する¹¹¹。同様の方向性において明確な主張をしているのがディンシュタイン (Y. Dinstein) である。彼によれば、国家 A がその領域内 (領海及び領空含む) において、国家 B の公的資格において行動する軍または警察部隊に対し致死力 (lethal force) を行使するときはいつでも、それは国家間の武力の行使に該当し、自衛権に基づいて正当化されなければならない (国連安保理による認可がある場合は除く)、という¹¹²。

しかしながら、前述したように海域より空域における主権概念のほうがより強い影響もあって、最後の 2 つの事例のように明確に軍用機対軍用機の行為でない限りは、領空侵犯の航空機に対応する措置は、いずれの国においても軍航空部隊の任務であるにもかかわらず、相手方が軍航空機であってこれを撃墜しても、51 条の自衛権を正面に出して説明することは稀で、領空侵犯及びこれに対する措置を合わせて武力紛争とし、武力紛争法を適用した事例はほとんどない¹¹³というのが実情であろう。

3 海中における事例

続いて、相手が水中にある場合における国境衝突事件はどのような法的評価をされているのであろうか。

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 184.

¹¹¹ A. Randelzhofer/O. Dörr, “Article 2(4),” *The Charter of the United Nations: Commentary*, in B. Simma (ed.), 3rd ed. (Oxford U. P., 2012), p. 216.

¹¹² Dinstein, *supra* note 28, p. 213, footnote. 1230. 同様の方向性の主張として、Ruys, *supra* note 69, pp. 185-186. and Kwast, *supra* note 90, pp. 84-85.

¹¹³ 真山「前掲論文」(注 15) 207 頁。

まずここで押さえておきたいのは、他国の領海を通航しようとする潜水艦は、海面上を航行し、かつその旗を揚げることを要求されていることである¹¹⁴。ただ難しいのは、沿岸国が潜没潜水艦を探知する際にどこまでの（強制）行動が許されるか、ということである。というのも、このような状況において、当該侵入の原因が潜水艦側の単なる自己位置判断の誤りなのか、荒天等による遭難なのか、軍事情報収集のための故意によるものなのかを客観的に判断することは不可能であるからである。さらに言えば、当該潜水艦の外からどのような戦闘準備をしているかなどの判断もできない。このような理由から、ディンシュタインは、潜没潜水艦の侵入は（それだけで）初期段階の武力攻撃（incipient armed attack）と推定することができ、沿岸国は自衛による強制措置をとることができる、と主張する¹¹⁵。

ここで、よく研究されている事例として、1980年代にスウェーデン海軍が同国内水及び領海に無許可で侵入するソ連潜没潜水艦に対して行った措置があるがそれを紹介したい。

1982年、スウェーデン海軍部隊は、とある最高機密海軍基地近くのハウスフィヨルド（Harsfjorden、ストックホルム南部）において外国潜水艦を探知した。その後数日にわたり、スウェーデン捜索部隊はソナーにより潜水艦を探知し、爆雷の投下や機雷の設置などで対応した。しかし、ソ連のものと思われる潜水艦は捜索網からの脱出に成功した。そしてソ連は一切の非難を受け付けなかった。この事件の後、スウェーデンは当該スウェーデンがとった行動は憲章 51 条下の合法的な自衛であると発表した。さらに、国防軍に対し潜没潜水艦対応に関する新しい命令を発令した。その命令によれば、「領海内で発見された潜没潜水艦は領域から退去させられ、要すれば武力を行使することができる。内水で潜没航行しているところを発見した潜水艦は、浮上を強要する。次に、停船を命じ、確認を行い、次の手続のために停泊地へ回航する。要すれば、事前の警告を与えることなく、武力を行使することができる。」

¹¹⁴ 海洋法条約 20 条

¹¹⁵ Dinstein, *supra* note 28, p. 213.

この公表されたスウェーデンの新しい政策は、ノルウェーやデンマークといった近隣のスカンジナビア諸国からは明確に歓迎され、国際社会の他のメンバーからも容認された¹¹⁶。

なお、2014年10月にも同じような事件がスウェーデン内水において発生した。すなわち、沿岸から潜水艇らしき不審物体の目撃情報があり、スウェーデン国防軍は大規模な搜索作戦を行ったのである。結局、当該不審物の正体はわからず国籍も不明に終わったが、スウェーデン軍のスベルケル・ゲランソン(Gen. Sverker Goeranson)最高司令官は、国防軍が潜水艦や潜水艇を発見した場合は、浮上させるためには武力行使も辞さないと発表した¹¹⁷。よって、1980年代の事件から30年たった今でもスウェーデンの政策は変わらないことになる。

他方で、コルタンによれば、国防軍に対する命令を含めてスウェーデンがとるこのような政策や実際の措置は、憲章2条4項の範囲内に入ると考えることは難しいという。すなわち、国家がその管轄内で行う強制措置と何ら変わることはない、というのである¹¹⁸。ここでもう一つ、領海内を不法に潜没航行する外国潜水艦への対応の事例を見てみよう。それは日本の対応である。

2004年11月、日本は中国の潜没潜水艦に対し海上警備行動を行った。そこでは、護衛艦や対潜哨戒機P3Cによる追尾が行われたが、スウェーデンのように爆雷や機雷が使用されたわけではない。日本政府は海面航行及び旗の掲揚を要求し、それに従わない場合、領海からの退去を要求すると発表した。最終的にこの事件は一切武力は使われることなく終了した。日本は中国に抗議し、このような事件は二度と起こされてはならないと主張した。中国は当該潜水艦は誤って日本領海に侵入したと主張し、この事件に対する謝罪を示唆した¹¹⁹。

¹¹⁶ Ruys, *supra* note 69, pp.195-196.

¹¹⁷ Source: China Topix, *Sweden Ready To Use Force To Surface Suspected Russian Submarine*, at <http://www.chinatopix.com/articles/18123/20141023/sweden-ready-to-use-force-to-surface-suspected-russian-submarine.htm#ixzz3H7ASFrWT> (as of Oct 23, 2014 02:00 AM EDT).

¹¹⁸ Corten, *supra* note 61, p. 118.

¹¹⁹ Ruys, *supra* note 69, pp.196-197.

このようにして見れば、1980年代のスウェーデンのように年間に数十回¹²⁰と潜没潜水艦に内水及び領海侵犯される国家にとっては、武力の行使も含めた対応もやむを得ないのに対し、日本を含め多くの国家にとってはこのような国境衝突事件は稀¹²¹であり、スウェーデンのような特定の国内法令もなく、事件が起きてもそれに対して法執行活動として対応するほうが実は多いのかもしれない。

以上のことから、執拗な領海外退去要求に従わない潜没潜水艦の存在を直ちには武力攻撃とはしないが、それに対する措置を自衛権でもって説明するケースもあれば、法執行活動である旨主張して対応することもあることが分かる¹²²。すなわち、法執行活動における「実力の行使」と2条4項の意味における「武力の行使」の区分要領はこの事例でも困難であり、それ故、そこに国際法上一定の原則が存在せず、その暴力行為を行う法的根拠も一定しないということが言えるのではないだろうか。

4 目的（標的）を限定した軍事行動の事例

この章の最後として、国境衝突事件の直接の事例ではないが、法的根拠が錯綜する例として目的（標的）を限定した軍事行動について見ていきたいと思う。

まず、昨今米国が行っている対テロ軍事行動における標的殺害についてである。米国は終始、国外での標的殺害に対し自衛権を援用している。例えば、米陸軍法務部が1989年配布した「大統領命令 12333 及び暗殺に関する覚書¹²³」は、明確に2条4項に言及することにより武力不行使原則を認識し、平時においては(in peacetime)、私人又は公人に関係なく、ある国家の市民は、他国の市民、機関、又は軍隊による国際的〔暴力〕行為から免除される、という。他方で、この覚書によれば、平時において、憲章 51 条を根拠とした標的を限定した個人に対する軍事力の行使が可能とされる。同様の方向性で、2012 年の米

¹²⁰ 1982 年にスウェーデン領海が外国潜水艦に不法侵入された回数は 40 回以上である。R. Sadurska, "Foreign Submarines in Swedish Waters: The Erosion of an International Norm," *Yale Journal of International Law*, Vol. 10 (1984), p. 35.

¹²¹ 実は、潜没潜水艦の領海不法侵入に気づいていないだけかもしれない。若しくは、そもそも、その探知能力がないのかもしれない。

¹²² 真山「前掲論文」(注 15) 206 頁。

¹²³ William Hays Parks, Memorandum on Executive Order 12333 and Assassination (Nov. 2, 1989), at http://www.hks.harvard.edu/cchrp/Use%20of%20Force/October%202002/Parks_final.pdf. (last access on Apr. 20, 2015)

国司法長官エリック・ホルダー(Eric Holder)は、あるスピーチにおいて、自衛権（武力紛争法の適用とセットで）を標的殺害の法的根拠として主張した¹²⁴。また、標的殺害に関する法務白書でも同様の趣旨が記載された¹²⁵。さらに、同じ主張がパキスタン・アボタバード(Abottabad)におけるオサマ・ビン・ラディン殺害作戦の正当化根拠として使用された¹²⁶。

ここで米国がいう「自衛権」の妥当性を理論的に説明するのには困難が伴うが、ここでは非国家主体に対する暴力行為を武力紛争の枠組みで説明しようとしていることは理解できる。武力紛争法は、国際的と非国際的の区分しか知らず、それら以外の第3カテゴリーを認めていないとするならば、このような国家間の武力紛争の文脈で捉えられないときは、非国際的武力紛争に係る規則の適用を検討せざるを得なくなる。しかし、そうなった際にやはりテロ行為に自衛権をもって対抗するとするなら、今度は逆に、自衛権援用が非国際的側面でもあり得るのかという問題が、適用される武力紛争法の観点から生じてくる。これを肯定的に解し、非国際的武力紛争に係る規則の適用を行うとすると、次のような結果を生む。すなわち、非国際的武力紛争の規則には、合法的戦闘員の観念が認められないから、国の軍隊構成員に対する暴力行為であっても処罰対処とすることを妨げられない。つまり、ここでの自衛権行使とそれに伴う武力紛争は、法執行活動と何ら異ならず、そこにおける国家側の行為は、刑事法的な原則に依拠することになる¹²⁷。

「法執行活動」としてもっと理論的に理解しやすい例として、9.11後に米国等がアフガニスタンで行った軍事行動についてとりあげてみよう。これに関連して、国際テロ行為に対して自衛権を発動できるか等に関しあまたの著作・文献が発表されているが、ここでは国際法上この軍事行動をいかに性格規定するかについて、村瀬直也教授の「域外法執行活動」として捉える場合を取りあげる。

村瀬教授によれば、安保理決議 1368（2001年9月12日）は、前文で「集団的及び個別的自衛権を確認し」、これをアフガニスタン軍事作戦の法的根拠としているかのように見

¹²⁴ John R. Crook, "Contemporary Practice of the United States," *AJIL*, Vol. 106 (2012), p. 673.

¹²⁵ John R. Crook, "Contemporary Practice of the United States," *AJIL*, Vol. 107 (2013) p. 462.

¹²⁶ John R. Crook, "Contemporary Practice of the United States," *AJIL*, Vol. 105 (2011), p. 602.; Ruys, *supra* note 20, p. 194.

¹²⁷ 真山「前掲論文」(注15) 210頁。

えるが、果たしてこの軍事行動を自衛権行使として捉えることは妥当であるか問題であり、むしろこれは、自衛権ではなく、域外的な法執行活動として捉えるのが適当とも考えられるという。実際、同決議は本文第3項で「すべての国に対して、これらのテロリストの攻撃の実行者、組織者及び支援者を法に照らして裁くために緊急に共同して取り組むこと」を求めている。米国は（パキスタンを介して）9.11 テロ攻撃を指示したアルカイダ指導部の引渡しを要求したが、アフガニスタンのタリバン政権はこれを拒否した。いずれにせよ同国は「破綻国家」の様相であったため、米国は自ら容疑者を捕捉するために軍事行動に踏み切ったものであるとするならば、それは自衛権行使というよりも域外における「法執行活動」と捉えることに理由があるというのである¹²⁸。

この文脈でよく引き合いに出される先例が1837年のキャロライン号事件¹²⁹である。これは、カナダ（当時英国領）の叛徒を支援するために武器の密輸等に用いられていた米国船キャロライン号を、英国軍隊が米国領域内で襲撃して2名の乗組員を射殺し、同号をナイアガラ瀑布に沈めた事件であるが、米国ウェブスター国務長官が定式化した自衛権発動要件が有名になった結果、この事件が永く国際法上の自衛権の先例と考えられてきたのである。しかし、よく考えてみれば、この事例では、米国自身がカナダの叛徒を支援していたわけではなかった。米国国内の民間人が米国政府と関わりなくカナダにおける反政府活動を支援していたに過ぎない。英国は米国に対する書簡の中で、自衛権と自己保存権の両方を（両者を区別することなく）援用しているが、同時に米国が自国民による違法行為を禁止しなかったことを正当化事由に挙げている。今日の観点でこの事件を説明すれば、英国が、同国の法律に反する反逆行為を行った米国船舶に対して、米国が本来自国領域内で執るべき違法行為防止の措置をとろうとしなかったため、域外で法執行活動（law enforcement actions）を行ったという見方も可能である。英国が主張する「自己保存」や「必要性」の中身は、多分にそうした法執行の必要性として理解されるものである¹³⁰。

¹²⁸ 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）（2006年）122-123頁。

¹²⁹ C. Greenwood, "War, Terrorism, and International Law," *Current Legal Problems*, Vol. 56 (2003), pp. 506-511.

¹³⁰ 村瀬「前掲論文」（注128）140-141頁。

1893年のベーリング海オットセイ事件仲裁¹³¹においても、米国は公海上におけるオットセイ・ハンターに対する規制措置を「自衛権」として主張したが、これも明らかに法執行活動としての武器の使用（実力の行使）であった。実際米国は、英国船拿捕につき、キャロライン号事件を引用しながら「自衛権」を援用する一方で、それが「法令の域外実施（extraterritorial operation of the statutes and regulations）」であったとも主張している。このように、米国主張の「自衛権」には「域外法執行活動」が未分化のまま混在していたことが示されており、これが当時の一般的理解であったといえよう¹³²。

ここで重要な点は、19世紀までの世界においては、戦争と自己保存のための武力行使の自由が広く認められていたから、当時の人々は、国連憲章出現以前からある自衛権、すなわち現代的意味で言えば、「慣習法上の自衛権」¹³³と法執行活動をあえて区別する必要も実益も感じなかったということである¹³⁴。実はここに、ここまで本章で見てきた、海上・水中・空域における国境衝突事件において、「慣習法上の自衛権」にかつて内在していた法執行活動が現れてくる¹³⁵という現象の理論的基礎が見えるのである。

¹³¹ J. B. Moore, *Digest and History of International Arbitration to Which the United States Has Been a Party*, Vol. 1 (1898), reprinted ed., William S. Hein & Co., Inc. (1995), pp. 840-841, 843.

¹³² 村瀬「前掲論文」(注128) 141頁。

¹³³ 個別的自衛権の行使が「武力攻撃の発生」の場合に限られるか否かを巡って、国連憲章制定直後から現在に至るまで激しい国家実行及び学説上の対立がある。すなわち、自衛権行使は、国家の領域的一体性と政治的独立を侵すような、現実には発生した武力攻撃に対してのみ許されるとする制限的解釈説と、自衛権行使は現実には発生した武力攻撃に対するものに限られず、直接の武力攻撃以外に例えば間接侵略もその対象とし、また国家の「本質的利益」—具体的には在外自国民の生命・財産や国家の在外権益—をもその保護法益として認める許容的解釈説との間で争われてきた。前者のうち有力な見解が、憲章が制定された時点における「慣習法上の自衛権」自体が、現実には発生した武力攻撃に対してのみ発動されるものだったとするのに対し、後者はそれをより広いものとして捉える。森肇志「第17章 武力行使の規制と国際安全保障」『講義国際法（小寺彰他編）』（有斐閣、2004年）450-451頁。本稿では憲章制定以前から存在する自衛権という意味でこの「慣習法上の自衛権」という用語を用いる。ただし、当該論争について論じることがしないため、その概念が画一ではないという意味において、以下では鍵括弧をつけて表現することにする。cf. I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (Oxford University Press, 1963), pp. 428-436.; D. W. Bowett, *Self-Defence in International Law* (Manchester: Manchester University Press, 1958), p. 184, n. 5.; Waldock, *supra* note 44, pp. 496-497.; A. Randelzhofer, "Article 2(4)," *The Charter of the United Nations: Commentary*, in B. Simma (ed.), 1st ed. (Oxford U. P., 1995), p. 678, paras. 39-40.

¹³⁴ 村瀬「前掲論文」(注128) 142頁。

¹³⁵ 真山教授は、国境付近の小競合いのような国境衝突事件の文脈において、領域国が慣習法上の自衛権の表現を避け、法執行活動と称することがあるのはうなずけるとして、その理論的基礎として、慣習法上の自衛権のなかに混入ないし埋没し、それとの区別が必ずしも明確とはされてこなかった法執行活動が、表面にあらわれてきたと理解することができると、と述べている。真山「前掲論文」(注15) 207頁。

これは、Ⅱ章（先行研究）に照らしていえば、1項(2)ギルの「国家の本質的利益を保全し及び確認する権利」、(3)法執行活動、又は(4)対抗力を保持した国家管轄権の一方的行使、すなわち、「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動を法的根拠とした暴力行為であると言えるのではないだろうか。さらに、2項のパラダイムの分類からいえば、(2)法執行パラダイム広範タイプ、又は(3)グレーゾーン積極対応タイプに該当する暴力行為と捉えるのが妥当なのではないだろうか。よって以下では、このような現象を証明するためにその必要性及び許容性の観点から検討してみたい。

Ⅳ 「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動を選択する必要性

それでは、国境付近における小競合いのような国境衝突事件において、国家はなぜ狭義の自衛権以外の根拠、すなわち、「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動によって対応しようとするのであろうか。

ここでは、その可能性があるものとして4つの理由を取りあげてみる。最初の2つが、国家が強制措置をとる際に狭義の自衛権を根拠とすることを控えたい理由であり、後の2つが狭義の法執行活動では根拠として不十分と考えられる理由である。

1 自衛権発動要件の不明確性（「武力攻撃」概念の不統一性）

まず一つ目の理由として、国際社会一般において合法的に自衛権を援用できる要件が不明確であることが考えられる。国連憲章では2条4項で、国家による武力の行使は一般的に禁止されているということを前提に、その唯一の例外が51条に規定されているところの自衛権（安保理の決定による7章の強制措置を除く）であるとされる。そこでの発動要件は「武力攻撃が発生した場合」に限定されるが、この「武力攻撃」の概念が一定していないのである。

この概念についてまず判例を見るならば、1986年のニカラグア事件においてICJが、最も重大な形態の武力の行使（武力攻撃を構成するもの）を他のより重大でない形態の武力の行使〔武力攻撃に至らない武力の行使〕と区別する重要性を指摘した¹³⁶ことが再度注

¹³⁶ *Nicaragua case*, para. 191.

目される。さらに、エルサルバドルにおける反政府団体へのニカラグアによる武器供与に関して、これらの活動は武力不行使原則の違反であり、かつ、一国の国内問題への違法な干渉を構成するものの、武力攻撃には該当しない重大でない形態のもの〔武力攻撃に至らない武力の行使〕であることを示したことも重要である¹³⁷。すなわち、武力攻撃に至らない武力行使及び武力行使を伴う干渉へは 51 条の下における犠牲国の権利、すなわち、自衛権を援用できないと判示したのである。

2003 年オイル・プラットフォーム事件において ICJ は、米護衛駆逐艦サミュエル・B・ロバーツ (USS Samuel B. Roberts) の触雷が自衛権発動にとって十分であるか決定しなければならなかった。その問いに対し以下のようなことを根拠に否定的な回答を下した。

「…裁判所は、一隻の軍艦への触雷が自衛の固有の権利を発動させるのに十分である可能性を排除しない。しかし、…触雷に対するイランの責任の証拠が決定的でないことを含むすべての状況を考慮に入れるならば、サルモン(Salman)及びナズル(Nasr)のプラットフォームに対する攻撃が、…イランによる米国に対する『武力攻撃』に対して正当になされたものであることが示されたと解することはできない。¹³⁸」

この言説を理解するためには、当該事件の状況を確認する必要がある。問題の触雷によって、当該軍艦は一定の損害を受け、さらに 10 名の乗組員が負傷したものの、軍艦は破壊されてはいないし死亡者も発生していない¹³⁹。さらに、最も決定的なことだが、当該触雷がイランの敷設した機雷によるものであることの証明に米国は成功していない。このような文脈においては、武力行使（暴力行為）の重大性の基準が満たされていないことが容易にわかる。しかし、原則として一隻の軍艦の触雷が自衛権を発動させるのに十分である可能性を排除しないことによって、ICJ は武力行使の重大性の基準の広範な柔軟性を示したのである。この言説を反対に解釈すれば、一隻の軍艦を破壊するほどの触雷、及び／または、重大な数の死傷者の発生が 51 条による自衛権を発動させるのに十分であると

¹³⁷ *Ibid.*, para. 247.

¹³⁸ Case Concerning Oil Platforms (Iran v. United States of America), Judgement, *ICJ Reports* 2003, [hereinafter cited as *Oil Platforms case*], para. 72.

¹³⁹ *Ibid.*, para. 67 (Letter from the US Permanent Representative of 18 April 1988, S/19791).

考えられるのである。このリーズニングは航空機や戦車などの他の潜在的な攻撃目標にも当てはまることになろう¹⁴⁰。

しかしながら、ここで ICJ が示した重大性の基準の広範な柔軟性は同時に、重大なものと重大でないもの線引きがはっきりとしない、すなわち、最も重大な形態の武力の行使（武力攻撃）と他のより重大でない形態の武力の行使（武力攻撃に至らない武力行使）の線引きが曖昧になり、自衛権発動の要件である「武力攻撃」概念の不明確化という現象に陥るのである。

次に、重大性の基準に関する「単なる国境衝突事件」仮説について見ていこう。

2005 年 12 月 19 日、エリトリア・エチオピア武力行使の合法性に関する事件においてエリトリア・エチオピア請求委員会は、「局地的な国境での小規模歩兵部隊の衝突は、たとえ死者が発生したとしても、武力攻撃を構成するのに十分でない¹⁴¹」と述べた¹⁴²。

また、ICJ は自衛権発動のトリガーを引く攻撃のタイプは重要な武力行使 (significant use of force) でなければならないことを前述したニカラグア事件において詳細に述べている¹⁴³。すなわちパラグラフ 195 において、

「国家による他国領域への武装集団（正規軍以外）の派遣が武力攻撃に該当するためには、そのような作戦行動が正規軍によって行われるのと同様に、その規模及び効果 (its scale and effects) の点から単なる国境衝突事件 (a mere frontier incident) ではなく武力攻撃に相当するものでなければならなかった。¹⁴⁴」と述べた。

つまり、「単なる国境衝突事件」は「その規模及び効果」の点から武力攻撃に分類されないことを暗示したのである。ただし、武力攻撃を構成しない単なる国境衝突事件をどのように定義するかの問題は未解決のままであるが、ここでは、侵略の定義に関する国連総会決議採択に至る起草過程に焦点を当ててみたい。すなわち、国家は一致して、誤って行っ

¹⁴⁰ Corten, *supra* note 37, p 852.

¹⁴¹ Eritrea Ethiopia Claims Commission, *Partial Award Jus ad Bellum Ethiopia's Claims* 1-8 (19 December 2005), para. 11.

¹⁴² C. Gray は当該委員会の裁定を酷評している。C. Gray, "The Eritrea/Ethiopia Claims Commission Oversteps Its Boundaries: A Partial Award?" *EJIL*, Vol. 17, No. 4 (2006), pp. 714-715.; cf. Ruys, *supra* note 69, p.179.

¹⁴³ Mary Ellen O'Connell, *supra* note 73, pp. 103-104.

¹⁴⁴ *Nicaragua* case, para. 195.

た行為が侵略と判断される可能性を排除したのであるが¹⁴⁵、そのようなものとして幾つかの事例が挙げられた。指揮官の不注意による小部隊の一時的な国境の横断¹⁴⁶、技術的なミスの原因とする誤爆¹⁴⁷、又は、緊急事態に起因する爆破¹⁴⁸などがそれである¹⁴⁹。たとえ、その誤りの原因が特定化されていなくても、そこでは侵略との評価は排除されることになる。なぜなら、その過ちを犯した加害国は被害国を攻撃する意図がないからである。同じような文脈で、国家中央からの権限の逸脱又は指示に違反して行う一兵士又は指揮官による交戦の命令があったとしても、その行為を国家の侵略と判断することはない。このような例外的なケースでは、加害国は当該国際違法行為に対して責任を負い、そして、国家責任の規則に沿った帰結に従わねばならないが、他方で、そのような行為が武力攻撃として判断され、被害国が自身の領域だけでなく他国の領域までに亘る範囲で軍事的反応を行う妥当性は疑わしい。実際には、以下の2つの理由から自衛権の援用は排除されることになろう。一つは、51条における武力攻撃が存在しないことであり、二つ目は、自衛権発動のための必要性の要件が欠如していることである¹⁵⁰。

しかし、「武力攻撃」概念の不明確化におそらく最も影響を与えているのがこれから述べる第3の問題、すなわち、外部からの叛徒への関与（間接侵略）の法的性質評価である。これに関し ICJ はニカラグア事件において以下のように述べた。

¹⁴⁵ See Yugoslavia, UN Doc A/C.6/SR.408 (25 Oct 1954) [20] and UK, UN Doc A/AC.134/SR.32 (10 Mar 1969) in Special Committee on the Question of Defining Aggression, 'Second Session' UN Doc A/AC.134/SR.25-51, para. 38. ; Cyprus, UN Doc A/AC.134/SR.56 (17 Jul 1970) in UN Doc A/AC.134/SR.52-66. ; Japan, UN Doc A/AC.134/SR.57 (20 Jul 1970) in UN Doc A/AC.134/SR.52-66 and UN Doc A/C.6/SR.1206 (26 Oct 1970) para. 43. ; USA, UN Doc A/AC.134/SR.68 (31 Jul 1970) in UN Doc A/AC.134/SR.67-78. ; Bulgaria, UN Doc A/AC.134/SR.57 (20 Jul 1970) in UN Doc A/AC.134/SR.52-66 and UN Doc A/C.6/SR.1206 (26 Oct 1970) para. 25. ; Syria, UN Doc A/AC.134/SR.69 (3 Aug 1970) in UN Doc A/AC. 134/SR. 67-78 ; Ukraine, UN Doc A/C. 6/SR. 1207 (27 October 1970) para. 44. ; Zambia, UN Doc A/C.6/SR.1276 (4 Nov 1971) para. 27 and UN Doc A/C.6/SR.1351 (6 Nov 1972) para. 8. ; Iraq, UN Doc A/C.6/SR.1202 (16 Oct 1970) para. 20. ; USSR, UN Doc A/AC.134/SR.68 (31 Jul 1970) in UN Doc A/AC.134/SR.67-78 ; Nicaragua, UN Doc A/C.6/SR.1480 (18 Oct 1974) para. 47.

¹⁴⁶ UK, UN Doc A/C.6/SR.1166 (2 Dec 1969) para. 25.

¹⁴⁷ Italy, UN Doc A/AC.134/SR.64 (27 Jul 1970) in UN Doc A/AC.134/SR.52-66 and UN Doc A/C.6/SR.1205 (22 Oct 1970) para. 18.

¹⁴⁸ Canada, UN Doc A/AC.134/SR.68 (31 Jul 1970) in UN Doc A/AC.134/SR.67-78.

¹⁴⁹ Corten, *supra* note 37, pp. 852-853.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 853.

「武力攻撃は、単に正規軍の越境行為のみならず、正規軍によって行われる現実の武力攻撃に相当するほどの重大な武力行為を他国に対して行う武装した一隊、集団、不正規軍若しくは傭兵が一国により若しくはその国のために派遣されること、または、それに国が実質的に関わることを含むと理解しなければならないという点で、合意があると考えられる。

…しかし、裁判所は、『武力攻撃』という概念が、相当な規模で生じる場合の武装集団による行為のみならず、武器又は兵站もしくはその他の支援の供与の形でなされる、叛徒への援助をも含んでいるとは考えない。このような援助は、武力による威嚇又は武力の行使とみなされるかもしれないし、あるいは、他国の国内または対外問題に関する干渉に相当するかもしれない。¹⁵¹」

ICJによれば、上記第一段落は侵略の定義に関する定義3条(g)から引用したものであるが、これは慣習国際法を反映したものであるという¹⁵²。

また、米国のコントラとの関係に対し以下のように評価した。

「裁判所の見解では、コントラの武器供与及び訓練は、確かにニカラグアに対する武力による威嚇または行使を伴うということ是可以するが、このことは、米国が与えたすべての援助に当てはまるわけではない。特に、裁判所は、コントラに対する単なる資金の提供は、明らかにニカラグアの国内問題への干渉行為となるが、武力の行使に当たるものではないと考える。¹⁵³」

これら言説を整理すれば、正規軍による越境攻撃に匹敵する行為を行う叛徒の一国による派遣、または実質的関与は「武力攻撃」を構成し、叛徒に対する武器、兵站その他の支援は「武力の行使又は威嚇」にはあたるが武力攻撃を構成することはないとした。同時に、叛徒への単なる資金提供は「不干渉義務違反」に当たるものの武力行使には該当しないとした。しかし、これらの境界は必ずしも明確ではない¹⁵⁴。

¹⁵¹ *Nicaragua case*, para. 195.

¹⁵² *Ibid.* また、2005年コンゴ領域武力活動事件（対ウガンダ）においても、侵略の定義3条(g)が慣習法を反映したものであることが示唆されている。Case Concerning Armed Activities on the Territory on the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgement, *ICJ Reports* 2005, [hereinafter cited as *Armed Activities on the Territory on the Congo case*], para. 146.

¹⁵³ *Nicaragua case*, para. 228.

¹⁵⁴ 森「前掲論文」（注133）441頁。

また、叛徒のような非国家主体自体に対して自衛権を行使できるかも明確な答えが出ているわけではない。上記ニカラグア事件においては前述したように、51 条が自衛権発動の要件として定めている「武力攻撃」は、国の正規軍によるものに限られず、武装集団、傭兵及び非正規軍等の非国家主体による暴力行為またはこれらの行為への国の関与も含まれることを認めた。他方で ICJ は、2004 年パレスチナ壁事件勧告的意見において、壁建設はテロリストに対する自衛権の行使として正当化されるという主張に関して、イスラエルが当該攻撃を外国国家に帰属するものと主張していないことを理由に、自衛に関する憲章 51 条は本件とは関係しないとしてこれを退けた¹⁵⁵。2005 年コンゴ領域武力活動事件（対ウガンダ）においても ICJ は、この勧告的意見の見解に沿って、自衛権を行使するためには国家による武力攻撃が存在するか又は非国家主体による攻撃が国家に帰属する必要があるとの立場を前提として、本件ではウガンダに対する（民主同盟軍：Allied Democratic Forces – ADF による）攻撃が国家（ここではコンゴ民主共和国）に帰属するとは認められないことを理由に、ウガンダによる自衛権の援用を否定した¹⁵⁶。しかし、コイマンズ (Kooijmans) 裁判官¹⁵⁷とシンマ (Simma) 裁判官¹⁵⁸が本判決の個別意見中で指摘するように、憲章 51 条の規定する「武力攻撃」は国家に帰属するものに必ずしも限定されないとの見解も少なくない¹⁵⁹。

武力行使や自衛権といった問題が、伝統的には国家間の関係としての捉えられてきたのに対し、今日では、むしろ非国家主体による暴力行為に関連して武力攻撃や自衛権が問題となるケースが顕著であることを考慮すれば、このように非国家主体が行う暴力行為の法的評価が混乱している状況は「武力攻撃」概念一般にも影響することになり、特に 2001 年 9.11 テロ以降、その概念の不明確さが一層深まったと言えるのではないだろうか。

¹⁵⁵ Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, *CIJ Recueil* 2004, paras. 138-139.

¹⁵⁶ *Armed Activities on the Territory on the Congo* case, para. 146.

¹⁵⁷ *Armed Activities on the Territory on the Congo* case, Separate Opinion of Judge Kooijmans, para. 30.

¹⁵⁸ *Armed Activities on the Territory on the Congo* case, Separate Opinion of Judge Simma, para. 12.

¹⁵⁹ 植木俊哉「コンゴ領域武力活動事件」『国際法基本判例 50 第 2 版 (杉原高嶺ほか編)』(三省堂、2014 年)185 頁。

従って、このような状況から、国境付近における小競合いのような国境衝突事件において強制措置をとる際に、国家は狭義の自衛権を根拠とした国際関係における武力の行使を控えることになるのである。

2 エスカレーション防止

このように「武力攻撃」概念が一定していない状況において、国家は武力行使禁止原則違反を覚悟してまで単純に自衛権（客観的にはもはや自衛権とは呼べないかもしれない）を発動するであろうか。もちろん、急迫して、圧倒的であり、手段を選択する余裕もなく、かつ、熟慮の時間もないような自衛の必要性が認められるならば、躊躇なく発動することになろう。

しかしながら、前述したとおり自衛権の基本スタイルは国家間関係のものでありどんな形にせよ発動しただけで侵害国との緊張がエスカレーションすることは間違いない。ましてあらゆる分野がグローバル化された現代国際社会において一国の行動が何らかの形で第3国に影響することは往々にして生じ得る。そこで、国境付近における小競合いのような国境衝突事件が国家管轄権の範囲内での対応が可能である限りにおいて、卑近な例でいえば、自分の庭で物事を済ませることができるならば、それに越したことはないと考えのではないだろうか。さらに言うならば、そのために自己の国家管轄権の行使できる権能・範囲をなるべく広範に確保しようとする傾向が見られる。そのように考える国家が多いことを侵略の定義に関する国連総会決議採択に至る起草過程に見出すことができる¹⁶⁰。

すなわち、決議3条(d)は侵略行為の一例として「一国の軍隊による他国の陸軍、海軍若しくは空軍又は船隊及び航空隊に対する攻撃」と規定しているが、特に「一国の軍隊による他国の陸軍、海軍若しくは空軍に対する攻撃（an attack by the armed forces of a State on the land, sea or air forces of another State）」という文言に対し、多くの国が、国家管轄権に基づく権利行使に際し沿岸国の権限が弱められることに懸念を表明したのである¹⁶¹。「すべての国家は、領海に侵入してくる船舶又は領空に侵入する航空機を逮捕・拿捕又は要撃するに際しそれに必要なあらゆる手段、必要ならば実力（軍事力）を行使するこ

¹⁶⁰ Corten, *supra* note 61, p. 67.

¹⁶¹ See, e.g., Canada, UN Doc A/C.6/SR.1473 (10 Oct 1974) para. 12.

とによって、安全を確保する主権的権利を保持する。¹⁶²」多くの国がそのような趣旨の言及をなし、そのような立場が決議に加えられるよう動議を出した国もあった¹⁶³のである。議事録をみる限りでは、主権的権利を行使しての国家の警察措置が、侵略、もっと一般的には、2条4項の意味における国際関係における武力の行使になぞらえることがないことは明らかである。最終的には、決議の文言を修正することなく、3条(d)の解釈にあたっては国家管轄権を弱めることはない趣旨を説明的脚注に入れることに決定した¹⁶⁴。

次に、国境衝突事件の直接の事例ではないが、国家が事態のエスカレーションを抑える例として、外国からの逃亡犯罪人の強制的移送行為であるアイヒマン事件を取りあげたいと思う。国家が外国から逃亡犯罪人を、強制的に、つまり条約、慣習国際法、又は特別の許可なしに、自国の裁判のために拉致・誘拐する行為が、当該外国の主権を侵害する国際違法行為であることは明らかである。それにも関わらず、国際社会ではこうした事例が多くみられる¹⁶⁵。

アドルフ・アイヒマン(Adolf Eichmann)は、第二次世界大戦中、ユダヤ人虐殺に中心的な役割を果たしたが、戦後は偽名でアルゼンチンに居住していた。1960年5月11日、イスラエル特殊機関の手で、アルゼンチンからイスラエルに拉致され、イスラエル国内法の下で同国の裁判所に訴追され、死刑に処せられた。当該拉致行為がアルゼンチンに露見した以降、同国当局はイスラエルに対し当初、2国間の交渉で強力に抗議したが、後に、同

¹⁶² Philippines, UN Doc A/C.6/SR.1482 (22 Oct 1974) paras. 17 and 19. ; Mali, UN Doc A/C.6/SR.1480 (18 Oct 1974) para. 8.

¹⁶³ Kenya, UN Doc A/C.6/SR.1474 (11 Oct 1974) para. 24. ; Senegal, UN Doc A/C.6/SR.1480 (18 Oct 1974) para. 17. ; Venezuela, UN Doc A/C.6/SR.1483 (23 Oct 1974) para.18. ; Peru, UN Doc A/C.6/SR.1483 (23 Oct 1974) para. 39.

¹⁶⁴ A/RES/29/3314, Resolution adopted by the General Assembly, 3314 (XXIX). Definition of Aggression, 3. Explanatory notes on articles 3 and 5 are to be found in paragraph 20 of the Report of the Special Committee on the Question of Defining Aggression (Official Records of the General Assembly, Twenty-ninth Session, Supplement No. 19 (A/9619 and Corr. 1)). Statements on the Definition are contained in paragraphs 9 and 10 of the report of the Sixth Committee (A/9890). 「The Sixth Committee agreed that nothing in the Definition of Aggression, and in particular article 3 (d), shall be construed as in any way prejudicing the authority of a State to exercise its rights within its national jurisdiction, provided such exercise is not inconsistent with the Charter of the United Nations. (第6委員会は、侵略の定義に関する決議、特にその3条(d)が、国の管轄権行使権限をいかようにも害するように解釈してはならない、ただし、国連憲章と両立しない場合はその限りではない、ことに同意する。)」

¹⁶⁵ 村瀬「前掲論文」(注128)123頁。

問題を安保理に付託した。ここでアルゼンチン代表は、アイヒマンがイスラエルにより力によって移送させられたことを強調し、その行為がもつ本質的に強制的な性質を強烈に非難したが、2条4項の違反には言及しなかった。同代表はむしろ国家の主権侵害、または、内政干渉に言及した。すなわち、アルゼンチンは2条4項違反から生じる平和の破壊が認定されないように注意を払ったのである。そのことは当該安保理の議論が、憲章7章ではなく6章「紛争の平和的解決」に関連して言及されていたことから分かる¹⁶⁶。採択された安保理決議においても、アイヒマンの拉致のような行為が「一加盟国の主権に影響しそれゆえ国際的摩擦を惹き起こす¹⁶⁷」ことが言及されるだけであった。

ロイスによれば、当該アイヒマンの強制移送が国際関係における武力の行使であると仮定したとしても、そこでアルゼンチンが2条4項の違反を非難しないであろうことに幾つかの要因があるという。それはすなわち、

①アイヒマンが欧州におけるイスライル人迫害及び抹殺に重要な役割を演じていたこと。

②アイヒマンに対し避難所を提供していたのではないかというアルゼンチンの負い目。

③イスラエルが主張するには、拉致行為は国家に帰属しない私人が行った¹⁶⁸。

④イスラエルは、その作戦の法的正当化をすることなく、条件付きながら、アルゼンチンへ謝罪した。

おそらく、ロイスが挙げた以上のような多種の理由の存在からアルゼンチンはこの事件をエスカレーションさせず、事態を穏便に済ませる政策判断をしたと考えられる。

なお、アルゼンチンとイスラエルの両国は前述した安保理決議の内容（原状回復としてのアイヒマンの身柄の返還ではなく賠償による国家責任の解除）を受け入れ、拉致問題はこれで解決したと声明した（1960年8月3日共同声明）¹⁶⁹。

最後に、客観的には衝突により死傷者まで発生した領土・国境紛争であるにもかかわらず、当事者の黙示の合意により国際的武力紛争とされなかった事例を挙げる。浅田正彦教授によれば、それは2008年10月に、ブレア・ビヒア寺院の周辺地域の領有権をめぐる紛

¹⁶⁶ Corten, *supra* note 61, pp. 53-54.

¹⁶⁷ S/RES/138 (1960), 3 June 1960, para. 1.

¹⁶⁸ Ruys, *supra* note 20, pp. 168-169.

¹⁶⁹ 村瀬「前掲論文」（注128）125頁。

争の一環として、タイ軍とカンボジア軍との間で発生した約 1 時間の銃撃戦であり、カンボジア兵 2 名が死亡し、タイ兵 7 名とカンボジア兵 2 名が負傷したが、事態がエスカレートすることを懸念したため当該衝突は国際的武力紛争とされなかったという。このような評価を浅田教授は国際連合タイ王国政府代表法律顧問へのインタビュー（2010 年 10 月 4 日）によって確認したようである¹⁷⁰。しかし、この銃撃戦はおそらく 2008 年 10 月 15 日のものと思われるが（2008 年 10 月 3 日にも銃撃戦が行われているが、この時は死者は発生していない）、10 月 15 日カンボジア¹⁷¹、16 日タイ¹⁷²がそれぞれ安保理への書簡を送っており、そこでは両国とも憲章 51 条に基づく自衛権により対応せざるを得なかったことが述べられており、その点で、行われた暴力行為の法的評価に一見食い違いが生じているように見えるが、そう結論づけてよいのだろうか。実はそうではなくて、まさにこの事例こそ一時的とはいえ事実としては明確に国家間の武力紛争が起きたものの、安保理や ASEAN 等の圧力¹⁷³が働き、当事者間に事態をエスカレーションさせない方向に政策判断させることになった好例といえるのではなかろうか。

このように、国家がその内発的又は外発的要因から事態のエスカレーションを懸念するのは当然であり、そのため、国際関係における武力の行使を控えることになるのである。

¹⁷⁰ 浅田「前掲論文」（注 14）308-309 頁。

¹⁷¹ Letter Dated 15 October from the Permanent Representative of Cambodia to the United Nations Addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2008/653 (Oct. 15, 2008). 「According to Cambodia, Thai troops had entered its territory and “fired guns on Cambodian soldiers, who had no choice but to exercise their right to self-defence in accordance with Article 51 of the [UN Charter]. As a consequence, two Cambodian soldiers were killed and two were injured.”（カンボジアによれば、タイ軍が領域侵入しカンボジア兵に対し発砲したため、51 条に基づく自衛権を行使せざるを得なかったのであった。結果として、カンボジア兵 2 名が死亡し、2 名が負傷した。）」

¹⁷² Letter Dated 16 October 2008 from the Permanent Representative of Thailand to the United Nations Addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2008/657 (Oct. 17, 2008).

「Thailand, for its part, considered Cambodian soldiers’ intrusion into Thailand’s territory and their shooting at Thai soldiers a serious violation of Thailand’s sovereignty and territorial integrity. Cambodia’s provocation constitutes an act of aggression in blatant violation of international law. Thus, Thailand had no choice but to exercise the inherent right of self-defence, as provided for under the Article 51 of the [UN Charter].（タイ側としては、カンボジア兵がタイ領域に侵入しタイ兵に対し発砲したのであって、これはタイ王国の主権及び領域保全に対する著しい違反と考える。カンボジアの侵害は国際法の露骨な違反にあたる侵略行為を構成する。そのため、タイ王国は 51 条に基づく固有の自衛権を行使せざるを得なかったのである。）」

¹⁷³ ICJ, Request for interpretation of the judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 18 July 2011, para. 48.

3 主権免除のベールを貫き通す必要性

次に、国境付近における小競合いのような国境衝突事件への対応において狭義の法執行活動では根拠として不十分と考えられる理由を取りあげてみよう。

一般国際法上、国家管轄権は、私人を対象とし、外国国家を対象としない¹⁷⁴。周知の通り「対等なる者は対等なるものに対して支配権をもたない (par in parem non habet imperium)」のであり、外国国家は主権免除の対象となるのである。これに対し、国家管轄権の主体となる国家とその客体となる私人は、対等な関係にない。

そのようなことから、国家管轄権は国内法上のメカニズムとして位置づけられる¹⁷⁵。国家間の関係が国際法によって規律されるのに対し、国家と私人との関係は一般的に国内法によって規律される。私人は国内法に抵触する行為を行った時、執行管轄権の対象として特定される。国家が執行管轄権を行使するにあたっては、その対象が国内法の定める手続 (due process) に従って個別具体的に特定されていることが必要となる。国内法上、執行管轄権の行使にあたっては「法律による行政」や「法の支配」の原理から、法的根拠が要求される。

そのような趣旨からして、国家の執行管轄権を行使することになる法執行活動は、私人との間では「ヒエラルキーな関係」、すなわち、法を執行する主体と客体の間の不平等関係を基本としている。この関係は、主権平等や主権免除のような原則を基本とする国際法においては、通常、存在しない。それは国際平面における国家の独立や外国裁判所からの免除を保障してきた。加えて、自衛や対抗措置のような違法行為に対する一方的措置の様々な形態は、ある意味では、国際法の義務遵守を強制するために一定の機能をはたしてきたことは確かだが、それら一方的措置の唯一の機能がその法の強制であるわけではなく、又は、常に法の強制にとって一番良い方法であるわけではない。そこで、前述した「ヒエラルキーな関係」と抵触する覚悟で、自国の本質的な権利を防護するために国家管轄権を行

¹⁷⁴ A. V. Lowe, "Jurisdiction," in M. D. Evans (ed.), *International Law* (Oxford University Press, 2003), p. 329.

¹⁷⁵ B. H. Oxman, "Jurisdiction of States," *EPIL*, Vol. 3 (1997), pp. 55-60.

使用する法執行活動によって法を強制しようとするのだが、まさにその時、そこに主権平等及び主権免除の原則が立ち上がる¹⁷⁶。

他方で、国家が他国の違法な領域侵入や通過に対し領域を保全する場合には、国家主権から生ずる領域の排他的な管轄権及び管理権を保持するために、主権平等や主権免除の法的概念がそれほど重要な問題にならないように見える。しかし、領海において外国軍艦に対応する場合には、その排他的な管轄権もあまり役に立たない。というのも、そこでは沿岸国の当該軍艦に対する強制措置の決定に際し、主権平等及び主権免除が重要な原則となり、私人に対する法執行活動のような法強制が適切な措置とならないからである¹⁷⁷。

周知のように、国際法は原則、軍艦を含め非商業目的のために運航する政府公船に対し、沿岸国の執行管轄権の行使を禁止している¹⁷⁸。そのため、法を強制されるべき船舶が沿岸国の警察権の管轄外にあるのならば、法執行活動における「実力の行使」ではなく国際関係における「武力の行使」との関係性が問題になってこざるを得ない。そこで登場するのが、II章で述べたギルが提唱する「国家の本質的利益を保全し及び確認する権利」や、シンマの「均衡する防衛措置」なのであり、まさにこれらの法的根拠は、軍艦や巡視船といった政府公船の主権免除のベールを合法的に貫き通すために存在するといっても過言ではないのである。

なお、海洋法条約 25 条における無害でない通航を防止するために必要な措置をとることができるという保護権についても、外国軍艦やその他政府公船に対し退去要求以上の措置をとる場合は、この主権免除のベールを貫き通す為だけの「有形力の行使」¹⁷⁹という法的根拠で説明できるかもしれない。例えば、米海軍のフローマン中佐は、スウェーデン内水へのソ連潜水艦の侵犯に対して、スウェーデンが爆雷を使用して潜水艦を強制的に浮上させようとした行為について、海洋法条約 30 条上の法令遵守要請・退去要求を超えては

¹⁷⁶ Gill, *supra* note 39, p. 121.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ 海洋法条約 32、95、96 及び 236 条

¹⁷⁹ この「有形力の行使」とは、見方によっては国際関係における「武力の行使」でもあるし、論者によっては、あくまで法執行活動における「実力の行使」であるとも表現され得る概念を意味する。この学説の違いについては、II章－1 参照。

いるが、沿岸国の保護権を規定した海洋法条約 25 条の「必要な措置」の範疇に入ると考えている¹⁸⁰。他方で、前述したようにこの措置を自衛権による武力の行使でもって説明する場合もあるが、ここでは（狭義の）自衛権による武力行使というよりは、主権免除のベールを貫き通す為だけの「有形力の行使」としたほうが適切かもしれない。そしてその方が海洋法条約 25 条の保護権と調和的である。

4 （事前警告なしの）致死力的力の行使の必要性

国境付近における小競合いのような国境衝突事件への対応において、狭義の自衛権を発動する要件が満たされていない、すなわち、武力攻撃が発生していない状況にもかかわらず、狭義の法執行活動での対応では不十分であり、そのため国際関係における武力行使又は国際的武力紛争との関係性が問題になってくるもう一つの必要要素が考えられるかもしれない。

詳しくは次の V 章で述べるが、国際法は、法執行活動における「実力の行使は可能な限り回避されなければならない。そして、実力行使を回避できない場合であっても、その状況下で合理的かつ必要な範囲をこえてはならないことを求めている。¹⁸¹」この法執行活動における実力行使のルールは領海外におけるものである。なぜなら、これはアイム・アローン号事件、レッド・クルセイダー号事件及びサイガ号事件（No. 2）の判例の蓄積により示されたものであり、3 判例に共通するのは追跡権に基づくものであっていづれも領海外の海域であって、その海域における沿岸国権能の行使に伴って生じた事例であるためである¹⁸²。よって、領海ならばさらに強力な実力行使が可能かと考えられる¹⁸³が、そうであっても、合理的で必要な範囲を超えた実力の行使は認められないであろう。

¹⁸⁰ F. D. Froman, "Uncharted Waters: Non-innocent Passage of Warships in the Territorial Sea," *San Diego Law Review*, Vol. 21 (1984), p. 682.

¹⁸¹ *Saiga* case, para. 155.

¹⁸² 村上『前掲書』（注 23）44-45 頁。

¹⁸³ フィッツモーリスによれば、アイム・アローン号事件に関し、領海内で追跡が開始されていたならば、委員会の決定は異なっていたかもしれず、なぜなら、領海ではより強力な実力行使が許容されるからである、とする。G. Fitzmaurice, "The Case of the *I'm Alone*," *B.Y.I.L.*, Vol. 17 (1936), p. 99.

しかし、フェンリック (W. J. Fenrick) によれば、このルールはつまるところ法執行要員の正当防衛の場合を除き、違反船舶を攻撃する意図をもって武器使用する許容性は殆どなく、不当に厳しい制限であるという¹⁸⁴。

だが、国家間武力紛争の枠組みを採用すればそれは可能である。すなわち、武力紛争法を適用することにより合法的軍事目標に対する武力行使の枠組みを導入すれば、事前の警告等なしに当初の段階から客体に対して致命的な力の行使が可能となる。しかしながら、そのような致命的な力の行使が第2部で主として対象とする国境衝突事件に本当に必要なのであろうか。

まずは、法執行活動における致命的力の行使について判断した事例である欧州人権裁判所のマッカン対英国事件を見ていこう。本件は、1998年3月に英領ジブラルタルで英国のSAS(陸軍特殊空挺部隊)によって射殺されたIRA(Provisional Irish Republican Army、アイルランド共和国軍暫定派)の工作員の遺族による申立に基づくものである。英国、スペイン、ジブラルタルの治安当局は、IRAがリモコン式の自動車爆弾によるテロを計画していることを察知した。事件当日、IRA工作員であるマッカン (McCann)らの車を調べたSAS隊員から、爆弾の可能性が報告された。尾行したSAS隊員が静止を命じたとき、彼らの動作がリモコンによって自動車爆弾を操作していると見えたため、SAS隊員は至近距離から射撃して殺害した。しかし、マッカンら3人は武器も起爆装置も所持しておらず、自動車にも爆弾は積まれていなかった¹⁸⁵。申立人は3人の殺害は欧州人権条約2条(生命についての権利)に違反すると主張した¹⁸⁶。

本判決において、当該裁判所としては初めて2条について判断し、その裁決は10対9と大きく分かれ、治安当局組織としては条約違反の判断を示した¹⁸⁷が、殺害は計画的なも

¹⁸⁴ W. J. Fenrick, "Legal Limits on the Use of Force by Canadian Warships Engaged in Law Enforcement," *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 18 (1980), p. 133.

¹⁸⁵ *McCann and others v. the United Kingdom*, Judgment, 27 September 1995, Ser A no. 324 (Grand Chamber), paras. 32-76.

¹⁸⁶ *Ibid.*, paras. 141 and 142.

¹⁸⁷ *Ibid.*, paras. 210-213. 多数意見は、3人のIRA工作員のジブラルタルへの入国を阻止しないという判断がなされたことを重視した。そして、第一に、治安当局が当初の情報評価と異なる状況に対処する柔軟性を欠いており、専門的知識のない隊員による「爆弾の可能性が排除できない」という報告が「爆弾があった」という確認として伝わり、致命的な力の行使が不可避になったとする。第二に、いったん発砲したら相手が死亡するまで銃撃を続けるという訓練を受けているSAS隊員に伝達する前に、当局は、

のではなく、また、個々の SAS 隊員の行為自体は 2 条違反を生じないとした¹⁸⁸。なお、2 条 2 項は、「生命の剥奪は、それが次の目的のために絶対に必要な、力の行使の結果であるときは、本条に違反して行われたものとみなされない」と規定し、ここでいう目的として、「(a)不法な暴力から人を守るため」「(b)合法的な逮捕を行いまたは合法的に抑留した者の逃亡を防ぐため」「(c)暴動または反乱を鎮圧するために合法的にとった行為のため」の 3 つを掲げている。生命の剥奪が許される例外的場合を規定するのは、他の国際人権条約には見られない欧州人権条約の特徴である¹⁸⁹。裁判所は、IRA 工作員を拘束する作戦における治安当局の指揮及び組織の面に着目して、2 条の下で許される、不法な暴力から人を守るために絶対に必要な力の行使に止まるとはいえないとしたのである。

これに対して反対意見（9 人の合同反対意見）は、拘束作戦の統制と組織において当局の適切な注意が不足していたという多数意見による非難は当たらないとする¹⁹⁰。

治安部隊による致死的な力の行使が 2 条に違反するか否かの評価においては、その行為だけではなく、その計画や指揮のような事柄も考慮されなければならない、という判断は、後の事例でも示されている。アンドロニク及びコンスタンチノウ対キプロス事件においては、裁判所は、立てこもり事件に際しての人質救出作戦における射撃による容疑者と人質の死亡について、突入前に数時間にわたる交渉が試みられていたという経緯を考慮し、致死的な力の行使は「絶対に必要」な限度を超えておらず、救出作戦は十分に計画されていたとして 2 条に違反しないと判断した（ただし判断は 5 対 4 に分かれた）¹⁹¹。これに対して、グレック対トルコ事件においては、憲兵がデモの群衆に発砲し 2 名が死亡した事件について、裁判所は全員一致で 2 条違反を認定した¹⁹²。憲兵隊は、混乱状態が予期できたのに、警棒、盾、放水銃、ゴム弾、催涙ガスなどを用意していなかったために発砲に至った

可能な限り情報を評価するよう求められているとする。これらのことから、多数意見は、拘束作戦の統制及び組織に適切な注意が欠けており、「絶対に必要」な力の行使とはいえないとした。

¹⁸⁸ *Ibid.*, para. 200.

¹⁸⁹ 齊藤正彰「恣意的殺害 特殊部隊によるテロ容疑者の射殺—マッカラン判決—」『ヨーロッパ人権裁判所の判例（戸波江二他編）』（信山社、2008 年）196 頁。

¹⁹⁰ Joint Dissenting Opinion of Judges Ryssdal, Bernhardt, Thór Vilhjálmsson, Gölcüklü, Palm, Pekkanen, Sir John Freeland, Baka and Jambrek, paras. 19-21 and 25.

¹⁹¹ *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 9 October 1997, Reports 1997-VI, para. 194.

¹⁹² *Güleç v. Turkey*, 27 July 1998, Reports 1998-VI, para. 83.

ことが指摘され、秩序維持のための力の行使における生命権への適正な配慮が問われたのである。

以上の欧州人権裁判所の判例を見て分かることは、まず、評決が大きく分かれている、すなわち、法執行活動における致死力的力の行使が許されるかについて見解が二分していることが分かる。次に、致死力的力の行使である殺害行為そのものの判断というよりはその周辺状況の事実をもとに判断していることである。この意味するところは、その致死力的暴力行為の瞬間だけでは判断できない、ということであり、これらのことから言えることは、結局、事件の個別具体的な状況によってケースバイケースで判断がわかれるということであろう。

次に、極めて法執行的な状況にもかかわらず、武力行使の枠組みを導入した標的殺害の事例について国際法学者の見解を見てみることにする。

2002年11月3日、イエメンの砂漠において、アルカイダに属すると思われる6名を乗せた車両が米国のドローン(drone)によってミサイル攻撃され、全員死亡した。その6名のうち1人はアルカイダの幹部であり、9.11テロや2000年の米艦コール攻撃事件に関与していたと考えられていた。その作戦は米国及びイエメンの情報機関による共同偵察の結果であり、明らかにイエメン政府の同意の下に行われたものであった¹⁹³。

一定数の論者がこの事件は憲章51条に従った自衛による合法的軍事目標に対する武力の行使であると擁護した¹⁹⁴。他方で、ロイスは、この米国の暴力行為は国家間の武力の行使ではなく、イエメンの同意による米国の外国領域内の法執行活動であるとし、そのため、アルカイダに属するテロリストを武力紛争法の軍事目標とすることは適切ではないとする。よって人権法における生命についての権利は恣意的に剥奪されることはなく、砂漠の真ん中で攻撃する以前に、まず逮捕すべきであるという¹⁹⁵。

¹⁹³ Walter Pincus, Staff Writer, The Washington Post, "Missile strike carried out with Yemeni cooperation – official says operation authorized under Bush finding," *The Washington Post* (6 November 2002).

¹⁹⁴ J.F. Addicott, "The Yemen attack: illegal assassination or lawful killing?" available at <http://jurist.law.pitt.edu/forum/forumnew68.php> (as of 7 November 2002). ; N. G. Printer Jr., "The Use of force against non-state actors under international law: an analysis of the U.S. Predator strike in Yemen," *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 8 (2003), pp. 359-383.

¹⁹⁵ Tom Ruys, "License to kill? State-sponsored assassination under international law," *K.U. Leuven*

本事例を考えてみるに、過去に重大な犯罪を犯しそして将来危険な行動を犯すかもしれないテロリストを逮捕するのではなく、即殺害する必要性は、国家安全保障を考えれば全く無いとは言えない。しかし、これを許してしまうと何かパンドラの箱があいて武力不行使原則の制限ある例外であるはずの自衛権が、無制限の例外になってしまうようである。例えば、ヘンダーソン(I. Henderson)はハロルド・コー(H. Koh)米国務省法律顧問の「『武力紛争』 または『正当な自衛行動』に従事している国家は、攻撃目標者に対して致死力の行使をする前に一定の法的手続を踏むことを求められているわけではない（下線強調原文）」という発言¹⁹⁶に依拠して、国家は、武力紛争における戦闘行為でも法執行活動でもない「国家の自衛権 (national self-defence)」による私人への致死力を行使することができるという第3のパラダイムを示唆する¹⁹⁷が、このパラダイムは無制限の例外を誘発する危険性がある。本稿で注目するギルやシンマの主張に依拠した「『慣習法上の自衛権』内在の法執行活動」も罷り間違えば濫用的解釈のおそれがある。従って欧州人権裁判所の判例を見て分かる通り、法執行活動における致死力の行使が完全に否定されていない限りは、国際関係における武力の行使に頼るべきではないと考える。国際関係における武力行使との関係性が問題になってくる必要要素は主権免除のベールを貫き通す為だけに限定するのが適切である。

V 「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動を選択できる許容性

1 2条4項の意味における武力の行使であるための敷居(を超えてはならない)

ここまで述べてきた沿岸国法令に違反した船舶への乗船・検査や領空侵犯する航空機を要撃するような行動は制限された範囲の強制行為であり、ある種断定的に憲章2条4項という武力行使禁止原則とは関わりがない警察措置と考えることができる。しかし、国境衝突事件のすべての状況において、この2条4項における原則が関わりがないということは

Faculty of Law, Institute for International Law Working Paper, No. 76 (2005), pp. 10-11.

¹⁹⁶ Obama Administration and International Law, Speech, Harold Hongju Koh, Legal Adviser, U.S. Department of State, Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, DC, March 25, 2010.

¹⁹⁷ Ian Henderson, "Civilian Intelligence Agencies and the Use of Armed Drones," *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 13 (2010), p. 159.

困難である。例えば、国家 A の領海において大規模な発砲を行っている国家 B の数隻の軍艦に対し乗船・検査を行うこと、または、1 機ではなく 50 機程度の軍用機による同意なき他国の領空侵入等の事例は 2 条 4 項の範囲に入ってくると考えられる。そこでまず、この 2 条 4 項の敷居を具体化することが、本稿でいう国境付近における小競合いのような国境衝突事件に対し、「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動を根拠として対応するための許容性を検討するに当たって重要である。

一般的に、2 条 4 項は国家による他国への武力行使を前提としているのであり、国内法に違反する私人に対する国家の単なる警察活動に適用されるのではない。一機の航空機がある国の不法侵入迎撃空域に許可なく侵入した場合、それは、その国内法秩序を犯された国家とそれと相対するその違反に責任のある私人との関係である。他方で、ある国の全空軍航空隊が他国の領空に同意なく侵入する場合、それはもはや他国を攻撃する国家という国家間関係を扱っていると考えることができる。

この前者から後者への変化をよりよく理解するためには、ある 2 つの基準が組み合わさっていることを認識する必要がある。一つ目が客観的な指標である行為又は事態の重大性 (gravity) である。二つ目が一国が他国に自らの意思 (intention) を強制する主観的な指標である。後に検討するように、一方は他方なしでは完成することができない要因である。また、行為又は事態の重大性は単に他国に対する一国の意図を反映している。ここではこの二つの基準について検討することとしよう¹⁹⁸。

(1) 行為又は事態の重大性 (gravity) の基準

重大性の基準は一見したところその判断は簡単そうに見える。前述した 1960 年のアイヒマンの強制的拉致と 1989 年のパナマにおけるノリエガ (Manuel Noriega) の強制的拉致を比べれば一目瞭然である。前者は、国家主権を害したものの、2 条 4 項とは結びつくことはなかった不当な拉致事件である。他方で、後者は一万四千名の軍隊を動員してパナマを侵攻した末に行った拉致であり、当該行為の合法性を武力行使禁止原則の文脈で考え

¹⁹⁸ Corten, *supra* note 61, pp. 66-67.

なければならないことを否定することはできない¹⁹⁹。しかし、この重大性の基準は、ICJ や仲裁裁判で扱った事件で見られるようにその判断に一定の困難性を孕んでいる。

その第一の例がコルフ海峡事件である。ある論者によれば、当該事件はアルバニア領海での英国の軍事作戦の合法性に対し判決が下されたのであるから、2条4項を解釈した重要な判例であるという。しかし、ICJは2条4項に一切言及していない。確かに、ICJに提出された付託合意の二つ目の論点は、アルバニア領海における英国海軍の行為によりアルバニアの主権が侵害されたか、ということであった。しかし、この付託合意によりICJに依頼された審理の範囲以上に、まさに英国海軍の目的を限定した行為自体が、ICJが判断すべきは領域主権の尊重に関してであって、武力行使不行使原則ではないということを物語っているようである。当該事件に関する安保理における審理でも、2条4項については言及されていない。アルバニアは自己の主張を補強するために、英国の軍事作戦は自国の領海の一時的占拠による領域侵犯であるとして、間接的に2条4項を援用するだけであった。英国は、自己の行為の制限的性格を強調し、その行為はある種の高圧的なものではあるものの、アルバニアに新たな状態の受諾を強制する行為ではないとして、武力行使禁止原則の適用は受けつけなかった²⁰⁰。そして、1946年11月12及び13日の作戦をアルバニアの意思に反して行った海峡における単なる機雷掃海であるとの立場をとった²⁰¹。判決においてICJは、英国海軍の行為をアルバニアに政治的圧力を与える目的を持った武力の示威 (demonstration of force) とは考えないものの、掃海作戦自体はアルバニアの主権を侵害したと述べた²⁰²。そのような判決を下すにあたってICJは、この英国の作戦は武力行使禁止原則の下で判断するほど十分に重大なものではないということを示唆している²⁰³。ここでは、当該掃海作戦が何等死傷者や損害をだすことなく数時間のうちに終了したことに

¹⁹⁹ A/RES/44/240, 29 December 1989. 国連総会で米国を非難する決議が採択された。しかし、当該事件後パナマに擁立された親米派の新政府は、ノリエガ逮捕に抗議せず、国連総会決議も拘束力がないため、結果的には、米軍の行動は容認されたものと考えられる。村瀬「前掲論文」(注128)130-131頁。

²⁰⁰ *Corfu case*, Pleading, Oral Arguments, Document, Oral Proceedings (First Part), Vol. III (1950), p. 581, (E. Beckett, 18 January 1949).

²⁰¹ *Ibid.*, p. 595.

²⁰² *Corfu case*, Merits, p. 35.

²⁰³ *Ibid.*, p. 36.

注目すべきである、というのである²⁰⁴。要するに、ここで示されたコルフ海峡事件における言説が、2条4項における武力行使として位置づけられる行為のために越えなければならない重大性の敷居を示していると考えられるのである²⁰⁵。

他方、この敷居の決定の難しさは英国対アイスランド及び西ドイツ対アイスランドの漁業管轄権事件においてはっきりと見られる。原告の2国は、アイスランド当局のその一方的に拡大した50海里的の漁業水域における妨害行為政策に対し非難を訴えていた。この妨害行為の数は、アイスランド沿岸警備隊によって行われた抵抗する漁船の網の切断、警告射撃及び数は少なかったが実弾射撃を含む200件にも及ぶものであった。また、英国も自国漁船保護のためにフリゲート艦数隻を派遣し、アイスランド警備艇との衝突事故などが発生し事態は緊迫した²⁰⁶。しかし、死傷者は発生しなかった。英国はアイスランドの行為は違法であるとしたが、2条4項や武力行使禁止原則には言及することはなかった。そして、口頭手続において英国代理人は、1973年11月13日に両国で締結された「漁業紛争暫定協定」を考慮して、本案における申述書にあったアイスランドの妨害行為から発生した損害に対する賠償の請求を撤回した²⁰⁷。他方で、西ドイツはアイスランドから英国と同様な妨害行為を受け、明確に2条4項の依拠し武力行使禁止に対する違反であるとして賠償を請求した²⁰⁸。被告のアイスランドは終始、欠席戦術をとり続けたが、両原告の交渉過程の記録から自ら行った行為は漁業関連国内法令を執行する単なる警察行為であると考えていたことが明らかであった²⁰⁹。

ICJは、限られた情報と乏しい証拠しかない事項に関する責任について、包括的な判決を下すことはできないとして、西ドイツ対アイスランドにおけるこの部分の判断には応じなかった²¹⁰。

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 33.

²⁰⁵ Corten, *supra* note 61, pp. 68-70.

²⁰⁶ 伊津野重満『『タラ戦争』と自衛権』『創価法学』第14巻2号(1984年12月)4-7頁。

²⁰⁷ Oral Arguments on the Merits of the Dispute Submitted by the Government of Great Britain and Northern Ireland, S. Silkin, 25 March 1974, p. 447.; Memorial on the Merits of the Dispute Submitted by the Government of the UK, 31 July 1973, para. 319(d).

²⁰⁸ Memorial on the Merits of the Dispute Submitted by the Government of the Federal Republic of Germany, 1 August 1973, p. 263, para. 15, annex K, 277, annexes G and I.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 275, annex H.

²¹⁰ Case Concerning Fisheries Jurisdiction (FRG v. Iceland), Merits, Judgement, *ICJ Reports* 1974,

これら漁業管轄権両事件は重大性の基準の解釈にかなりの幅があることを示している。すなわち、原則的に 2 条 4 項における武力行使であるための敷居としてこの基準は受け入れられるものの、国家が保護しようとする利益が多様化するためにその敷居の線を明確に決めることができない²¹¹。同様なことが、III 章で述べた ICJ スペイン・カナダ漁業管轄権事件及びガイアナ・スリナム仲裁判決においても言える。ここでは武力行使の威嚇を構成すると判示されたガイアナ・スリナム事件についてその内実を追ってみよう。

まず、当該事件の裁定において言及されているネタビル (E. Netterville) 氏とバーバー (G. Barber) 氏の証言について述べるが、これらを検討することがこの判決の趣旨を理解する上で有意義である。なぜなら、当該裁定はこれら証人の証言に第一義的に依拠しているからである。

ネタビル氏は地盤掘削船ソートン号のリグ・スーパーバイザー (the Rig Supervisor²¹²) である。彼によれば、現地におけるスリナム側からの度重なる退去要求は「もし、ソートン号及びその支援船が 12 時間以内に当該海域から退去しなければ、それらに対しスリナム海軍船舶が制限なく軍事力を行使するであろう」ことを意味すると理解した²¹³。

同様に、当該プロジェクトのエリア・マネージャーであるバーバー氏は、「スリナム海軍からの威嚇」に直面して、撤退する以外に手段がなかった、と証言している²¹⁴。

これら証言自体は、スリナム海軍が行った措置が軍事力による威嚇として判断されるための実態的情報をほとんど提供していない。しかし書面及び口頭手続が更なる光をこの側面にあてている。すなわち、上記証言とは別にガイアナは、「スリナム海軍による明確な最後通牒がそれに強制的性格を付与し、6 月 3 日の作戦が武力による威嚇を含んだ均衡を逸した軍事的な実力行使であるという主張を補強する」と主張した²¹⁵。

pp. 203-205, paras. 71-76 and p. 206, para 77(5).

²¹¹ Corten, *supra* note 61, p. 71.

²¹² おそらく船長と同等の地位かと思われる。

²¹³ *Guyana/Suriname Award*, para. 433. ; cf. Memorial of Guyana (Vol. IV), Annex 175, (Affidavit of Edward Netterville), para. 6.

²¹⁴ *Guyana/Suriname Award*, para. 435; cf. Memorial of Guyana (Vol. IV), Annex 176, (Affidavit of Graham Barber), para. 6 (in para. 7 referring to the eviction of the C.E. Thornton as “being expelled [. . .] by the threat of armed force”).

²¹⁵ Which, in the words of Professor Payam Akhavan, Co-Agent for Guyana, reflected their “reasonable apprehension of imminent lethal force” (Transcript of Hearings, Day 4 (11 December

このような主張に対してスリナムは、6月3日の事件は同国沿岸の管理区域における法執行活動であると反論している²¹⁶。この関係においてスリナムは特にこの作戦の性質を説明するために以下のように説明している。すなわち、

「スリナムの国内法はスリナムの許可なく同国管理海域において漁業及び採鉱活動を行うことを禁止している。例えば、…1986年5月8日施行のスリナム鉱業法は、大陸棚にある鉱物の探査及び開発に関し一般的な規則を定めている。そして、それに違反するならば最高2年の禁固または10万スリナム・ギルダーの罰金に処せられる。スリナムは通常、ガイアナとの競合海域も含めこれら法律を執行するために海軍の一部から成る巡視船(patrol boats)を運用している。²¹⁷」

裁判所はこの要因に注視し、判決においてスリナム鉱業法の実例を考慮している。その2条6項は無許可の鉱業活動は最高2年の禁固刑、及び／または10万スリナム・ギルダーの罰金に処されることが述べられている²¹⁸。また、2000年6月3日の行動の前に担当部署と司法長官が協議した事実も取り入れられている²¹⁹。このような側面は問題となっている措置が、許可されていない鉱業活動を中止させるための法執行活動である法的基礎を補強しそうである。

しかし、上記スリナムの主張が、「当該海域を去れ、さもなければ、その結果については自ら責任を負われたし」という武力による威嚇とも誤解されかねない多義的な警告であるというガイアナの主張に対し、確実に優越すると言うことはできない。スリナムの主張はこの点において、問題の暴力行為が単なる法執行を超えた武力による威嚇であるということと完全には打ち消していないのである。すなわち、裁判所が当該行為を単なる法執行を超えた武力による威嚇であると言わせしめる余地が残されているのである。この点に関し、

2006), p. 565. ; cf. Reply of Guyana (Vol. I), para. 8.15). ; Reply of Guyana (Vol. I), para. 8.18, Day 4 (11 December 2006), p. 565; cf. Reply of Guyana (Vol. I), para. 8.15.).

²¹⁶ Professor Sean D. Murphy, Counsel and Advocate for Suriname, Day 7 (15 December 2006), Transcript of Hearings, p. 1091 and referring to the statement of Captain Galong—commander of one of the Suriname patrol boats—「noting that the operation had been “no different from standard law enforcement operations in a maritime zone.” (当該作戦は海上における通常の法執行活動と何ら変わらない。)」

²¹⁷ *Ibid.*, p. 1107.

²¹⁸ *Guyana/Suriname Award*, para. 441.

²¹⁹ *Ibid.*

多くの要因がさらに関係してくる。第一に、スリナム鉱業法への言及をもっと注意深く見る必要がある。すなわち、スリナムは、問題となっている暴力行為の目的は鉱業法のライセンスに関する一般的な規定を執行することであるというよりも、例えば、「鉱業資源の探査・開発におけるスリナム国内法を執行するためであるとする方が有益である²²⁰」と考えようになったのである。またさらに裁判手続きが進むにつれて別の目的が追加されて、2000年6月3日の作戦の法執行という目的がますますぼやけていったのである。

例えば、手始めに、当該海域にオイルリグが侵入するという政治的緊張の存在を認めることに際し、スリナムの再抗弁書は以下のことを露呈している。すなわち、問題となった作戦の前に、

「スリナム軍はCGX社のオイルリグの差し迫った活動がスリナムの主権への急迫な脅威に値するかを審査・分析し、その後、スリナムの主権がCGX社の活動によって脅かされていることを決定した。²²¹」

このような事実に対し、クヴァスト (P. J. Kwast) は、ここで重要なのは小国または発展途上国にとって、鉱物の許可なき掘削・開発行為は国家の本質的な利益及び主権さえ脅かす決定的なものであるかもしれない、という。すなわち、暴力行為であるということだけが、武力の行使または法執行活動としての措置の性質決定にとって必ずしも決定的ではないのであって、何らかの脅威を感じている国は例外的状況において武力の行使による反応を想定するかもしれないが、もちろんそれは法執行活動による反応を排除するわけではなく、また、国家の主権を脅かすと認識される外国による行為に対して取られる措置、それ

²²⁰ Rejoinder of Suriname (Vol. I), para. 4.34, 「Article 2(6) of the Mining Decree prohibits the undertaking of mining activities without a licence. Article 1(h) defines “mining activities” as including exploration. And Article 71 provides that he who undertakes mining activities without a licence can be punished by imprisonment for a maximum of two years and/or a fine of a maximum of 100,000 Suriname guilders. (鉱業法2条6項はスリナムの許可なく採鉱活動を行うことを禁止している。1条h項は「採鉱活動」を開発を含むと定義している。そして、71条は許可なく採鉱活動を行ったものは最高2年の禁固、及び／または10万スリナム・ギルダーの罰金に処せられる、と規定している。)」; Counter-Memorial of Suriname (Vol. III), Annex 54 (translation of the relevant provisions in Annex 31 to Suriname’s Rejoinder).

²²¹ Rejoinder of Suriname (Vol. I), para. 4.40.; cf. Rejoinder of Suriname (Vol. II), Annex 21 (Statement of Colonel Glenn H. Sedney), para. 5, and Annex 17 (Statement of Lieutenant-Colonel Edward G. J. de Mees), para. 5. ここにおいて、スリナム軍の関心は、真に国家主権が脅かされているかどうか、又は、軍が政治的問題に濫用されるかどうか、にあった。それにもかかわらず、スリナム軍は深刻な国家主権侵害が存在し、そのため、軍は正当に行動する役割と責任を有すると結論づけた。

自体が必ずしも、法執行活動ではなく武力の行使として捉えられるわけでもないというのである²²²。

こういった見解は憲章 2 条 4 項の本来の解釈からは外れていると考えられる²²³が、それにもかかわらず、他国によってもたらされる主権への急迫した脅威に対し国家を防衛する目的をもって武力を行使（又は威嚇する）することを含む行為は別物である。この点、スリナム軍の関与に関して、ガイアナ及びスリナムの大統領が 6 月 3 日の事件の前に交渉していたことが重要である。2000 年 6 月 2 日朝、両大統領は電話にて交渉を行い、スリナム大統領がガイアナ大統領に対し、係争海域での掘削作業をしないよう指示することを要請した。スリナム大統領は、もしその要求に応じなければ、「スリナムはその領域を防衛する行為をとらざるを得ない²²⁴」と述べた。その交渉の後、スリナム大統領は軍に対し外交的努力が失敗したことを通知し、掘削船をスリナム海域から退去させるよう海軍に命じることを指示した²²⁵。この大統領指示の後、軍は緊急会合を開き、作戦の目的が掘削船を退去するよう命ずることであると決定した²²⁶。掘削船が指示に従わない場合は、現地指揮官がさらなる指示を軍最高司令官に求めることとなった（おそらく、その際、大統領と協議することになる）²²⁷。また、現場で活動する乗組員に対し当該作戦の任務を説明する際に、軍高官によって以下のような説明があったことが重要である。

「最初の一発が戦争の開始を意味することを認識せよ。[スリナムは]戦争を望んでいない。すわなち、発砲は厳禁であり、脅威を与えるだけである。²²⁸」

以上ここまで述べてきた側面をつなぎ合わせてみると、法執行活動と国際関係における武力の行使の違いに関する複雑な絵が出来上がる。つまり、一方では、当該事件において実際にとられた措置は、外国船舶への標準的な法執行活動と本質的に変わらない。スリナ

²²² Kwast, *supra* note 90, pp. 80-81.

²²³ なぜなら、2 条 4 項における“force”という用語が“armed force（武力）”だけを意味することは一般的に認められているからである。I 章－1（注 20）参照。

²²⁴ Rejoinder of Suriname (Vol. I), para. 4.43; cf. (Vol. II), Annex 15 (Statement of Hendrik A. Alimahomed), para. 8.

²²⁵ *Ibid.*, para. 4.44; cf. also (Vol. II), Annex 15 (Statement of Hendrik A. Alimahomed), para. 11.

²²⁶ *Ibid.*, (Vol. II), Annex 17 (Statement of Lieutenant-Colonel Edward G. J. de Mees), para. 11.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ *Ibid.*, para. 13.

ム管轄領域における経済活動に関するスリナム国内法を違反した掘削船に対し、なんの力(force)を行使することなしにその位置からの退去を命ずることは警察行使として理にかなったように見える。その法的根拠としては、スリナム鉱業法及び司法長官との協議が法執行活動として正当性を与えているといえる²²⁹。

しかし、被告スリナムの書面及び口頭手続では、このような法的根拠及び目的への言及は非常に少なく、逆に、ここまで述べたように、スリナム自身が主張するこの事件の幾つかの側面が、武力の行使（威嚇）への方向へと裁判所を導いたように見えるのである²³⁰。裁判所が判断の決定的要素として使用したスリナム海軍の警告の文言の他に、それらには、両大統領の密接な関与（スリナム大統領のガイアナ大統領に対するソートン号撤退の要求及び、それが叶わない場合の領域防衛の覚悟）、及び、軍高官の直接的な関与（主権に対する急迫した脅威の軍による排除を作戦の目的としたこと、及び、当該紛争を敵対行為までエスカレーションさせる事態を想定）が含まれる。このような文脈で考えれば、裁判所が述べるように、問題となった事件が2条4項の意味における武力による威嚇を含む性質であると結論づける合理的な理由が存在するのである²³¹。

また本事件の特徴として、「係争海域」という国家間の緊張が高い状況での事態だからこそ、裁判所が敷居を超えたと判断したということがよくいわれる²³²。Ⅲ章で述べたように、スリナムは、スペイン・カナダ漁業管轄権事件に依拠し自らの行為が武力の行使または威嚇ではないと主張した。他方で、ガイアナはスペイン・カナダ漁業管轄権事件は公海における漁船に対する執行措置を扱っているのもであって、2つの主権国家間の「係争海域」において発生した武力の行使を扱っているのではないと反論した²³³。そして裁判所は、スリナムの行動は単なる法執行活動というよりは軍事的行為による威嚇に近いと判断し、ガイアナの見解に同意したのである。

²²⁹ Cf. in this respect Rejoinder of Suriname (Vol. II), Annex 15 (Statement of Hendrik A. Alimahomed), para. 9, 「当該作戦は海上法執行活動であるので、行動の前に司法長官(Mrs. Rozenblad)と協議した」、述べられている。; and Annex 16 (Statement of Captain Radjoe S. Bhola), para. 8, 「掘削船の除去は本質的に他の警察活動と何ら変わることはなかった。」

²³⁰ そのような意味では、本論点に関してスリナムは策を弄して墓穴を掘ったことになる。

²³¹ Kwast, *supra* note 90, p. 82.

²³² Corten, *supra* note 61, p. 73.

²³³ *Guyana/Suriname Award*, paras. 443-444.

ロイスによれば、ここでは、主権国家間の紛争から直接、その暴力行為が起きているならば、その行為が法執行活動であるという主張をくつがえすことができるという。すなわち、国家 A の警察官が国家 B の国民である犯罪被疑者に対し強制的な力を行使する状況は、それは間違いなく 2 条 4 項のトリガーを引くことはない。しかし、国家 A と隣国である B の高度な緊張状態が存在し、例えば、国境における衝突事件において、国家 A の警察集団が国家 B の国民の集団を逮捕し、そして即座に処刑する、このような行為は 2 条 4 項の意味における武力の行使として考えられる可能性があるというのである。彼によれば、次の 2 つの例が有意義な対照をなしているという。

①国家 A の沿岸警備隊が EEZ での違法な漁業を行う船舶を拿捕するために強制措置を行う。

②国家 A の軍艦が、係争海域から逃走する隣国 B の商船団を追跡するために、無警告にて発砲する²³⁴。

しかし、クヴァストによれば、係争海域での法執行活動が武力行使に転換する仮説はすべての状況において正しいわけでないという。クヴァストは、スペイン・カナダ漁業管轄権事件でカナダが公海においてでさえ執行措置を行ったことを参照して、法執行活動を行う上での管轄権の他国との争いが、必ずしも法執行活動としての措置の性格を排除するわけではないと主張する²³⁵。係争海域において沿岸国が係争中の相手国旗国の船舶も含め、外国船舶に対し法執行活動を行うことは通常のことであるという²³⁶。しかし、このような文脈において法執行活動を行うことから生ずる事態の（武力）エスカレーションの危険性はかなり高く、海洋国境紛争を抱えた当事国間の法執行活動と武力行使を隔てる線は紙一重であろう、という²³⁷。普段、どちらかの国家が如何に強力に実効的支配を及ぼしているかがこのエスカレーションを高めさせないために重要であろう。逆に言えば、実効的支配

²³⁴ Ruys, *supra* note 20, pp. 206-207.

²³⁵ Kwast, *supra* note 90, p. 88.

²³⁶ Rejoinder of Suriname (Vol. I), para. 4.33. cf. 海洋法条約 81 条もまた、「沿岸国は、大陸棚におけるあらゆる目的のための掘削を許可し及び規制する排他的権利を有する。」と規定する。

²³⁷ Kwast, *supra* note 90, p. 89. Also note that “there is probably a rule of international law which prohibits states from exploiting seabed resources in disputed areas,” R. R. Churchill, “Joint Development Zones: International Legal Issues,” *Joint Development of Offshore Oil and Gas*, in H. Fox (ed.), Vol. II (1990), p. 57.

が拮抗する係争海域では少しの小競合いでも法執行活動が武力行使に転換する可能性が高いであろう。

以上の判例及び国家実行の分析から重大性の基準に関し2つの教訓が導き出される。

一つ目は、暴力行為が行われる「場所」についてである。ある国家がその管轄権内でその措置を行うのならば、単なる警察行為としての段階を飛び越えることは難しい。この見方はここまで述べてきた事例や、特に国家がその管轄権内でとった措置に関する多くの航空機事件から派生している。このようなことから、事件の発生した正確な場所がよく問題となることが理解できる。この「場所」の重要性はIV章で述べた侵略の定義3条(d)の解釈のための起草過程の分析からも容易に推測することができる。多くの国家が、自国領域で行われる警察力を制限するような言葉の使い方を非難するために、当該規定が領域内の国家の権能に影響しないことを強調したのである。

第二に、ある行為の深刻さを審査するには、それが起きている「文脈」によるべきであるということである²³⁸。ガイアナ・スリナム仲裁判決における2000年6月3日の事件がそれをよく物語っているであろう。

(2) 他国に対する武力を行使する意図 (intention)の基準

前述したように重大性の基準と意図の基準は一方が他方なしでは完成することなく、その意味で両者は組み合わさっている。そのため、この第二の要件である意図の基準は重大性の基準と切り離させないわけであるが、それにもかかわらず、ここではできるだけ単独でこの意図の基準について検討していこう。

人道的干渉の権利はそもそも存在するかという議論において、2条4項を反対解釈して、国際関係におけるある武力行使が、国家の領域保全、政治的独立、または憲章の目的に向けられるものでない限りは、禁止されないと主張する国際法学者がいる。その趣旨に沿えば、意図の基準は一国の他国に対して行われる武力の行使を如何に合法的に行うかに関係してくることになる。

²³⁸ Corten, *supra* note 61, p. 73.

しかし、この言説は憲章 2 条 4 項の起草過程、及び、その後の武力行使に関する主要国連総会決議に至る議論からみれば妥当ではない。すなわち、意図の基準は 2 条 4 項の解釈とは切り離して考えるべきなのである。特定の状況に 2 条 4 項を適用するということは、ある国家が他国に対し力 (force) を行使し、その意図は単に他国に対し自己の意思を強要することを前提としており、その「動機」が人道的であるのか、軍事的であるのか、経済的なものであるか等は重要ではないのである。唯一考えられる意図はまさに他国に対して自己の意思を強要することである。そのような意図が存在するならば、一般的には一定程度の重大性 (gravity) をもつ軍事力によってそれは表されることとなろう。そして、その時、単なる警察行為と真正な国家間武力行使の間の敷居が超えられることになるのである²³⁹。

他方で、反応行為の合法性は第一義的に先行行為自体が違法であるかどうかに依存する。例えば、外国軍隊によって侵入されている国家が当該外国軍の自国領域への駐留に同意していたり、領海内の当該外国軍艦の存在が海洋法条約の要件を満たすのであれば、当該領域国の反応行為の違法性は正当化されない。

大規模で違法な侵入に直面した場合に、領域国はもちろん必要性及び均衡性の要件を満たす限りにおいて国家間における武力に訴えることができる。しかし、小規模な侵入との関係では、そこに敵対意図 (hostile intent) が存在するかどうか重要な要因となってくる。この概念は前述したとおり「動機」と混同するべきではなく、そして、国家の ROE (rules of engagement)²⁴⁰にとって極めて重要な役割を果たしている²⁴¹。敵対意図が重要であるこ

²³⁹ *Ibid.*, pp. 76-77.

²⁴⁰ *E.g.*, Office of the Chief of Naval Operations and Headquarters, Department of the Navy, U.S. Marine Corps & Department of Homeland Security and U.S. Coast Guard, the Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, chs. 4-6, NWP 1-14M (2007), available at <http://www.usnwc.edu/>; U.S. Department of Defense, *U.S. Rules of Engagement in the Persian Gulf* (Sept. 25, 1987), reproduced in *Australian International Law News* (1988), p. 71.; Consider also the reference to hostile intent in Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, Report, Vol. II, (Sept. 2009), *supra* note 76, p. 232.

²⁴¹ 敵対行為および敵対意図という自衛開始の条件は、国連の平和活動 ROE (The UN master list of numbered rules of engagement, 2002 など) も採用し、また米英加豪海軍の専門家が作成した「サンレモ ROE ハンドブック」 (*Sanremo Handbook on Rules of Engagement*, International Institute of Humanitarian Law, 2009) なども使用している。海上における敵対行為と敵対意図明示の具体例は、ペルシャ湾派遣米海軍部隊の平時 ROE を説明した国防長官文書 (Secretary of Defense Report to the Congress, 15. June. 1987) に見ることができる。それは、米海軍部隊に武力行使を許可しているケースについて、相手の航空機または水上艦艇等が、①現にミサイルを発射し、射撃または爆弾を投下した場合、②ミサイル発射、爆弾投下または射撃する位置に機動する場合、③ミサイル誘導レーダーまたは

とは、侵略の定義に関する決議の準備作業²⁴²、ICJ の判例²⁴³及び国家実行²⁴⁴から探ることができる。その根本となる考えは、意図的ではない、または意図的ではあっても完全に無害である侵入を対象から除外することであり、そして、国際関係における武力行使による強制的反応を他国の領域において暴力行為を故意に行う侵入国に限定することである。表面上から敵対意図がないと最も明らかに分かる事例は、例えば、軍隊が気づかずに外国領域に侵入してしまったような過失による侵入である²⁴⁵。過失による侵入とは別に、本質的に無害であり、そのため、如何なる敵対意図もないと認識される侵入がある。例えば、軍航空機が悪天候を避けるためだけの目的で他国の領空に侵入する事態がそれである。Ⅲ章で述べた 1946 年に米国軍輸送機がユーゴスラビア領空にて撃墜された事件²⁴⁶がこれに当てはまるかもしれない。同様のケースが、1980 年のソ連事故原潜日本領海通過事件である。日本は、度重なる警告にもかかわらずソ連事故原潜が許可なくその領海を通過したことに

射撃管制レーダーをロックオンした場合、としている。①は敵対行為の例、②と③は敵対意図明示の例と言える。

²⁴² See the analysis in Ruys, *supra* note 69, p. 158–68. See also Bengt Broms, “The Definition of Aggression,” *Recueil Des Cours*, Tome 154 (1977-I), p. 364. Consider, for example, Special Committee on the Question of Defining Aggression, UN GAOR, 3d Sess., Vol. I, 56th mtg. p. 27. (Canada), UN Doc. A/AC.134/SR.56 (July 17, 1970); UN GAOR, 3d Sess., Vol. I, 57th mtg. p. 41. (Japan), 44. (Turkey), UN Doc. A/AC.134/SR.57 (July 18, 1970); UN GAOR, 3d Sess., Vol. II, 68th mtg. p. 20. (Canada), 21–22. (United States), 29. (Soviet Union), UN Doc. A/AC.134/SR.68 (July 31, 1970).

²⁴³ *Oil Platforms* case, paras. 52, 61, 64; *Nicaragua* case, para. 231, “Very little information is . . . available to the Court as to the circumstances of these incursions or their possible motivations, which renders it difficult to decide whether they may be treated . . . as amounting, singly or collectively, to an ‘armed attack’ . . . (これらの侵入の状況または意図に関して、裁判所が入手し得る情報がほとんどないため、それらの侵入が、法律上、個々にまたは全体として、ニカラグアによるいずれかの国または両国への『武力攻撃』にあたるものとみなすことができるかどうかを決定することが困難になっている。)” Consider also C. Gray, *International Law and the Use of Force*, 3rd ed. (Oxford University Press, 2008), p. 179.

²⁴⁴ 多くの場合、武力攻撃の存在を断言し領域侵入への強制措置を正当化する国家は、その攻撃の計画性を強調して主張する。See, e.g., UNSCOR, 19th Sess., 1107th mtg. p. 2, UN Doc. S/PV.1107 (Apr. 3, 1964) (United Kingdom; 1964 Harib fort raid).; 1964 U.N.Y.B. p. 147; Letter Dated 7 February 1965 from the Representative of the United States of America to the President of the Security Council, UN Doc. S/6174 (Feb. 8, 1965) (United States; Gulf of Tonkin incident).; 1967 U.N.Y.B. p. 175 (Six-Day War).; 1968 U.N.Y.B. p. 191 (Israeli campaign against Lebanon).; UN SCOR, 58th Sess., 4836th mtg. p. 17, UN Doc. S/PV.4836 (Oct. 5, 2003) (Morocco; 1993 Israeli aerial raid in Syrian territory).; *Oil Platforms* case, Counter memorial and Counter claim Submitted by the United States of America, para. 4.11 (June 23, 1997). しかし、いくつかの先例では、2条4項が援用されることもなければ、又は、敵対意図の欠如のために防御行動もとられないこともあった。

²⁴⁵ As an example of an unintentional incursion by troops, see “Angola Denies Congo Incursion, Says Lost Troops Entered Its Territory,” *Reuters* (Oct. 21, 2013), at <http://www.reuters.com/article/2013/10/21/us-angola-congorepublic-idUSBRE99K0S520131021>.

²⁴⁶ Ruys, *supra* note 20, pp. 172–173. For the 1946 incident, see Oliver J. Lissitzyn, “The Treatment of Aerial Intruders in Recent Practice and International Law,” *AJIL*, Vol. 47 (1953), p. 570–72.

対し深く遺憾の意を表したが、ソ連の当該救助作戦に対し何等強制的な措置は取らなかった²⁴⁷。対照的に、侵入部隊がその領域内で攻撃（死傷者の発生、または物的損害の発生に繋がる攻撃）を行う意図があるときは、敵対意図は明確に存在することになる。

一定の状況（例えば、軍隊構成員が国境を跨いで日光浴にやってくる²⁴⁸）では、当初無害である侵入が徐々に敵対意図を露わにすることもある。その典型例が、領域から離れるよう一度は要請されたもののそれが無視される場合である。そのようなシナリオでは、侵入部隊にその違法行為を止めさせるか、または、そうでなければ最終的に敵対意図を露わにさせるために、実際の武力を使用するには至らない段階的な措置（*graduated measures*）を領域国は執ることになる。例えば、小規模の陸上の侵入において、相手の国境警備隊の侵入に対する適切な措置は以下の通りである。；口頭による撤退の要求が無視される場合、警告射撃を行う。；当該事件の後に外交ルートを通じて相手国に抗議を行うとともに、当該侵入行為が執拗に継続し領域国の脅威となる場合に限り、制限された武力の行使が許可される²⁴⁹。そこが単なる警察行為と真正な国家間武力行使の段階的で慎重な運用が必要な両者の限界点でありそして敷居である。

同様の原則が軍航空機の侵入に対する強制措置にも当てはまる。被害国が許可のない領空侵入を行う外国軍航空機を武力の行使に至らない措置で要撃すること、または強制着陸させることは、一般的に認められている。侵入航空機は、領域国の着陸命令、退去命令及び回航命令を含む、すべての合理的な命令に従わねばならない²⁵⁰。もし、当該侵入軍航空機が着陸命令を無視するならば、致死的強制措置が認可される。その意図が無害であると判別できる侵入航空機は、たとえ着陸命令に従わなくても攻撃してはならない。原則的に、

²⁴⁷ For the 1980 incident, see Robert J. Grammig, “The Yoron Jima Submarine Incident of August 1980: A Soviet Violation of the Law of the Sea,” *Harvard International Law Journal*, Vol. 22 (1981), pp. 331 and 332.

²⁴⁸ A/C.6/SR. 1202nd meg, 16 October 1970, para. 20, 侵略の定義決議の起草過程において、イラク代表が提示した敵対意図の判断が難しいシナリオ

²⁴⁹ Ruys, *supra* note 20, p. 173.

²⁵⁰ On the interception of aerial intruders, see Lissitzyn, *supra* note 246, Ki-Gab Park, *La protection de la souveraineté aérienne* (A. Pedone, 1991), p. 291-320, and Jacob W. F. Sundberg, “Legitimate Responses to Aerial Intruders: The View from a Neutral State,” *Annals of Air & Space L.* Vol. 10 (1985), p. 251ff.

事前の警告または警告射撃が行われなにかぎり侵入航空機を射撃してはならない²⁵¹。しかし、侵入航空機が先に射撃をしてくる、または、入手した情報から当該侵入機が領域国の何らかの目標を攻撃する間際であることが示唆されるならば、前述した要件は適用されない。最後に、少なくとも経空侵入の文脈では、致命的強制措置の許容は偵察収集目的の侵入に対しても広がるであろう。Ⅲ章にて述べた 1960 年に発生したソ連領空における米国 U2 偵察機撃墜事件がその例である。この事件は安保理にて動議かけられ、米国の侵入行為は侵略的行為 (aggressive act) であるとしてソ連から非難されたが決議の採択には至らず、他方で、どの国 (米国も含め) も当該ソ連の行為が国際法違反であるとは提示しなかった²⁵²。

外国軍艦による領海への違法侵入に関連して、海洋法条約 30 条は、沿岸国法令の遵守要請を無視する軍艦には速やかな領海からの退去要求をすることができると定める。また一般的には、有害通航を行う軍艦に関しても同様の措置をとることが可能と考えられている。この要求が当該軍艦に留意されるならば当面の事件はそこで終了する。しかし従わない場合は、当該軍艦に翻意させるか、又は敵対意図を露わにさせるために沿岸国は段階的に均衡する措置を執ることになる。実際に行われた実行の数は制限されるが、厳格な意味での武力の行使に至らない適切な措置は以下の通りである。すなわち、領海外に退去するまで継続的に当該軍艦を船舶又は航空機で尾行するか、場合によっては、警告射撃を行う

²⁵¹ See, e.g., UN SCOR, 15th Sess., 880th mtg., pp. 9-10 (Turkey), UN Doc. S/PV.880 (July 22, 1960).

²⁵² 安保理の議論の最後において提出されたソ連が起草した決議案 (米国の行為を“aggression”として非難) は 2 対 7 で否決された (ソ連とポーランドのみが賛成票を投じ、他の 2 国が棄権した)。*See* UN SCOR, 15th Sess., 857th mtg., UN Doc. S/PV.857 (May 23, 1960); UN SCOR, 15th Sess., 858th mtg., UN Doc. S/PV.858 (May 24, 1960); UN SCOR, 15th Sess., 859th mtg., UN Doc. S/PV.859 (May 25, 1960); UN SCOR, 15th Sess., 860th mtg., UN Doc. S/PV.860 (May 26, 1960). ; 国家実行は、沿岸国がその EEZ (又は、当該国が設定している場合は防空識別圏) 内で当該国の利益に反する行為 (例えば、偵察活動) 又は明らかな法令違反行為を行っている外国軍航空機を発見した場合、危険を冒すことなくその飛行を要撃し、そして、非脅威的性質を確保する権限のみを保有していることを示している。Peter A. Dutton, “Caelum Liberam: Air Defense Identification Zones Outside Sovereign Airspace,” *AJIL*, Vol. 103 (2009), p. 705. ; 換言すれば、沿岸国は当該外国軍航空機の飛行及びその経路を監視することはできるものの、その活動を止めるために実際の力を行使できるわけではないことになる。同じことが EEZ における外国軍艦に対する抑制行為に当てはまる。For corroborating support, see, for example, UN SCOR, 15th Sess., 880th mtg., UN Doc. S/PV.880 (July 22, 1960), UN SCOR, 15th Sess., 881st mtg., UN Doc. S/PV.881 (July 25, 1960), UN SCOR, 15th Sess., 882d mtg., UN Doc. S/PV.882 (July 26, 1960), UN SCOR, 15th Sess., 883d mtg., UN Doc. S/PV.883 (July 26, 1960), Lissitzyn, *supra* note 235, p. 140, and Royal Australian Air Force, AAP 1003, Operations Law for RAAF Commanders, para. 2.19 (2d ed. 2004).

ところまでは可能かもしれない²⁵³。ラトナー(Ratner)は、アルジェリアがかつて自らが主張する海域内にいる米艦を退去するまで執拗に追尾し、それに対して米国は抵抗しなかった事例を引用している²⁵⁴。原則として、侵入船舶に対する均衡した致死力の行使は領海退去要求を意図的に無視し、そして、例えばミサイル発射管の開口が沿岸国により探知される等の敵対意図が示される状況に限定されるべきである。入手された情報により侵入船舶が攻撃を開始する間際であることが示唆される場合、または、前述したように、潜没潜水艦が他国領海に侵入した場合、さらなる例外的措置を行うことができる²⁵⁵。ここがまた陸及び空と同様に、単なる警察行為と真正な国家間武力行使の段階的で慎重な運用が必要な両者の限界点でありそして敷居である。

前述したように、重大性の基準と意図の基準は一方が他方なしでは完成しない相互に影響し合う関係にある。例えば、侵略の定義に関する総会決議に至る準備作業から明らかなように²⁵⁶、敵対意図はその存在が時折現れるときもあれば、最初から明確な場合もある。反対に敵対意図が見受けられない場合であっても、侵入の重大性（例えば、隣国からの軍艦や航空機の大規模な侵入）の基準がその敵対意図を露呈させ、犠牲国に抑制的な段階を踏むことなく武力行使による強制的反応を認可することもある。対照的に、規模が小さい侵入の場合に対しても武力行使による強制的反応が排除されないわけではないが、それは状況次第である。すなわち、侵入者の敵対意図を証明する追加的要素が必要である²⁵⁷。ロイスによれば、そのような要素は以下の通りである。

①地政学及び安全保障的要素；ここで特に重要なことは領域国と侵入国の間の敵又は味方関係である。例えば、1967年アラブ連合共和国 (the United Arab Republic)は、イスラ

²⁵³ *E.g.*, Froman, *supra* note 180, p. 674, footnote. 230.

²⁵⁴ Steven R. Ratner, "The Gulf of Sidra Incident of 1981: A Study of the Lawfulness of Peacetime Aerial Engagements," *Yale Journal of International Law*, Vol. 10 (1984), p. 71, n.58 (referring to an incident whereby Algeria escorted U.S. warships out of claimed Algerian waters without resistance by the United States).

²⁵⁵ III章-3 参照。See Dinstein, *supra* note 28, p. 213.; see also Ruys, *supra* note 69, pp. 195-98.

²⁵⁶ *E.g.*, Special Committee on the Question of Defining Aggression, UN GAOR, 3d Sess., vol. I, 64th mtg. p. 134 (Soviet Union), UN Doc. A/AC.134/SR.64 (27 July 1970); UNGAOR, 3d Sess., vol. II, 68th mtg. p. 22 (United States), UN Doc. A/AC.134/SR.68 (31 July, 1970); UN GAOR, 4th Sess., 83d mtg. p. 27 (Cyprus), UN Doc. A/AC.134/SR.83 (Feb. 1971).

²⁵⁷ Ruys, *supra* note 20, p. 175.

エル駆逐艦エイラート(Eilat)が停戦協定を破ってシナイ半島ポートサイド沖の領海において接近してくるのを発見したと安保理に報告した²⁵⁸。6日間戦争（第3次中東戦争）の余波による両国間の緊張状態は、これより以前に当該駆逐艦がアラブ連合共和国の領海において2隻の船舶を沈没させた疑いと相まって、同国をしてエイラートに対し武力をもって対応しその結果として撃沈を正当化する口実となったといえることができる²⁵⁹。

②繰り返される侵入；前述したように、1946年、米国はユーゴスラビア領空において同国軍輸送機が撃墜されたことに対し抗議したが（米国は悪天候のためにユーゴスラビア領空を通過せざるを得なかったと主張）、ユーゴスラビアは、自国領空が日々繰返し侵犯されている状況に鑑みれば、本件は緊急避難や悪天候による侵入ではないことは明らかであると反論した²⁶⁰。同様に、1960年米国U2撃墜において、ソ連は自国領空が繰返し侵犯されていた状況を強調した²⁶¹。

③重要な場所への侵入；前述したように、1982年、スウェーデン海軍部隊は、とある最高機密海軍基地近くのハウスフィヨルド（Harsfjorden、ストックホルム南部）において外国潜水艦を探知した。その後数日にわたり、スウェーデン搜索部隊はソナーにより潜水艦を探知し、爆雷の投下や機雷の設置などで対応した。ここでは潜没潜水艦の長期間にわたる執拗に繰り返される侵入という要素とは別に、侵入場所という要素が、スウェーデン

²⁵⁸ Letter Dated 22 October 1967 from the Permanent Representative of the United Arab Republic Addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/8205 (Oct. 23, 1967).

²⁵⁹ *Ibid.*, イスラエルは当該駆逐艦は公海上で通常のパトロールを行っていたと抗議した。他方で、第3国の反応は、アラブ連合共和国の自衛の主張を支持する国もあれば、両当事国の事態沈静化を主張する国もあった。

²⁶⁰ Ruys, *supra* note 20, p. 175.

²⁶¹ See 1960 U.N.Y.B. 40-42; UN SCOR, 15th Sess., 857th mtg., paras. 24-31 (Soviet Union), UN Doc. S/PV.857 (May 23, 1960); see also Cable Dated 19 May 1960 from the Minister for Foreign Affairs of the Union of Soviet Socialist Republics Addressed to the President of the Security Council, Transmitting an Explanatory Memorandum in Amplification of His Cable Dated 18 May 1960 (S/4314), UN Doc. S/4315 (May 19, 1960); Cable from the Minister for Foreign Affairs of the Union of Soviet Socialist Republics to the Secretary-General of the United Nations, Transmitting an Explanatory Memorandum in Amplification of His Cable of the Same Date, UN Doc. S/4385 (July 14, 1960). ; 1964年トンキン湾事件の文脈において、米国が北ベトナム魚雷艇に行った軍事作戦を支持する英国の声明も参照。すなわち、「In the present case, there has not been merely one isolated attack on United States warships in international waters; we have been told that there have been repeated attacks, the nature of which is such as to indicate that they were deliberately mounted.（この状況においては、国際水域に存在する米艦にただ1回の攻撃だけがあったわけではない。そこには繰返しの攻撃が認められ、そこから故意による攻撃が示唆されるのである。）」 UN SCOR, 19th Sess., 1140th mtg. at 13, UN Doc. S/PV.1140 (Aug. 5, 1964).

をして国際関係における武力を行使してまで対応することが適切であると判断させたことを説明する²⁶²。

④侵入部隊の危険度；例えば、前述した 1946 年米軍輸送機ユーゴスラビア領空撃墜事件が発生した後のことではあるものの、ユーゴスラビアのティト元帥は、たとえ許可なく故意に領空に侵入したとしても外国輸送機は射撃してはならないと軍当局に指示していたことを米国に伝えた。対照的に、敵国から飛び立った戦闘機の（度重なる）侵入に直面するならば、狭義の自衛権を発動することに躊躇しないであろう²⁶³。

⑤特定の要素；そこには例えば、射撃管制レーダー(FCR)によるロックオン²⁶⁴、弾倉の開放、魚雷管又はミサイル発射管の開口の音響探知、対抗する部隊の距離及びスピード、及び発射態勢へポジショニング等が含まれると思われる²⁶⁵。

(3) 考慮要素

ここまで客観的な基準である重大性と主観的な基準である意図の両方に着眼して 2 条 4 項の意味における武力行使であるための敷居をどうすれば超えられるか、また反対に、ある暴力行為がどうすればその敷居を超えることはなく、「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動として許容さるのかを見てきたが、そのためには以下の要素を考慮すべきである。これらはコルタン²⁶⁶、ロイス²⁶⁷及びクヴァスト²⁶⁸の見解を参照している。

①行為の場所及び領域主権（管轄権）の有無：国家がその領域内で強制行為を行う場合には、通常の主権の行使として警察措置を実施していると推定される（典型例として対領空侵犯措置が考えられる）。しかし、その強制行為が他国の領域、またはどこの管轄にも属

²⁶² Ruys, *supra* note 20, p. 176.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ 2013 年 1 月 30 日に尖閣諸島北方の公海上で中国軍艦が海自護衛艦に射撃管制レーダーを照射した事件がある。「中国、海自に射撃レーダー、尖閣近海、護衛艦に」2013 年 2 月 6 日朝日新聞朝刊

²⁶⁵ See, e.g., Stephens, *supra* note 34, p. 148.

²⁶⁶ コルタンは 6 つの要素を提示している。①the locus of the action, ②the political context, ③the level at which actions were authorized, ④the target of the incursion, ⑤whether the incursion has resulted in actual confrontations between forces of states concerned, ⑥the gravity and means used. Corten, *supra* note 61, pp. 91-92.

²⁶⁷ ロイスは 4 つの要素を提示している。①the political context, ②the gravity or intensity of the act, ③the author, ④the level of decision making. Ruys, *supra* note 20, p. 207.

²⁶⁸ クヴァストは 3 つの要素を提示している。①the functional objective, ②the status of the subjected vessel, ③relevance of jurisdictional and territorial aspect. Kwast, *supra* note 90, pp. 72-89.

さない場所で行われた場合は、同じ行為でもその重大性は増し、2条4項が適用される可能性が高まる。

②政治的な文脈：両国が実際何らかの武力紛争に参加している又は緊張が高まっている場合には、当該両国間の軍事行動は重大性がそれほど満たされていなくても、2条4項の文脈で見る必要があろう。ホルムズ海峡に展開していた米ミサイル巡洋艦ヴィンセンス (Vincennes) がイラン航空 655 便 (Iran Air Flight 655) を撃墜した事件²⁶⁹及び 1999 年にパキスタン海軍哨戒機がインド空軍機によって撃墜された事件²⁷⁰がこの要素の重大性を例証している。

③行為が認可されているレベル：その行為が国家の最高機関で決定されているのならば、明らかに一警察官または沿岸警備隊の現場判断ではじめられた行為に比べ、2条4項のトリガーは引かれやすい。ガイアナ・スリナム仲裁判決における 2000 年 6 月 3 日の掘削船ソートン号に対するスリナムの作戦がそれを例証する。また、アイヒマン事件及びレインボー・ウォリア号事件²⁷¹において干渉国政府はそれが特殊機関の手によって行われたとして、事件への関与を否定することにより当該行為の武力行使に該当する効果を減少させようとした。

④行為が両国の国家機関の間における戦闘まで発展するか。：もしそうであるならば、その戦闘が制限されたものであっても、2条4項の適用を避けるのは難しい。エンテベ空港事件²⁷²及びマヤグエース号事件²⁷³は前述したレインボー・ウォリア号事件とは対照的であり、両国の軍隊間で戦闘が行われている。

²⁶⁹ 1980 年に始まったいわゆるイラン・イラク戦争は、1988 年夏に両国が停戦を受け入れるまで続いた。本事件は、両国の領域のみならず、ペルシャ湾にも広がり、特に 1984 年以降、中立国を含む様々な船籍の商業用船舶や軍艦が攻撃され、又は触雷するといういわゆる「タンカー戦争」と呼ばれる事態のさなかに発生した。1988 年 7 月 3 日にホルムズ海峡に停泊していた米海軍のミサイル巡洋艦「ヴィンセンス」がバンダレ・アッバース発ドバイ行きイラン航空のエアバス A300B2 (機体記号 EP-IBU、1982 年製造) を撃墜した事件である。

²⁷⁰ 1999 年 5～7 月に、カシミールのカールギル地区でパキスタン軍およびカシミールの反インド政府活動家が管理ライン (停戦ライン) を超えてインド軍の駐屯地を占領し、両軍が衝突した。これをカールギル紛争という。当該撃墜事件は、その緊張覚めやまぬ 1 か月後に起きた。

²⁷¹ 1985 年 7 月 10 日にニュージーランドはオークランドで行われた事件。フランスの情報機関である対外治安総局(DGSE)によってグリーンピースの活動船レインボー・ウォリア号が爆破され沈没、死者 1 名を出した。

²⁷² 1976 年 6 月 27 日に起きたエールフランス航空機ハイジャック事件 (通称：エンテベ空港ハイジャ

⑤使用される手段・方法：強制行為の手段・方法が、アイヒマン事件のような純粋な拉致又は戦闘を伴わない数名の派遣であるならば、戦闘や爆撃を伴う軍隊との交戦と比べ2条4項が適用される可能性は低い。しかし、たとえその行為の目標が相手国家でなくとも、及び、そこで軍隊間の交戦がなくとも、その使われる手段が重大なものであれば、その領域国自体がその行為により影響を受ける可能性は高い。そのため、この要素は他の要素に比べ決定的であり、国家に向けられたのではない爆撃は、まさにその事実によって国家間の武力行使禁止原則から免除されるという理論を排除する。1998年に行われた米国のアフガニスタンのタリバン支配地域内にある国際テロ組織基地6か所とスーダンの化学薬品工場の爆撃²⁷⁴がこの事例に当たる。

なお、ロイスはこの敷居超えの考慮事項の一つとして、強制行為の主体を挙げている。すなわち、海軍部隊が行う強制行為は文民海上警察機関による強制行為よりも2条4項のトリガーが引かれやすいというのである²⁷⁵。しかし、この見解が一般的かという点必ずしもそうではない。なぜなら、漁業活動の取締や通関上の規制のような非軍事的業務を行う沿岸警備隊のような文民警察機関を本来的に持たず、その役割を海軍又は他の軍種に専ら担わせている国家があるからである。例えば、海軍以外に実効的な警察活動が可能な船舶を保有しないスリナム²⁷⁶や、本国から遥か遠方の海洋に諸島を保有し、その周辺EEZ等における法執行活動を行う必要があるフランス²⁷⁷のような国がそうである。また、海洋法

ック事件)において、イスラエル国防軍が7月3日から4日にかけてエンテベ国際空港で実施した人質救出作戦である。結果的に突入部隊の誤射で死んだ3人と、病院に搬送されていた1人を除く乗客全員が解放され、救出作戦では稀に見る成功を収めた。この作戦において、イスラエル軍特殊部隊500名が行動し、途中、ウガンダ兵との戦闘にまで発展した。そこではウガンダ兵20名が死亡し、追撃阻止のため10数機のウガンダ航空機が破壊されたという。

²⁷³ 1975年5月、米国民間船籍のコンテナ船マヤグエース(SS Mayaguez)がカンボジアによって拿捕された事件。米軍による救出作戦が行われ、カンボジア軍との間で、双方合わせて約80名の戦死者が出る戦闘となった。救出作戦は空振りに終わったが、カンボジア側は拘束した船員らを全員解放した。この作戦は、ベトナム戦争における最後の戦闘であると見なされている。

²⁷⁴ この事件は、その2週間前に起きたケニア・ナイロビとタンザニア・ダルエスサラーム駐在の米国大使館爆破に対する「報復爆撃」といわれた。ケニアでは、爆弾搭載のトラックが大使館に乗りつけ、搭乗3人のうち2人は死亡。ケニアとタンザニアの両爆破事件を合わせて、死傷者数5500人以上をだし、うち死者はケニア247人、タンザニア10名といわれる。米国はこの事件は国際テロ組織アル・カーイダが関与したと断定した。

²⁷⁵ Ruys, *supra* note 20, p. 207.

²⁷⁶ III章-1のガイアナ・スリナム仲裁判決参照。

²⁷⁷ 即時釈放(prompt release)に関する国際海洋法裁判所のカムコ(Camouco)号事件(2000年)、モン

条約発効以降、国家が管轄権を行使できる海域が広がりをみせていることもあり、文民警察機関所有の船舶より遠洋機動能力に優れる軍艦の有用性がますます評価されていることもその理由の一つであろう²⁷⁸。

2 適用法規問題

(1) 戦時／平時の二分法の歪み（武力紛争と法執行活動における適用法規の重複）

ある暴力行為が 2 条 4 項の意味における武力行使であるかどうかの評価とは別に、その状況で適用される法の要求を満たさなければ、たとえそれが本稿が主張する「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動であったとしても許容されるとは言えない。だが、第 2 部で注目する純然たる平時でも戦時でもない状況における暴力行為はそこで適用される法が何であるかの判断自体がそもそも難しい。なぜなら、後に述べるように、いわゆる平時から戦時（武力紛争時）に移行することにより、適用される法が劇的に切り替わるわけであるが、ここではその平時であるのか戦時であるかの状態の評価自体が難しいからである。

さらに、憲章 2 条 4 項の意味における「武力行使」と武力紛争法のいうところの「武力紛争」の概念が完全には重ならないという現象がそれに拍車をかける。すなわち、「武力行使」が行われたとしても、それは必ずしも「武力紛争」、及びその帰結としての「武力紛争法の適用」に繋がるわけではない。逆に、軍艦対軍艦のように国家間での軍隊同士の接触という状況が生じれば、たとえ一方の行為が「法執行活動」における実力行使だと主張されても、武力紛争法が適用される武力紛争であると認識されることがある²⁷⁹。

テ・コンフルコ (Monte Confurco) 号事件 (2000 年) 及びグランド・プリンス (Grand Prince) 号事件では、いずれもフランス領の離島周辺 EEZ における漁業取締にフランス海軍のフリゲート艦が使用されている。

²⁷⁸ Kwast, *supra* note 90, p. 64.; cf. 1996/97 年のミリタリー・バランスによれば、世界の 38 カ国が沿岸警備隊 (coast guard service) を保有しており、その他に 12 カ国が海軍内に沿岸警備隊を保有している。The Military Balance 1996/97 (International Institute of Strategic Studies, London, 1996).

²⁷⁹ 真山全「領海にある外国軍艦に対する強力的措置に関する覚書」『国際安全保障』第 35 巻第 1 号 (2007 年 6 月) 51 頁。

しかし、そうであってもこの問題は避けて通ることはできない。なぜなら、その適用法規が何であるかは本章の許容性評価にとって不可欠であるからだけでなく、関係当事者の権利義務に大きな影響を与えるからである。

伝統的には、国際法は戦争法 (law of war) と平時法 (law of peace) に分かれており、その中間的なステージは存在しなかった。通常、開戦宣言をした後、敵対行為が開始され、そして、紛争当事国でない国に対し中立に基づく権利義務が発生することにより、その暴力行為は戦争と認識され、戦争法が適用される運びになる²⁸⁰。換言すれば、紛争当事国が戦争、すなわち、法上の戦争状態に入ったならば、そこでの国家間の関係は平時法とは全く異なる法制度である *jus in bello* (戦争ないし武力紛争においていかなる行動が許されるかを規律する法) に服することになる。また、当時の *jus ad bellum* (戦争ないし武力行使に訴えることが許されるかを規定する法) は、この戦時／平時の二分法の影響を受けて戦争法の一部門であると認識され、法的な戦争状態を宣言する権利を規律するものと考えられていた²⁸¹。

しかし、20 世紀以降の戦争モラトリアム及び戦争違法化の流れにより、ある状態を戦争とは認識させたくないという国家の意思が作用し、国家実行は平時と戦時の境をぼやけさせることとなる²⁸²。そのような混合状態(*status mixtus*)が頻繁に起こるようになると「武力紛争(*armed conflict*)」と「戦争(*war*)」を区分することが主流になってくる。そして「戦争」は本来の伝統的な意味での概念を満足する国際関係の状態を表すものとして奥に大事にとっておかれ、それ以外のすべての敵対行為の状態は武力紛争と表現するようになり、それが現在ではすべての紛争を表す一般的な用語となったのである。

第二次世界大戦勃発前の 1931 年満州事変及びそれ以降の拡大する日中間の紛争に見られるように、ある紛争当事者は自らの状態を伝統的及び法的な意味での戦争状態にあると

²⁸⁰ L. C. Green, *The contemporary law of armed conflict*, 3rd ed. (Manchester University Press, 2008), p. 91.

²⁸¹ C. Greenwood, "The Relationship between *jus ad bellum* and *jus in bello*," *Review of International Studies*, Vol. 9 (1983), p. 221.

²⁸² 中世においても、国家間の関係が平時とも厳格な意味での戦争とも判断しがたい状況まで悪化したとき、当該国家はある目的においては平時法を、他の目的では戦争法を適用することがあった。英仏間の 100 年戦争がそのような状態であった。Green, *supra* note 280, p. 91.

はしなかった。すなわち、両国間の外交関係は維持され、紛争当事国でない国は中立法に服さねばならないと考えなかった²⁸³。例えば、日華事変中の1937年8月25日、日本は海軍力を用いて揚子江から汕頭(スワトウ)に至る中国沿岸の海上交通の妨害を開始した。さらに、同年9月5日、この措置を全中国沿岸に拡大した。しかし、日本は日中間に戦争状態が存在しないことを理由に封鎖とは称さず、対象を中国船舶に限定した。中国以外の国の船舶に対しては、拿捕などの措置を取らず、監視にとどめた²⁸⁴。また、第二次世界大戦後であれば、国連の旗の下で行われた朝鮮における紛争は「警察行動 (police actions)」と称され、ベトナムでの紛争はまるで内戦に対し外国が介入した形態のように扱われた。さらに、1982年の英国及びアルゼンチン間のフォークランド紛争でさえ本来の意味の戦争とは考えられなかった²⁸⁵。

他方で最近では、1949年ジュネーヴ諸条約共通2条にあるように、紛争の法的な区分に関係なくすべての国家間の武力紛争には人道的原則を導入することが求められている。

そのような流れのさなか、前述したフォークランド紛争において、英国首相は拘束したアルゼンチン将兵に対しジュネーヴ第3条約にいうところの捕虜の地位を短期間ながら否定したことは重要である²⁸⁶。同様に、前述した1989年のノリエガ將軍の強制拉致事件において米国は、パナマにおける本格的な戦闘を経て彼を逮捕し、米国国内法である麻薬関係法違反で通常の刑事手続に付したわけだが、それにもかかわらず、米国当局は彼を捕虜として扱った²⁸⁷事例も興味深い。また最近のアフガニスタンやイラクでの軍事作戦において米国は、当初、被抑留者及び拘束者を司法的保護を与えることなく抑留しよう考えたが、

²⁸³ *Ibid.*, p. 92.

²⁸⁴ 西井正弘編『図説国際法』真山全担当(有斐閣ブックス、1998年)279頁。図12-1-1「日華事変における中国船舶交通遮断区域」【出典】海軍省「支那事変に於ける帝国海軍の行動」海軍省海軍軍事普及部、1938年。

²⁸⁵ Green, *supra* note 280, p. 92.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 93. and Parliamentary Debates (Hansard), House of Commons Official Report Sixth Series, Vol. 22, col. 616 (26 April 1982).

²⁸⁷ Green, *supra* note 280, p. 93.; cf. 米国に逮捕されたパナマのノリエガ將軍の「捕虜」としての地位が争われた例において、米国連邦裁判所は、米国政府が主張した「パナマ侵攻は現新政権の同意に基づく(麻薬取締法規に関する)米国国内法執行のための軍事行動であり、国際的武力紛争を構成しない」という、捕虜条約の「政策的不適用」論を否認した。新井京「平和支援活動における武力行使の法的性質と武力紛争法の適用可能性」『京都学園法学』第2・3号(2001年)109頁。 *United States v. Noriega*, 808 Supp. 791 (S. D. Fla., 1992).

国内外の非難にさらされ、少なくともアフガニスタンでの被抑留者を裁くために軍事審問委員会 (military commissions) が設定された。しかしこの軍事審問委員会も米国連邦最高裁の 2006 年ハムダン事件²⁸⁸によりジュネーヴ諸条約 (共通 3 条) 及び合衆国憲法に違反すると判示された²⁸⁹。

このような事例から分かることは、現代において如何に武力紛争の事実主義的認識が支配的であろうとも、平時と戦時がぼやけている状況では、国家は自らが有利な方向に適用法規を選択できる余地が存在すると言わざるを得ないのである。また、反対の力がこれに作用することもある。すなわち、事実主義を前提としつつ、何らかの圧力、例えば、立法府または司法府からの行政府への国内的圧力や、第 3 国や国連など国際機関からの対外的圧力が相まって事例にあるような混沌とした状況になることも考えられる。さらに今日では、武力紛争法 (国際人道法)、国際人権法、刑事法など様々な規則が競合的・補完的に適用されていると言えよう。

このような伝統的な戦時／平時の二分法から由来する現代の「武力紛争」への適用法規の構造的な問題は、第 2 部が扱う「法執行パラダイム」と「武力行使パラダイム」の接際部付近 (グレーゾーン) にも当てはまると思われる。なぜなら、例えば、海上における警察機関として行為する沿岸国の軍艦が警察比例の原則等に従い強制措置を行い、かかる措置の烈度が武力紛争法が念頭に置く武力紛争の敷居を超えたならば、いずれの法を適用すべきかの問題が生じるからである。つまり、法執行活動はその烈度をさほど問題にしない一方、武力紛争法は行為の法的根拠に頓着せず、事実のみをもってその適用開始を定めるからであり、両者の範囲が重なり合うからである²⁹⁰。以下では順不同であるが、*jus in bello* 中の交戦法規、*jus ad bellum* の継続適用から導き出される制限、海洋法等の「平時」から適用されるいわゆる平時法、及び、*jus in bello* 中の中立法規、特に第 3 国に対する措置についてそれぞれ検討してみたい。

²⁸⁸ *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U. S. 557 (2006).

²⁸⁹ Green, *supra* note 280, p. 93.

²⁹⁰ 真山「前掲論文」(注 279) 51 頁。

(2) 交戦法規 (jus in bello)

国内法に違反する私人に対する国家の単なる警察活動に対し、国家間武力紛争の規則が適用されるとは通常考えられない。しかし、第2部が主に取り上げる国境付近における小競合いのような国境衝突事件のシナリオではどうであろうか。ここで注目したいのは、前述したように、法執行活動には執行主体と客体の間にある種のヒエラルキーがあることである。この構造は何かと類似している。一国内で政府と叛徒の間で争われる内戦、または非国際的武力紛争がそれである。内戦では暴力行為が武力紛争と称するに足る烈度に達すれば法執行として制圧するという説明がもはやできないというのは間違いであり、武力紛争と法執行活動が一体として行われる場合がある。その一方当事者である政府からすれば自己の作戦行動は国内法執行活動に他ならないのである²⁹¹。

他方で、交戦法規は本来、主に国家間に生じる武力紛争を想定してきたが、その適用主体は、次第に拡大してきた。非国際的武力紛争においても、事実において武力紛争が存在すれば武力紛争法を適用する方式に変化し、1949年ジュネーヴ諸条約共通3条により「締約国の一の領域内に生じる国際的性質を有しない武力紛争」を戦う叛徒が適用範囲に入った。非国際的武力紛争に適用される規則は、1977年のジュネーヴ諸条約第2追加議定書で一層拡大された。

ここでの交戦法規は、敵対行為の影響を局限し、被抑留者、文民や難船者といった紛争犠牲者の保護を主要な目的とするものである。この目的からすれば、単に武力紛争と称さないというだけでこれらの適用を排除することは合理的ではない。しかしこれらの規則は交戦法規の内いわゆるジュネーヴ法と呼ばれるものだけである。その対極にある、合法的戦闘員の存在を前提とするハーグ法の適用には困難が生じる。なぜならそもそもそれが対等でないもの同士の暴力闘争だからであり、一方当事者が相手当事者に対する暴力行為を領域国国内法によって禁止しているからである。政府は国内法に従ってその遵守を強制するために違法に侵入する犯罪者に対し暴力行為を正当になしうる一方、侵入者の政府に対

²⁹¹ 真山全 「テロ行為・対テロ作戦と武力紛争法」『テロリズムの法規制（初川満編）』（信山社、2009年）86頁。

する暴力行為は全て国内法違反行為を構成する。また、侵入者は暴力行為を為したことそれ自体で国内法上の責任を追及されるから、戦闘員概念はそこには存在せず、侵入者は捉えられても捕虜として扱われない。この状況は交戦法規差別適用の究極的形態ということができる²⁹²。

話をジュネーヴ法に戻すが、前述したハムダン事件判決は、ある国家（本件では米国）の軍隊が「他の国家」（本件ではアフガニスタン）の領域内において組織された武装集団との間で戦う武力紛争もまた、ジュネーヴ諸条約共通 3 条が適用されるというところが注目された²⁹³が、同規定はもともと一国内の武力紛争をその本来的な適用対象としてきたため、国内法執行活動と両立する規則である。実際、同条の文言からハーグ法の要素は看取できず、同条はジュネーヴ法のみから構成される。そのジュネーヴ法規則にしても、「敵対行為に直接参加しない者」の人道的取扱い及び傷病者収容看護に止まる。対等なもの同士の闘争を前提とする捕虜の地位は、同条文末でこの「規定の適用は、紛争当事者の法的地位に影響を及ぼすものではない」とされ、このことは、敵対行為参加の故のみで処罰可能であることを意味する。なお、処罰について同条(1)(d)は、「正規に構成された裁判所 (regularly constituted court) で文明国民が不可欠と認めるすべての裁判上の保障を与えるものの裁判によらない判決の言渡及び刑の執行」を禁止している。こうした共通 3 条各項は、敵対行為そのものの規制について沈黙しており、その意味で法執行パラダイムとの親和性が強い²⁹⁴。また、共通 3 条を「紛争の性質の如何を問わず」適用される最低限度の人道的保護として援用することは、ニカラグア事件判決などの前例もあり、学説・判例では、第一追加議定書 75 条も同種の規定とされている²⁹⁵。

(3) *jus ad bellum* の継続適用から導き出される制限

次に、紛争時に継続的に適用される *jus ad bellum* の必要性及び均衡性の原則²⁹⁶が、本稿が注目する「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動にも適用されるかもしれない。その

²⁹² 同上、88 頁。

²⁹³ 新井京「ハムダン事件」『国際法基本判例 50 第 2 版 (杉原高嶺ほか編)』(三省堂、2014 年)196 頁。

²⁹⁴ 真山「前掲論文」(注 291) 100-101 頁。

²⁹⁵ 新井「前掲論文」(注 293) 197 頁。

²⁹⁶ Greenwood, *supra* note 281, p. 223.

一つは「暴力行為の地理的範囲の制限」である。1945年以前は紛争の地理的範囲に制限はほとんどなかった。ハーシュ・ローターパクト (Hersch Lauterpacht)は敵対行為を行う得る戦争区域 (region of war)と実際に敵対行為が起きている戦場 (theatre of war)を区分した。紛争当事国は戦場を比較的限られたエリアに制限することを選択するかもしれないが、敵対行為を行い得る戦争区域は紛争当事者のすべての領土及び領海、及び公海を意味した。戦闘行為、特に海軍部隊のものはしばしば紛争当事国本国とは何千海里と懸け離れたところで行われた²⁹⁷。しかし、国連憲章下では規則が異なる。必要性及び均衡性の要請により自衛権を援用しての武力行使の地理的範囲がそれに見合った戦域に制限されてしまうのである。自衛権発動の根拠となっている原因から遠く離れたところでの武力行使は難しいのである。例えば、グリーンウッドによれば、フォークランド紛争中に、英国軍艦とアルゼンチン軍艦がフォークランド諸島から遠く離れた太平洋上で遭遇したとして、正当防衛以外で一方が他方の軍艦に攻撃を行うことは、自衛の措置として合法ではないだろうと述べる。ただし、ここで考えさせられる状況として、英国が当該紛争中アルゼンチン本国の空軍基地の攻撃を実際控えたことである。当該空軍基地から英国海軍部隊を攻撃するアルゼンチン航空機が発進していたのにもかかわらずである。英国のこの決定がどのようなプロセスを経て行われたかは不明だが、グリーンウッドによれば、それにもかかわらず、当該紛争をフォークランド諸島及びその周辺海域に限定したこの決定は、英国が自衛の範囲内で戦場を決定した証であるという²⁹⁸。

二つ目は、「使用武器の選択の制限」である。交戦法規には従来から不必要な苦痛を与える兵器、例えば、ダムダム弾や毒ガスの使用を禁止する規則は認識されているが、それ以上に、自衛の必要性および均衡性の原則が使用兵器の選択に制限を課すことがある。この制限は主観的な考慮から武力紛争とは格付けしない国境衝突事件のような低強度紛争にと

²⁹⁷ 両次世界大戦の主要な緒戦（海戦）はラミ諸国の沿岸沖で起きた（コロネル及びフォークランド諸島沖 1914 年；ラプラタ沖 1939 年）。

²⁹⁸ C. Greenwood, “Self-Defence and the Conduct of International Armed Conflict,” *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, edited by Y. Dinstein (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), p. 277.

って重要である。グリーンウッドによれば、低強度紛争において例えば、軍艦の機関砲の攻撃に対してミサイルで対応することは均衡を逸し、違法であるという²⁹⁹。

このように自衛権を援用した場合の *jus ad bellum* の必要性及び均衡性原則が武力紛争間に適用されるのであれば、それよりも暴力行為が制限されるべき「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動にはなおさら適用されるであろう。

しかし、武力紛争と法執行活動における付随的損害回避における捉え方の違いから、使用武器に関して逆転現象が起きる場合がある。前述したようにダムダム弾は不必要な苦痛を与えるために武力紛争では使用が禁止される弾丸だが、人体内で展開するため、それを貫通し難く、周辺の人員を付随的に殺傷する可能性が小さい。そのため、その人的目標へは非人道的な効果を与えるにもかかわらず、法執行活動ではダムダム弾使用³⁰⁰が許容されているといわれている。なぜなら法執行では付随的損害発生を強く忌避するからであるという³⁰¹。警察比例に従う法執行の方が全体として破壊の程度は小であるように感じられようが、すべての場合にそうであるとは言えない³⁰²のである。

(4) いわゆる平時法

平時から適用されるすべての法（国際法か国内法にかかわらず）を網羅的に検討することは不可能であるので、ここでは本稿の検討目的と特に関係のある「武器使用の制限」及び「海洋法」について見ていくことにする³⁰³。

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 280.

³⁰⁰ フランジブル弾 (frangible bullet) も同様に、屋内戦闘での跳弾防止や、運行中の航空機内での犯罪者制圧に利用されるという。

³⁰¹ 真山「前掲論文」(注 291) 111-112 頁。

³⁰² なお、「暴徒鎮圧剤」についても武力紛争と法執行の使用武器に関する限定的逆転現象が起きていると考えられる。というのも、化学兵器禁止条約 1 条 5 項によれば、締約国は、暴徒鎮圧剤を戦争の方法として使用しないことを約束しているからであり、他方で、同条約 2 条 7 項によれば、当該「暴徒鎮圧剤」は当該条約によって定義される化学物質に該当しないものであって、該当するものは戦争の方法としてもその使用が禁止されるからである。

³⁰³ 「武器使用の制限」及び「海洋法」以外でいえば、「人権法」も平時から適用される法として重要である。特に自由権規約でいえば、6 条 (生命に対する権利)、7 条 (拷問等の禁止)、9 条 (身体的自由及び逮捕又は抑留の手続) 及び 14 条 (公正な裁判を受ける権利) が重要である。C. H. Allen, "Limits on the Use of Force in Maritime Operations in Support of WMD Counter-Proliferation Initiatives," *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 35 (2005), pp. 139-140.

(a)武器使用の制限

法執行活動は基本的に被疑者船舶及び被疑者を拿捕及び逮捕し、国家の司法手続に服させることを目的とした警察活動であり、国家間の戦争又は武力紛争における軍事行動とは異なる。前述したように、後者であれば *jus in bello* による害的手段（兵器・戦闘方法）の制約はあるが、それに従う限り、原則として、戦闘目的に必要なあらゆる手段を用いることができる。それに対して、法執行活動は国内法令の執行であるから、この武器の使用については、いずれの国も国内法上の規則を設けており、国内法上の武器使用基準との整合性を求められる。日本では警察官職務執行法などにより厳しい制限が設けられていることは周知の通りである。そして同時に、この法執行のために行われる海上での武器使用が国家間の論争となる場合には、国際法上の問題となってきた。しかし、海洋に関する国際諸条約が、この点について明文の規定を設けた例は後に述べるように 1995 年までなく、もっぱら国際判例によって示されてきた。その先例としては、アイム・アローン号事件（1933、35 年）、レッド・クルセイダー事件（1962 年）及びサイガ号事件（No. 2）（1999 年）があり、いずれも法執行活動としての武器使用の「合理的かつ必要な限度」をめぐる国際判例である。そのいずれにおいても、およそ実力の行使であれば違法であるとはされておらず、むしろ「合理的かつ必要な」実力の行使は認められるとの判断が下されている。この基準は、自衛権と警察権の行使の双方に適用される慣習法規則であるとの指摘もあり³⁰⁴、1995 年の国連公海漁業実施協定においては次のように明文で採択されている。すなわち同協定第 22 条 1 項(f)は、取締のための乗船および検査にあたっては、「実力の行使を避けることを」を求めつつも、「検査官がその任務の遂行を妨害される場合において、その安全を確保するために必要なときは」実力の行使が認められるとし、その場合に「実力の行使は、検査官の安全を確保するために及び状況により合理的に必要とされる限度をこえてはならない」と規定する³⁰⁵。

³⁰⁴ Shearer, *supra* note 58, p.341.

³⁰⁵ 浅田正彦「九州南西海域不審船事件と日本の対応—継続追跡の問題を中心に—」『日本における海洋法の主要課題（現代海洋法の潮流）栗林忠男・杉原高嶺（編）第 3 巻』（有信堂高文社、2010 年）72-73 頁。

また、アイム・アローン号事件においては、たとえ実力行使の結果として対象船舶が沈没しても、それが意図的な撃沈ではなく、「合理的かつ必要な」実力行使の偶発的結果であれば非難されないと述べており、実際にはかなりの大規模な武器の使用も容認されているように見える。

もっとも、サイガ号事件（No. 2）では以下のように述べて、通常であれば段階的な措置を執ることを義務づけ、実力の行使は最後の手段と位置付けていることに留意しなければならない。すなわち、

「第一に、国際的に承認された停船信号を使用して聴覚的および視覚的信号を発することである。これに成功しなかった場合には、船首を横切る銃弾の発射を含む各種の行動をとり得る。[法執行側が] 最後の手段として実力を行使し得るのは、適当な行動が失敗した後においてのみである。その場合でも適当な警告が[相手] 船舶に対して発せられなければならない。人命を危険に陥れないことを確保するためにあらゆる努力がはらわれなければならない。³⁰⁶」³⁰⁷

以上の合理的かつ必要な限度の実力行使のルールを第2部が主に対象とする国境付近における小競合いのような国境衝突事件に当てはめれば以下のような実力行使の様相になるう。

①実力を行使するためには、事前に、不法に侵入する人、船舶及び航空機に対する明示的な信号又は警告が必要であり、及び、法執行当局の指示に従うよう訴えることが必要である。ただし、当該実力行使の遅れが国家安全保障、または現場法執行機関の生命に深刻な事態を及ぼすときはその限りではない。

②実力行使は不法侵入を停止するために厳格に必要な目標に限定しなければならない。ある状況下ではその目的を達成するために致死力の行使も許容されるが、それは致死的

³⁰⁶ *Saiga case*, para 156.

³⁰⁷ また、上記3件の判例ともに合理的かつ必要な実力の行使であるかの挙証責任が法執行側にあるので、現場での実力行使をビデオ等で記録しておくことが、後々のために重要である。Allen, *supra* note 303, p. 155.

力を行使する以外に手段がない場合である。その場合であっても、領域国は人命損失を最小限に止めなければならず、行使する実力が懲罰的又は報復的な性質であってはならない。

③当該実力行使は、他国（原則として、不法に侵入する相手国家も含む）の領域で行ってはならない³⁰⁸。

武器使用の限度は相手側の武器使用の態様によるところも大きい、「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動であっても、上記のような合理的範囲でのみ認められるものである³⁰⁹。

(b)海洋法

まず、海上における武力紛争に海洋法条約等の海洋法が適用されるかという問題に本稿に関係する何らかの糸口があると思われる。田中忠教授によれば、理論的には3つの可能性が考えられるという。第一には、海洋法条約はその平和目的条項（301条、88条、141条、19条2項(a)、及び39条1項(b)）により、武力紛争時においても、同条約の規定が包括的・排他的に適用されるとする立場である。第二には、逆に、武力紛争が発生した場合には、海洋法条約の適用が全面的ないし部分的に停止され、代わって、武力紛争法規が優先的に適用されるという考え方である。また第3は、両者が競合的・補完的に適用されるという見解である。少なくとも、海洋法条約全体が武力紛争時にも排他的に適用されるという第1の立場は一般には受け入れられてはいないようである³¹⁰が、田中忠教授によれば、第三の立場が実行上最も適合した考え方だという³¹¹。ただしその根拠は必ずしも明らかではない。この点について、1958年ジュネーヴ海洋法条約の草案を起草したILCの報告書「The draft regulates the law of the sea in time of peace only.（当該草案は平時のみの海洋法を規定する。）」³¹²や、スウェーデンが海洋法条約署名時に行った解釈宣言「It is

³⁰⁸ Gill, *supra* note 39, p. 129.

³⁰⁹ 村瀬「前掲論文」（注128）145-146頁。

³¹⁰ E.g., Elmar Rauch, *The Protocol Additional to the Geneva Conventions for the Protection of Victims of International Armed Conflicts and the United Nations Convention on the Law of the Sea: Repercussion on the Law of Naval Warfare* (Duncker & Humbolt/Berlin, 1984), p. 37.; Elmar Rauch, "Military Uses of the Ocean," *German Yearbook of International Law*, vol. 28 (1985), p. 233.; Akira Mayama, "The Influence of the Straits Transit Regime on the Law of Neutrality at Sea," *Ocean Development and International Law*, Vol. 26 (1995), p. 9.; Brian Wilson and James Kraska, "American Security and Law of the Sea," *Ocean Development and International Law*, Vol. 40 (2009), p. 277.

³¹¹ 田中忠「武力規制法の基本構造」『現代国際法の指標』（有斐閣、1994年）313-314頁。

³¹² ILC Yearbook, 1956, Vol. 2, Documents of the Eighty Session including the Report of the

also the understanding of the Government of Sweden that the Convention does not affect the rights and duties of a neutral State provided for in the Convention concerning the Rights and Duties of Neutral Powers in case of Naval Warfare (XIII Convention), adopted at The Hague on 18 October 1907. [海洋法条約は1907年10月18日にハーグにて採択された海戦中立条約（ハーグ第13条約）における中立国の権利義務に影響を与えないということがスウェーデン政府の了解である。]」がしばしば援用される。しかし、前者はあくまでも1958年ジュネーヴ海洋法条約に関する言明であって国連海洋法条約に関するものではなく、また、後者は海戦中立条約についてしか言及しておらず海戦法規および中立法規全般について述べたものではない。このように法の適用状況が混沌としているのはやはり平時と戦時がぼやけている現代の特徴であるが、それゆえ、武力紛争法と海洋法の双方が部分的に適用されるにしても、具体的にどのような形で適用関係が確定されるかは、実力行使の性質や規模、暴力行為が実際に展開される海域、及び国家間の関係等いかんによって異なるといわざるを得ないだろう。

実力行使の性質・規模についてみれば、純粋な法執行活動であれば武力紛争法規の適用はもちろん無く、海洋法が全面的に適用されるのだろうが、第2部が注目する「法執行パラダイム」と「武力行使パラダイム」の接際部付近(グレーゾーン)での適用関係はどうなるのであろうか。この場合にはその程度や実力行使の態様に従って、具体的な適用法規を考慮していく必要があるだろう。

例えば、平時において外国軍艦が沿岸国の無害通航に係る法令を違反して領海侵入するシナリオにおいて、この違反自体では有害通航を構成せず、海洋法条約25条にいう「保護権」発動を惹起させない³¹³。しかし、沿岸国の法令違反であることには間違いなく、その不遵守の結果として沿岸国に与えたいかなる損失又は損害についても国際的責任を負うことになる³¹⁴。ただ、だからといって、その法令違反を犯していることが沿岸国の武力の

Commission to the General Assembly, p. 256

³¹³ 無害性の認定基準と沿岸国の国内法令の違反の有無との関係については、国際法上、両者を結びつけるいわゆる「接合説」と両者を無関係なものとするいわゆる「分離説」の対立が存在するが、ここでは、とりあえず「分離説」で考察することとする。

³¹⁴ 海洋法条約31条

行使を含む措置を正当化するわけではない。さらに外国軍艦が沿岸国の刑事・民事裁判権からの免除を有することも関係する³¹⁵。そんな中、沿岸国は当該軍艦に領海からの退去を要請することはできる³¹⁶。ここでもし、沿岸国の法令遵守要求が拒否され、退去要求も拒否されるという状況になれば、それは沿岸国の安全を害する³¹⁷という意味において有害通航を構成し、25条の保護権によりその有害通航を防止するために「必要な措置」をとることができる³¹⁸と仮定できる。ギルによれば、ここでは領域を保全するための武力の行使³¹⁹が正当化される³²⁰というが、これがまさに本稿が注目する『慣習法上の自衛権』内在の法執行活動に包摂される概念である。まさにこの場面に限っては海洋法の上にオーバー・ライドして武力紛争法規が適用されることになるだろう。もちろん多くの場合は、外交ルートによる抗議に止めたり、いっても憲章33条に列挙される平和的紛争解決手段のいずれかに訴えることによりエスカレーションを抑制することになるだろう。

暴力行為が行われる海域に即して、適用法規の違いが現れることもある。国際海峡、領海、EEZ及び大陸棚などの暴力行為が行われる場所によってルールが異なるが、この点については、原則として、海洋法条約が規定するところに従うことになるだろう³²⁰。特に国際海

³¹⁵ 海洋法条約 32 条

³¹⁶ 海洋法条約 30 条

³¹⁷ 海洋法条約 19 条 1 項

³¹⁸ ここでの武力行使は(狭義の)自衛権による武力行使というより、主権免除のペールを貫き通す為だけの「有形力の行使」としたほうが適切である。その方が海洋法条約 25 条の保護権と調和的であるからである。IV章-3 参照。

³¹⁹ Gill, *supra* note 39, p. 134.

³²⁰ 田中「前掲論文」(注 311) 313-314 頁。沿岸国の安全保障上の法益保護に関して言えば、海洋法条約 19 条 1 項及び 2 項から分かるように、領海における他国船舶の特定の軍事的活動に対し有害航行を防止するための「必要な措置」をとることはできるのに反し、それ以遠の接続水域、EEZ、及び公海に関しては当該「必要な措置」をとることが許容されるとは解されない。その理由の一部を条文の起草過程から紐解けば、ILC における領海条約案の起草において、接続水域の規制目的に「安全保障 (security)」を入れる提案がなされたが、「安全保障」という語が過度に曖昧であり、濫用される危険性があること、安全保障上の対応は自衛権で足りることなどから、否決された経緯がある。ILC Yearbook, 1956, vol. 1, p. 78, and vol. 2, p. 294. また、EEZ に関しては、第 3 次国連海洋法会議において、EEZ において沿岸国が有する法益の中に、安全保障を含めるかで対立があったものの、含めようとする提案が会議の場で否決されたこともしばしば参照される。例えば、坂元茂樹教授によると、「第 3 次国連海洋法会議で、『海洋法条約 88 条と 301 条の] 平和的目的』とは海上でのすべての軍事行動の完全な禁止であるとのエクアドルの議論が受け入れられなかったことを忘れてはならない。実際、第 3 次国連海洋法会議の議長であったコー (Tommy T.B. Koh) 教授は、『EEZ 内での軍事活動の問題は、非常に難しい問題である。われわれは最終的に、EEZ の法的地位について真意を隠して表現することに成功した。即ち、条約には述べられてはいないが了解されている。第 3 国が、沿岸国の EEZ 内で軍事活動を行うことができるか、それともできないかについて明確に述べているところはどこにもない。しかし、われわれが交渉し、合

峽に関しては通航の要請が極めて高いために海洋法のルールが優先して適用されることになろう。ただし「強化された無害通航権³²¹」は問題ないとしても、航空機の上空飛行及び潜没潜水艦の航行を含んだ「通過通航権³²²」についてはどうなるのかは未解決のままであり、さらには沿岸国の性質及び通航する船舶の種類等によっては場合分けして考える必要があり複雑な法適用関係になる³²³。また、これは慣習法化されているか不明であるが、少なくとも海洋法条約の締約国については、EEZの生物資源に関する主権的権利を行使する目的の暴力行為は73条のルール、すなわち、拿捕船舶及び乗組員の合理的保証金支払い等の後の速やかな釈放、拘禁刑及び身体刑の禁止、及び抑留後の旗国への通報を行う必要がある。

また、国家間の関係によっても適用法規は異なり得る。すなわち、対立している国家間相互の関係と当事国と第3国の関係とを切り離し、前者については武力紛争法規を優先的にするとともに、後者については必ずしもその適用を優先することなく、海洋法の規則に従うのが適当とも考えられているが³²⁴、国家実行及び数少ない判例は必ずしもそうではない。次項の第3国に対する措置 (*jus in bello*) にも関係するが、例えば、4次にわたる中東戦争が例として挙げられる。中東戦争でエジプトは、自国領海内で多数の第3国船舶を捕獲した（公海上は一例のみといわれている）。これらは領海上の行為であったが、エジプトは、領海における沿岸国の保護権としては説明することはせず、国際法上の戦争状態の存在の議論自体は回避しつつも、第3国船舶に対する妨害という事実状況が存在するならば、

意した当該条文は、そのような活動が行われるのを認めているというのが、一般的な理解であった。そのため、私の見解は、1982年12月にブラジルがモンテゴ・ベイで行った声明〔坂元注：EEZでは軍事演習は禁止されているとの解釈宣言〕とは異なる』と述べる。』坂元茂樹「排他的経済水域における軍事活動」『海と国際秩序と海洋政策』（東信堂、2006年）112頁。

³²¹ 領海条約16条4項、及び、海洋法条約45条

³²² 海洋法条約38条

³²³ (1)国際海峡の沿岸国が中立国である場合と、(2)国際海峡の沿岸国が交戦国である場合とに分けた上で、さらに、国際海峡を通航し、または通航しようとする船舶が、(a)交戦国軍艦である場合、(b)交戦国商船である場合、(c)中立国軍艦である場合、(d)中立国商船である場合の少なくとも4つに分けて検討する必要がある〔(1-a)、(1-b)、(1-c)、(1-d)、(2-a)、(2-b)、(2-c)、(2-d)の合計8パターン〕。cf. Natalino Ronzitti, "The Crisis of the Traditional Law Regulating International Armed Conflicts at Sea and the Need for its Revision," *The Law of Naval Warfare: A Commentary on the Relevant Agreements and Documents*, ed. N. Ronzitti (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1988), pp. 14-26.

³²⁴ 田中「前掲論文」(注311)313-314頁。

領海に関する海洋法規則は、武力紛争に際して、その範囲で適用がないとの立場をとっていた。また、第1次及び第2次の印パ戦争でも第3国船舶に対する措置は領海内でなされたが、領海に関する海洋法規則にはいずれの国も言及していない³²⁵。また、フォークランド紛争間における交戦国の第3国船舶に対する干渉について判断されたアメラダ・ヘス海運会社事件（合衆国連邦控訴裁、1987年9月判決）では、海戦法規と海洋法双方を根拠として、当該第3国船舶へ干渉（攻撃）が違法と判断された³²⁶。ただ、本稿が注目する「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動の場合は、「法執行パラダイム」と「武力行使パラダイム」のグレーゾーンにあるとはいえ法執行パラダイム寄りであるので、第一義的には海洋法が適用されると考えられる。

(5) 第3国に対する措置 (jus in bello)

エリュ・ローターパクト (E. Lauterpact) は、戦争状態が存在しなければ交戦国は第3国に影響を与える措置をとり得ないとし、さらに海上捕獲を取り上げ、「したがって、捕獲法に根拠をもつ措置を第3国に対しては行い得ない」としている³²⁷。

³²⁵ P. M. Norton, "Between the Ideology and the Reality: The Shadow of the Law of Neutrality," *Harvard International Law Journal*, Vol. 17, No. 2 (Spring 1976), pp. 304-306.

³²⁶ 1982年4月に英国とアルゼンチンの間にフォークランド紛争が発生した時、リベリア法人UC社が所有しリベリア法人アメラダ・ヘス社 (AH社) が用船するリベリア船籍のタンカー・ハーキュリーズは、南アメリカ最南端を経由して、アラスカの原油を米領ヴァージニア諸島の石油精製施設へと運搬する業務に従事していた。フォークランド紛争では、フォークランド諸島周辺の南大西洋で両国による海上軍事行動が行われた。その過程で、英国は、同諸島を中心とする半径200海里の全面排除水域を設定し、同水域に侵入するすべての国籍の船舶・航空機 (民間も含む) は、アルゼンチン軍を支援するものとみなされ、攻撃対象となると宣言した。アルゼンチンも南大西洋全般を戦争水域として、同水域内で発見される英国の軍艦および商船を攻撃対象とすると宣言した。6月8日、ハーキュリーズは、アルゼンチン本土から600海里、フォークランド諸島から500海里の公海上を航行中にアルゼンチン航空機の爆弾と空対空ミサイルによる無警告の攻撃を受けた (この地点は英国排除水域外であり、またアルゼンチン戦争水域外でもあり攻撃対象外である)。ハーキュリーズは攻撃後自力でリオデジャネイロに向かったが、UC社はハーキュリーズを修復困難と考えブラジル沖で自沈させた。UC社とAH社は合衆国連邦裁判所において損害賠償請求を提起した。連邦控訴裁判所判決は、海戦法規と海洋法双方を根拠にして、ハーキュリーズに対する攻撃を違法であると判示した。すなわち、海戦法規、海上中立法に関しては、パリ宣言、ハーグ海戦中立条約、未発行であるが慣習法の表現であるとされるロンドン宣言、および汎米海上中立条約を挙げ、海洋法については、公海条約と海洋法条約に言及した。 *Amerada Hess Shipping Corporation and United Carriers, INC. v. Argentine Republic*, United States Court of Appeals, Second Circuit, Decision, 830 F.2d 421 (1987).; 真山全「武力紛争に於ける外国船舶に対する干渉」『海洋法・海事法判例研究2号』(日本海洋協会、1991年) 68頁。

³²⁷ E. Lauterpacht, "The Legal Irrelevance of the 'State of War'," *Proceedings of the American Society of International Law*, 62nd Annual Meeting, American Society of International Law (1968), pp. 58-68.

他方で、この見解の対極ともいえるべき位置に、バクスター(R. R. Baxter)がいうように、戦争違法化を保障する体制が機能しない以上、戦争違法化はいいえず、第3国は依然「古典的中立法」全体に拘束されるとの主張が存在する³²⁸。このような見解の根本的対立の中で真山全教授は、1988年、中立法の全分野の存在の基盤が戦争観の転換により失われると前提が維持されるかの問題認識をもち、第二次大戦以降の国家実行を丹念に洗うことにより、戦争が宣言されているかどうかを問わず、海上経済戦に伴い中立法規が適用されている状況が存在することを発見し、現代においても、戦争違法化に関する議論とは直接影響を受けない中立法の部分が存在することを想定しなければならないと結論づけた³²⁹。

他方で、2007年、同じく真山教授は第3国への措置の法的根拠を自衛権に求めうるかという問いに対して、第3国船舶が、敵対行為に直接参加するか又は紛争相手国の作戦行動の直接的支援を行っているのであれば、それらへの措置を自衛権に引きつけて説明することは可能である。ただし、軍需物資を含むとはいえ単なる物資輸送、すなわち、それ自体武力行使や武力攻撃に該当しない行為を行っているにすぎない第3国船舶については難しいという³³⁰。そうであるならば、前述したフォークランド紛争においてアルゼンチンから干渉を受けたリベリア船籍タンカー・ハーキュリーズのような紛争当事国の戦争遂行努力の支援とは何ら関係のない純粋な第3国船舶に対する干渉はなおさら認められないであろう。同様にグリーンウッドも1989年の論文「自衛と国際的武力紛争における行為」において、自衛を根拠とした中立国船舶の捕獲行為は極端な状況でないかぎり正当化されないであろうと述べる³³¹。

このように、狭義の自衛権を根拠とした第3国への措置ですらその説明が難しいのだから、本稿が注目する「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動ではさらに難しいといわざるを得ない。

³²⁸ R. R. Baxter, "The Legal Consequences of the Unlawful Use of Force under The Charter," *Proceedings of the American Society of International Law*, 62nd Annual Meeting, American Society of International Law (1968), p. 73.

³²⁹ 真山全「海上経済戦における中立法規の適用について」『世界法年報』(Vol. 8、1988年10月)17-31頁。

³³⁰ 真山「前掲論文」(注15)217頁。

³³¹ Greenwood, *supra* note 298, p. 284.; 同様の趣旨として Ronzitti, *supra* note 323, p. 6.

よってここでの第3国船舶に対する措置は前項で述べたように海洋法規則による評価の対象となり、沿岸国領海内での措置であるならば領海における沿岸国の権利から説明³³²し、公海上であるならば、海洋法条約110条にあるような外国船舶に対する干渉の範囲に限定されるのである。

しかし、そうであっても国境衝突事件のようなシナリオでは、相手国に対する海上経済戦という目的以外に第3国船舶の海上交通に対してとり得る措置が考えられそうである。当該衝突現場は短期間とはいえ一定程度の戦闘行為が行われる可能性があり、その海域(空域)の通航は危険である。よって、国際海事機関(IMO)や国際民間航空機関(ICAO)等の国際機関を通じて「危険区域通告」を第3国に対して行うのである。もちろんこの通告の遵守に法的拘束力があるわけではなく、第3国に対し中立法の受忍義務のような何らかの権利・義務を負荷するものではない。当該通告措置を行う時間的余裕が当然必要だが、不要な付随的損害を回避するために沿岸国は当該措置を行う必要がある。

他方、これと外見上類似した概念で、フォークランド紛争やイラン・イラク戦争で紛争当事国が設定した排除水域(exclusion zone)³³³や米国が自国機動部隊の周辺に設定した

³³² 例えば、海洋法条約25条3項を援用した特定水域の第3国船舶の無害通航の一時停止等が考えられる。

³³³ イラン・イラク戦争では、双方の交戦国が、排除水域、戦争水域を設定した。イランが設定したのは、いずれも伝統的基準を満たす封鎖と、自国防衛を目的とする幅40海里の排除水域であり、国際法上認められるとされている。これに対して、イラクの措置は、ペルシャ湾最深部、特にイランの原油積出基地であるカーグ島周辺を戦争水域とし、水域内で船舶の無警告攻撃を予定していたが、この水域はドイツのかつての戦争水域の再現であり違法だとする考えが多数である。フォークランド紛争では、英国とアルゼンチン双方により様々な水域が宣言された(英国側4種類、アルゼンチン側3種類)。これら水域の中でも、いくつかの水域は、従来合法的軍事目標とされたものを攻撃対象とすると述べるにとどまり、軍事行動の範囲の自制に過ぎない。しかし、英国が1982年4月28日(30日発効)に設定した全面排除水域(Total Exclusion Zone)、ならびにアルゼンチン側の4月29日の宣言および5月11日の南大西洋戦争水域の宣言が問題となる。英国のTEZは、フォークランド諸島を中心とした半径200海里の水域内において、アルゼンチン軍艦・補助艦のみならず、すべての船舶及び航空機(軍民を問わない)で、英国国防省の事前許可のないものを、アルゼンチンによるフォークランド諸島の違法な占領を支援しているとみなし攻撃対象とするものである。これに対抗してアルゼンチンは、4月29日に、フォークランド諸島、サウスジョージア島およびアルゼンチン本土の沿岸200海里の南大西洋作戦地域内に立入った英国の船舶・航空機(軍民を問わない)を攻撃対象とすると宣言し、さらに5月11日には南大西洋全域を戦争水域と宣言し、そこで発見された英国船舶はいかなるものも攻撃するとしたのである。今日でもすべての敵国商船が合法的攻撃目標となったわけではない。したがって、南大西洋という広大な範囲で英国商船を攻撃するとしたアルゼンチンの5月11日の南大西洋戦争水域は国際法上認められないとされる。しかし他方で、英国のTEZは、アルゼンチン商船のみならず第3国商船をも攻撃対象とする(実際に第3国船舶が攻撃を受けた事例は存在しなかった)が、国際法的に許容されるとの見解が多数をしめる。新井京「封鎖法の現代的「変容」－排除水域と飢餓封鎖の問題を中心に－」『武力紛争法の国際法』

防御バブル(defense bubble)³³⁴のような水域を設定することにより、第3国船舶又は航空機の航行・飛行を規制することができる可能性は状況次第ではゼロでないかもしれない³³⁵。もちろん、これら概念はこれまで国家間武力紛争時において使用されてきたものであり、本稿が注目する「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動を根拠にした暴力行為にそぐわないもののように一般には考えられる³³⁶。

VI おわりに

ここまで、海上における「法執行活動」と「武力行使」の峻別困難な事象、特に、国境付近の小競合いのような国境衝突事件において、主観的な考慮によって選択された国家の暴力行為の法的性格づけについて実証的に検討してきた。ここでは、そこで用いられる

“use of force”が法執行活動の実力行使なのか、憲章2条4項の意味における武力の行使なのかに注目し、その接隣部付近にある判例及び国家実行を分析することにより、国家が

(東信堂、2004年) 490-491頁。

³³⁴ フォークランド紛争中の1982年4月23日に、英国機動部隊指揮官(CTF 317)が防御を目的として、機動部隊に帯同する防御的海域であるバブルを設定した(但し、地理的範囲は明示されず)。バブル内では、英国機動部隊の監視任務に従事する全てのアルゼンチン航空機(軍民問わず)は英国機動部隊に対して敵対意図(hostile intent)を有するとみなされた。しかし、バブル内に所在する中立国航空機は、措置の対象から排除された。また、イラン・イラク戦争においては、米国が、湾岸海域で行動する米国機動部隊の周辺5海里に防御バブルを設定した(1984年)。防御バブル内においては、敵味方未識別の目標、或は意図が不明な目標は敵対的性格を帯びると推定され、米国機動部隊による自衛措置の対象となるとされた。その後、1987年に生じたミサイル・フリゲート艦スタークへのミサイル攻撃事件の後に、米国はROEを変更した。その結果、バブルの地理的範囲は秘匿されるとともに、水上及び経空目標に対する目標識別及び対処は、探知距離に関わりなく全て現場部隊指揮官の責任において実施されることとなった。吉田靖之「海戦法規における目標識別規則—目標識別海域設定を中心に—」『法学政治学論究』(慶大大学院法学研究科、2007年)15頁。

³³⁵ サンレモ・マニュアルではパラグラフ105-108に「区域(Zones)」というカテゴリーを設け、排除水域(exclusion zone)と考えられる概念を扱っているが、その意義及び効果については隔靴搔痒の感がある。すなわち、パラグラフ105において「交戦国は、海上の一定水域の正当な利用を妨げるような区域を設定して、国際人道法の下での義務を免れることはできない。」と述べておきながら、その注のパラグラフ105.1において「…防御目的で区域が設定された場合には、武力紛争当事国は、許可なく当該区域に所在する船舶・航空機を、区域が設定されなかった場合よりも敵対的な目的で存在するものと推定するであろう。」と述べている。International Institute of Humanitarian Law, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea: Prepared by International Lawyers and Naval Experts convened by the IHL* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), p.181.

³³⁶ しかし、これらが国際法上必ずしも確立した概念ではなく、法がいわば灰色地帯にあって不明確ないし形成・変革の過程にあると考えることができるならば、このような相対的な概念に対しては、その当時の国際的な合理性を考慮(フォークランド諸島で用いられたような主要な海上交通路からはるかに離れた区域は、ペルシャ湾で用いられたような地球上で最も主要な海上交通路上に所在する区域よりも、異議を引き起こすことは少なそうである。*Ibid.*, p.182, para. 106.2.)して、対抗力を保持した国家管轄権の一方的行使として追及する価値はあるのかもしれない。

どのような必要性から「法執行活動」を根拠として暴力行為を行うのか、そして、その暴力行為を「法執行活動」として許容されるためには如何なる基準を満たさねばならないかを論じてきた。

例えば、日本の場合、武力攻撃に至らない武力の行使に対してであっても自衛権行使は認められるという、いわゆる「マイナー自衛権」を国際法上の解釈として認めてはいるが³³⁷、国内法上その概念が整理されていない³³⁸ため、結果として当該マイナー自衛権発動としての「武力の行使」を認めていない。しかし、武力攻撃に至らない一定の事態に対しては、その実践的必要から「武器の使用」（治安出動³³⁹、海上警備行動及び対領空侵犯措置、すなわち、法執行活動）にて対応している³⁴⁰。

もちろん、第2部の結論がすべての海域³⁴¹に当てはまるわけではない。法執行活動は、当然、国家の主権的権利又は管轄権を行使できる場所的及び事項的範囲に限定される。他の状況、例えば、公海上における外国船舶又は航空機に対する暴力行為がどのように性格

³³⁷ 『第34回国会衆議院日米安全保障条約等特別委員会議録』第21号（1960年4月20日）25-26頁。

³³⁸ 『第154回国会衆議院安全保障委員会議録』第3号（2002年3月28日）13頁。

³³⁹ 警察力を超える實力を行使する治安出動は法技術的に「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動といえることができよう。すなわち、治安出動時には、警職法7条の準用に加え、これを超える武器使用権限が認められる。治安出動が発令されるのは、量的のみならず質的にも一般の警察力をもってしては治安を維持することができないと認められる緊急事態があることから、出動を命ぜられた自衛隊の自衛官は、単に警察官の数を補うのみならず、より強力な實力をもって事態を鎮圧するため、警職法を超える武器使用が認められるものである（自衛隊法90条1項）。この場合、正当防衛、緊急避難といった警職法7条ただし書きから準用される要件を満たさなくても、事態に応じ合理的に必要と判断される限度で武器を使用することができ、その結果、人に危害を加えることとなっても、法律に基づく正当行為と評価され、違法性が阻却される。田村重信他『日本の防衛法制（第2版）』（内外出版、2012年）138-139頁。

³⁴⁰ 浅田「前掲論文」（注4）259、262及び287頁。なお、日本政府は2014年7月1日の閣議決定において、「…。自衛隊と米軍部隊が連携して行う平素からの各種活動に際して、米軍部隊に対して武力攻撃に至らない侵害が発生した場合を想定し、自衛隊法第95条による武器等防護のための『武器の使用』の考え方を参考にしつつ、自衛隊と連携して我が国の防衛に資する活動（共同訓練を含む。）に現に従事している米軍部隊の武器等であれば、米国の要請又は同意があることを前提に、当該武器等を防護するための自衛隊法第95条によるものと同様の極めて受動的かつ限定的な必要最小限の『武器の使用』を自衛隊が行うことができるよう、法整備をすることとする。」と述べて、自衛隊自身の武器等だけではなく米軍や豪軍の武器・装備等についても、武器等防護のための武器使用という法執行活動により、武力攻撃に至らない侵害に対し防護することを考えている。閣議決定『前掲書』（注3）3頁。「安保法制、自衛隊の保護対象 物資・情報協定国に限定」2015年4月14日 日本経済新聞 朝刊。実際、2015年9月19日、いわゆる平和安全法制関連2法が参議院本会議で可決・成立し、その中の自衛隊法改正において95条の2「合衆国軍隊等の部隊の武器等の防護のための武器の使用」という新たな規定が加えられた。この際、関連する内閣提出法案は修正されていない。

³⁴¹ その上空及び海中も含む。

づけられるかは更なる分析が必要である³⁴²。さらに言えば、そもそも「法執行活動」と「武力の行使」の峻別は難しい³⁴³のであり、第2部では峻別の道標を提示したに過ぎず、案件毎の個別具体的な検討は不可欠である。

また、国家領域としての「所有権 (dominium)」と「統治権 (imperium)」が陸地ほど強力ではない海上³⁴⁴では、国家はその領海であっても外国船舶の無害通航を認めなければならないように、その主権行使を国際法により多くを律せられている。しかし、その反面、その国際法が決して具体的でも完璧でもないために、国境衝突事件のような暴力事態が起きた場合、「武力行使の目的を問わない客観的規制」を前提としながらも、当事国に選択の余地が生まれるという現象が第2部が扱った対象でもあった³⁴⁵。

他方で、第2部は『慣習法上の自衛権』内在の法執行活動」という概念を用いて、「法執行パラダイム」と「武力行使パラダイム」の接際部付近（グレーゾーン）にうまく対応する第3のパラダイムを創設することを主張するように見えるかもしれない。しかし、そのようなことは意図していない。なぜなら、実際に暴力行為を行うときは（その暴力行為

³⁴² 現在の暫定的結論としては、公海上における外国船舶又は航空機に対する暴力行為は、それが商船か軍艦に対するかに関わりなく、憲章2条4項の武力行使禁止原則の対象と考えるのが原則（例外として、海洋法条約105～111条の措置が挙げられる。）のようである。なぜなら、当該暴力行為が国連の目的と両立しないからである。この見解の権威は有名なロチュース号事件判決からもって来られるのかもしれない。すなわち、公海自由の原則のコロラリーとして、「公海上の船舶は旗国の領域と擬制しうるのであり」、及び、「船舶は国家領域と同等の立場に位置づけられる」。*S.S. Lotus (France v Turkey)* [1927], PCIJ, Ser A, No. 10, 25.; A. Randelzhofer/O. Dörr, *supra* note 111, p. 215. しかしながら、確証的な結論を出すためには本文で書いたように更なる検討・分析が必要である。

³⁴³ Ⅲ章参照。

³⁴⁴ 小寺彰『パラダイム国際法—国際法の基本構成—』（有斐閣、2004年）110頁。

³⁴⁵ ところで、本稿は国際法学の分野に何か貢献できたのであろうか。国内法に限らず、国際法の分野においても、暴力の規制がその法発展各段階の主要な議題であった。そんな中、第2部のように国家の法執行活動の概念を拡大するような論調は、暴力規制に関する国際法の基本原則に大きくそして危険な風穴を開けることになってはいないだろうか。確かにⅢ章-4では、国境衝突事件に対応する国家の暴力行為の理論的基礎において、伝統的国際法の権力的構造が未だに残存していることを指摘した。しかし、他面、その暴力行為が憲章2条4項の意味における「武力の行使」だという立場、または、その状態が国際的「武力紛争」だと判断して、当該暴力行為の応酬に武力紛争法がジュネーヴ法又はハーグ法に関わりなく適用されれば、どちらの当事者の行為であっても一定の範囲で殺傷と破壊が許容されることとなる。そういった意味では暴力規制の国際法の構造は19世紀とあまり変わっていないといえよう。なお、現代において、暴力行為（状態）の概念を戦争と法の間を説明する学説である「行為説」、又はそれと対置される「状態説」のどちらか一方だけで説明するには困難が伴う。なぜなら、ジュネーヴ諸条約共通2条にある「…、その占領が、武力抵抗を受けると受けないとを問わず、[ジュネーヴ諸条約が]適用する。」及び第二次世界大戦のラミ諸国と日本の間の「戦闘なき戦争」といった現象、並びに、武力紛争の事実主義を同時並行的に説明することができないからである。「行為説」及び「状態説」の内容については、田中「前掲論文」（注311）266-269頁。

が合法か違法かとは関わりなく)、必ず「武力の行使」か「法執行活動」のどちらかを取らざるを得ないからである。第2部で検討してきた過程を用いて正確に言うならば、峻別困難な事象を理論的に整理して考察する際には、確かに、「武力の行使」と「法執行活動」の間隙に第3のカテゴリーを創設して検討するほうが理解しやすい。しかし、実際に実行する段階ではどちらかを選択すべきである。もし、第3のパラダイムを創設するというならば、IV章-4で述べたようにパンドラの箱があいて暴力行為に歯止めが効かなくなる可能性があるからである³⁴⁶。つまり、第3のパラダイムでは、当該暴力行為を規律する規範が何であるのか、どのような性質・限度の殺傷、破壊又は捕獲行為が認められるかについて、これから新たに作成するにしても現段階ではまったくの未定なのであり、これでは、現場の軍隊若しくは警察機関は無制限に当該行為を行うか、または、逆に身動きが取れなくなってしまう。よって、実際には「武力の行使」か「法執行活動」の一方を否応なしに選択せざるをえないであろう。また、ある一定の状況では二者選択の余地があるかもしれない。主権免除のベールを貫き通す際の *jus ad bellum* 上の問題や、複雑な適用法規への対応等問題はあっても、その中間的な概念というのは実際にはあり得ないのである。

³⁴⁶ クヴァストは、「警察活動と軍事活動、すなわち、法執行活動と武力行使を区別する基準を明確に法概念化することが、暴力行為のエスカレーションの危険性を弱めることに役立つかもしれない」と主張する。Kwast, *supra* note 90, p. 52.

結論

世界はこれまで、3つの国連海洋法会議〔UNCLOS I (1958年)、UNCLOS II (1960年)、及びUNCLOS III (1973-1982年)〕を通じて、4つのジュネーヴ海洋法条約(1958年)、そして、海の憲法と称される国連海洋法条約(1982年)を作成した。それぞれの会議において各国代表は、起草された諸規定が自国の安全保障上の利益と密接に関連し得ることを強く認識していたのであり、それ故、その意見表明はその時々 of 国家安全保障戦略を反映していた。例えば、第1部において取り上げた軍艦の無害通航権に関して、1930年ハーグ会議に出席した米国代表は、軍艦が無害通航権を有しないと主張していた¹。しかし、1958年のUNCLOS I に出席した米国代表は、これを国際法上の権利であると強く主張した。このような米国の態度変更は、国際関係に占める米海軍の地位の変化にともなうものであろう²。

また別の例を挙げれば、軍艦が戦略的に重要な海峡を通過する権利追及は、無害通航を律する規定の文言³や通過通航権の新設に確認することができる⁴。加えて、すべての国が

¹ この意見は、1929年のいわゆるハーバード領海法草案や1910年英米間北大西洋漁業事件仲裁裁判での米国国務長官ルート(E. Root)の陳述等の米国の見解と一致している。その背景には、当時、強力な海軍力をもつ英国に対してそれを牽制するとともに、国際通商の最大の利益享受国になりつつあった米国の法イデオロギーがあった。藤田久一「領海における通航規則の史的展開—軍艦通航フォーミュラの挫折—」『海洋法の新秩序 (代表編集 林久茂他)』(東信堂、1993年)83頁。

² 高林秀雄「海洋法の軍事的側面」『ジュリスト』337号(有斐閣、1966年1月)90頁。

³ 領海条約16条4項

⁴ 国際海峡のもつ軍事的利害について、UNCLOS I で白ロシア代表ポベチェフ(Povetiev)は、米国代表ディーン(Dean)が米上院外交委員会で行った次のような陳述を引用した。「米海軍は、沿岸国の支配から解放された公海において、最大限の展開、移動および示威の機会を確保するため、できる限り領海を狭くしたいと望んでいる。…米国の艦艇と支援航空機が米国の外交政策を推進するに必要とされるところへ妨害なく移動する能力を保持するにあたって最大の障害となるのは、米国と各地に散在する友好同盟国とを結び、かつ、米国が保有しない戦略物資を運ぶ航路に横たわる狭い主要国際海峡である。」彼によれば、12海里限界は、主要な国際海峡116を沿岸国の主権下におくことになるが、6海里限界では、わずか52が影響をうけるにすぎない。しかも、6海里限界では、米国の艦艇と軍用機の通過を阻止し、あるいは、通過に干渉する権利を主張するのは、たぶん11か国だけであろうと述べている。このように米国代表は、まったく戦略的な観点から国際海峡の問題を考えているのだと、会議の場で暴露したのである。M. Povetiev (Byelorussia), A/CONF. 19/9. 17th meeting(6 April 1960), *Official Records of the UNCLOSII*, 17 March – 26 April 1960, pp. 323-324. ; 他方で、UNCLOS I までは途上国と同一歩調をとっていたソ連は、1960年代に入るとその海軍力を増強し、それまでとは異なる様相を呈することになる。ソ連海軍は伝統的な本土・沿岸防衛のみならず、米海軍に対する対抗力となって国際水域へのプレゼンスを任務とするいわゆるブルー・ウォーター・ネイヴィーに変質したからである。したがって、UNCLOS III では米ソ2超大国は海軍力の自由な展開を確保することに共通利益をもつことになった。林久茂「国連海洋法条約の成立と概要」『海洋法の新秩序 (代表編集 林久茂他)』(東信堂、1993年)9頁。そのことが国連海洋法条約に規定された国際海峡の通過通航制度にも繋がったと考えられる。

有する海底電線及びパイプラインを敷設する権利を利用して、仮想敵国の潜水艦の動向を監視するために、沿岸国から遠く離れた他国の大陸棚上に音響監視システム（いわゆるソナー）等の情報収集機器を設置できるかもしれない⁵。すなわち、このような条約規定は潜在的に国家安全保障に重大な影響を及ぼしうるのである。他方で、国家安全保障事項を明示かつ特定の扱っている規定となるとその数はめっきり減る。本稿で何度も採り上げた軍艦及び公船が有する免除の規定や公海における臨検の権利に関する規定などが数少ないそれである。

他方で、UNCLOSⅢの1976年会期において安全保障事項が短時間かつ一般的に議論され、1982年の海洋法条約の採択時には一見それに関連しそうな2つの条文が規定された。すなわち、「平和的目的のための公海の利用」88条、及び、締約国に「武力による威嚇又は武力の行使を、いかなる国の領土保全又は政治的独立に対するもの、また、国連憲章に規定する国際法の諸規則と両立しない他のいかなる方法によるものを慎まなければならない」義務を要求する301条である。しかし、当該「平和的目的」条項の具体的意味をどう解釈しても、単に国連憲章2条4項に定める一般国際法上の原則が、当事国による海洋活動にも適用される旨を確認しているだけの規定であるという説が有力である。換言すれば、当該国家の海洋活動が侵略的行為でない限りは許容されるのであり⁶、それは安全保障に関する国際法上の義務を国家に付加するものではないのである。

このような国家安全保障に関する明示的な条約規則の不足という状況は、必ずしも、そこに如何なる規則も必要がないということを表しているのではない。確かに、ここまでみてきたように、多くの関連する国家実行や判例の重要な場面において、法は不明確であった。しかし、海洋法条約中に国家安全保障に関する詳細な規定が置かれなかったのは、海上における力の行使を巡る法規制について見解の一致が見られなかったこと、さらには将

⁵ 海洋法条約58、79及び87条。米国は実際、北海や地中海といった海域にソナーを設置している。こうした監視装置は、海底電線や海底パイプラインに類推して解釈すべきではないとの議論もある。R. R. Churchill and A. V. Lowe, *The Law of the Sea* (Manchester: Manchester University Press, 1999), pp. 427-428.

⁶ 坂元茂樹「排他的経済水域における軍事活動」『海の国際秩序と海洋政策』（東信堂、2006年）107-108頁。

来的に国際環境が変化し得ることに照らして、いずれかの国の安全保障政策上の選択肢を狭める可能性のある規定を設けることに消極的であったことが原因とされる⁷。このアプローチの結果として、国連海洋法条約を代表格とする海洋法関連条約は、国家が軍隊や法執行機関を使用して行う力の行使に影響し得る問題への法的解答をほとんど与えないことになり、代わって、その答えは他の場所、すなわち、当該海洋法条約がほのめかす諸原則や国家実行を通じて確立された慣習国際法から探さなければならないことになる。

他方、第2部では、海上における「力の行使」の法的根拠となり得る「法執行活動」と「武力の行使」をどのように峻別すべきかを検討するために、海上における力の行使を、より一般的な武力行使禁止原則や自衛権の観点からも考察した。法哲学者ハート (H.L.A. Hart)の一説によれば、「暴力の行使を規制する法規則は、…社会生活を営む上で不可欠である」という⁸。国際法の分野においても、暴力規制の諸原則がその法発展の各段階の主要な議題であった。しかし、国際法システムはそのような絶対に必要な法規則を欠いており、それ故、真の法システムに値しないと考えている論者がいるかもしれない。または、暴力を規制する国際法規則は理論上存在するが、現実の世界には全く役に立たない、と考えている論者もいるかもしれない。このような批判は最終的には、国際法は実際に暴力を規制する規則を全くもっていないという結論に繋がる⁹。同様な批判は国内法でも起こり得る。殺人、レイプ及び強盗は、全世界の都市において共通して起きている犯罪である。しかし、それら犯罪を処罰する法システムが存在する国内法にでさえ、それらの暴力行為は蔓延っているという事実がある。ただ、一国家のように中央集権システムをもたない国際社会では強制的に暴力行為を取り締まるアクターがいないだけに、国際法が行為規範として暴力行為を規制できないとするならば、それは国内法以上に深刻であるように思われる。

以上のように、海洋法の平面においても、また、国連憲章2条4項のような一般国際法の平面においても、一国家が行う暴力行為を規制する明示的な法規則は未整備だといえよ

⁷ A. V. Lowe, "National Security and the Law of the Sea," *Thesaurus Acroasium*, Vol. 17 (1991), p. 134.

⁸ H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 1994), pp. 87ff., 91.

⁹ Mary Ellen O'Connell, "The Prohibition on the Use of Force," *Research handbook on international conflict and security law*, ed. by Nigel D. White, Christian Henderson (Cheltenham, 2013), p. 89.

う。その最大の原因は国際法システムの背景としての国際社会の構造がある。すなわち、主権国家の並列を基本的構造とする国際社会では、国際法を立法し、そして、実行（執行）するアクターは基本的に国家だということである。そこには、一方で、法システムによって一国家の暴力行為を規制するという国際社会全体のインセンティブは存在するものの、他方で、不正な暴力行為を懲らしめる別の暴力行為をその法システムは国家に認めなければならないというある種の矛盾が存在する。そのため、これまで国際法が熱心に取り組んできた問題の一つである暴力行為規制は、現在においても最も沈黙している分野といえるのではなかろうか。

このように国際立法され難い分野、就中、本稿では、各国の軍隊や法執行機関が係争海域などで対峙する事案が相次いでいる現状に注目し、そこでの力の行使の限界を国際法の立場から検討するものである。さらに序論でも述べたように、これまでほとんど研究されてこなかった分野でもある。

以下ではまず、本稿の構成に則して学説、国家実行、及び各種国際・国内判例の分析から得られた検討結果をまとめておきたい。

I 第1部 「平時」における力の行使の限界

海洋法条約にある領海における通航規則の基本的考えが確定されたとされる1930年及び1958年の2つの法典化作業の検討を中心に、各種学説、国家実行及び判例から明らかにされた沿岸国の暴力行為の限界とその淵源、並びに、軍艦と公船の法的性質の違いは以下の通りである。

1 軍艦と公船の同異

まず特質すべきは、沿岸国法令を違反する外国軍艦に対してその遵守要求が無視された場合に退去要求を求めることができる国際法規則の原型は既に19世紀末(1889年)のInstitutの規則案に登場してことである。それが、ハーグ会議(1924～1930年)、UNCLOS I～III(1950年代～1982年)の法典化作業を通じ、海洋法条約30条に結実している。その

間、その対象は軍艦だけであることに変化なく、それに公船が付け加えられることはなかった。このことは、30 条がいうような領域からの退去要求という措置は、主権免除を享有する国家機関、例えば外交官などが領域国の法令に違反し、その管轄権免除を有するがゆえに領域国が有効な執行措置をとることができないこととなる場合に、領域国に認められた古典的な救済方法であるからして、旗国以外からの軍艦の完全な免除を表し、それと同時に、公船の免除は軍艦と同程度までは確立していないことを暗に表している。

軍艦の無害通航権に関しては、沿岸国が外国軍艦の領海通過を事前の許可または通告に服することができるかどうかという問題に対しここまで紆余曲折を経てきた。その結果、1958 年領海条約及び 1982 年海洋法条約における軍艦の通航規則は不明確な点が残存しているおり、幾通りかの解釈ができるような条文規定になっている。

他方で、公船に注目して一連の法典化作業を眺めると、草案策定の段階では軍艦と公船の性質（無害通航権及び免除）が同一か否かについて議論が膠着して結論がだされず、外交会議においては、それらが同一されることが避けられたという結果になった。それもやはり、軍艦のみが旗国の主権を表象するものとして完全なる免除を有し、さらに、平時・戦時問わず国際航行に干渉する権利をもつという性質を公船に付与したくないという国家の意思の表れであろう。

以上、数少ない判例及び国家実行もあわせて考察した結果、軍艦と公船は必ずしもその性質が同一ではないことが判明した。繰り返しになるがその論拠として以下の点が挙げられる。

①通航：軍艦の通航規則は相対的に不明確な点が残存するが、他方で、公船の無害通航を否定する主張は見られない。

②免除：軍艦の免除は慣習法上確立していると言えるが、公船の免除は軍艦と同程度まで確立しているとは言えない。

③沿岸国の法令順守・退去要求の規則：19 世紀末からその内容は一貫して確立しており、かつ、その対象は現在の海洋法条約 30 条においても軍艦のみであるが、公船にもこの規則が適用できるかどうかは不明である。

2 法令執行権と保護権

まず、法令執行権に関しては、その条文採択にいたる法典化作業において沿岸国の主権と無害通航権のいずれを優位にさせるかについて決着がつかず、1958年領海条約、更には、1982年海洋法条約においても、沿岸国の法令制定権に関する規定は具体化されたものの、法令違反に対する沿岸国の執行権の一般規定は整備されなかった。しかし、これまでの経緯を見るならば、たとえ領海内で無害通航権を行使している外国船舶であっても、沿岸国は法令違反を防止し、法令の執行を確保するために必要な措置をとることができることは多くの国によって自明のことだと考えられていたようである。

他方で、保護権はその出現の発端が1930年ハーグ規定3条における「無害通航の定義」であった。すなわち、当時、国際法規則としての無害通航権は既に不文律であったが、これを成分化する過程において、無害でない通航に沿岸国はいかなる対応をするのかという文脈で登場したのであった。そこでは無害であるための条件が、沿岸国の安全、公序又は財産的利益を害さないことであったために、それらを害する行為から沿岸国を保護するために必要な措置をとることを妨げるものではない、という規定であった。それが後々の法典化の過程において、「財政的利益」が削除され、また「公序」という表現は多義的であるとして、最終的には領海条約16条1項の「沿岸国は、無害でない通航を防止するため、その領海内において必要な措置をとることができる。」という簡潔な表現に落ち着くことになった。それが、現在の海洋法条約25条に採用されている。

このように、法令執行権にせよ保護権行使にせよ、それを発動する条件や措置の限度が法典化作業によって具体化されているわけではない。逆に、年代を追うごとにその条文内容が不明確になっているともいえる。その原因として以下の2点が考えられる。1点目は、無害通航権の尊重と沿岸国の主権又は管轄権の行使のいずれに優位性を認めるかについて歴史的な攻防があること¹⁰、2点目に、規定を設けないこと若しくは具体化しないことにより、沿岸国がより強いフリーハンドをもつことができるようにするためである。

¹⁰ より一般的に言えば、そこには航行の自由を主張する海洋大国と、沿岸国の管轄権行使を強化・拡張

しかし問題は、免除を享受する軍艦や公船に対し沿岸国はこの執行権又は保護権行使によってどこまでできるかということである。執行権については無害通航を妨害してはならないという義務はあるものの、自ら違反行為を制定できるので取り締まる枠が広い。他方、保護権については有害性の基準が国際法によって決められるので、その枠の中のより重大なものに対する措置と考えられている節があるように思える。しかし、事態をエスカレーションさせたくない沿岸国が考えるならば、一般的には、法令違反行為または無害でない通航の中止要請、領海からの退去要求、外交ルートによる抗議、事後的な無害通航の一時的停止（海洋法条約 25 条 3 項）、及び、事後的な無害通航の航路帯の指定等に限られると思われる。それ以上の軍艦又は公船に対する力の行使となると「国際関係における武力行使」に該当する可能性があり、海洋法のみの問題とは言えなくなる。

3 執行措置の限界

軍艦であれば、法令違反の段階でも海洋法条約 30 条の特別規則により退去要求が可能である。有害通航に対しても、海洋法条約 25 条は A 節「すべての船舶に適用される規則」内にあるので、それを適用して必要な措置をとることができるが、その保有する免除により、または事態のエスカレーションを防止（不測の戦闘行為を回避）するためにも、一般的には退去要求が限度であろう。

他方、法令違反または無害でない通航を行う公船に対しては、軍艦と同様な完全なる免除が慣習法上確立しているか必ずしも明確ではなく海洋法条約 30 条をそのまま適用できるかは判然としないが、政策的な配慮も踏まえれば一般には退去要求までに止めるとともに、手段が状況において均衡性を保持すること(*proportionate*)が必要だと解される^{11 12}。

しようとする国家との対立があると思われる。

¹¹ 法理論的には、均衡性を保持した規制(*control*)措置、たとえば、進路、放水、又は接舷規制は可能かと思われる。

¹² 中国公船が日本の尖閣諸島周辺領海において漂泊・徘徊などを行う場合、日本がこれを無害でない通航に該当すると判断した場合、海洋法条約 25 条の保護権行使の必要な措置をとれるが、現行の海上保安庁法 18 条によれば、とり得る措置としてはせいぜい「航路を変更させる」ための放水規制や接舷規制等に留まる。日本の海上保安庁による規制措置に対して中国公船が抵抗を続け、領海を退去しない場合、武器の使用が可能かといえ、海上保安庁法 20 条は「海上保安官及び海上保安官補の武器の使用については、警察官職務執行法 7 条の規定を準用する」とし、この 7 条は、「公務執行に対する抵抗の抑止のた

それでは沿岸国の行い得る措置の中には、乗船、検査、拿捕等は含まれるであろうか。海洋法条約 32 条により公船は刑事・民事裁判権から免除されていることは明らかである以上、裁判権を行使するための乗船等を行うことは許されない。しかし、海洋法条約 31 条を適用するための旗国の国際的な責任を追及するのに必要な、当該船舶の国籍、またはその船舶が行った行為を特定するために、当該船舶への乗船、検査が全く許されないとは言えないのではなかろうか。

Ⅱ 第 2 部 純然たる平時でも戦時でもない状況における「法執行活動」

ここでは、沿岸国管轄権行使とリンクしやすい国境衝突事件における国家実行や関連判例を分析することにより、当該沿岸国がなぜこの文脈において「法執行活動」を選択する必要があるのか、また、どのように「武力の行使」と区分するのかを検討した。

1 「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動

純然たる平時でも戦時でもない状況といえども、沿岸国が軍艦・公船に対して強制措置を行う場合はそれらが享受する免除をどう克服するかは非常に難しい問題である。第 1 部で述べたとおり、軍艦はその旗国の主権と独立を完全な形で表象するものとして不可侵権を有しており、また、旗国以外のいずれの国の管轄権からも完全に免除されることは確立された慣習国際法であるといわれている。よって軍艦ほど免除が完全ではない公船は別に

め必要であると認める相当な理由のある場合においては、その事態に応じ合理的に必要と判断される限度において武器を使用することができる」と規定する。危害射撃については、一般に正当防衛及び緊急避難に限定される。もちろん、海上保安庁が海洋法条約 25 条を直接適用して、領海侵入を繰り返す中国公船に対して実力行使をすることは不可能ではないが、無害でない通航とはどのような通航かを示し、そうした通航に対する対応措置が明確に規定された国内法がない以上、現行法での対応には限界がある。そのため、海上保安庁は、相手船舶の侵害態様に応じて、比例原則に基づきどのような実力行使が可能かを検討し、1995 年に「領海等警備法案要綱」[「新しい領海警備法制等の構築のための検討について」『海洋法条約に係る海上保安法制第 2 号』(海上保安協会、1995 年 3 月) 64-72 頁。]を作成・公表した。海上保安庁による執行管轄権行使のための実力行使は、国連憲章 51 条が規定するような自国に武力攻撃が発生した場合の武力行使とはまったく性格を異にするものであり、海洋法条約 25 条が規定する保護権行使の一環としての実力行使に過ぎない。領海における外国船舶の無害でない活動について、これを適切に規制する領海警備法を制定する意義は、規制対象国に日本が武力行使を行ったとの誤った喧伝を行わせないためにも重要である。坂元茂樹「外国公船に対する警告—中国公船への対応を考える」『海上法執行活動に関する諸問題の調査研究 研究報告書』(海上保安大学校国際海洋政策研究センター、2014 年 3 月) 59-60 及び 62 頁。

しても、軍艦の免除を乗り越えるためには単なる（狭義の）法執行活動ではその根拠として不十分ではないだろうか。

そこで本稿ではその暴力行為の法的根拠を提供するものとして以下の「法執行活動」を措定した。すなわち、1837年キャロライン号事件及び1893年ベーリング海オットセイ事件仲裁判決を参照すれば、19世紀までの世界においては、戦争と自己保存のための武力行使の自由が広く認められていたから、当時の人々は、国連憲章出現以前からある自衛権、つまり現代的意味で言えば、「慣習法上の自衛権」と法執行活動をあえて区別する必要も実益も感じなかったものであり、ここに、「慣習法上の自衛権」のなかに混入ないし埋没し、それとの区別が必ずしも明確とはされてこなかった「法執行活動」の理論的基礎が見えるのである。本稿では、この「法執行活動」を「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動と呼称した。

2 「法執行活動」を選択する必要性

(1) 狭義の自衛権を根拠とすることを控えたい理由

まず一つ目の理由として、国際社会一般において合法的に自衛権を援用できる要件が不明確であることが考えられる。国連憲章では2条4項で、国家による武力の行使は一般的に禁止されているということを前提に、その唯一の例外が51条に規定されているところの自衛権（安保理の決定による7章の強制措置を除く）であるとされる。そこでの発動要件は「武力攻撃が発生した場合」に限定されるが、この「武力攻撃」の概念が一定していないのである。

加えて、武力行使や自衛権といった問題が、伝統的には国家間関係としての捉えられてきたのに対し、今日では、むしろ非国家主体による暴力行為に関連して武力攻撃や自衛権が問題となるケースが顕著であることを考慮すれば、1986年ニカラグア事件、2004年パレスチナ壁事件勧告的意見及び2005年コンゴ領域武力活動事件（対ウガンダ）に見られるような非国家主体が行う暴力行為の法的評価が混乱している状況¹³は「武力攻撃」概

¹³ 非国家主体自体に対して自衛権を行使できるかの問題に関連する。

念一般にも影響することになり、特に 2001 年 9.11 テロ以降、その概念の不明確さが一層深まったと言えるのではないだろうか。

このように「武力攻撃」概念が一定していない状況において、国家は武力行使禁止原則違反を覚悟してまで単純に自衛権（客観的にはもはや自衛権とは呼べないかもしれない）を発動するであろうか。もちろん、急迫して、圧倒的であり、手段を選択する余裕もなく、かつ、熟慮の時間もないような自衛の必要性が認められるならば、躊躇なく発動することになろう。

しかしながら、前述したとおり自衛権の基本スタイルは国家間関係のものであり、どんな形にせよ発動ただけで侵害国との緊張がエスカレーションすることは間違いない。ましてあらゆる分野がグローバル化された現代国際社会において一国の行動が何らかの形で第 3 国に影響することは往々にして生じ得る。そこで、国境付近における小競合いのような国境衝突事件が国家管轄権の範囲内での対応が可能である限りにおいて、卑近な例でいえば、自分の庭で物事を済ませることができるならば、それに越したことはないと考えられるのではないだろうか。プレア・ビヒア寺院周辺地域の領有権を巡りタイ軍とカンボジア軍との間で 2008 年 10 月に発生した約 1 時間の銃撃戦は、死傷者が発生する戦闘に発展したものの、当事者間に事態をエスカレーションさせない方向に政策判断させることになった好例といえよう。

(2) 狭義の法執行活動では根拠として不十分と考えられる理由

国家の執行管轄権を行使することになる法執行活動は、私人との間では「ヒエラルキーな関係」、すなわち、法を執行する主体と客体の間の不平等関係を基本としている。この関係は、主権平等や主権免除のような原則を基本とする国際法においては、通常、存在しない。それは国際平面における国家の独立や外国裁判所からの免除を保障してきた。そこで、この「ヒエラルキーな関係」と抵触する覚悟で、自国の本質的な権利を防護するために国家管轄権を行使する法執行活動によって法を強制しようとするのだが、まさにその時、そこに主権平等及び主権免除の原則が立ちはだかる。

周知のように、国際法は原則、軍艦を含め非商業目的のために運航する政府公船に対し、沿岸国の執行管轄権の行使を禁止している。そのため、法を強制されるべき船舶が沿岸国の警察権の管轄外にあるのならば、法執行活動における「実力の行使」ではなく国際関係における「武力の行使」との関係性が問題になってこざるを得ない¹⁴。そこで登場するのが、「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動なのであり、まさにこの法的根拠は、軍艦や巡視船といった政府公船の主権免除のベールを合法的に貫き通すために存在するといっても過言ではないのである。

さらに、国境付近における小競合いのような国境衝突事件への対応において、狭義の自衛権を発動する要件が満たされていない、すなわち、武力攻撃が発生していない状況にもかかわらず、狭義の法執行活動での対応では不十分であり、そのため国際関係における武力行使又は国際的武力紛争との関係性が問題になってくるもう一つの必要要素が考えられるかもしれない。フェンリック (W. J. Fenrick) によると、狭義の法執行活動では法執行要員の正当防衛の場合を除き、違反船舶を攻撃する意図をもって武器使用する許容性は殆どなく、不当に厳しい制限であるという。

だが、国家間武力紛争の枠組みを採用すればそれは可能である。すなわち、武力紛争法を適用することにより合法的軍事目標に対する武力行使の枠組みを導入すれば、事前の警告等なしに当初の段階から客体に対して致命的な力の行使が可能となる。しかしながら、そのような致命的な力の行使がここで主として対象とする国境衝突事件に本当に必要なのであろうか。ここでは暴力行為に歯止めが効かなる可能性を顧慮し、国際関係における武力の行使に頼るべきではないと考える。国際関係における武力行使との関係性が問題になってくる必要要素は主権免除のベールを貫き通す為だけに限定するのが適切である。

¹⁴ この状況において、海洋法の保護権の行使によって主権免除のベールを貫き通す案もあるが、これについては次のⅢ章で説明する。

3 「法執行活動」を選択できる許容性

(1) 2 条 4 項の意味における武力の行使であるための敷居（を超えてはならない）

この敷居を超える又は超えないは、ある 2 つの基準が組み合わさっていることを認識する必要がある。一つ目が客観的な指標である行為又は事態の重大性 (gravity) である。二つ目が一国が他国に自らの意思(intention)を強制する主観的な指標である。一方は他方なしでは完成することができない要因である。また、行為又は事態の重大性は単に他国に対する一国の意図を反映している。

この 2 つの基準に着眼して当該敷居を超えるか否かを判断するためには、昨今の学説から抽出した以下の考慮事項が役に立つかもしれない。すなわち、①行為の場所及び領域主権（管轄権）の有無、②政治的な文脈、③行為が認可されているレベル、④行為が両国の国家機関の間における戦闘まで発展するか、⑤使用される手段・方法

なお、ロイスはこの敷居超えの考慮事項の一つとして、強制行為の主体を挙げている。すなわち、海軍部隊が行う強制行為は文民海上警察機関による強制行為よりも 2 条 4 項のトリガーが引かれやすいというのである。しかし、この見解が一般的かという点必ずしもそうではない。なぜなら、漁業活動の取締や通関上の規制のような非軍事的業務を行う沿岸警備隊のような文民警察機関を本来的に持たず、その役割を海軍又は他の軍種に専ら担わせている国家があるからである。例えば、海軍以外に実効的な警察活動が可能な船舶を保有しないスリナムや、本国から遥か遠方の海洋に諸島を保有し、その周辺 EEZ 等における法執行活動を行う必要があるフランスのような国がそうである。また、海洋法条約発効以降、国家が管轄権を行使できる海域が広がりを見せていることもあり、文民警察機関所有の船舶より遠洋機動能力に優れる軍艦の有用性がますます評価されていることもその理由の一つであろう¹⁵。

¹⁵ Cf. 1996/97 年のミリタリー・バランスによれば、世界の 38 カ国が沿岸警備隊 (coast guard service) を保有しており、その他に 12 カ国が海軍内に沿岸警備隊を保有している。The Military Balance 1996/97 (International Institute of Strategic Studies, London, 1996).

(2) 適用法規問題

ある暴力行為が2条4項の意味における武力行使であるかどうかの評価とは別に、その状況で適用される法の要求を満たさなければ、たとえそれが本稿が主張する「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動であったとしても許容されるとは言えない。だが、純然たる平時でも戦時でもない状況における暴力行為はそこで適用される法が何であるかの判断自体がそもそも難しい。なぜなら、いわゆる平時から戦時（武力紛争時）に移行することにより、適用される法が劇的に切り替わるわけであるが、ここではその平時であるのか戦時であるかの状態の評価自体が難しいからである。

加えて、伝統的な戦時／平時の二分法から由来する現代「武力紛争」への適用法規の構造的な問題¹⁶は、純然たる平時でも戦時でもない状況における暴力行為にも当てはまると思われる。なぜなら、例えば、海上における警察機関として行為する沿岸国の軍艦が警察比例の原則等に従い強制措置を行い、かかる措置の烈度が武力紛争法が念頭に置く武力紛争の敷居を超えたならば、いずれの法を適用すべきかの問題が生じるからである。つまり、法執行活動はその烈度をさほど問題にしない一方、武力紛争法は行為の法的根拠に頓着せず、事実のみをもってその適用開始を定めるからであり、両者の範囲が重なり合うからである。ここでは、海洋法等の「平時」から適用されるいわゆる平時法、いわゆる戦時法としての交戦法規及び中立法規、特に第3国に対する措置、並びに、*jus ad bellum* の継続適用から導き出される制限についてそれぞれ検討した。

III 純然たる平時でも戦時でもない状況における力の行使の限界

以上の論証から得られた結論を、簡略ながらまとめると次のようになる。

序論で述べたように、海上における力の行使の性格付けの問題はこれまで殆ど研究されてこなかった。しかし、それが問題となった先例は数多く存在する。さらに、実際そこで

¹⁶ 例えば、フォークランド紛争において英国がアルゼンチン将兵に対する捕虜の地位を短期間ながら否定した事例や、1989年のノリエガ將軍の強制拉致事件において米国がパナマにおける本格的な戦闘を経て彼を逮捕し、米国国内法である麻薬関係法違反で通常の刑事手続に付したわけだが、それにもかかわらず、米国当局は彼を捕虜として扱った事例など。

行われた暴力行為の性格付け及び実際に行われた暴力行為の内容は、それが行われる文脈に応じて相当の幅があることが分かった。それと同時に、沿岸国と外国軍艦又は公船の旗国との間で当該行為の法的評価の相違が生じることも多々あった¹⁷。

また、外国公船に対して行った沿岸国の暴力行為に関し明確な法的評価を行った判例はクリコフ船長事件判決が唯一であり、その他、沿岸国又は旗国の軍艦又は公船がある種の力の行使を行い、その法的評価が問われた判例は、コルフ海峡事件、英国対アイスランド及び西ドイツ対アイスランドの漁業管轄権事件、スペイン・カナダ漁業管轄権事件、並びに、ガイアナ・スリナム仲裁判決等があるものの、それが武力の行使であるのか法執行活動における実力の行使であるのかの認定基準は一定ではないことが分かった¹⁸。

このように、国家実行や判例が一定しない最大の原因はこれまで何度か述べたように、この分野の規制は国益が真正面から衝突するために見解の一致が難しいこと、さらにはそもそも自国の選択肢を狭めるような法規則の作成に国家のインセンティブが働かないことにある。

そんな中、沿岸国が如何なる力の行使を行うかに際し軍艦及び公船が享受する免除をどうやって克服するかが最後まで尾を引いている難問であり、そのため、この免除を最も厳格に考慮するのならば、いかに純然たる平時でも戦時でもない状況といえども、外国軍艦及び公船に対し一般的には以下が「法執行活動」による実力行使の限界であろう。

①軍艦：まずは領海外への退去要求。退去しない場合には、領海外に退去するまで継続的に当該軍艦を船舶又は航空機で尾行する¹⁹か、場合によっては、警告射撃を行うところまでは可能かもしれない²⁰。

¹⁷ 1967年エイラート事件、1968年プエブロ号事件、1981年シドラ湾事件及び1980年のソ連事故原潜日本領海通過事件にてそのような相違が指摘された。

¹⁸ もちろん、裁判当事者から問われている問題によっても、裁判所が出す答えの射程及び内容は異なるという影響もそこにはあると思われる。

¹⁹ ラトナー(Ratner)は、アルジェリアがかつて自らが主張する海域内にいる米艦を退去するまで執拗に追尾し、それに対して米国は抵抗しなかった事例を引用している。Steven R. Ratner, "The Gulf of Sidra Incident of 1981: A Study of the Lawfulness of Peacetime Aerial Engagements," *Yale Journal of International Law*, Vol. 10 (1984), p. 71, n.58 (referring to an incident whereby Algeria escorted U.S. warships out of claimed Algerian waters without resistance by the United States).

²⁰ E.g., F. D. Froman, "Uncharted Waters: Non-innocent Passage of Warships in the Territorial Sea," *San Diego Law Review*, Vol. 21 (1984), p. 674, footnote. 230.

②公船：領海外への退去要求、次いで、要求に従わない場合は、実力により退去させるための措置（進路変更を余儀なくさせる行為、進路妨害、体当たり等）、加えて、当時の状況に必要かつ均衡した武器の使用。

しかし、上記の力の行使の具体化はあくまで一例としか言えないかもしれず、より強力な措置を施すことが不可能ではないように思われる。すなわち、本稿が措定した「慣習法上の自衛権」内在の法執行活動により、当時の状況において必要かつ均衡した範囲で主権免除のベールを貫き通した力の行使が可能かもしれない。例えば、外国軍艦に対して、行為主体の正当防衛及び緊急避難の場面以外に、当該法執行活動の目的に即した致命的な力の行使（武器の使用）が可能かもしれない²¹。また、外国公船に対しては、それ以上に、国際的な責任を追及するための証拠収集目的に限定した乗船・検査が全く許されないとはいえないのではなかろうか²²。

ただし、沿岸国の司法的手続の対象とするような措置、すなわち、船舶の使用を不可能にする抑留、拿捕・強制処分といった措置、乗組員の逮捕及び起訴は講ずることができないと思われる。なぜなら、これらの措置は当該外国軍艦及び公船の享受する主権免除を完全に否定することになるからである。

このようにしてみるならば、この「法執行活動」における力の行使の外延には一定の幅があるということになるが、本稿の最後に、なぜこのような幅が生じるのか²³について述べたいと思う。

²¹ 第2部－IV章－3を参照。

²² 第1部－V章－3を参照。

²³ 本稿は、沿岸国が外国軍艦又は公船に対し行う法執行活動を武力行使といかに区分するかという問題認識をもって論じてきたので、保護権（領海条約16条及び海洋法条約25条）行使は単に当該力の行使の一目的及び手段という位置づけで分析してきたが、この保護権行使における「必要な措置」の内容も相当広い射程を有しているといわれている（『日中海上航行安全対話報告書 笹川平和財団、北京大学国際関係学院（以下、対話報告書）』（2014年5月27日改訂版）29頁）。

その第一の解釈は、1958年ジュネーヴ海洋法条約及び1982年海洋法条約は「平時」における海洋の使用を規律しているものであり、そのため、自衛権に基づく武力の行使を保護権に含めないとする。しかしながら、軍艦・公船の免除享受は、それらが国際法や沿岸国法令を遵守することが前提であって、これらを無視するものは免除を与えられない（このような考え方は、スクナー・エクステンジ号事件

一つには、そこに海洋の法的特質が絡んでいると考えられる。以下の2点がその細部である。

これまでの海洋制度は、領海の幅や接続水域の概念の出現から分かるように、沿岸国の管轄権行使が先行し、それを諸国が承認、または否認することによって成立した。すなわ

及びクリコフ船長事件から導かれる。) のであり、そのため、武力行使に至らないまでの実力行使は可能である、というものである。

第二は、スウェーデン内水へのソ連潜水艦の侵犯に対して、スウェーデンが爆雷を使用して潜水艦を強制的に浮上させようとした行為について、海洋法条約30条における法令遵守要請・退去要求を超えてはいるが、同25条の「必要な措置」の範疇に入るとする見解である。ここでの保護権は武力の行使を構成しつつも、それが慣習法上の自衛権と等しいという見方 (Froman, *supra* note 20, pp. 674, 682 and 683.) をとる。この見解では、沿岸国法令違反に対する退去要請を無視した段階で無害性を喪失し、そして、海洋法条約32条 (ここでは、「この節のA (すべての船舶に適用される規則: 17~26条) 及び30条及び31条の規定による例外を除くほか、……」の部分に、軍艦及び公船が享受する免除は、25条の保護権行使によりオーバーライドされると読む。) によれば軍艦及び公船の免除は同25条の保護権行使によりオーバーライドでき、当該軍艦又は公船に対し第一の解釈よりも強力な力の行使を可能とする。

第三の解釈は、無害でない通航を防止する目的ならば、その保護権行使の力の行使に限界を設けない見解である。すなわち、保護権をなにか武力の行使や法執行活動における実力行使とは次元が異なる第3のパラダイムと捉える考え方である。ここでは軍艦・公船が享受する免除を考慮することなく沿岸国の主権を最大限発揮してその目的達成のために力を行使する。以上3つの見解の他に保護権の射程と軍艦・公船の免除の射程の組み合わせにより、別の解釈が理論上は存在するものの、おそらく上記1つ目と2つ目が代表的な見解であろう。

こうした海上における暴力規制に関する法解釈の困難性に鑑みて、日本の笹川平和財団と中国の北京大学国際関係学院の間で行われた海上航行の安全に関する対話は興味深い。その対話の内容は2014年5月27日付の報告書で公開されており、そこでは日中間の研究者による外国公船に対する保護権の射程、及び、保護権と公船が享受する免除のとの関係について認識のずれが示されている [坂元茂樹「外国公船に対する警告 (続) 一日中の解釈の同異に焦点を当てて」『海上法執行活動に関する諸問題の調査研究 研究報告書』(海上保安大学校国際海洋政策研究センター、2015年3月) 50頁]。

本稿との関連でいえば、そこでの最大の認識の相違はそれぞれが認識する保護権の法的性格と思われる。日本側関係者は「公船による無害でない通航が武力攻撃に該当しない限り、沿岸国は自衛権に基づく武力の行使はできないが、領海における保護権の行使としての武器の使用は認められる (『対話報告書』8頁)」とした上で、サイガ号事件 (No. 2) で示された海上法執行活動における武器使用基準の国際規則を参照している (『対話報告書』28頁) ことから分かるように、公船に対する保護権の行使を、武力行使とは区別される法執行活動における実力の行使と性格づけている。

他方で中国関係者は、「公船 [に対して] は法執行中に、如何なる場合も武器の使用を避けなければならない (『対話報告書』9頁)」と主張し、さらに、日本側の「退去要求に応じず、無害でない通航を行う政府公務船に対して……一定の武器を使用する」ことができるという観点に関しては、国際法による支持を欠いているという (『対話報告書』36頁)。しかし他方で、「中国の海警船は自衛権の行使という理由で、外国政府の公船が先に武力を行使したり、武力で威嚇したりした場合、外国政府の公船に対して武力を行使することもできる。国連海洋法条約第19条第2項 (a) 号に基づき、外国船舶による『その他の国際連合憲章に規定する国際法の諸原則に違反する方法によるいかなる武力による威嚇又は武力の行使』という行為も無害でない通航を構成する。したがって、外国の公船が武力を行使したり、武力で威嚇したりした場合、沿岸国が外国船舶の無害な通航を保证するため、武力を行使して反撃することは、国連海洋法条約第25条第1項に適合する (『対話報告書』37頁)」として、外国公船の有害の性質が海洋法条約19条第2項 (a) に該当する段階から、そこでの保護権行使を武力行使と性格づけている。おそらく、外国公船への退去要求、又は、放水若しくは接触規制を超える措置については、免除の問題を解決しようとしてそこでの保護権行使を武力行使と性格づけるものなのであろう。このようにみるのならば、保護権における力の行使は法執行活動の実力行使にもなるし武力行使にもなる概念である。

ち、各国はその当時の海洋法秩序の枠組みを超えて、今後の変化と発展を展望したうえ、外国船舶に対し関係国内法令の制定・適用・執行など、一方的国内措置をとり、相手国の反応を確かめながら²⁴、その本旨を多数国間条約に仕立てあげてきたのである²⁵。これは、国家の行動前にア・プリオリに沿岸国に権限を付与する規範があり、それに基づいて各国が領海等の海域を整然と設定して、国際法上与えられた権限を各国が行使するという静的メカニズムとは対照的なものであり、動的な法形成メカニズムと称することができる。これは海洋の開放性という本質から来る特質であり、現在では主権説（領土説）がとられる領海においても例外ではない。この考え方の下では、沿岸国が行う行為を他国が承認すればよいという考え方に繋がりやすく、その権限（管轄権）行使の態様も状況に応じて変化する²⁶。

加えて、海上における暴力行為はその行為主体及び客体以外の第三者に与える影響が、陸上における暴力行為に比し少ないために、たとえその暴力行為が烈度的に武力行使に該当するものであっても、それを主観的に法執行活動として行うことが許容される可能性が相対的に高いといえる。

二つ目に、暴力行為の性質決定に関する二つの概念が必ずしも連動しないという背景がそこには絡んでいると思われる。

第2部で述べたように、憲章2条4項の意味における「武力行使」と武力紛争法のいうところの「武力紛争」の概念は完全には重ならない。すなわち、「武力行使」が行われたとしても、それは必ずしも「武力紛争」、及びその帰結としての「武力紛争法の適用」に繋がるわけではない。

逆に、軍艦対軍艦のように国家間での軍隊同士の接触という状況が生じれば、たとえ一方の行為が「法執行活動」における実力行使だと主張されても、武力紛争法が適用される

²⁴ もちろん、このような法がいわば「灰色状態」にあつて不明確ないし形成・変革の過程にある場合には、一方的措置をとることができると同時に、相手国からの相互主義的措置をも想定できることから、逆に行動が抑制的になることも考えられる。

²⁵ 山本草二『海洋法』（三省堂、1992年）i頁。

²⁶ 小寺『パラダイム国際法—国際法の基本構造—』（有斐閣、2004年）111頁。

国際的武力紛争であると認識されることがある²⁷。この場合、図式的には、合法的軍事目標である外国軍艦に対する高烈度の火力を用いた暴力行為をも「武力行使」ではなく「法執行活動」と称することができる。

また、同じく第2部で取り上げた2008年タイ・カンボジア銃撃戦では、両国軍隊による憲章51条を援用した自衛権行使による暴力行為により死傷者まで発生したものの、当事者間の黙示の合意によりこれを国際的武力紛争とはしなかった。ここでの暴力行為は、憲章51条による自衛権が援用されてはいるが、それが武力行使なのか法執行活動なのかは判然としない。

このように、平時と戦時とに二分されなくなった現代国際法では、「武力行使であるかどうかの敷居」とその事態が「武力紛争であるかの敷居」にギャップがあり、それが必ずしも連動しない現象が生じ得るのである。このことも、海上での「法執行活動」における力の行使の具体化に幅が生じる一因ととらえることができよう。

²⁷ 真山全「領海にある外国軍艦に対する強力的措置に関する覚書」『国際安全保障』第35巻第1号（2007年6月）51頁。

主要参考文献・資料

I 一次資料

1 判決・勧告の意見

(1) 常設国際司法裁判所

S.S. Lotus (France v Turkey) [1927], PCIJ, Ser A, No. 10, 25.

(2) 国際司法裁判所

Corfu Channel (UK v. Albania), Assessment of the amount of compensation due from the People's Republic of Albania to the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Judgment of 15 December 1949.

—Merits.

—Pleading, Oral Arguments, Document, Oral Proceedings (First Part), Vol. III (1950), E. Beckett, 18 January 1949.

Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgement, ICJ Reports 1974, p. 3.

—Memorial on the Merits of the Dispute Submitted by the Government of the UK, 31 July 1973.

—Oral Arguments on the Merits of the Dispute Submitted by the Government of Great Britain and Northern Ireland, S. Silkin, 25 March 1974.

Fisheries Jurisdiction (FRG v. Iceland), Merits, Judgement, ICJ Reports 1974, p. 175.

—Memorial on the Merits of the Dispute Submitted by the Government of the Federal Republic of Germany, 1 August 1973.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment. ICJ Reports 1986, p. 14.

Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, ICJ Reports 1998, p. 432

—Application instituting proceedings (28 March 1995).

—Counter-Memorial of Canada (29 February 1996).

—Judgement on Jurisdiction, Dissenting Opinion of Judge Torres Bernárdez (4 December 1998).

Oil Platforms (Iran v. United States of America), Judgement, ICJ Reports 2003, p. 161.

—Counter memorial and Counter claim Submitted by the United States of America (June 23, 1997).

—Separate Opinion of Judge Simma.

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, CIJ Recueil 2004, p. 136.

Armed Activities on the Territory on the Congo (Democratic Republic of the Congo v.

Uganda), Judgement, ICJ Reports 2005, p. 168.

(3) 仲裁 • ITLOS

Proceeding of the Tribunal of Arbitration, Convened at Paris under the Treaty between the United States of America and the Great Britain Concluded at Washington February 29, 1892, for the Determination of Questions between the Two Governments concerning the Jurisdictional Rights of the United States in the Water of Bering Sea (Government Printing Office, Washington DC, 1895).

Permanent Court of Arbitration, The North Atlantic Coast Fisheries Case, Great Britain v. United States of America, The Hague, 7 September 1910.

Compañía de Navegación Nacional (Panama) v. U.S., 29 June 1933, Reports of International Arbitral Awards, Vol. VI, pp. 382-386.

The M/V "Saiga" (No. 2) (St. Vincent v. Guinea), July 1, 1999, ITLOS Case No. 2, Merits.

Eritrea Ethiopia Claims Commission, Partial Award Jus ad Bellum Ethiopia's Claims 1-8 (19 December 2005).

The Arbitral Tribunal Constituted Pursuant to Article 287, and in Accordance with the Annex VII, of the United Nations Convention on the Law of the Sea in the Matter of an Arbitration between Guyana and Surinam, in the Award of 17 September 2007.

- Memorial of Guyana, Vol. I, III and IV.
- Counter-Memorial of Suriname, Vol. III.
- Reply of Guyana, Vol. I.
- Rejoinder of Suriname, Vol. I and II.
- Hearing Transcripts, December 2006.

The "ARA Libertad" Case (Argentina v. Ghana), ITLOS Case No. 20, Order of 15 Dec. 2012.

- "Agreement between Argentina and Ghana" - 27-09-2013.

Permanent Court of Arbitration, Case No.2013-19, In the Matter of an Arbitration before an Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Conventions on the Law of the Sea between the Republic of the Philippines and the People Republic of China, Award on Jurisdiction and Admissibility (29 October 2015).

- Notification and Statement of Claim, from the Department of Foreign Affairs of the Republic of the Philippines, Manila to the Embassy of the People's Republic of China, Manila, 22 Jan 2013. at <http://www.pcacases.com/web/view/7>

(4) 欧州人権裁判所

McCann and others v. the United Kingdom, Judgment, 27 September 1995, Ser. A no. 324 (Grand Chamber).

— Joint Dissenting Opinion of Judges Ryssdal, Bernhardt, Thór Vilhjálmsson, Gölcüklü, Palm, Pekkanen, Sir John Freeland, Baka and Jambrek.

Andronicou and Constantinou v. Cyprus, 9 October 1997, Reports 1997-VI.

Güleç v. Turkey, 27 July 1998, Reports 1998-VI.

(5) 国内裁判所

(a) 米国

The Schooner Exchange v. McFaddon and Others, 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812).

Berizzi Brothers Company v. Steamship Pesaro, 271 U.S. 562, 46 S.Ct. 611, 70 L.Ed. 1088 (1926).

Amerada Hess Shipping Corporation and United Carriers, INC. v. Argentine Republic, United States Court of Appeals, Second Circuit, Decision, 830 F.2d 421 (1987).

United States v. Noriega, 808. Supp. 791 (S. D. Fla., 1992).

Hamdan v. Rumsfeld, 548 U. S. 557 (2006).

(b) 英国

Queen v. Keyn, [1876] 2 Ex. Div. 114.

The Parlement Belge, [1878-79] 4P. D., 129, 144.

The Porto Alexandre [1920] P. D., 30.

Chung Chi Chung v. The King, [1939] AC 160.

(c) ドイツ

The Ice King, *Annual Digest of Public International Law Cases*, Vol. 1 (1919-1922).

(d) 日本

出入国管理令違反・船舶法違反被告事件（クリコフ船長事件）、昭和29年2月19日旭川地裁判決。

2 条約等起草過程

(1) 1930年ハーグ国際法典編纂会議

Rosenne, S., ed., *League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law* [1925-1928], Vol. 2.

Rosenne, S., ed., *League of Nations Conference for the Codification of International Law* [1930], Vol. 2 and 4.

(2) UNCLOS I

ILC Yearbook, 1952, Vol. 2.

ILC Yearbook, 1954, Vol. 2.

ILC Yearbook, 1955, Vol. 2.

ILC Yearbook, 1956, Vol. 1 and 2.

A/CONF. 13/PL/SR/, UNCLOS, *Official Records*, Vol. 2, Plenary Meetings.

A/CONF. 13/C. 1/SR/, UNCLOS, *Official Records*, Vol. 3, First Committee.

A/CONF. 13/C. 2/SR/, UNCLOS, *Official Records*, Vol. 4, Second Committee.

(3) UNCLOS II

A/CONF. 19/9. 17th meeting (6 April 1960), *Official Records of the UNCLOSII*, 17 March – 26 April 1960.

3 侵略の定義に関する国連総会決議採択に至る起草過程

Yugoslavia, UN Doc A/C.6/SR.408 (25 Oct 1954).

UK, UN Doc A/AC.134/SR.32 (10 Mar 1969) in UN Doc A/AC.134/SR.25-51. and UN Doc A/C.6/SR.1166 (2 Dec 1969).

Bulgaria, UN Doc A/AC.134/SR.57 (20 Jul 1970) in UN Doc A/AC.134/SR.52-66 and UN Doc A/C.6/SR.1206 (26 Oct 1970).

Canada, UN Doc. A/AC.134/SR.56 (July 17, 1970) and UN Doc A/AC.134/SR.68 (31 Jul 1970) in UN Doc A/AC.134/SR.67-78.

Cyprus, UN Doc A/AC.134/SR.56 (17 Jul 1970) in UN Doc A/AC.134/SR.52-66.

Iraq, UN Doc A/C.6/SR.1202 (16 Oct 1970) .

Italy, UN Doc A/AC.134/SR.64 (27 Jul 1970) in UN Doc A/AC.134/SR.52-66 and UN Doc A/C.6/SR.1205 (22 Oct 1970).

Japan, UN Doc A/AC.134/SR.57 (20 Jul 1970) in UN Doc A/AC.134/SR.52-66 and UN Doc A/C.6/SR.1206 (26 Oct 1970).

Syria, UN Doc A/AC.134/SR.69 (3 Aug 1970) in UN Doc A/AC.134/SR.67-78.

Ukraine, UN Doc A/C.6/SR.1207 (27 October 1970).

USA, UN Doc A/AC.134/SR.68 (31 Jul 1970) in UN Doc A/AC.134/SR.67-78.

USSR, UN Doc A/AC.134/SR.68 (31 Jul 1970) in UN Doc A/AC.134/SR.67-78.

Cyprus, UN Doc. A/AC.134/SR.83 (Feb. 1971).

Zambia, UN Doc A/C.6/SR.1276 (4 Nov 1971) and UN Doc A/C.6/SR.1351 (6 Nov 1972).

Canada, UN Doc A/C.6/SR.1473 (10 Oct 1974).

Kenya, UN Doc A/C.6/SR.1474 (11 Oct 1974) .

Mali, UN Doc A/C.6/SR.1480 (18 Oct 1974).

Nicaragua, UN Doc A/C.6/SR.1480 (18 Oct 1974).

Peru, UN Doc A/C.6/SR.1483 (23 Oct 1974) .

Philippines, UN Doc A/C.6/SR.1482 (22 Oct 1974).

Senegal, UN Doc A/C.6/SR.1480 (18 Oct 1974).

Venezuela, UN Doc A/C.6/SR.1483 (23 Oct 1974).

A/9619 and Corr. 1, Official Records of the General Assembly, Twenty-ninth Session, Supplement No. 19 (11 March – 12 April 1974, and 5 July 1974) .

A/9890, Report of the Special Committee on the Question of Defining Aggression (6 December 1974).

A/RES/29/3314, Resolution adopted by the General Assembly, 3314 (XXIX), Definition of Aggression (14 December 1974).

4 その他国際機構の公式文書

(1) 国際連合

UN Doc. S/RES/138 (1960), 3 June 1960. (アイヒマン事件)

UN Doc. S/4315 (May 19, 1960), UN Doc. S/PV.857 (May 23, 1960), UN Doc. S/PV.858 (May 24, 1960), UN Doc. S/PV.859 (May 25, 1960), UN Doc. S/PV.860 (May 26, 1960), UN Doc. S/4385 (July 14, 1960), UN Doc. S/PV.880 (July 22, 1960), UN Doc. S/PV.881 (July 25, 1960), UN Doc. S/PV.882 (July 26, 1960) and UN Doc. S/PV.883 (July 26, 1960). (1960年ソ連領空・米国U2偵察機撃墜事件)

UN Doc. S/PV.1107 (Apr. 3, 1964). (United Kingdom; 1964 Harib fort raid).

UN Doc. S/PV.1140 (Aug. 5, 1964) and UN Doc. S/6174 (Feb. 8, 1965), Letter Dated 7 February 1965 from the Representative of the United States of America to the President of the Security Council. (United States; Gulf of Tonkin incident).

ILC Yearbook, 1966, Vol. 2, p. 247. (憲章2条4項の強行規範性)

U.N.Y.B., 1967, p. 175. (Six-Day War).

UN Doc. S/8205 (Oct. 23, 1967), Letter Dated 22 October 1967 from the Permanent Representative of the United Arab Republic Addressed to the President of the Security Council. (1967年エイラート号沈没事件)

U.N.Y.B., 1968, p. 191. (Israeli campaign against Lebanon).

Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations, GA Res. 2625(XXV) (Oct. 24, 1970).

UN Doc. S/11052/Rev. 1 (1973). (国連事務総長ワルトハイムが示したPKOガイドライン)

UN Doc. A/RES/44/240, 29 December 1989. (ノリエガ強制拉致事件)

Crawford, J., "Second Report on State Responsibility : Addendum" (A/CN. 4/498/Add. 2) (1999). (緊急状態における武力行使について)

UN Doc. A/55/305, S/2000/809 (2000). (いわゆる、ブラヒミ・レポート)

UN Doc. S/PV.4836 (Oct. 5, 2003) (Morocco; 1993 Israeli aerial raid in Syrian territory).

UN Doc. S/2008/653 (Oct. 15, 2008), Letter Dated 15 October from the Permanent Representative of Cambodia to the United Nations Addressed to the President of the Security Council. (2008年タイ・カンボジア銃撃戦)

UN Doc. S/2008/657 (Oct. 17, 2008), Letter Dated 16 October 2008 from the Permanent

Representative of Thailand to the United Nations Addressed to the President of the Security Council. (2008 年タイ・カンボジア銃撃戦)

ICJ, Request for interpretation of the judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) , Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 18 July 2011. (2008 年タイ・カンボジア銃撃戦)

(2) 欧州連合

Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia, Report, Vol. II (Sept. 2009), p. 242.

5 学術団体

International Institute of Humanitarian Law, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea: Prepared by International Lawyers and Naval Experts convened by the HIIHL* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995).

Institut de droit international, *Present Problems of the Use of Armed Force in International Law—A. Self-Defence*, 10A Resolution EN (Oct. 27, 2007), at http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/2007_san_02_en.pdf (last access on 27 Feb. 2016).

The UN master list of numbered rules of engagement, in Trevor Findlay, *The Use of Force in UN Peace Operations*, Stockholm International Peace Research Institute (OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2002).

Sanremo Handbook on Rules of Engagement (International Institute of Humanitarian Law, 2009). (サンレモ ROE ハンドブック)

The Military Blance 1996/97 (International Institute of Strategic Studies, London, 1996).

『日中海上航行安全対話報告書 笹川平和財団、北京大学国際関係学院』(2014 年 5 月 27 日改訂版)

6 国家機関

(1) 米国

Secretary of Defense Report to the Congress, 15. June.1987 (ペルシヤ湾派遣米海軍部隊の平時 ROE を説明した国防長官文書)

U.S. Department of Defense, *U.S. Rules of Engagement in the Persian Gulf* (Sept. 25, 1987), reproduced in *Australian International Law News* (1988), p. 71.

1989 USA-USSR Joint Statement With Attached Uniform Interpretation Of Rules Of International Law Governing Innocent Passage, Adopted at Wyoming, USA on 23

September, 1989, in *International Legal Materials*, Vol.28 (1989), p.1446.

Department of the Navy, Annotated Supplement to the Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, NWP1-14M, 1997.

Standing Rules of Engagement for US Forces, CJCSI 3121.01A, 15 January 2000, Chairman of the Joint Chiefs of Staff Instruction.

Office of the Chief of Naval Operations and Headquarters, Department of the Navy, U.S. Marine Corps & Department of Homeland Security and U.S. Coast Guard, *the Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, chs. 4–6, NWP 1-14M (2007).

(2) 英国

Parliamentary Debates (Hansard), House of Commons Official Report Sixth Series, Vol. 22, col. 616 (26 April 1982).

United Kingdom Hydrographic Office, *Annual Summary of Admiralty Notices to Mariners, Correct to 17 December 2015, National Claims to Maritime Jurisdiction*, pp. 1-20–1-24.

(3) オーストラリア

Royal Australian Air Force, AAP 1003, Operations Law for RAAF Commanders, para. 2.19 (2d ed. 2004).

(4) 韓国

United Nations Treaty Series, *ST/LEG/SER, B/19*, (1980), p. 97.

(5) 日本

『第34回国会衆議院日米安全保障条約等特別委員会議録』第21号（1960年4月20日）25–26頁。

海上保安庁総務部総務課編「十年史・海上保安庁」（平和の海協会、1961年5月）。

海上保安庁総務部総務課編「海上保安庁三十年史」（海上保安協会、1979年5月）。

『海上保安事件の研究—国際捜査編』（中央法規、1992年3月）。

『海上保安の現況』（1993年10月）。

領海等警備法案要綱「新しい領海警備法制等の構築のための検討について」『海洋法条約に

係る海上保安法制第2号』（海上保安協会、1995年3月）64-72頁。

第154回国会衆議院安全保障員会議録』第3号（2002年3月28日）13頁。

『国家安全保障戦略』（2013年12月）。 at
http://www.cas.go.jp/jp/siryou/131217anzenhoshou/pamphlet_jp_en.pdf (last access on 27 Feb. 2016).

『安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会』報告書（平成26年5月15日）安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会。

『国の存立を全うし、国民を守るための切れ目のない安全保障法制の整備について』（平成26年7月1日）国家安全保障会議決定・閣議決定。

『我が国の領海及び内水で国際法上の無害通航に該当しない航行を行う外国軍艦への対処について』（平成27年5月14日）閣議決定。

『離島等に対する武装集団による不法上陸等事案に対する政府の対処について』（平成27年5月14日）閣議決定。

『平成27年版防衛白書』1頁。 at
http://www.clearing.mod.go.jp/hakusho_data/2015/pdf/27010000.pdf (last access on 27 Feb. 2016).

7 ニュースソース等

「朝日新聞縮刷版」（1953年9月）343頁。

2013年2月6日 朝日新聞朝刊。

“Angola Denies Congo Incursion, Says Lost Troops Entered Its Territory,” *Reuters* (Oct, 21, 2013), at <http://www.reuters.com/article/2013/10/21/us-angola-congorepublic-idUSBRE99K0S520131021>.

2014年5月10日 日本経済新聞。

2014年6月19日 日本経済新聞 朝刊7面。

Source: Xinhua, *China's defense minister vows no territorial compromise*, 2014-April-8 20:17.

Source: China Topix, *Sweden Ready To Use Force To Surface Suspected Russian Submarine*, at
<http://www.chinatopix.com/articles/18123/20141023/sweden-ready-to-use-force-to-surface-suspected-russian-submarine.htm#ixzz3H7ASFrWT> (as of Oct 23, 2014 02:00 AM

EDT).

2015 年 4 月 14 日 日本経済新聞 朝刊。

2015 年 11 月 9 日 日本経済新聞 朝刊。

2015 年 11 月 13 日 日本経済新聞 朝刊。

2016 年 1 月 12 日 読売新聞 朝刊。

産経ニュース (2016 年 1 月 16 日) at

<http://www.sankei.com/world/news/160112/wor1601120081-n1.html>

II 外国語文献

Addicott, J. F., "The Yemen attack: illegal assassination or lawful killing?" available at <http://jurist.law.pitt.edu/forum/forumnew68.php> (as of 7 November 2002).

Alfred, V. - B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, Dritte, völlig neu bearbeitete Aufl (Dunker & Humboldt, 1984).

Allen, C. H., "Limits on the Use of Force in Maritime Operations in Support of WMD Counter-Proliferation Initiatives," *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 35 (2005).

Baxter, R. R., "The Legal Consequences of the Unlawful Use of Force under The Charter," *Proceedings of the American Society of International Law*, 62nd Annual Meeting, American Society of International Law (1968).

Bowett, D. W., *Self-Defence in International Law* (Manchester: Manchester University Press, 1958).

Broms, B., "The Definition of Aggression," *Recueil Des Cours*, Tome 154 (1977-I).

Brownlie, I., "The Use of Force in Self-Defence," *B.Y.I.L.*, Vol. 37 (1961).

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

Calvo, C., *Le droit international théorique et pratique*, 5e ed. Tome Premier (Paris: Rousseau, 1896).

Churchill, R. R., "Joint Development Zones: International Legal Issues," *Joint Development of Offshore Oil and Gas*, in H. Fox (ed.), Vol. II (1990).

Churchill, R. R., "The Impact of State Practice on the Jurisdictional Framework Contained in the LOS Convention," *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention*, edited by A. G. O. Elferink (2005).

Churchill, R. R. and A. V. Lowe, *The Law of the Sea* (Manchester: Manchester University Press, 1999).

Clapham, A., *Brierly's Law of Nations*, 7th ed. (Oxford University Press, 2012).

Corten, O., "Judge Simma's Separate Opinion in the Oil Platforms Case: To What Extent Are Armed 'Proportionate Defensive Measures' Admissible in Contemporary International Law?" *From Bilateralism to Community Interest : Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Ulrich Fastenrath et al. eds. (2010).

Corten, O., *The Law Against War* (Hart Publishing, 2010).

Crawford, James., *State Responsibility—The General Part* (Cambridge University Press, 2013).

Crook, J. R., "Contemporary Practice of the United States," *AJIL*, Vol. 106 (2012).

Crook, J. R., "Contemporary Practice of the United States," *AJIL*, Vol. 107 (2013).

Crook, J. R., "Contemporary Practice of the United States," *AJIL*, Vol. 105 (2011).

D'Amato, A., *International Law: Process and Prospect* (Transnational Publishers, 1987).

Delupis, I., "Foreign Warships and Immunity for Espionage," *AJIL*, Vol. 78 (1984).

Dinstein, Y., *War, Aggression and Self-Defence*, 5th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2011).

Dutton, P. A., "Caelum Libera: Air Defense Identification Zones Outside Sovereign Airspace," *AJIL*, Vol. 103 (2009).

Elagab, O. Y., *The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law* (Clarendon Press • Oxford, 1988).

Fenrick, W. J., "Legal Limits on the Use of Force by Canadian Warships Engaged in Law Enforcement," *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 18 (1980).

Fitzmaurice, G., "The Case of the *Im Alone*," *B.Y.I.L.*, Vol. 17 (1936).

Fitzmaurice, G., "Some Results of the Geneva Conference on the Sea," *ICLQ*, Vol. 8 (1959).

Fox, H., *The Law of State Immunity* (Oxford University Press, 2002).

Francioni, F., "Use of Force, Military Activities, and the New Law of the Sea," A. Cassese ed. *The Current Legal Regulation of the Use of Force* (Martinus Nijhoff

Publishers, 1986).

Froman, F. D., "Uncharted Waters: Non-innocent Passage of Warships in the Territorial Sea," *San Diego Law Review*, Vol. 21 (1984).

Geck, W., "Warship", in Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 4 (1982).

Gidel, G., *Le Droit International Public de La Mer*, Tome III (Topos Verlag AG, Vaduz, Liechtenstein, 1934).

Gill, T. D., "The Forcible Protection, Affirmation and Exercise of Rights by States under Contemporary International Law," *Netherlands Yearbook of International Law*, Vol. 23 (1992).

Grammig, R. J., "The Yoron Jima Submarine Incident of August 1980: A Soviet Violation of the Law of the Sea," *Harvard International Law Journal*, Vol. 22 (1981).

Gray, C., "The Eritrea/Ethiopia Claims Commission Oversteps Its Boundaries: A Partial Award?" *EJIL*, Vol. 17, No. 4 (2006).

Gray, C., *International Law and the Use of Force*, 3rd ed. (Oxford University Press, 2008).

Green, L. C., *The contemporary law of armed conflict*, 3rd ed. (Manchester University Press, 2008).

Greenwood, C., "The Relationship between jus ad bellum and jus in bello," *Review of International Studies*, Vol. 9 (1983).

Greenwood, C., "Self-Defence and the Conduct of International Armed Conflict," *International Law at a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, edited by Y. Dinstein (Martinus Nijhoff Publishers, 1989).

Greenwood, C., "War, Terrorism, and International Law," *Current Legal Problems*, Vol. 56 (2003).

Greenwood, C., "The Law of War (International Humanitarian Law)," in M. D. Evans (ed.), *International Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2006).

Greenwood, C., "Scope of Application of Humanitarian Law," in D. Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (Oxford University Press, 2008), p. 48, para. 202.3.

Grotius, H., *De jure belli ac pacis libri tres*, Translation by F. W. Kelesy, The Classical of international law, (Claredon Press, Humphrey Milford, 1925).

Guoxing, J., "The Legality of the 'Impeccable Incident'," *China Security*, Vol. 5, No. 2 (2009).

Harris, D. J., *Case and Materials on International Law*, 6th ed. (Sweet & Maxwell, 2004).

Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 1994).

Hall, W. E., *A Treatise on International Law*, 8th ed. (Oxford University Press, 1924).

Henderson, I., "Civilian Intelligence Agencies and the Use of Armed Drones," *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol. 13 (2010).

Henseler, P., "Self-defense in the Maritime Environment under the New Standing Rules of Engagement/Standing Rules for the Use of Force (SROE/SRUF)," *Naval Law Review*, Vol. 53 (2006).

Jennings, R. and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th ed. Vol. 2 (Longman, London, 1992).

Jessup, P. C., *The Law of Territorial Waters and Maritime Jurisdiction* (Kraus Reprint Co, 1927).

Koh, H. H., Legal Adviser, U.S. Department of State, Obama Administration and International Law, Speech, Annual Meeting of the American Society of International Law, Washington, DC, March 25, 2010.

Kolb, R., *Ius Contra Bellum*, 2 édition. (Helbing Lichtenhahn, 2009).

Kwast, P. J., "Maritime Law Enforcement and the Use of Force: Reflections on the Categorization of Forcible Action at Sea in the Light of the Guyana/Suriname Award," *JCSL*, Vol. 13, No. 1 (2008).

La Pradelle, A. de Geouffre., Le droit de l'Etat sur la mer territoriale, *Revue Générale de Droit International Public*, Tome V (1898).

Lauterpacht, E., "The Legal Irrelevance of the 'State of War'," *Proceedings of the American Society of International Law*, 62nd Annual Meeting, American Society of International Law (1968).

Lissitzyn, O. J., "The Treatment of Aerial Intruders in Recent Practice and International Law," *AJIL*, Vol. 47 (1953).

Lowe, A. V., "National Security and the Law of the Sea," *Thesaurus Acroasium*, Vol. 17 (1991).

Lowe, A. V., "Jurisdiction," in M. D. Evans (ed.), *International Law*, (Oxford University

Press, 2003), p. 329.

Mayama, A., "The Influence of the Straits Transit Regime on the Law of Neutrality at Sea," *Ocean Development and International Law*, Vol. 26 (1995).

Mrazek, J., "Prohibition on the Use and Threat of Force: Self-Defence and Self-Help in International Law," *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 27 (1989).

Nandan, S. N. and S. Rosenne et al., *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary*, Vol. II and III (Martinus Nijhoff Publishers).

Norton, P. M., "Between the Ideology and the Reality: The Shadow of the Law of Neutrality," *Harvard International Law Journal*, Vol. 17, No. 2 (Spring 1976).

O'Connell, D. P., "The Juridical Nature of the Territorial Sea," *B.Y.I.L.*, Vol. 45 (1971).

O'Connell, D. P., "Innocent Passage of Warships," *Thesaurus Acroasium*, Vol. 7 (1977).

O'Connell, D. P., *The International Law of the Sea*, Vol. I (Clarendon Press • Oxford, 1982).

O'Connell, D. P., *The International Law of the Sea*, Vol. II (Clarendon Press • Oxford, 1984).

O'Connell, M. E., "The Prohibition on the Use of Force," *Research handbook on international conflict and security law*, ed. by Nigel D. White, Christian Henderson (Cheltenham, 2013).

Orakelashvili, A., *Peremptory Norms in International Law* (Oxford University Press, 2006).

Oxman, B. H., "The Regime of Warships Under the United Nations Convention on the Law of the Sea," *Virginia Journal of International Law*, Vol. 24 (1984).

Oxman, B. H., "Jurisdiction of States," *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 3 (1997).

Park, K.-G., *La protection de la souveraineté aérienne* (A. Pedone, 1991).

Parks, W. H., Memorandum on Executive Order 12333 and Assassination (Nov. 2, 1989), at http://www.hks.harvard.edu/cchrp/Use%20of%20Force/October%202002/Parks_final.pdf. (last access on April 20, 2015).

Pincus, W., Staff Writer, The Washington Post, "Missile strike carried out with Yemeni cooperation – official says operation authorized under Bush finding," *The Washington Post* (6 November 2002).

Printer Jr., N. G., "The Use of force against non-state actors under international law: an analysis of the U.S. Predator strike in Yemen," *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, Vol. 8 (2003).

Qi, Dahai., "State Immunity, China and Its Shifting Position," *Chinese Journal of International Law*, Vol. 7, Issue 2 (July 2008).

Randelzhofer, A., "Article 2(4)," in B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: Commentary*, 1st ed. (Oxford University Press , 1995).

Randelzhofer, A., "Article 51," in B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: Commentary*, 1st ed. (Oxford University Press , 1995).

Randelzhofer, A. / O. Dörr, A., "Article 2(4)," in B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: Commentary*, 3rd ed. (Oxford University Press , 2012).

Randelzhofer, A. (with Nolte) "Article 51," in B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: Commentary*, 3rd ed. (Oxford University Press , 2012).

Ratner, S. R., "The Gulf of Sidra Incident of 1981: A Study of the Lawfulness of Peacetime Aerial Engagements," *Yale Journal of International Law*, Vol. 10 (1984).

Rauch, E., *The Protocol Additional to the Geneva Conventions for the Protection of Victims of International Armed Conflicts and the United Nations Convention on the Law of the Sea: Repercussion on the Law of Naval Warfare* (Duncker & Humbolt/Berlin, 1984).

Rauch, E., "Military Uses of the Ocean," *German Yearbook of International Law*, vol. 28 (1985).

Roach, J. A. and R. W. Smith, *United States Responses to Excessive Maritime Claims*. 2nd ed. (Martinus Nijhoff Publishers, 1994).

Ronzitti, N., "The Crisis of the Traditional Law Regulating International Armed Conflicts at Sea and the Need for its Revision," *The Law of Naval Warfare: A Commentary on the Relevant Agreements and Documents*, ed. N. Ronzitti (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1988).

Ruys, T., "License to kill? State-sponsored assassination under international law," *K.U. Leuven Faculty of Law, Institute for International Law Working Paper*, No. 76 (2005).

Ruys, T., *Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter* (Cambridge University Press, 2010).

Ruys, T., "The Meaning "Force" and The Boundaries of the Jus ad bellum: Are "Minimal" Uses of Force Excluded From UN Charter Article 2(4)?" *AJIL*, Vol. 108, No. 2 (2014).

Sadurska, R., "Foreign Submarines in Swedish Waters: The Erosion of an International Norm," *Yale Journal of International Law*, Vol. 10 (1984).

Seiderman, I. D., *Hierarchy in International Law: The Human Rights Dimension*, School of Human Rights Research series, Vol. 9 (2001).

Selden, J., *Mare clausum, seu de dominio maris libri duo*, London, 1635, Lib. 1, Cap. XXIII, translated into English, and set forth with som [sic] additional evidences and discourses, by Marchamont Nedham, Lawbook Exchange,(2004).

Shanker, T., “China Harassed U.S. Ship, the Pentagon Says,” *New York Times*, Mar. 10, 2009, at A8.

Shanker, T. and M. Mazzetti, “ Tussle at Sea Has US. and China Quarreling,” *New York Times*, Mar. 11, 2009, at A9.

Shearer, I. A., “Problems of Jurisdiction and Law Enforcement against Delinquent Vessels,” *ICLQ*, Vol. 35 (1986).

Sørensen, M., *Law of the Sea, International Conciliation* No. 520 (1958).

Starke, J. G., “The Concept of Opposability in International Law”, *Australian Yearbook of International Law*, Vol. 5 (1968-69).

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

Sundberg, J. W. F., “Legitimate Responses to Aerial Intruders: The View from a Neutral State,” *Annals of Air & Space L.* Vol. 10 (1985).

Tanaka, Y., *The International Law of the Sea*, (Cambridge University Press, 2012).

Treves, T., “ Chapter 17 Navigation,” R-J Dupuy & D. Vignes eds, *A Handbook on the New Law of the Sea* (Martinus Nijhoff Publishers, 1991).

Trumbull, C. P. IV., The Basis of Unit Self-Defense and Implications for the Use of Force, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 23 (2012).

Tsagourias, N., “Consent, Neutrality/Impartiality and the Use of Force in Peacekeeping: Their Constitutional Dimension,” *JCSL*, Vol. 11 (2006).

Tucker, R. W., *The Law of War and Neutrality at Sea* (US Government Printing Office, Washington DC, 1957).

Tyson, A. S., “China Draws U.S. Protest over Shadowing of Ships,” *The Washington Post*, Mar. 10, 2009, at A8.

Valencia, M., “The Impeccable Incident: Truth and Consequences,” *China Security*, Vol. 5, No. 2 (2009).

Vattel, E. de, *Le Droit des Gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*. The Classics of International Law, edited by James Brown Scott. Vol. 1, Photographic Reproduction of the Book I and Book II of First edition (1758), with an Introduction by Albert de Lapradelle. Washington, D.C. : The Carnegie Institution of Washington, 1916.

Westlake, J., *International Law*, 2nd ed. Part I Peace (Cambridge : at the University, 1910), p. 192.

Waldock, H., “The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law,” *Recueil Des Cours*, Tome 81 (1952-II).

Welwood, W., *An Abridgement of all Sea-Lawyers; Gathered Forth from all Writings and Monuments, which are to be found among any people or Nation, upon the coasts of the great Ocean and Mediterranean Sea: And specially ordered and disposed for the use and benefit of all benevolent Sea-farers, within his Majesties Dominions of Great Britanne, Ireland, and the adjacent Isles thereof*. London, Printed for Humfrey Lownes, for Thomas Man, 1613.

White, N. D., “Peacekeeping or war-fighting,” *Research handbook on international conflict and security law*, ed. by Nigel D. White, Christian Henderson (Cheltenham, 2013).

Wilson, B. and James Kraska, “American Security and Law of the Sea,” *Ocean Development and International Law*, Vol. 40 (2009).

Whiteman, M., “Immunity of Warships and Noncommercial State-owned or -operated Vessels,” *Digest of International Law*, Vol. 4 (U.S. Department of State Publication, 1965).

III 日本語文献

浅田正彦「憲法上の自衛権と国際法上の自衛権」『自衛権の現代的展開』（東信堂、2007年）

浅田正彦「九州南西海域不審船事件と日本の対応—継続追跡の問題を中心に—」『日本における海洋法の主要課題』（有信堂高文社、2010年）

浅田正彦「国際法における『武力紛争』の概念—国際的武力紛争における武力紛争法適用の敷居をめぐって—」『現代国際法の思想と構造Ⅱ 環境、海洋、刑事、紛争、展望（第2巻）』（東信堂、2012年4月）

新井京「平和支援活動における武力行使の法的性質と武力紛争法の適用可能性」『京都学園

法学』第2・3号（2001年）

新井京「封鎖法の現代的「変容」—排除水域と飢餓封鎖の問題を中心に—」『武力紛争法の国際法』（東信堂、2004年）

新井京「ハムダン事件」『国際法基本判例50 第2版（杉原高嶺ほか編）』（三省堂、2014年）

伊津野重満「『タラ戦争』と自衛権」『創価法学』第14巻2号（1984年12月）

植木俊哉「コンゴ領域武力活動事件」『国際法基本判例50 第2版（杉原高嶺ほか編）』（三省堂、2014年）

江藤淳一「国際法における対抗性の概念」『東洋法学』36巻(1)（1992年）

奥脇直也「領海における外国公船に対する執行措置」『平成21年度海洋権益の確保に係る国際紛争事例研究（第2号）』（財団法人海上保安協会、2010年3月）

小谷哲男「海洋安全保障の今日的課題—海上における危機管理」『国際安全保障』42(1)（2014年6月）

加藤信行「近代海洋法法典化の試み—ハーグ国際法典編纂会議・近代海洋法から現代海洋法への架け橋—」『海洋法の歴史的展開』（有信堂高分社、2004年）

小寺彰「政府船舶に対する沿岸国の措置」『海洋の科学的調査と海洋法上の問題点』（日本国際問題研究所、1999年6月）

小寺彰『パラダイム国際法—国際法の基本構成—』（有斐閣、2004年）

齊藤正彰「恣意的殺害 特殊部隊によるテロ容疑者の射殺—マッカラン判決—」『ヨーロッパ人権裁判所の判例（戸波江二他編）』（信山社、2008年）

坂元茂樹「排他的経済水域での沿岸国の同意なき海洋の科学調査—政府公船の場合の対応措置—」『海洋の科学的調査と海洋法上の問題点』（日本国際問題研究所、1999年6月）

坂元茂樹「判例研究・国際司法裁判所 漁業管轄権事件（スペイン対カナダ）—裁判管轄権（判決：1998年12月4日）」『国際法外交雑誌』第103巻2号（2004年）

坂元茂樹「排他的経済水域における軍事活動」『海の国際秩序と海洋政策』（東信堂、2006年）

坂元茂樹「領海」『海上保安法制』（三省堂、2009年）

坂元茂樹「外国公船に対する警告—中国公船への対応を考える」『海上法執行活動に関する諸問題の調査研究 研究報告書』（海上保安大学校国際海洋政策研究センター、2014年3月）

坂元茂樹「外国公船に対する警告（続）—日中の解釈の同異に焦点を当てて」『海上法執行活動に関する諸問題の調査研究 研究報告書』（海上保安大学校国際海洋政策研究センター、2015年3月）

杉原高嶺『海洋法と通航権』（日本海洋協会、1991年）

杉原高嶺「政府公船に対する裁判権免除の展開」『法学論叢』40 巻 3・4 号（京都大学法学会、1997 年）

杉原高嶺「フランコニア号事件と領海制度」『海洋法の主要事例とその影響』（有信堂高分社、2007 年）

高井晋「韓国竹島領有論の再吟」『島嶼研究ジャーナル』2 巻 1 号（2013 年 3 月）

高林秀雄「海洋法の軍事的側面」『ジュリスト』337 号（有斐閣、1966 年 1 月）

高林秀雄『領海制度の研究（第 3 版）』（東信堂、1987 年）

高林秀雄「私掠船」『国際関係法辞典（第 2 版）』（国際法学会、2005 年）

人道法国際研究所（竹本正幸監訳、安保公人・岩本誠吾・真山全訳）『海上武力紛争法サンレモ・マニュアル解説書』（東信堂、1997 年）

田中忠「武力規制法の基本構造」『現代国際法の指標』（有斐閣、1994 年）

田中利幸「外国船舶に対する執行と国内法の整備」『海洋法条約に係る海上保安法制第 1 号』（海上保安協会、1994 年）

田村重信他『日本の防衛法制（第 2 版）』（内外出版、2012 年）

田中則夫「国連海洋法条約の成果と課題」『国際法外交雑誌』112-2（2013 年 8 月）

中村洸「核搭載軍艦の領海通過について」『法学教室』No. 13（1981 年 10 月）

西村弓「第 7 章 海洋安全保障と国際法」『海洋安全保障の諸問題と日本の対応』（財団法人 日本国際問題研究所、2012 年 3 月）

西村弓「排他的経済水域・大陸棚における測量妨害行為に係る諸問題」『海上法執行活動に関する諸問題の調査研究 研究報告書』（海上保安大学校国際海洋政策研究センター、2015 年 3 月）

林久茂「無害通航と沿岸国の権能」『海上保安大学校研究報告第 1 部』（海上保安大学校、1965 年）

林久茂「国連海洋法条約の研究—国際法部会 第Ⅱ部 領海及び接続水域 第 3 節 領海における無害通航 C 軍艦及び軍艦以外の他の非商目的のために運航される政府船舶に適用される規則 第 29 条～第 32 条」『新海洋法条約の締結に伴う国内法制の研究（第 2 号）』（日本海洋協会、1983 年）

林久茂「国連海洋法条約の成立と概要」『海洋法の新秩序（代表編集 林久茂他）』（東信堂、1993 年）

林久茂『海洋法研究』（日本評論社、1995 年）

広部和也「船舶に対する主権免除」『船舶の通航権をめぐる海事紛争と新海洋法秩序（第 2 号）』（日本海洋協会、1982 年）

藤田久一「領海における通航規則の史的展開—軍艦通航フォーミュラの挫折—」『海洋法の新秩序（代表編集 林久茂他）』（東信堂、1993 年）

藤田久一『国連法』（東京大学出版会、1998 年）

辺見正和「海洋法条約草案上の通航問題等について」『海洋法と海洋政策（第 5 号）』（外務省、1982 年）

真山全「海上経済戦における中立法規の適用について」『世界法年報』（Vol. 8、1988 年 10 月）

真山全「軍艦の定義」『海洋法・海事法判例研究（2 号）』（日本海洋協会、1991 年）

真山全「武力紛争に於ける外国船舶に対する干渉」『海洋法・海事法判例研究 2 号』（日本海洋協会、1991 年）

真山全「図 12-1-1『日華事変における中国船舶交通遮断区域』【出典】海軍省『支那事変に於ける帝国海軍の行動』海軍省海軍軍事普及部、1938 年」西井正弘編『図説国際法』（有斐閣ブックス、1998 年）

真山全「国連の軍事的活動に対する武力紛争法の適用—武力紛争の事実主義的認識とその限界—」『21 世紀の国際機構：課題と展望』（東信堂、2004 年）

真山全「自衛権行使と武力紛争法」『自衛権の現代的展開』（東信堂、2007 年）

真山全「領海にある外国軍艦に対する強力的措置に関する覚書」『国際安全保障』第 35 巻第 1 号（2007 年 6 月）

真山全「テロ行為・対テロ作戦と武力紛争法」『テロリズムの法規制（初川満編）』（信山社、2009 年）

水上千之「航行利益の尊重と沿岸国の領海における主張」『船舶の通航権をめぐる海事紛争と新海洋法秩（第 1 号）』（日本海洋協会、1981 年）

水上千之「国連海洋法条約の研究—国際法部会 第 II 部 領海及び接続水域 第 3 節 領海における無害通航 A すべての船舶に適用される規則 第 17 条～第 26 条」『新海洋法条約の締結に伴う国内法制の研究（第 2 号）』（日本海洋協会、1983 年）

水上千之『海洋法—展開と現代』（有信堂高文社、2005 年）

宮内靖彦「自衛の発動要件についての非国家的行為体の意味—国際判例の観点からの分析—」『自衛権の現代的展開』（東信堂、2007 年）

村上暦造「国家船舶の免除と執行措置」『海洋の科学的調査と海洋法上の問題点』（日本国際問題研究所、1999 年 6 月）

村上暦造『領海警備の法構造』（中央法規、2005 年）

村上暦造・森征人「海上保安庁法の成立と外国法制の継受—コーストガード論—」『海上保安法制』（三省堂、2009 年）

村瀬信也「国家管轄権の一方的行使と対抗力」『国家管轄権：国際法と国内法：山本草二先生古稀記念』（村瀬信也、奥脇直也 [ほか]編 勁草書房、1998 年）

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）（2006 年）

村瀬信也「国連憲章と一般国際法上の自衛権」『自衛権の現代的展開』（東信堂、2007 年）

森川幸一「国際平和協力外交の一断面－「海上阻止活動」への参加・協力をめぐる法的諸問題」『日本が外交と国際法』(内外出版、2009年)

森川幸一「グレーゾーン事態対処の射程とその法的性質」『国際問題』No. 648. (2016年1・2月)

森肇志「第17章 武力行使の規制と国際安全保障」『講義国際法(小寺彰他編)』(有斐閣、2004年)

森肇志『自衛権の基層－国連憲章に至る歴史的展開』(東京大学出版社、2009年)

薬師寺公夫「領海における海洋汚染防止法令の執行と無害通航権」『21世紀の国際機構：課題と展望』(東信堂、2004年)

山本草二「軍艦の通航権をめぐる国際紛争の特質」『船舶の通航権をめぐる海事紛争と新海洋法秩序(第1号)』(日本海洋協会、1981年)

山本草二(司会)・栗林忠男・香西茂・杉原高嶺・水上千之・広部和也(発言順)「共同討議－船舶の通航権をめぐる海洋紛争と新海洋法秩序」『船舶の通航権をめぐる海洋紛争と新海洋法秩序(第2号)』(日本海洋協会、1982年)

山本草二(司会)・水上千之・林久茂・田中利幸・大沼保昭・杉原高嶺・磯部力・畠山武道・栗林忠男・河西直也(発言順)「共同討議－新海洋法条約の締結に伴う国内法制の研究」『新海洋法条約の締結に伴う国内法制の研究』(日本海洋協会、1983年)

山本草二「一方的国内措置の国際法形成機能」『上智法学論集』33巻(2・3)(1990年3月)

山本草二「無害通航に当たらない領海侵犯」『我が国の新海洋秩序(第3号)』(財団法人海上保安協会、1990年)

山本『海洋法』(三省堂、1992年)

山本草二「国際紛争要因としての対抗力とその変質」『国際研究論集』(八千代国際大学紀要)6巻(2)(1993年)

山本草二『国際法(新版)』(有斐閣、1994年)

横田喜三郎『海の国際法(上巻)』(有斐閣、1959年)

横田喜三郎『国際法Ⅱ(新版)』(有斐閣、1972年)

義井博「第一次世界大戦の発生とその展開」『岩波講座世界歴史24 第一次世界大戦』(岩波書店、1970年)

吉田靖之「海戦法規における目標識別規則－目標識別海域設定を中心に－」『法学政治学論究』(慶大大学院法学研究科、2007年)