

（論文）

法と戦争 —純粹法学の一考察—

長谷川 日出世

1、はじめに

エイクハーストによれば、18世紀および19世紀のほとんどの人びとは、戦争を厳しい冬とまったく同じように、つまり、確かに不快ではあるが、定まった秩序の一部であって、愉快なスポーツの素晴らしい機会を提供するものとみなしていた。負傷兵でさえ足を骨折したスキーヤーがスキーを悪事と考えないのと同じように、戦争を悪事とは考えなかったという。ところが、第一次世界大戦のこれまでに例をみない惨害は、戦争に対する態度に革命的变化を引き起こした。さらに、その後の第二次世界大戦は、戦争の悲惨さを倍増化させ、この傾向をますます助長させることとなり、今日では、人びとは戦争を恐ろしい害悪であるとみなすことが習慣となっている。¹

このような人びとの戦争に対する感情は必然的に法に反映されることとなり、1919年の国際連盟規約における戦争の部分的禁止、さらには1928年のケロッグブリアン協定におけるより包括的な戦争の禁止とつづき、1945年の国連憲章では戦争という文言すら排除されるにいたっている。戦争を法の領域から例外なく追放すべきであるという倫理的要請は、ある程度現代に特有であるとされる。²しかしながら、本来、法の枠組みの中で捉えられてきた戦争概念を一切排除してしまうことは、適切なものであろうか。現に戦争という文言は使用されているのであり、たとえば2003年3月のイラクに対する武力行使は、イラク戦争と一般に称されている。このような現状を顧みるならば、戦争の法的概念について、いまいちど検討を加える必要があるのではないか。

原始社会では、自己の利益を侵害された個人は、当然のことながら自力で侵害を排除し、失われた利益を回復する必要があった。むろん、これが家族あるいは部族の単位で行われことがあったとしても、そこにあるのは基本的には自救（self-help）の原則である。自力救済は、個人対個人、家族対家族また部族対部族の間の紛争を解決する客観的な権威が存在しないという状況の中で生まれた原則である。この場合、紛争の解決が利益侵害の排除と失われた利益の回復を意味することはいうまでもない。このような状況の中で生まれた自救原則は、社会の集権化に伴う法制度の確立の過程においても消滅することはなかった。たとえば、個

人の自力救済は、自衛の概念としての正当防衛という形で、近代国家の刑法典の中に地位をしめている。日本国刑法 36 条は「①急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するために、やむを得ずにした行為は、罰しない。②防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減刑し、又は免除することができる。」という内容で、正当防衛の概念を取り入れており、諸外国の刑法典も同内容の規定を設けている。ただ近代国家の内部にみられる正当防衛を代表とする自救原則と原始状態に発生した自救原則とでは、その意味合いが大きく変化した。近代国家の内部にみられる自救原則では、其の原則に従って行動した個人の行為は、後に国家の客観的法権能により合法か否かを判断される。自力救済を行った個人が自己の行為を正当なものであると判断しようとも、合法であるか否かの判断は個人の主観的判断を離れて存在する。この点で、主観的判断に基づいて成立した自救原則は、近代国家法の体系の一部となるや、大きく変貌したのである。

しかしながら、個人対個人の関係での自救原則が、国家法秩序という客観的法権能の前に解決をみだしたにもかかわらず、個人の集合体である国家自体の自救原則は、依然として原始的な発生当時の意味合いをもち続けている。特に国家の自力救済の手段は武力行使という形態をとる場合が多く、近代国家の出現によるその規模の拡大は無視することのできない惨状をもたらすようになった。第一次、第二次世界大戦は、世界各国を巻き込んだその最たるものである。この二つの大戦における連合国側、枢軸国側双方の武力行使は、なんらかの形で、自救原則に基づく自衛のための行為であると主張された。双方の側とも、他方の直接あるは間接の侵略に対し自国を守るために、その侵略を排除する目的で武力行使を行なったのであり、この武力行使は正当なものであると主張した。ここにあるのは、「強者は絶えず正義である」との原理である。

国際社会では、国家の自救行為を判定する客観的法権能が厳密な意味で確立されていない。確立された部分はあるとしても不完全なものである。それとともに自救行為に際し、往々にして伴う武力行使は、戦争という悲惨な結果を招いてきた。そのため、武力行使としての戦争を防止することが急務となったのである。このためには、すべての戦争を禁止するとともに、自救原則を、最小限に制限することが目標とされた。しかし自救原則とそれに基づく武力行使としての戦争の関係は、戦争概念を国際法から排除しようとする法理論からでは、現実の国際状況を考慮するならば、理解可能なのだろうか。特に戦争を全面的に禁止しながら、自衛権を根拠とする戦争が存在するという現実は、一種の矛盾すら生み出しているように思われる。

このような中で、自救原則とそれに基づく武力行使としての戦争を国際法の図式の中で理解しようとした者に、ケルゼン (H.Kelsen) がいる。ケルゼンの国際法理論は、この分野において特殊な位置を占めており、特に戦争概念の理解については興味深いものがある。現在の国際環境において発生している様々な国家間の紛争（実質上の戦争）と国際法上の自救原則を分析するに際し、ケルゼンの国際法理論は十分検討に値すると思われる。

2、戦争概念の法的考察

戦争 (Krieg, war) という概念は決して一様ではなく、それがどのような場で論ぜられるかにより、色々な意味で理解されてきた。特に国家間に生起する諸問題は、政治、法、経済と

いった様々な諸現象の複合体であり、戦争自体もまさにこの産物といってよいであろう。たとえばクラウゼビッツ（Karl von Clausewitz）は、戦争論（Vom Kriege）の中で、戦争を次のように定義する。「およそ戦争は拡大された決闘にほかならない。・・・要するに決闘者は、いずれも物理的な力を行使して我が方の意思を相手に強要しようとするのである。・・・してみると戦争は一種の強力行為であり、その旨とするところは相手に我が方の意思を強要することである。」³さらにクラウゼビッツは、相手方に対する我が方の意思の強要という戦争目的が、実はそれが政治目的であり、この目的のために戦争が手段となっているということについて、次のように述べている。「戦争は政治的行為であるばかりでなく、政治の道具であり、彼我両国間の政治的交渉の継続であり、政治におけるとは異なる手段を用いてこの政治的交渉を遂行する行為である。」⁴クラウゼビッツのこのような戦争概念の理解は非常に現実的であり、戦争という行為のもつ政治的意味を前面に出したものであるといえよう。

ケルゼンは、このような意味をもつ戦争という行為を法現象の枠内で捉えようとする。むしろこのような理解の仕方は、ケルゼンが最初ではなく、国際法の分野では過去多くの研究者によってなされてきた。しかしながら、戦争概念を排除する現代国際法理論の中で、戦争を新たに国際法の中に位置づけようとしたケルゼンの試みには、注目すべきものがある。

ケルゼンの法理論（純粋法学、Reine Rechtslehre）は、法認識の対象を実定法（positives Recht）に限定する。ケルゼンのいう実定法とは、人間の意思行為より創設された法であり⁵、この条件を満たすものとして具体的には国内法を挙げる。ケルゼンの法概念の定義によれば、法とは人間行動を規制する規範の体系であり、その規範の体系は秩序を構成する。そしてその規範体系に属する規範は、一定要件（不法行為）に対し不法効果としての制裁（強制行為）を規定する強制規範である。^{6, 7}

戦争を国際法の図式の中で位置づけようとするケルゼンは、まず国際法と呼ばれるものが、厳密な意味で国内法と同様の法であるか否かを検討する。それによれば、国際法が国内法と同様の意味での法である条件として、次の点が指摘される。

（1）国際法が人間行動を規制する絶対的な強制秩序⁸と想定され、自ら規定する要件としての事実、自ら規定する効果としての強制行為を結合する場合、国内法と同様の意味での法である。⁹

（2）この場合、国際法は国内法と同様に一定要件に対して不法効果としての制裁（強制行為）が課されるべきであるという言明の法規定（仮言命題）でなければならない。¹⁰ ケルゼンの法概念の中で、著しい特徴をなしているのが、法規範の図式の中での制裁としての強制行為である。ケルゼンは、不法効果としての制裁（強制行為）を、法の本質的要素とする。国際法が、国際法上の不法行為（international delict）に対して、不法効果としての制裁を規定する規範であるかどうかは、その法的性質の理解のために避けることのできない問題である。

ケルゼンの国際法理論の中での戦争の位置づけが、ここで浮かび上がってくる。ケルゼンによれば、戦争の法的性質については次のような二つの正反対の考え方が主張されてきた。

（a）一般国際法の下では、戦争は不法行為でもなければ制裁でもない。他国との戦争を慎むべき、または一定の条件の下でのみ戦争に訴えるべき、という内容の特別の条約によって明示的に拘束されない国家は、理由いかにかわらず、他国に対して戦争を開始することができるのである。これは戦争が国際法の違反でもなければ、不法行為でもないことを意味する。戦争と呼ばれる国家の行動は、一般国際法により禁止されないものであるから、戦争は

この範囲で許される。¹¹

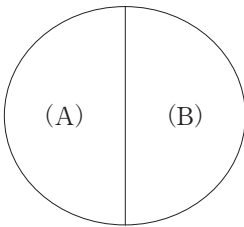
(b) 一般国際法によれば、戦争は原則として禁止されている。戦争は、不法行為に対する反作用としてのみ、すなわち国際法が決定する一定の国家行動に対する反作用としてのみ許されるのであり、そしてこの行動に有責である国家に対して向けられる場合のみ許されるのである。戦争は不法行為でないならば、制裁でなければならない。¹²

ケルゼンは(b)の考え方であり、この考え方は正戦論 (the bellum justum doctrine)¹³を基礎としている。ケルゼンは正戦論を現代の国際法論に持ち込み、戦争を正しい戦争と不正な戦争に区別する。むしろケルゼンの法理論の中からは、正、不正の概念は排除されるから、これらの概念は合法または違法という概念に置き換えられる。

ケルゼンは、戦争を国際法上の不法行為に対する制裁としての強制行為として理解するとともに、国際法上の不法行為を構成する戦争と制裁としての戦争を区別するのである。

①第1の戦争概念

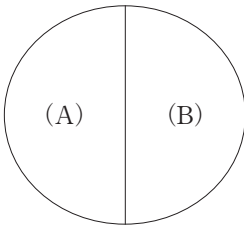
(全体としての戦争概念の分類)



(図1) 全体としての戦争概念は、(A)国際法上の不法行為を構成する戦争と、(B)国際法上の不法行為に対する不法効果としての制裁を構成する戦争とに区別される。¹⁴

②第2の戦争概念

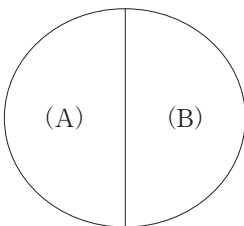
(戦争とそれに対する反撃戦争)



(図2) (A)一方の国家が他の国家に対してしかけた戦争が違法であるならば、(B)後者の前者に対する反撃戦争(counterwar)は合法である。

ケルゼンによれば、国際機構により規定される効果的な集団制裁がないならば、唯一の効果的な制裁は戦争であり、すなわち違法な戦争に対する反撃戦争である。¹⁵

(攻撃戦争と自衛戦争)



(図3) (A)制裁としての性格を有する戦争(攻撃戦争)に対する自衛戦争は違法であり、(B)制裁としての攻撃戦争は合法である。¹⁶

また、(A)制裁でない攻撃戦争は違法であり、(B)違法な攻撃戦争に対する自衛戦争は合法である。¹⁷

ケルゼンによれば、すべての攻撃戦争が違法なわけではなく、またすべての自衛戦争が合

法なわけでもない。¹⁸

正戦論に基づいて戦争概念を検討するならば、戦争は(A)違法な戦争、(B)合法的戦争に大別される。¹⁹ この場合一般国際法は、戦争を禁止することによって一定の保護法益を規定しているものであり、この保護法益の侵害に対しては、国際法上の不法行為として、不法効果である制裁（強制行為、戦争）を規定しているのである。

この正戦論を国際法に導入するケルゼンの考えに対する代表的批判には、次のようなものがある。これは国際法の法としての未成熟性を根拠とするものであるが、第一は、国際法が如何なる戦争を不法行為とするかを決定する客観的権能を確立していないという点であり、第二は不法行為と決定したとしても、不法効果としての制裁を課するための執行機関を確立していないという点である。そのため正戦論の適用は、実際には大きな疑問があり、結局、国家の自衛行為に頼らなければならない。その結果、強力な国家による自衛行為のみが合法的な国際法上の制裁となる可能性が強いというのである。²⁰

これは国際法と呼ばれる法秩序が、法秩序一般の特徴である力の独占とそれに伴う集団安全保障²¹を国際社会において備えておらず、結局のところそこにあるのは自衛原則であるという主張である。

ケルゼンは、法の集権化—不法行為か否かを決定する客観的法権能および不法行為と決定されたならばそれに対する制裁を実行する執行機関の確立—は、単なる法技術の問題であると解する。そしてこの法の集権化の確立が、法秩序により構成される社会の力の独占およびそれに伴う集団安全保障をもたらすということは、法秩序としての完熟度が高いと解されるに過ぎないとしている。それゆえケルゼンによれば、社会秩序は、それにより構成される社会の力の独占を分権化して確立するに過ぎなくとも、すなわち自衛原則がいまだに通用していようと、法と考えられるのである。そしてさらに、最も集権化した強制秩序の下でさえ、自衛原則は排除されないのである。²² たとえば前述したように、自衛原則は、近代国家法秩序の内部では自衛の制度（刑法では正当防衛）として、一般に受け入れられている。

国家法秩序のように集権化された法秩序ならば、その内部での個人による自衛行為としての力の使用は一般的には許されないものであり、自衛権の行使としての力の使用が特別の例外としてのみ認められるのである。ケルゼンによれば、力の集権的独占を確立している法秩序の下では、自衛は最小限の自衛とされるのである。²³

しかしながら、力の独占が分権化している原始法では、個人による自衛行為での力の使用は原始法秩序の機関としての行為である。ケルゼンによれば、この場合この個人の自衛権は自衛原則に含まれるのである。²⁴

国際法は分権化から集権化に向かう過程にある法である。国際法は多分に自衛原則により支配されている法である。しかし自衛行為としての戦争が、自衛行為との理由で無制限に放置されるならば、国際社会の存在すら危うくなる。

ケルゼンは、正戦論を国際法に導入し、まず戦争の禁止を出発点として、違法な戦争と合法的戦争を区別する。それは分権化から集権化の過程にある実定国際法の中で、自衛行為として無制限に放置されてきた戦争概念の再検討といってよいであろう。自衛原則および自衛原則の一部としての自衛権を、国際法秩序の集権化への過程という段階で捉えることにより、それを国際法の中で如何に位置づけるかというところにケルゼン理論のもつ大きな意味がある。

3、国際機構と戦争概念

前述したように、第一次世界大戦の例をみない惨害は、戦争に対する態度に革命的变化を引き起こした。それ以後になされた国際法の集権化は、以前の状況と比較し著しいものがある。国際連盟規約、ケロッグブリアン協定そして国連憲章、およびこれらにより創設された国際機構は、国家法の示す集権化とは比較にならないとしても、国際法の集権化の過程では飛躍的進歩といってよいであろう。ケルゼンによれば、これら三つの条約はいずれも戦争を禁止しているが、同時に全面的に戦争を禁止しているわけではない。国際機構の認める制裁としての戦争と、自救行為（または自衛権の行使）としての戦争は認められているのである。これはケルゼンのとる正戦論の立場にほかならない。²⁵

第一次世界大戦以降みられる国際法の集権化は、自救としての武力行使である戦争をなんらかの形で制限しようと試みてきた。しかしながら、国際法による国際社会での力の独占、客観的法的権能の確立がいかに困難であるかは、第二次世界大戦の勃発、またその後の様々な紛争の頻発がそれを物語っている。

ここでは、集団安全保障といわれる国際法の集権化が主張されている現在の国際法秩序の中で、自救行為または自衛権に基づく武力行使としての戦争がどのような形で理解されるのか、ケルゼンの分析を検討してみる。

(1) 国際連盟規約における戦争の禁止と自救の制限

国際連盟は、すべての状況下で戦争に訴えることを禁止していたわけではなかった。連盟加盟国間の関係での自救は、絶対的に排除されていたわけではないのである。以下、具体的にみる。

(a) 国際連盟規約 12 条および 15 条によれば、加盟国は、当該紛争を仲裁裁判もしくは司法的解決または連盟理事会のどちらかに付すべき義務を負う。加盟国は、裁判判決を履行し、かつ判決に服する加盟国に対し戦争に訴えない義務を負う。しかしながら、その義務に違反して裁判判決に服さない国家に対する戦争は排除されない。²⁶

(b) 紛争を裁判に付すべき合意がなされない場合、両当事国は連盟理事会に付託し得る。連盟理事会において解決をみなかった場合は、当事国に勧告を行なうことにより、紛争を解決せざるを得ない。しかしこの勧告は、紛争当事国の代表を除いた連盟理事会の他のすべての会員による全会一致の合意により、はじめて法的効果をもつのであった。この効果は、その勧告に服する当事国に対する戦争の禁止にある。その勧告に服さない当事国に対する戦争は排除されない。当事国のいずれもが連盟理事会の勧告に服さない場合、また戦争は排除されないのである。²⁷

(c) 連盟理事会による全会一致の勧告が全くなされない場合、戦争は連盟規約により、正義と公道の維持のためにではあるが、明示的に許可されている。²⁸

(d) 戦争は、紛争が該当事国の管轄に属する事項について生じた場合、禁止されないしまた少なくとも明示的に禁止されていない。

ケルゼンによれば、連盟規約による自救原則の制限が狭い範囲であるという事実は、同規約が最低限度の集団安全保障しか確立していなかったという事実により説明されうる。²⁹(a)、(b)、(c)に挙げられた連盟規約の違反に対する制裁としての戦争も、自救行為によらなけれ

ば実現される可能性は少なかったのである。事実、制裁を規定する連盟規約 16 条 1、2、3 項は、効果的に機能しなかった。第二次世界大戦勃発までに国際連盟が果たした役割をみるならば、それは一目瞭然である。

ケルゼンは国際連盟規約の不備について、次の四点を指摘している。

（i）加盟国が連盟規約を無視して戦争に訴えたかどうかという決定的な問題が、他のそれぞれの加盟国により独自に解答を与えられた。

（ii）連盟規約 16 条で決定される強制行動を実行するに際し、連盟加盟国は連盟理事会又は連盟の他の如何なる機関の統制の下にも置かれない。

（iii）連盟規約 16 条 2 項に基づいて連盟理事会によりなされる勧告は、如何なる拘束力も有しない。

（iv）連盟規約 16 条 1 項から 3 項を通して規定される経済的および軍事的制裁は、違法な武力行使、すなわち違法な戦争の実行である連盟規約の違反に対してのみ向けられるのであり、加盟国の犯した他の国際法上の不法行為に対しては向けられない。³⁰

国際連盟規約により確立された集団安全保障が、このように不完全な分権化したものであったということは、自救原則が働く余地を大きく残していた。ケルゼンによれば、連盟規約は、ケロッグーブリアン協定、国連憲章と異なり、国家が自救のための強制的措置に訴える権利を否定していなかった。また同時に連盟規約は、紛争の平和的解決またはこのような解決のためになされた決定を強行するために十分な効果的手段を、定めることができなかったものである。³¹

国際連盟規約は、確かに国家法秩序に比較して集権化の度合いが著しく低いものであったが、それ以前にはみられなかった大きな進歩を示している。ケルゼンによれば、それは違法な戦争かそれとも制裁としての反撃戦争かという解釈を可能にする基準の確立である。連盟規約は、加盟国が戦争に訴える前に一定の要件を充たさなければならないという義務を確立した。そしてこの要件は、たとえ加盟国により個別的に適用されようとも、明示されていたのである。³²

（2）ケロッグーブリアン協定における戦争の禁止

不戦条約により確立された戦争の禁止は、前文および 1 条、2 条からみて、国際連盟規約に比較しはるかに厳しいものとなっている。ここで明示的に禁止されない戦争は、次の二種類だけである。

（a）ケロッグーブリアン協定の義務に違反し戦争に訴えた国家に対する戦争

攻撃戦争に対する反撃戦争、すなわち自衛の行使として行なわれる戦争だけでなく、同協定違反の犠牲でない国家による、協定違反に対する反作用としての戦争もこの部類に入る。³³

（b）国策の手段でない戦争

同協定では国策の手段としての戦争は明示的に禁止されているが、この国策の手段としての戦争という言葉は理解の困難な言葉である。一方の解釈によれば、集団的安全保障を目的とする国際的合意に一致しない³⁴、すなわち集団的安全保障制度の外で行なわれる戦争（たとえば国際法上の不法行為に対する制裁としての戦争であっても）は、すべて国策の手段としての戦争となる。³⁵ケルゼンによれば、このような解釈がなされるならば、ケロッグーブリアン協定は、国際連盟規約および一般国際法が認めている自救措置を禁止することになる。³⁶

ケルゼンは、このような解釈が与える効果を次のように指摘している。ケロッグーブリアン協定が、国際法を強行するための適切かつ効果的な集団的調整が定められず、国際的不正に対しとられる自救の戦争を禁止していると解釈されるならば、同協定は自国の国際的義務を回避しようとする国家を保護するために使用される可能性がある。なぜならば、侵害を被った国家は、その紛争の強制的司法的解決を要求する権利もなければ、自救戦争に訴える権利もないのである。³⁷

ケルゼンは、これを避けることができるのは、(a)で認められる戦争概念が国際政策の手段(an instrument of international policy)としての戦争を排除しないと解釈される場合であるとする。そして国際法の違反に対する国家への反作用である戦争、すなわち国際法の維持のために行なわれる戦争は、国際政策の手段であると考えられるとする。³⁸

ケロッグーブリアン協定により禁止される戦争のこのような解釈は、国際連盟規約により確立される集団安全保障の状況を十分に把握することによってのみ、はじめて理解されるのである。これをみれば明らかなように、ケロッグーブリアン協定は、自救としての戦争を認めないものでは決してないのである。ケルゼンによれば、法の侵害に対し自救を制限するのは、自救が効果的な集団安全保障により置き換えられる限りにおいてのみ、合理的なのである。³⁹

ケロッグーブリアン協定は、国策の手段という言葉がどのように解釈されようとも、正戦論と一致する。これは国際社会における集団安全保障の状況、すなわち国際法の集権化の程度の問題が、自救行為としての戦争の禁止に関し、最も重要な要素と成ることを示すものである。

(3) 国際連合憲章における戦争の禁止と自衛権

国際連合は、国際連盟が国際社会の紛争を解決するための制度としては不完全であり、結果として第二次世界大戦の勃発を防止することができなかったという反省の下に、設けられた制度である。連盟規約の欠点であった集権化の欠如に対し、国連憲章では高度の集権化による国際的安全保障制度の確立が試みられている。以下、ケルゼンの分析を検討してみる。

(1) 集団安全保障による戦争の禁止と自救原則

(a) 国連憲章は、前文および第1条で平和の確保を目的とすることを決意している。国連憲章は、2条3項、4項で加盟国に対し平和的手段により紛争を解決し、武力による威嚇または武力の行使を慎むべき義務を課している。またこの義務は、紛争の平和的解決の手続き規定、特に国連憲章第6章の諸規定の確立により、明記されている。これらからみて明らかなように、国連憲章は戦争の禁止をその目的としている。

(b) 国連憲章における集団安全保障の高度に集権化した特徴として、強制行動の要件が特定の場合に存在するか否かの決定権を安全保障理事会に委ねている点がある。国際連盟規約では、この決定権は加盟各国に委ねられていた。

(c) 国際連盟規約では、加盟各国は加盟国が違法に戦争に訴えたということが一旦決定した後は、武力行使を含まない強制措置(経済制裁)をとる義務を負ったのであるが、武力行使を含む措置をとることについては、義務を負うのではなく授權されたのである。これに対し国連憲章では、強制措置をとるという安全保障理事会の決定は加盟国を拘束するのである。

(d) 国際連盟規約では、個々の加盟国により実際にとられる制裁を効果的に調整する規定が全くなかったが、国連憲章の下ではこの機構はその指揮に従って行動する一定兵力を自由

に配備することができる。⁴⁰

このような国連憲章による戦争の禁止と集団安全保障制度の確立は、当然のことながら自救原則の働く余地を極端に狭め、これが完全に機能するならば自救行為である武力行使としての戦争は全面的に排除されることになるように思われる。この結果、国連憲章の認める戦争は、51条の自衛権に基づく武力行使の戦争を除いて、安全保障理事会によりとられる武力行使としての戦争（42条の軍事的措置）だけとなり、これ以外の一切の戦争は禁止されることになる。⁴¹

しかしながらケルゼンは、国連憲章により実現される集団安全保障に対し大きな疑問を抱いている。国連憲章による集権化の下では、武力行使としての戦争が不法行為であるかそれとも制裁であるか決定することは容易なはずであるが、実際には非常に困難となっている。それは国連憲章自体のもつ曖昧さであり、特に安全保障理事会に対する極度の権力の集中にある。ケルゼンによれば、国連憲章の集権化およびその結果としての自救の権利の制限は、問題を孕んで達成されているのである。たとえば、それは安全保障理事会の投票手続と常任理事国の拒否権にみられる。またそれとは別に、安全保障理事会によってとられる権限を有する強制行動が一般国際法上の義務に違反する国家に対する反作用である必要がない、すなわち制裁としての性格が疑わしいという点である。⁴² さらに39条の解釈が、安全保障理事会により平和に対する脅威または平和の破壊と考えられる国家行動は不法行為であり、安全保障理事会によりとられる強制行動は制裁であることを意味しようとも、安全保障理事会により如何なる制裁も適用されない国際法上の不法行為が存在する。たとえば条約義務の不履行は、安全保障理事会により平和に対する脅威または平和の破壊とは考えられない、すなわち国連憲章の下では不法行為とは考えられないが、一般国際法の下では不法行為である。しかしながら条約義務の不履行が国際法上の不法行為であるのは、条約の不履行により利益を侵害された国家が、その侵害に対し有責である国家に対し、必要ならば強制手段に訴えることができるという理由からである。2条4項で加盟国にこのような手段に訴えることを禁止するに際し、国連憲章は、この機構に武力行使を留保することにより、これらの制裁が個々の加盟国によってとられる限りにおいて、一般国際法の主たる制裁を廃止しようとしている。だが国連憲章は、一般国際法では不法行為であるすべての国家行動に対して、この機構によりとられるべき集団的制裁を規定しているわけではないのである。⁴³

国連憲章による集団安全保障は、憲章自体が孕む矛盾、安全保障理事会への権力の集中がもたらす一般国際法との競合の可能性、および安全保障理事会が十分に機能しないことによる集団安全保障の機能の停止により、その諸目的を消滅させてしまう可能性がある。

（2）戦争と自衛権

国連憲章51条は、「この憲章の如何なる規定も、国際連合加盟国に対して武力攻撃が発生した場合には、安全保障理事会が国際の平和及び安全の維持に必要な措置をとるまでの間、個別的又は集団的自衛の固有の権利を害するものではない。……」と規定している。

51条に規定される自衛権は、国連憲章により確立されている集団的安全保障の結果としての力の独占の唯一の例外となる。すなわち、国連憲章により確立された力の独占の集中化は、51条に基づく自衛権を行使する際に、加盟国が武力を行使する権利により制限されるのである。

ここでまず自衛権の概念が、法秩序の構造の中でどのような地位を占めるものであるかということが検討されねばならない。自衛権と呼ばれる概念が非常に曖昧な意味で使用されて

きたということは、しばしば指摘される事実である。過去に発生した戦争は、ほとんどすべてといってよいほど、自衛のためまたは自衛権の行使という主張のもとで行われてきたのである。そこでは、法的概念としての自衛権が自国の戦争を正当化するための政策的意図を賦与され、それ本来のもつ意味とは全く異なったものとなってしまったという事例を数多くみうけることができる。

では自衛権の概念はどのように理解されるのか。ケルゼンによれば、自衛のためにとられる行為は、力の違法な行使または急迫不正の力による威嚇に対する反作用としての力の行為である。自衛権は、原則として、法秩序に服する者による力の行使の禁止を前提している。国家法秩序をみれば明らかなように、国家機関以外による力の使用は禁止されているのであり、自力救済（自衛）は例外的に認められるに過ぎないのである。しかしそこでとられた行為は、後に国家法秩序による評価に耐えなければならない。自衛権とはこのように非常に限定された権利であるが、法秩序に服する者が力を行使するこの権利は、この力の行使の原則的禁止に対する制限となってあらわれる。⁴⁴

国家の自衛権が国際法秩序の中でどのように理解されるかについて、ケルゼンは、自衛権の概念が成立するのは、(a)正戦論が一般国際法の一部である、すなわち一般国際法が武力行使を禁止している場合か、または(b)一般国際法が武力行使を禁止していないとするならば、武力行使を禁止する、すなわち国際的安全保障制度を確立する条約が締結される場合かのどちらかであるとしている。⁴⁵

これは前述したように、自衛権の概念が、武力行使の禁止を前提としてのみ、はじめて成立する概念であるということの結果である。

正戦論を一般国際法の一部と考えるケルゼンによれば、自衛権は自救原則の中に含まれることになる。この場合、自衛は自救の特殊な形式をあらわすのである。また自衛のための武力行使を許可する明示的な規定は法秩序内においてのみ必要であり、この法秩序は通常この法秩序により構成される社会の構成国による自救のための武力行使を禁止しているのである。⁴⁶

自衛権の概念がこのように理解されるならば、国連憲章 51 条に規定される自衛権が同憲章により確立される高度の集権化の結果、必然的に要請されたものであるということがわかる。これについてケルゼンは、国連憲章は、国際連盟規約およびケロッグ・ブリアン協定⁴⁷とは対照的に、組織による集権化された力の独占を確立し、加盟国に許された自救手段を狭く制限しようとしている。したがって国連憲章は自衛権を規定しなければならないのである。⁴⁸

しかしながら国連憲章 51 条の自衛権が、国際法の中で伝統的に培われてきた自衛権とどのような関係にあるかについては、さらに検討を要する。ケルゼンによれば、たとえ 51 条の文言が、同憲章から独立して存在する自然的自衛権を仮定し、そして直接の規定がこの固有の権利と競合しないことを宣言しているように思われようとも、国連憲章は、実際のところ単にすでに存在する権利を尊重するのではなく、2 条 4 項の明示的制限としてその権利を確立しなければならないのである。その結果として、国連憲章 51 条の自衛権は、同憲章の規定であるということにより、固有の自衛権とは区別されねばならない。これについてケルゼンは、51 条は加盟国のために自衛権の範囲を定義するのであって、なんらかの先在する固有の自衛権の範囲を定義するのではない、としている。⁴⁹ ケルゼンによれば、この点で 51 条は、集団的自衛権を規定することにより、自衛権を拡張しているのである。

このような 51 条の自衛権が、国連憲章に確立される集団安全保障の中で占める意味は非常

に重要となる。特に国連憲章により確立される集団安全保障が、様々な制約により効果的に機能しない場合を考えるならば、51条の自衛権のもつ意味は一層重要性を深めることになる。

4. おわりに

人類の歴史は、戦争の歴史といっても過言ではない。原始社会における力の衝突から近代、現代国家にみられる総力戦まで、人類は利害の衝突を最終的に武力により解決しようとしてきた。しかし武器の未発達な時代はともかく、近代兵器の出現は、戦勝により得られる利益とそれがもたらす惨禍とを衡量した場合、敗戦国はむろんのこと戦勝国にとってさえも耐え難い状況を引き起こす結果となった。第一次、第二次の両大戦は、国家を越えて、世界の人びとにこの事実を理解させた。両大戦の経験は、それぞれ国際連盟、国際連合という集団安全保障による戦争の禁止を目的とする国際機構を生み出し、なかんずく国連憲章は、戦争という文言すら規定から排除している。戦争概念をどのように理解するかについては様々な議論がある。しかしながら国連憲章による集団安全保障がいかに強調されようとも、現実には発生している戦争を無視することはできない。

ケルゼンの純粋法学は、国家間に生ずる戦争現象を実定国際法の対象として、法的枠組みの中で認識しようと試みる。ケルゼンの法概念によれば、法とは一定要件（不法行為）に対して不法効果としての制裁を規定する規範である。その結果、戦争と呼ばれる行為は、国際法上の不法行為かそれともその不法行為に対する反作用としての制裁か、のどちらかということになる。

戦争概念のこのような理解は決して新しいものではない。戦争を正しい戦争と不正な戦争に分けるという考え方は正戦論と呼ばれ、古代ギリシャには既にその起源がみられる。むろんケルゼンの法概念からは正・不正という価値判断は排除されるから、それは合法または違法という言葉に置き換えられる。

戦争概念のこのような理解の仕方は、法秩序により確立される集権化と関連して、現実には生起する戦争を理解するうえで非常に重要となる。ケルゼンによれば、国家法秩序と国際法秩序では、その集権化の度合いが著しく異なる。集権化の度合いが法概念自体に影響を与えるものではないにしても、国家法秩序と国際法秩序とを比較した場合、法秩序の各機関には大きな相違がみられる。ケルゼンは、国際法秩序の状況が第一次世界大戦前までは分権化の状況にあったが、その後の国際連盟、国際連合といった国際機関の設置により、徐々にではあるが集権化の方向に向かっていることを認めている。しかしながらケルゼンは、それら機構により確立される集団安全保障を評価するあまり戦争概念を無視しようなどという考えを厳に戒めている。ケルゼンの分析から明らかなように、国際連盟規約にしてもケロッグ・ブリアン協定にしても、自衛行為としての戦争を排除するものではなかった。国連憲章にしても、42条の軍事的措置、51条の自衛権の行使としての戦争が認められるし、また国際連合の諸機関が往々にして十分に機能しないことがあるという現実、加盟国に自衛行為としての戦争に訴える余地を残している。

ケルゼンは、実効性のある法のみを対象とする実定法学の見地から、その晩年において、現代に正戦論を復活させようと試みた最初のかつ今日までほとんど唯一の学者である。⁵⁰

ケルゼンの戦争概念の理解の仕方は、彼の純粋法学の方法論に基づいている。ケルゼンに

よれば、純粋法学は実定法の理論であり、理論としての純粋法学は専らその対象を認識する。そして純粋法学は、法とは如何なるものであるか、如何にして存在するかという問題に答えようとするのである。⁵¹ つまり戦争概念の法的理解とは、現実に生起する戦争現象が純粋法学の対象として、如何に法的に認識されるかである。その結果、戦争は国際法上の不法行為か、そうでないならばその不法行為に対する不法効果としての制裁かのどちらかであると認識されるのである。

1 エイクハースト＝マランチュク「現代国際法入門」長谷川正国訳 505 頁参照

2 筒井若水「戦争と法(第2版)」26 頁

3 クラウゼビッツ「戦争論」篠田英雄訳 28-29 頁

4 前掲書 58 頁

5 H.Kelsen, General Theory of Law and State, 1961, p.114

6 H.Kelsen, Reine Rechtslehre, 2Aufl, 1960, S.4

7 H.Kelsen, op.cit., note5 p.35

8 国際法は人間行動規制する（個人に義務を課し、権利を与える）が、国内法のように直接行うのではなく、間接に国家法秩序を媒介して行うのである。

9 H.Kelsen, aa O., S.321f.

10 H.Kelsen, Principle of International Law, 1952, p.553

11 H.Kelsen, ibid., p.29

12 Ibid., p.29

13 Ibid., p.30-31

正戦論の概念は、決して新しいものではない。最も原始的な状態の下でもこの概念はみられる。たとえばこれは原始社会内での敵対する二つの集団間の関係にすら現れているのであり、また正戦の概念は古代ギリシャの interstate law の中にもみることができる。トゥーキュディデースの「戦史」の中で、アテナイの民議会におけるケルキュラ使節とコリントスの使節の相対抗する発言の中には、戦争の法的正義の問題が強く主張されている。

キケロは（Cicero）は、ローマ人の間の一般の見解として、防衛か報復かのどちらかのために行なわれる戦争は合法的な戦争である考えられるとしている。アウグスティン（Augustin）はキケロから大きな影響を受けているし、この理論はトマス・アキナス（Thomas.Aquinas）により継承された。グロチウス（Grotius）は、特に侵害を受けるということ以外に、戦争を行なう如何なる他の正当な理由もないという見解を展開している。

14 H. Kelsen, op.cit., note10 p.29-30

15 Ibid., p.25

16 Ibid., p.27

17 Ibid., p.26

18 Ibid., p.27

19 今まで実際に発生してきた戦争をみるならば明かなように、現実の戦争はこのように大別することが、概念的にはともかく、実際には非常に困難となっている。特に国際社会の発達は一国対一国の戦争ではなく、複数の国家を巻き込む大規模な戦争を生み出しており、戦争の違法性の認定もそれだけ一層複雑となってきた。

20 H.Kelsen, op.cit., note10 p.31

21 ケルゼンは集団安全保障（collective security）について次のように述べている。集団安全保障とは、それが分権化しているか否かに関係なく、あらゆる法秩序の特徴である。社会の力の独占を確立する際に、すべての法秩序の目的は、その法秩序に服する個人の利益を保護することであり、それは、これらの利益の侵害（不法行為）に対する反作用として適用される強制行為（制裁）を定めることにより、行なわれるのである。このような方法で法秩序によりその法秩序に服する者に与えられる安全保障が、集団安全保障であるという理由は、それが社会秩序により確立される安全保障であるからである（H.Kelsen, op.cit., note10

p.13)

ケルゼンの集団安全保障という概念は、法秩序の固有の概念であり、この概念が国際法秩序の分析の際にも、図式として適用されるのである。

22 H.Kelsen, op.cit., note10 p.15

23 Ibid., p.15

24 Ibid., p.15

25 Ibid., p.35,38

26 Ibid., p.34

27 Ibid., p.34-35

28 Ibid., p.35

29 Ibid., p.35

30 Ibid., p.36

31 Ibid., p.36

32 Ibid., p.36

33 Ibid., p.37

34 集団的安全保障のための国際的合意に従ってとられる武力の使用を含む強制行動、たとえば国際連盟加盟国により、連盟規約 16 条 2 項に従って軍事的制裁として行なわれる戦争は、国策の手段とは考えられない。

35 H.Kelsen, op.cit., note10 p.37

36 Ibid., p.38

37 Ibid., p.38

38 Ibid., p.38

39 Ibid., p.38

40 Ibid., p.47

41 ケルゼンによれば、警察行動からその戦争としての性格を奪うことはできない。国連憲章に基づき安全保障理事会によりとられる武力の行使を含む強制行動は戦争の性格を有するのであり、その行動が向けられる国家による反撃戦争により応じられるか否かとは無関係である。

42 安全保障理事会が平和に対する脅威または平和の破壊とみなす国家行動は、2 条 4 項に規定される義務の違反を構成する必要はないのである。ケルゼンによれば、安全保障理事会は、2 条 4 項の意味での武力による威嚇でもなければ武力の行使でもない国家行動を平和に対する脅威および強制行動の要件と考えることができる。安全保障理事会は、24 条 2 項により国連憲章の諸目的および諸原則に従って行為する義務を負うが、その諸目的は、主として安全保障理事会が正義および国際法の原則に従って行為することを要求する。正義が法と同一であるという必要はないし、正義が法と競合する場合には、安全保障理事会は、正義の原則、すなわち安全保障理事会が正しいと思うものを適用するのである。この場合安全保障理事会は、特定の事件について、同理事会が国際法上の義務違反でない、法に従って行為している国家に対し措置を講ずる可能性を排除しないのである。

43 H.Kelsen, op.cit., note10 p.50-51

44 Ibid., p.60

45 Ibid., p.60

46 Ibid., p.61

47 国際連盟規約もケロッグ—ブリアン協定もどちらも自衛権に関する規定を備えていなかったが、どちらの制度もこのような規定の必要がなかったのである。連盟規約では、復讐は禁止されていなかったし、戦争は、違法な戦争に対し自衛のための反撃戦争行なう権利に影響を及ぼさない一定の条件の下でのみ、禁止されたのである。またケロッグ—ブリアン協定では、連盟規約と同様に復讐は禁止されなかったし、違法な戦争に対する反撃戦争による自衛は、同協定の違反者に対し戦争を許可している前文の文言にふくまれたのである。

48 H.Kelsen, op.cit., note10 p.61

49 Ibid., p.61

50 筒井若水 前掲書 88 頁

51 H.Kelsen, a.a O., S.1