

サイバー戦時復仇の課題

——lex lata と lex ferenda との相克の視角から——

田 中 誠

はじめに

本稿は、国際的武力紛争下でサイバー技術を利用したネットワーク上の敵対的行為として「復仇 (reprisals, représailles, Repressalien)」が実行された場合の課題について、国際人道法⁽¹⁾における「現行法 (lex lata)」と「あるべき法 (lex ferenda)」の相克の視角から検討することを目的とする。以下、本論の叙述に必要な限度で、用語の定義及び議論の射程を明確にしておきたい。

「サイバー空間 (cyberspace)」とは、情報システムや情報通信ネットワーク等により構成され、多種多量の情報が流通するインターネットその他の仮想的なグローバル空間である⁽²⁾。サイバー空間を取り巻くリスクの深刻化は、誰でも参入しうる開放性、我々の社会生活がサイバー空間に連結された世界の中で成立している連結性、テロリスト個人・集団がサイバー空間を用いることで大国の重要インフラにさえも甚大な被害を与えうる非対称性、の3つの要素に起因する。とりわけ、IoT (Internet of Things) と呼ばれる、あらゆるものがインターネットに接続される時代では、スマートフォン、自動車、複合機などのモノや社会インフラにもリスクが拡散しているという特徴は重要である。実空間を主戦場と想定してきた国際人道法は、攻撃目標が目視によって識別できるという前提の下に、軍事目標と非軍事目標を区別して軍事

目標のみを攻撃目標としてきた。確かに、ネットワーク等により接続している作戦部隊の指揮統制機能は軍事目標である。しかし、サイバー空間の連結性は、軍事目標と非軍事目標を目視によって識別するという国際人道法の前提の再考を余儀なくさせる。

国際人道法の骨格を構成するのは、「戦地にある軍隊の傷者及び病者の状態の改善に関する1949年8月12日のジュネーヴ条約」（以下、「第1条約」）、「海上にある軍隊の傷者、病者及び難船者の状態の改善に関する1949年8月12日のジュネーヴ条約」（以下、「第2条約」）、「捕虜の待遇に関する1949年8月12日のジュネーヴ条約」（以下、「第3条約」）、「戦時における文民の保護に関する1949年8月12日のジュネーヴ条約」（以下、「第4条約」）、の4つのジュネーヴ条約（以下、「ジュネーヴ諸条約」）及び「1949年8月12日のジュネーヴ諸条約の国際的な武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書（議定書 I）」（以下、「第1追加議定書」）である。ジュネーヴ諸条約及び第1追加議定書が採択された当時、サイバー空間は存在しなかった。しかし、たとえサイバー行動を取り扱った条約上の明文規定がなくても、武力紛争当事者は慣習国際法によって規律されるという理由で、国際人道法に欠缺は存在しないと言われる⁽³⁾。これを確認したのが、1907年「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」（以下、「ハーグ陸戦条約」）前文に規定されたマルテンス条項である。すなわち、「一層完備シタル戦争法規ニ関スル法典ノ制定セラルルニ至ル迄ハ、締約国ハ、其ノ採用シタル条項ニ含マレサル場合ニ於テモ、人民及交戦者カ依然文明国ノ間ニ存立スル慣習、人道ノ法則及公共良心ノ要求ヨリ生スル国際法ノ原則ノ保護及支配ノ下ニ立ツコトヲ確認スル」旨の規定である。このマルテンス条項は、ジュネーヴ諸条約及び第1追加議定書に継受されている⁽⁴⁾。

本稿では、「サイバー技術を利用したネットワーク上の行為」を「サイバー行動 (cyber operations)」という。サイバー行動に適用される国際法に関する体系的な先行研究『タリン・マニュアル2.0』によれば、武力紛争の文脈で実施されるサイバー行動は武力紛争法に従うという

立場から⁽⁵⁾、慣習国際法を反映するマルテンス条項が機能することにより、サイバー行動は法の空白下でないことが保証される⁽⁶⁾。他方で、同書は、記述内容が「法の漸進的発展 (progressive development of the law)」を表現するものではないこと、「現行法 (lex lata)」の客観的な記述を意図したものであって、「あるべき法 (lex ferenda)」を反映した記述を包含するのを回避した旨明言している⁽⁷⁾。『タリン・マニュアル 2.0』の記述方針こそ、本稿が lex lata と lex ferenda を考察の視角として設定した理由である。

復讐の定義について国際的合意は存在しない⁽⁸⁾。復讐とは、相手が実行した犯罪行為に対する均衡のとれた反応として、犯罪の違法性が阻却され正当なものとされるとする主張で、最古の法執行手段である⁽⁹⁾。復讐は、平時復讐と「戦時復讐 (belligerent reprisals, représailles en temps de guerre)」に区別される。国連憲章の採択以前は、自己の実力に訴えてその権利の実現を図る「自力救済 (self-help)」の一手段として、武力行使を伴う復讐さえ平時における法の実現手段として許容されていた (平時復讐)。しかし、国連憲章 2 条 4 項によって武力行使が禁止されたため、武力行使を伴う平時復讐は許されなくなった。1970 年友好関係原則宣言は、「国は武力の行使を伴う復讐行為を慎む義務を負う」と明規している (第 1 原則 6 項)。沿革的に復讐に基礎を置く「対抗措置 (countermeasure)」の目的・条件等は、「国際違法行為に対する国家責任に関する条文」(以下、「国家責任条文」)⁽¹⁰⁾の中に規定された。国家責任条文によれば、対抗措置は違法性阻却事由に該当し (同 22 条)、有責国に対して「義務の履行を促すためにのみ」とることができる (同 49 条 1 項) という規定から、対抗措置が履行確保手段であることは明らかである⁽¹¹⁾。対抗措置により影響されない義務として、武力による威嚇又は武力の行使を慎む義務 (同 50 条 1 項(a))、復讐を禁止する人道的性格の義務 (同(c)) が明記されたことは、対抗措置と復讐との相違を雄弁に物語る。

復讐は、中央集権的な執行機関を有しない分権的な国際社会を背景

として、交戦国間の利益調整の側面を有する国際人道法において、歴史的に生成された重要な履行確保手段である。赤十字国際委員会発行の『慣習国際法』には、復讐が許容されるための5つの条件が次のように規定されている⁽¹²⁾。

- ①復讐の唯一の目的は、敵を法の遵守に仕向けることである。
- ②復讐の実行が許容されるのは、敵を法の尊重に仕向けるために利用できる他の合法的措置が存在しない場合における最後の手段としてのみである。
- ③復讐としてなされる行為は、これによって中止させようとする違反行為と均衡していなければならない。
- ④復讐に訴える決定は、政府最高機関に委ねられなければならない。
- ⑤敵が法を遵守した場合、復讐は即時停止されなければならない。

上記5つの条件を整理すると、主観的正当化事由（①目的の要件）と客観的正当化事由に大別され、さらに、客観的正当化事由は、実体的要件（②補助性の要件、③均衡性の要件）と手続的要件（④発動要件、⑤終了要件）に区分することができる。日本の通説では、①先行違法行為の存在と事前通告、②補助性、③均衡性、④人道性、の4要件に区分される⁽¹³⁾。

実空間で成立している武力行使概念は、サイバー空間に対して適用されるのか、同概念の外延が問題となる。この点、伝統的な「運動エネルギー（kinetic）」兵器以外の道具であっても伝統的な兵器を用いた場合と同じ結果を引き起こせば、武力行使に該当する点で研究者・実務家の見解は一致している。本稿の検討対象である「サイバー戦時復讐（belligerent cyber reprisals）」とは、「サイバー技術を利用したネットワーク上の戦時復讐」をいう。『タリン・マニュアル2.0』には、戦時復讐に関する以下の2つの規則が規定されている⁽¹⁴⁾。

規則108（戦時復仇）

次に規定する対象に対するサイバー行動による戦時復仇は禁止される。

- (a)捕虜、(b)抑留された文民、占領地域又は敵対する紛争当事者の権力内にある文民及びその者の財産、(c)戦闘外にある者、(d)医療要員、宗教要員、医療用施設、医療用車両、医療用装備
- 国際法によって禁止されない場合であっても、戦時復仇は厳格な要件に服する⁽¹⁵⁾。

規則109（第1追加議定書の下での復仇）

第1追加議定書は、文民たる住民、個々の文民、民用物、文化財及び礼拝所、文民たる住民の生存に不可欠な物、自然環境、ダム、堤防及び原子力発電所を復仇によるサイバー攻撃の対象とすることを、締約国に禁止する。

『タリン・マニュアル2.0』のサイバー戦時復仇に関する叙述には、先に述べた「現行法 (lex lata)」、「あるべき法 (lex ferenda)」、「漸進的発展 (progressive development)」の途上にある法（「生成途上の法」）を明確に区別して記述するという方針が巧妙に反映されていることがわかる。戦時復仇禁止規範の「法源 (sources of law)」についての認識は、規則108と規則109では次のように異なっている。すなわち、規則108が慣習国際法として結晶化している規則による禁止規範であるのに対して、規則109は当事国のみが拘束される条約規則による禁止規範と考えられる。したがって、規則109の適用上、戦時復仇の可否は、被害国が当事国であるか否かに依存している。

国際法は、国内法の発達した体系に基本的な要素である立法、執行、司法の3つの集権的制度を欠いている。特に、国際法は国内社会のような中央集権的執行機関を有しないため、中央集権的な権力が行使する「執行」による担保を欠いている。国際法を「法」として認識する

以上、「妥当性 (validity)」の要素のみならず、「実効性 (effectiveness)」の要素も極めて重要である⁽¹⁶⁾。実効性は、実際に存在するとして援用状態に適用される言葉であり⁽¹⁷⁾、「事実的強制」と言い換えられて説明されることもある⁽¹⁸⁾。国際法の実効性を発現させるためには、原則として個別国家の自発的履行が不可欠である。したがって、国際法では履行確保の問題が強く認識されることとなる⁽¹⁹⁾。この点、復仇は履行確保手段として問題提起的な概念である。

復仇自体が歴史的に生成された制度であるため、復仇の根拠や制限は歴史的に考察されなければならない。復仇禁止対象を拡大してきた国際法の歴史の中で把握されなければならない。

1 国際人道法の慣習法性

(1) *lex lata* と *lex ferenda*

慣習国際法とは、国際社会の構成員間で行われる特定の国家実行の積み重ね（国家間の国際慣行）を基礎として形成された国際法規範である。これが成立するためには、特定の事項について、大多数の国家間において上記国際慣行が確立していること（一般慣行）、及び、大多数の国家が上記国際慣行を法的な義務として確信していること（法的確信）が必要である⁽²⁰⁾。国際司法裁判所は、北海大陸棚事件で次のように判示した。すなわち、法典化条約が、宣言的效果、結晶的效果（条約の交渉、定式化、採択過程が、生成途上の慣習規則を成熟させる効果）、新慣習法規則の生成的效果の、3つの態様で慣習に影響を及ぼす。未だ慣習法となっていない条約規定が慣習法を生成するためには、(1)当該規定が規範創造的なものであること、(2)国家実行特に特別利害関係国が当該規定又は原則を広範に受諾していること、(3)国家実行が「法的確信 (*opinio juris*)」に基づいていることの、3つの条件が満たされる必要がある⁽²¹⁾。なお、条約本文の採択自体が、国家実行の重要な部分である以上、条約規定の慣習法への変化をもたらすに十分であると認め

られる場合もあるとされた⁽²²⁾。

現代は、慣習法の緩慢な結晶化の時代ではなく、特定の分野では、新たな社会目的から、慣習的な介在なしに条約規則へと移行する⁽²³⁾。条約の解釈は、実効性の探究を証明し、留保の解釈で明らかにされる⁽²⁴⁾。現代国際社会では、現行法と現実の乖離が指摘されるため、国際法上の欠缺が問題となる。既存国際法規（「現行法」）が国際慣習法として存在している状況において、新しい国際法規（「あるべき法」）が多数国間条約として成立した場合、以下のような2つの事例が問題提起される。

この際、国際法上の概念は、ある場合に国家の行動を正当化するイデオロギーとして機能し、またある場合には国家の行動を規制する拘束的規範として機能する。戦時復讐は、このような相反する機能を有する概念の1つである。

第1の事例では、新しい国際法規（「あるべき法」）が慣習国際法として成熟される以前に、国家（A）が自国利益の保護目的で行った一方的行為を正当化する根拠として「あるべき法」（「生成途上の法」）を主張する場合がある⁽²⁵⁾。A国の一方的行為によって利益を侵害された国家（B）は、既存国際法規（「現行法」）を根拠としてA国の行為の違法性を主張するであろう。

第2の事例では、新しい国際法規（「あるべき法」）が慣習国際法として成熟される以前に、国家（A）が自国利益の保護目的で行った一方的行為を正当化する根拠として既存慣習国際法（「現行法」）を主張する場合がある⁽²⁶⁾。A国の一方的行為によって利益を侵害された国家（B）は、新しい国際法規（「あるべき法」）を根拠としてA国の行為の違法性を主張するであろう。

上記2つの事例に共通してAB両国間紛争の背後にあるのは、慣習国際法としての「現行法」と条約法としての「あるべき法」との相克である。「あるべき法」が漸進的発展の途上にある「生成途上の法」とどまっている時点において、一方で、「あるべき法」に相当の規範性の獲得が期待されているにもかかわらず、他方で、一部の国家が新し

い法の未成立を主張している状況が、第三国にとっては「法の欠缺」として認識される⁽²⁷⁾。

(2) 条約規定の慣習法性

条約規定の慣習法性については、国際人道法の原則との関連で次のような学説がある。まず、T.Meronによれば、国際人道法における法的確信は、「人道の原則」に由来していることが重要で、「契約は守られるべきである」という拘束力に基づく他の条約とは異なり、条約の慣習法化を促進する異質の要素があるとされる。人道原則は、「守られるべきである」ということが「守られている」と結合しているため、「あるべき法 (lex ferenda)」と「現行法 (lex lata)」との一体化を意味する。国際人道法規範は本来、「目的論的 (teleological)」な性格の規範として理解され、慣習法として形成されたことを積極的に肯定する基盤を有している。法的確信の基礎には、契約的合意よりも人道原則が存在するからである⁽²⁸⁾。

以上のような Meron の見解より一歩進んで、H.Thirlway は端的に、国際人道法の原則が、「一般慣習国際法」や「法の一般原則」(国際司法裁判所規程38条)に属するというよりも、むしろ「自明の独立法源 (a self-sufficient source of law)」とみるべきで、国家実行や法的確信の要素の確認作業は不要であると主張する。国際人道法の原則は、慣習法の主要部に当然に導入されている。国家が国際人道法上負う義務は、ジュネーヴ諸条約の規定に由来するのではなく、国際人道法の一般原則そのものに由来する。条約は、そうした既定の原則に特別の表現を与えただけにすぎないとされる⁽²⁹⁾。このように、国際人道法の諸規定は、他の多数国間条約の諸規定よりも、慣習法化されたものとして受け入れられやすいといわれている⁽³⁰⁾。

2 ジュネーヴ諸条約が規定する復仇禁止規範

(1) ジュネーヴ諸条約の特徴

国際人道法が初めて明文で復仇を禁止したのは、捕虜に対する復仇禁止規定（1929年「俘虜ノ待遇ニ関スルジュネーヴ条約」2条3項）であったが、その履行確保手段は不十分であった。ジュネーヴ諸条約は、復仇の許容条件を明記せずに、復仇の対象として無条件で禁止される人及び物の類型を規定するのみであった。そもそも従来 of 学説や慣習は、責任の連帯性が認められない者に対する非人道的復仇を禁止していた。このような復仇制限の抽象的原則を具体的に復仇対象の面から明文化したのがジュネーヴ諸条約である。さらに、復仇によって軍隊の構成員のみならず文民にも甚大な犠牲が生じた第2次世界大戦の教訓に鑑みて、ジュネーヴ諸条約は、自国の権力下にある無防備のか弱き敵犠牲者を復仇禁止対象としたのである。ジュネーヴ諸条約は、広範囲にわたる人及び物に対する復仇を禁止した点で、国際人道法における復仇規制の歴史上画期的なものと評価できる。

ジュネーヴ諸条約が復仇を禁止する対象は、第1、第2、第3各条約によって保護される軍隊の構成員（第1類型）と第4条約によって保護される文民及びその財産（33条）（第2類型）の、2つに大別される。同条約で復仇禁止対象とされる第1の類型は、軍隊の構成員である。すなわち、第1条約によって保護される戦地にある軍隊の傷者、病者、要員、建物又は材料（46条）、第2条約によって保護される海上にある軍隊の傷者、病者、難船者、要員、船舶、小舟艇又は材料（47条）、第3条約によって保護される捕虜（13条）である。第1、第2、第3各条約の起草過程で復仇禁止規定が異論もなく承認されたのは、以下のような第2次世界大戦の教訓に基づくものといえよう。すなわち、軍隊の構成員の内、傷者、病者、難船者及び捕虜は一般に無防備かつ無力である。連带的責任を負ういわれのない先行違法行為を理由として、このような被保護者が危害を受けるのは、人道の法則に著しく反する

だけでなく、それによって得られる軍事的利益も少ないからである。

第4条約は、文民保護を直接定めた最初の条約である。文民は、「武力紛争中交戦国領域に滞在しているか又はその権力内にある外国人」と「交戦国領域にいるすべての人、特に自国民」に大別されるが、第4条約が主に取扱っているのは前者である⁽³¹⁾。第4条約によって保護される文民及びその財産(33条)は、復仇禁止対象とされる第2の類型である。第4条約は、紛争当事国や中立国のすべての国民を復仇の恐怖から免れさせるものではない。すなわち、条約の規定する被保護者以外の者、例えば、自国の権力下でない敵国民に対する復仇は禁止されていない。敵国領域内にいる敵国民こそ、大戦中に無防備都市に対する無差別爆撃等の形態で復仇が行われた際の犠牲者であった。第4条約の復仇禁止規定は、自国の権力下にある無防備の敵国民を保護することを主眼とするもので、第1、第2、第3各条約における復仇禁止規定の趣旨と基本的に同じものといえる。

従来行われていた文民に対する復仇の最も重要な部分、すなわち占領地域住民に対する復仇について、第4条約がこれを禁止した意義は大きい。ジュネーヴ諸条約は、あらゆる事情のもとでの遵守を要求する共通第1条によって、同条約によって保護される文民、傷者、病者及び難船者、捕虜そしてあらゆる船舶、材料及び財産に対する復仇を明確に禁止した。この点、G.I.A.D.Draperによれば、ジュネーヴ諸条約は、国際人道法の過半数を占めているため、復仇を口実に実行される国際人道法違反行為の減少が期待されるという理由から、復仇禁止規定の評価は高い⁽³²⁾。これに対して、ジュネーヴ諸条約の復仇禁止規定は、あまりにも広汎に及び、伝統的に維持されてきた交戦国の権利を否定するものであるから、一般文民に対する復仇の全面的禁止は再考される必要があると主張する論者もいる。例えば、A.R.Albrechtは、占領地域の一般文民に対する復仇又は復仇の恐怖が、占領軍に敵対する文民に秩序を形成する不可欠の措置であるという理由から、第4条約の被保護者に対する復仇禁止規定を批判する⁽³³⁾。占領軍に対する広

範囲の強靱な抵抗が頻発する状態では、復仇禁止規定の遵守がほとんど不可能となることが懸念されるからである。

以上の復仇禁止規定に対する相反する評価は、復仇それ自体に内在する矛盾を如実に物語る。第1の疑問は、相手に法を遵守させるために、自ら法を破ることが正当化されるのかという点である。第2に、復仇の向けられる対象が、先行違法行為とは無関係の第三者の場合、相手に法を遵守させるという目的の適合性が疑われる。

(2) ジュネーヴ諸条約の慣習法性

国際司法裁判所はニカラグア事件判決で、「国際人道法の一般原則」の慣習法的効力、すなわち条約非加盟国に対する拘束力について次のように判示した⁽³⁴⁾。

すなわち、アメリカによる国際人道法違反の問題を取り扱うにあたって、アメリカの多数国間条約留保との関係で、紛争当事国以外のジュネーヴ諸条約締約国が判決の影響を受けるのか否かを検討する必要はないとした。アメリカの行為は国際人道法の基本原則によって判断されうるとというのが理由である。ジュネーヴ諸条約は、一方で、国際人道法の基本原則の発展であり、他方で、そのような原則の表明でもある。確かに、アメリカにはジュネーヴ諸条約共通第1条の下で同条約を尊重し、かつ尊重を確保する義務がある。しかし、その義務は条約それ自体のみに由来するのではなく、国際人道法の一般原則にも由来しており、条約はそれを単に表明したに過ぎないのである。以上、国際司法裁判所ニカラグア事件判決の要旨である。

さらに、国際司法裁判所は、「核兵器の威嚇又は使用の合法性」に関する勧告的意見の中で、ニュルンベルグ国際軍事裁判所判決と「安保理決議808 (1993) の規定に基づく国連事務総長報告書」に対する明白な賛意をもって以下のように言及した⁽³⁵⁾。

すなわち、武力紛争に適用可能な国際人道法は、人間の尊重とその実現を保障するために基本的なものであるから、ハーグ陸戦条約、

ジュネーヴ諸条約は多数の当事国を得ている。このような基本的な諸規則は慣習国際法を構成するため、条約当事国であるか否かを問わず、すべての国家によって遵守されるべきものである（79項）。「安保理決議808（1993）の規定に基づく国連事務総長報告書」⁽³⁶⁾を引用して、慣習国際法の一部となっていることを疑う余地がない国際人道法として、ハーグ陸戦条約、1945年「国際軍事裁判所憲章」、1948年「集団殺害罪の防止及び処罰に関する条約」、ジュネーヴ諸条約によって具体化された武力紛争に適用される法を列挙している（81項）。広範囲の法典化、多数の当事国、廃棄条項の未活用という事実によって、大多数の国際人道法が既に慣習法化されており、普遍的に承認された人道原則を反映した条約規則の集大成を国際社会に提供してきたことを指摘している（82項）。

確かに、原則としては当事国と非当事国間及び非当事国相互間では、条約の拘束性は認められない。しかし、ジュネーヴ諸条約が慣習法規則を具体化している限りにおいて相互主義が排除され、ジュネーヴ諸条約は、国際的武力紛争において条約非当事国に対しても適用される。ジュネーヴ諸条約のある規定が慣習法の枠外にある場合、交戦国の中の一国が同条約当事国でないとき、当該国家が自発的に、あるいは、条約当事国に代わってなされた宣言に答えて、ジュネーヴ諸条約の規定を遵守する旨の宣言をするのが一般的である。このような宣言は、ジュネーヴ諸条約共通第2条3項によって強調されているとおり、人道主義の諸原則を具体化しているジュネーヴ法が相互的な基盤の上に適用されるという事実を承認するということである。人道主義の原則を無視するいかなる交戦者が登場しようとも、人道的諸原則の尊重を確保することは望ましいことであろう。他方で、慣習法化されていない条約上の義務は、相互主義の原則の基盤においてのみ遵守されるという事実を承認せざるを得ないのである⁽³⁷⁾。

以上、ジュネーヴ諸条約のように慣習法化されている条約の場合、条約当事国相互間のみならず、条約当事国と非当事国間及び非当事国

相互間でも、条約の拘束性が認められる。この場合、復讐を禁止する規定も慣習法化されていると考えられるので、同規定は逸脱不可能な規範とされる。他方で、復讐を禁止する第1追加議定書上の規定は逸脱不可能な規範とされるのであろうか。第1追加議定書が慣習法化されているといえるか否かが問題となる。

3 第1追加議定書が規定する復讐禁止規範

(1) 第1追加議定書の特徴

第4条約による復讐の禁止対象は占領地域の文民に限定されていたが、第1追加議定書によってその範囲は敵国の領域に存在する文民(51条6項)にまで拡大された。同議定書によって復讐の禁止対象とされた第1類型は、軍民を問わず、傷者、病者、難船者、医療要員、宗教要員、医療組織、医療用輸送手段(20条)である。第2類型は、文民たる住民又は個々の文民(51条6項)、民用物(52条1項)、文民たる住民の生存に不可欠な物(54条4項)、危険な威力を内蔵する工作物及び施設(56条4項)で、いずれも文民の保護が趣旨である。第3類型は、文化財および礼拝所(53条(c))並びに自然環境(55条2項)のような人類共通の利益を保護法益とするものである。

ジュネーヴ第4条約の被保護者は、「紛争当事国又は占領国の権力内にある者でその紛争当事国又は占領国の国民でないもの」(第4条)とされ、その範囲は限定的である。すなわち、自国の権力下でない敵国民は保護されない。また、第4条約には、「紛争当事国の住民全体」(13条)を一般的に保護する規定(第2編)が設けられているが、軍事行動から生ずる危険に対して一般住民全体を保護する規定が置かれているわけではない。第4条約では、一般に戦闘に参加しないと見られる傷病者、妊産婦、児童や文民病院の保護及び特別の保護地帯の設定について規定されているにすぎない。

これに対して、第1追加議定書は、自国の権力下でない敵国民をも

含めて、第4条約より広い範囲の被保護者を規定している。軍事行動から生ずる危険に対して一般住民全体を保護する規定を初めてかつ詳細に設けたのが、第1追加議定書51条である⁽³⁸⁾。第1追加議定書が規定する傷病者、難船者や衛生施設等の範囲は、ジュネーヴ諸条約のそれらより拡大されているし、なによりも文民たる住民又は個々の文民に対する復仇攻撃を禁止したことは画期的である。また、生存に不可欠な物や危険な威力を内蔵する工作物等に対する復仇を禁止した規定も現代武力紛争の実態に照らして重要である。

確かに、第1追加議定書が、「紛争当事者の権力内にある者であって諸条約又はこの議定書に基づく一層有利な待遇を受けないもの」に対する基本的保障(75条)を初めて明示した意義は大きい。上記対象者の範囲には、一般に、第4条約4条にいう被保護者の範囲に含まれない者、すなわち第4条約の非締約国国民、及びその本国が通常の外代表を駐在させている間の中立国国民や共同交戦国国民が挙げられる⁽³⁹⁾。しかし、第1追加議定書による復仇禁止対象には含まれない人や物の類型が、なお残されていることに注意しなければならない。例えば、紛争当事者の権力内にある者でジュネーヴ諸条約又は第1追加議定書に基づく一層有利な待遇の利益を受けないもの(75条)は、復仇の禁止対象ではない。さらに、同議定書は、害敵手段に関する復仇を禁止する規定を含まない。

第1追加議定書以外の復仇禁止規定として、1954年の「武力紛争の際の文化財の保護に関する条約」(以下、「文化財保護条約」)が、「締約国は、文化財に対し復仇手段としていかなる行為をも行なってはならない」(4条4項)と規定していることにも注目したい。

(2) 慣習法性肯定論

第1追加議定書の適用上、当事国相互間では相互主義が機能するのかが問題となる。ジュネーヴ諸条約では前述したとおり、戦争犠牲者を保護することを目的とした人道的性格の義務規定について、相互主

義は排除されていると解されている。第1追加議定書の起草過程でも、相互主義を法原則に位置付けることに対する疑問が示された⁽⁴⁰⁾。これを受けて、第1追加議定書もその冒頭に、締約国は「すべての場合に」同議定書を尊重することを約束する（1条1項）として、ジュネーブ諸条約共通第1条を確認し、相互主義からの脱却を明らかにしたという評価もある⁽⁴¹⁾。

確かに、当事国と非当事国間及び非当事国相互間では、条約の拘束性はないというのが相互主義の原則である。しかし、慣習法化されている条項の範囲内では相互主義が排除され、当事国であるか否かを問わず当該条項に拘束される。追加議定書を起草するための外交会議では、「相互主義的処遇という威嚇は、人道法規則に違反しようとする者に対して効果的であろう。しかし、復讐の形式的な合法化が、その誤用や乱用を招くであろう。」という主張が見られた⁽⁴²⁾。このため、「文民たる住民に対する復讐禁止規定」（51条6項）の慣習法性が問題となる。

この点、Kalshovenは、「第1追加議定書が、武力紛争に関する国際法における変更を反映したものであることは疑いない。変更の殆どは修正および明確化という形式により行われている。同議定書が規定する諸規則の多くが既存の慣習国際法の法典化であることは一般的に承認されている。」と評価している⁽⁴³⁾。他方で、第1追加議定書は、その批准及び加入の進捗状況からみて、慣習法化しているというよりむしろ一般国際法の地位に近づいていると評価する論者もいる⁽⁴⁴⁾。一般国際法とは、国際社会全体に妥当する国際法規をいう⁽⁴⁵⁾。慣習国際法と一般国際法との関係については以下の2つの見解に大別される⁽⁴⁶⁾。一方で、慣習国際法が国際社会全体に適用される一般国際法の唯一の法源であるとする見解がある。他方で、法形式の態様としての慣習という面を重視すると、国際法は当然には一般国際法として妥当しないとする見解になる。

普遍的な国際機構である国連の文書から、第1追加議定書の慣習国際法性を証明する証拠を探してみよう。1999年の国連事務総長の告示

「国連部隊による国際人道法の遵守」⁽⁴⁷⁾によれば、国連軍が復仇を行うことが禁止される対象として、文民又は民用物 (para.5.6)、人民の文化的又は精神的遺産である芸術的、建築的又は歴史的記念建造物、遺跡、美術品、礼拝所並びに博物館及び図書館のような文化財 (para.6.6)、食糧、作物、家畜、飲料水の施設及び供給設備のような、文民たる住民の生存に不可欠な物 (para.6.7)、危険な威力を内蔵する施設、すなわちダム、堤防及び原子力発電所 (para.6.8) 傷者、病者 (para.9.1)、衛生施設、移動衛生部隊 (para.9.3)、傷者又は病者の搜索、輸送又は治療に専ら従事する衛生要員並びに宗教要員 (para.9.4)、傷病者の輸送手段又は衛生設備 (para.9.5) が列挙されている。同告示は、国連軍構成員に対する指針であるから、国際人道法を適用する裁判所に対して拘束力を有せず、国連の公式見解と認められているわけではない。しかし、直接的又は間接的に国連の立場を反映していると解される。告示における復仇禁止対象が、第1追加議定書及び文化財保護条約の諸規定から引用されているのは、これらの復仇禁止規範が既に慣習国際法となっている証拠であるともいえる。しかし、ユーゴスラヴィア紛争 (1991年-1995年) では、このような法規範の内容が必ずしも遵守されたとはいえず、法と現実との大きな乖離が指摘されている⁽⁴⁸⁾。

(3) 慣習法性否定論

「安理決議780に基づいて設置された専門家委員会最終報告」(1994年)では、ジュネーヴ諸条約における復仇禁止規範の慣習国際法性が認められているのに対して、第1追加議定書に設けられている復仇禁止規範については、必ずしも慣習国際法化されているわけではないことが示唆されている⁽⁴⁹⁾。同報告によれば、復仇が、以下のような条件の下で適用可能な法として規定されている。すなわち、実体的要件としては均衡性要件 (必ずしも厳格ではない)、事前手続的要件としては先行違法行為の停止要求と敵の拒否、事後手続的要件としては違法行為の停止に伴う復仇の即時中止措置が規定されている (64項)。復仇禁止

対象としては、ジュネーヴ第1条約46条、第2条約47条、第3条約13条、第4条約33条、第1追加議定書44条、51条6項、52条1項、53条c項、54条4項、55条2項、56条4項、73条が引用されている(65項)。非国際的武力紛争に適用される共通第3条と第2追加議定書には、復仇禁止規定が含まれていない。ジュネーヴ諸条約と第1追加議定書が適用される国際的武力紛争では、復仇が許容されるためには、ジュネーヴ諸条約と第1追加議定書及び武力紛争に関する慣習国際法の諸制限を条件として、専ら戦闘員又は他の軍事目標に向けられなければならない。第1追加議定書が適用されない国際的武力紛争では、もっと広い範疇の人や物に復仇が向けられる可能性があるが、武力紛争に関する慣習国際法の諸制限を条件としなければならない(66項)。

以上の最終報告を踏まえて考察すると、復仇に関する上記の許容条件及び禁止対象が、限定列挙を意味するのか、あるいは例示列挙を意味するものかについては、いずれとも断定できない。なお、「第1追加議定書が適用されない国際的武力紛争」とは、非当事国相互間の戦闘行為(A)、及び、複数の紛争当事国の中に非当事国が含まれる場合における非当事国と当事国間の戦闘行為(B)である。第1追加議定書には総加入条項が置かれていない以上、(B)の場合でも、当事国相互間の戦闘行為に対しては同議定書が適用される。

第1追加議定書では、ジュネーヴ諸条約よりも復仇禁止範囲が拡大され、特に敵の権力内にある敵の文民に対する復仇が禁止された意義は大きい。無差別爆撃で自国内の文民居住地区が大規模に破壊された被害国が、第1追加議定書当事国である場合、復仇禁止規定に拘束されるため、加害国内の文民居住地区に対する攻撃という戦術で対抗することができなくなり、不利な戦況を打開できなくなる。このような軍事的必要性から、文民たる住民に対する戦時復仇禁止規範の拘束力を排除するのが妥当であるという主張には説得力がある。

実際には、正式な留保を表明した国はなかったが、イギリスは第1追加議定書の批准の際、次のような特別の声明を行った。

「1949年ジュネーヴ諸条約第1追加議定書51条乃至55条の義務は、イギリスが関わるであろう敵対国自身が良心的に同義務を遵守することを基礎として受け入れられる。もし、敵対国が51条又は55条に違反して文民たる住民又は個々の文民若しくは民用物に対する重大かつ故意の攻撃、若しくは53、54、55条に違反して保護対象に対する重大かつ故意の攻撃を行うならば、敵対国の違反がなければ該当条項によって禁止される措置を行なう権利をイギリス自身が有すると考えるだろう。もっとも、①前記措置は、同条項下の違法行為の中止を敵対国に強制する目的のみに必要と考えられる程度であって、②敵対国に違反行為の中止を要求する正式の警告が無視された後においてのみ、かつ③政府の最高中枢による意思決定の後においてのみ許容される。イギリスが講じたいかなる措置も、その原因となった先行違法行為との均衡を失うことはなく、1949年ジュネーヴ諸条約によって禁止されるいかなる行為を包含することはなく、前記措置が先行違法行為の中止後に継続することもない。イギリスは、①敵対国に発せられた前記正式の警告、②その警告が無視されたならばその結果として講ぜられる措置、③についてこれを利益保護国に通知するものとする。」⁽⁵⁰⁾

イタリアは批准の際に、「第1追加議定書、特に51条及び52条によって課された義務に関する敵の重大かつ組織的な違反行為に対しては、将来の違反行為を防止するために、国際法の下で許容されるあらゆる手段をもって反応を示すつもりである。」⁽⁵¹⁾と表明した。

フランスの声明⁽⁵²⁾及びドイツの声明⁽⁵³⁾においても、敵の重大かつ組織的な違反行為に対する同趣旨の反応が表明されている。上述した諸国の見解は、声明という形式で表明されたものであって、文民たる住民及び民用物に対する復讐を禁止した条項に関する明示的な留保ではないが、実質的に留保と評価できる。現在までのところ、これら諸国の声明に対して異議を申し出た国はない。さらに、アメリカが第1追加議定書を批准しない理由の1つとして、同議定書による復讐の広範な禁止が指摘されている⁽⁵⁴⁾。アメリカは、同51条6項の復讐禁止規定

が行き過ぎであると評価している⁽⁵⁵⁾。

このように、国際社会において政治的あるいは軍事的影響力のある国家が、同51条6項の復仇禁止規定に関して、実質的留保を行った上で批准していること、また、批准をすることなくこれに否定的評価をしているという国家実行は、「文民たる住民に対する復仇禁止」規定の慣習国際法性には疑問があることを例証するものといえる⁽⁵⁶⁾。確かに、あらゆる状況においても文民たる住民に対する復仇が禁止されるという法規範について、これが既に慣習国際法として結晶化されていると結論付けるのは困難である。しかし、少数の国家が実質的留保を行った上で批准する等の限定された国家実行を根拠にして、当該復仇措置を実施する権利が第1追加議定書採択以後も存在し続けていると主張することも困難である⁽⁵⁷⁾。以上のように慣習国際法性が疑問視されている復仇禁止対象に関する規定として、民用物（第1追加議定書52条1項）、文化財および礼拝所（53条(c)）、文民たる住民の生存に不可欠な物（54条4項）、自然環境に対する攻撃（55条2項）、危険な威力を内蔵する工作物や施設又はそれに近接する他の軍事目標（56条4項）がある⁽⁵⁸⁾。

4 サイバー戦時復仇の要件再考

国際法によって禁止されない場合であっても、戦時復仇は厳格な要件に服する限り、国際人道法を執行するための伝統的方法である⁽⁵⁹⁾。一方で、連結性を特徴とするサイバー空間では、サイバー戦時復仇による社会インフラに対する被害は、実空間よりも拡散する傾向がある。例えば、通信・輸送網、金融市場、エネルギー部門などの国家の経済インフラの一部に対するサイバー戦時復仇である。他方で、サイバー戦時復仇の被害が人の傷害又は死亡、物の物理的な損傷又は破壊を引き起こさない場合には、実空間よりも非人道性が軽減される傾向がある。回復不可能な被害を与えることを回避し得る選択肢があるため人道上推奨される。

サイバー戦時復仇を利用することで、敵国民の反感を買うような不可逆的な損害を敵国に与えることなく、敵国政府指導者に対して国際人道法の遵守を効果的に強要させることができる⁽⁶⁰⁾。サイバー戦時復仇は、交戦国に対して合法的に対応するための柔軟な選択肢を提供することができる⁽⁶¹⁾。そうであるとするならば、サイバー戦時復仇については、国際人道法の履行確保手段としての有用性を考慮すると、実空間における戦時復仇よりも許容条件を緩和しても人道上大きな問題が生じないのでないか、以下検討してみたい。

サイバー戦時復仇の許容条件については、これを規定した条約は存在しないため、伝統的な戦時復仇に関する慣習国際法に委ねられている。この点、サイバー戦時復仇における履行確保手段としての有用性を考慮して、許容条件を再考する際に参考となるのが、国家責任条文における対抗措置に関する規定である。国家責任条文が慣習国際法を反映していると考えている多数の国家が存在するからである⁽⁶²⁾。もっとも、戦時復仇が対抗措置と異なる点は、①武力紛争状態でのみ許容されること、②先行違法行為が国際人道法違反に限られること、③軍隊のみが実施主体であることの、3つである⁽⁶³⁾。

国家責任条文によれば、対抗措置が違法性阻却事由に該当するためには、(1)手続的要件として、①必要性の要件(52条)、(2)実質的要件として、②先行違法行為の要件(22条)、③目的の要件(49条1項3項)、④均衡性の要件(51条)、⑤対抗措置を制約する要因(50条1項)の、すべてを充足する必要がある。以下、サイバー戦時復仇の許容条件を再考する際に参考となる規定を検討してみよう。

第1に、必要性要件(手続的要件)は、対抗措置をとる前に、違法行為の中止や事後救済の履行を要求し(52条1項(a))、対抗措置をとる決定の通告と交渉の申し出をすることである(52条1項(b))。ただし、被害国が権利保全のために緊急的措置に訴えることが必要である場合には、通告及び交渉の申し出を行う前に緊急的措置をとることができる(52条2項)。サイバー戦時復仇においても通告要件を省略することがで

きるかが問題となる。この点、『タリン・マニュアル2.0』では、対抗措置手続に関する通知要件に言及されていない⁽⁶⁴⁾。被害国に通知義務を課すことは匿名性という利点を放棄することで非現実的と考えられるからである⁽⁶⁵⁾。法の実効性の観点から評価すると、攻撃開始前の事前通知は、有責国に対応される機会を付与する可能性がある⁽⁶⁶⁾。したがって、サイバー戦時復仇の実行以前の通知を省略することができるかと解すべきである。

第2に、「対抗措置は、可能な限り、当該義務の履行の再開を可能にするような方法で行わなければならない。」(49条3項)という規定は、サイバー戦時復仇の許容条件を再考する際に考慮に値する。回復不可能な被害を与えるサイバー戦時復仇は禁止されるべきである。例えば、ダムの水門を開放して広範囲に居住地区を破壊し得る大量の水を放流する行為、病院を停電にさせて入院患者の治療及び外来診療を不可能にさせる行為、文民たる住民用の食料や水の供給を遠隔操作で汚染する行為である⁽⁶⁷⁾。この点、伝統的な「運動エネルギー (kinetic)」兵器を用いた戦時復仇よりも、サイバー戦時復仇の方が、回復不可能な被害を与えることを回避し得る選択肢があるため人道上推奨される。

第3に参照すべき均衡性要件(国家責任条文51条)については、「相互主義 (reciprocity)」を意味するものではない⁽⁶⁸⁾。相互主義は、一般に複数の国家が同一又は等価の待遇を与えることを意味する。均衡性要件は、必ずしも厳密な均衡性を要求するものではなく、明らかに不均衡ではないことを意味するにすぎない⁽⁶⁹⁾。敵の違法行為と同質の復仇行為、いわゆる「同種復仇 (reprisals in kind)」のみに限定されるわけではないと解されるが、攻撃の犠牲となった目標と同じ目標に対する均衡性のある反応が、人道上最も効果的であるとともに、軍事的必要性にも資することになると指摘されている⁽⁷⁰⁾。先行違法行為がサイバー攻撃によるものであるか否かを問わず、サイバー戦時復仇が許容される。確かに、サイバーシステムは相互に接続されて依存性があるため、サイバー戦時復仇によって生じる可能性のある結果を正確に判

断することは困難である。適正な均衡性評価は、潜在的な結果の予見可能性と、使用できる手段の実行可能性に依存するからである⁽⁷¹⁾。しかし、サイバー戦では、作戦の強度、期間、効果を厳格に調整することが可能である。例えば、インフラを破壊することなく無力化することを目的としたサイバー行動は、均衡性要件を充足する観点から特に有効である。

国内医療施設に対する爆撃を受けた被害国には、加害国に対していかなる形態のサイバー戦時復仇が許容されるのであろうか。被害国が第1追加議定書の当事国の場合と、非当事国の場合、に大別して以下論ずる。被害国が当事国の場合は、文民たる住民に対する復仇が禁止されているため（同議定書51条6項）、被害国は加害国の当該爆撃を中止させるため、加害国内の文民たる住民に電力を供給している施設に対して、サイバー戦時復仇を実施することができない。これに対して、被害国が非当事国の場合は以下のように解される⁽⁷²⁾。被害国は、加害国内の文民たる住民に電力を供給している施設に対するサイバー戦時復仇を実施することが可能であり、復仇の後、加害国が被害国の医療施設に対する攻撃を中止した時点で、加害国首相がサイバー攻撃の中止を命令するならば、復仇行為は合法である。しかし、被害国が加害国軍隊の医療用施設に対する戦時復仇の名目でサイバー攻撃を実施した場合、攻撃目標が復仇禁止対象であるため（第1条約46条）、当該サイバー攻撃の違法性は阻却されない。

最後に、第1追加議定書以外の復仇禁止規定を見てみよう。文化財保護条約4条4項について、慣習国際法として結晶化されていることを認める見解もあるが⁽⁷³⁾、タリンマニュアル専門家間では意見の一致が見られないため、締約国のみが拘束される条約の規定と解されている⁽⁷⁴⁾。サイバー戦時復仇の例として、ダムの水門を開放して広範囲に文化財地区を破壊し得る大量の水を放流する行為を挙げるができる。

おわりに

国際的武力紛争下でサイバー戦時復仇が実行された場合の課題について、国際人道法における「現行法 (lex lata)」と「あるべき法 (lex ferenda)」の相克の視角から検討することを目的として検討した結果、以下の結論を得た。

国際法は、法の遵守を強制する権限をもつ機関を設けていないため、一定の場合、国際法が、侵害者に対して報復行為をとる被害者側の権利を認めているのは事実である。国際法の遵守を担保してきたものは相手の違反に対する自らの違反の威嚇である。復仇は、加害国の意思決定者に圧力を加えることにより、加害国の政策転換を引き起こすという効果を期待してなされる。敵が違法行為を中止しないならば復仇措置を講ずる旨の警告を実施したにもかかわらず、依然として違法行為を継続する場合に初めて復仇措置が発動される。敵の違法状態が停止したら復仇措置も直ちに終了しなければならない。

国際法によって禁止されない場合であっても、戦時復仇は厳格な要件に服する限り、国際人道法を執行するための伝統的方法である。実空間における伝統的な「運動エネルギー (kinetic)」兵器を用いた戦時復仇では、回復不可能な被害を敵国に与えるのを回避するのは困難である。これに対して、サイバー戦時復仇では、回復不可能な被害を回避し得る選択肢が残されており、被害が人の傷害又は死亡に及ばない方策、インフラの無力化にとどまり物理的な損傷又は破壊に及ばない方策を模索することは可能である。したがって、サイバー戦時復仇は、不可逆的な損害を敵国に与えることなく、敵国政府指導者に対して国際人道法の遵守を効果的に強要させることができる。国際人道法の履行確保という観点からすると、特に、文民たる住民に対する復仇の場合、回復不可能な被害を回避し得る点で、実空間で実施するよりもサイバー戦時復仇の方が人道上推奨される。

この点、文民たる住民に対する復仇を禁止する法規範（第1追加議定

書51条6項)の慣習国際法性の評価は重要である。ジュネーヴ諸条約の復仇禁止規範は、国際慣習法として成熟した「現行法」と認められる。これに対して、第1追加議定書の復仇禁止規範は、既に慣習国際法として結晶化されていると結論付けるのは困難であり、「あるべき法」が漸進的発展の途上にある「生成途上の法」にとどまっており、当事国のみが拘束される条約規則と解されている。したがって、復仇を意図する被害国が第1追加議定書の当事国であるか、非当事国であるかの相違は重要であり、非当事国の場合のみ復仇が許容される。第1追加議定書の下での復仇禁止規範は、当事国にとって国家の行動を規制する拘束的規範として機能するのに対して、非当事国にとっては国家の行動を正当化するイデオロギーとして機能する。この際、サイバー戦時復仇を実行する場合において、被害国は通告要件を省略できると解すべきであって、有責国が国際人道法の遵守に回帰したならば、被害国は復仇の即時中止措置を確実に実施すれば、復仇として実施された行為の違法性は阻却される。回復不可能な被害を回避し得る点で、サイバー戦時復仇には履行確保手段としての有用性が認められる。

不断に変化する国際社会の要請に可能な限り対応し得るように、国際法規範の可能な意味の限界が追求されなければならない。今後の課題として、本稿が取り扱わなかった法分野に対しても研究対象を拡大し、現状を反映した緻密な法理論枠組の確立を図りたいと考えている。

- (1) 武力紛争を規制する国際法は、*jus ad bellum* と *jus in bello* に大別される。*jus ad bellum* は、どのような場合に武力行使ができるのか、すなわち武力行使の開始原因を判断する規則である。これに対して、*jus in bello* は、武力紛争が開始された後に武力紛争当事者の行為を規律する規則のことで、「国際人道法」、「武力紛争法」、「戦争法」ともいう。
- (2) 「我が国のサイバーセキュリティ推進体制の機能強化に関する取組方針」(平成26年11月25日、情報セキュリティ政策会議決定) 1頁 (<https://www.nisc.go.jp/conference/seisaku/dai41/pdf/houshin20141125.pdf>, 2021年4月30日最終閲覧)。
- (3) 坂元茂樹ほか『防衛実務国際法』(弘文堂、2021年) 292, 307-308頁。

- (4) 第1条約63条、第2条約62条、第3条約142条、第4条約158条、第1追加議定書1条2項。
- (5) M. N. Schmitt (ed.), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, 2nd ed., (Cambridge University Press, 2017) [hereinafter *Tallinn Manual 2.0*], Rule 80, p.375.
- (6) *Ibid.*, p.378.
- (7) *Tallinn Manual 2.0*, p.3.
- (8) J.M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. II: Practice, Part 2 (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) [hereinafter *Customary International Humanitarian Law*], p.3318.
- (9) W. A. Schabas, *The International Criminal Court : A Commentary on the Rome Statute*, 2nd ed., (Oxford University Press, 2016), p.652.
- (10) 国家責任条文は、2001年国連国際法委員会第53回会期の作業に関する委員会報告第4章に関して、同年国連総会第56回会期決議56/83として採択された。Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session, UN GAOR 56th Sess., Supp. No. 10, at 43, U.N. Doc. A/56/10 (2001) .
- (11) 西村弓「武力紛争法の履行確保 ——相互主義と復讐——」村瀬信也・真山全 編『石本泰雄先生傘寿記念 武力紛争の国際法』（東信堂、2004年）698頁。
- (12) J.M. Henckaerts and L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. I: Rules (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) [hereinafter *Customary International Humanitarian Law*], p.515-518.
- (13) 藤田久一『国際人道法 [新版再増補]』（有信堂高文社、2003年）184-185頁。
- (14) *Tallinn Manual 2.0*, Rules 108-109, pp.460-464.
- (15) *Customary International Humanitarian Law*, Rule 145, p.513.
- (16) 森田章夫『国際コントロールの理論と実行』（東京大学出版会、2000年）4頁。
- (17) *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Verbo «Effectivé», publié sous le patronage de l'Union académique internationale Sirey, 1960.
- (18) 森田『国際コントロールの理論と実行』13頁。
- (19) 同上、4頁。
- (20) 詳しくは、小森光夫「条約の第三者効力と慣習法の理論(一)(二)(三)」『千葉大学法経研究』第9号（1980年）53-95頁、同10号（1981年）79-138頁、

同12号 (1982年) 43-92頁、小森光夫「一般国際法の法源の慣習法への限定とその理論的影響(1)(2)」『千葉大学法学論集』第8巻第3号 (1994年) 1-96頁、同第9巻第1号 (同年) 185-259頁、藤田久一「現代国際法の法源」長尾龍一・田中成明編『実定法の基礎理論』(現代法哲学第3巻) (東京大学出版会、1983年) 283-311頁。

- (21) *North Sea Continental Shelf Cases, I.C.J. Reports 1969*, p.41, sec.71.
- (22) *Ibid.*, p.42. 条約規則が一般国際法規則となるためには、かなりの時間の経過がなくとも、条約への極めて広範かつ代表的な参加と特別利害関係国の包摂という条件がみたされれば、それ自体で十分である。
- (23) シャルル・ド・ヴィシェール (長谷川正国訳)『国際法における理論と現実』(成文堂、2007年) 274頁。
- (24) 同上。
- (25) 同趣旨の論考として、古川照美「国際司法の新展開—紛争処理と新しい国際法規の生成—核兵器使用・威嚇の合(違)法性に関する勧告的意見をめぐって—」岩村正彦ほか編『国際社会と法 (岩波講座 現代の法 第2巻)』(岩波書店、1997年) 118頁。もっとも、古川は、「生成途上の法」と「現行法」を対比させて論じているが、本稿では、「あるべき法」と「現行法」を対比させて論ずる。
- (26) 同上。
- (27) 同上、119頁。古川が、「これからの法」と呼称しているものを、本稿では、「あるべき法」という用語を使用する。
- (28) T.Meron, “The Geneva Convention as Customary Law,” *American Journal of International Law*, Vol.81, No.2 (1987), pp.359, 361, 367.
- (29) H.Thirlway, “The Law and Procedure of The International Court of Justice 1960-1989 (Part Two),” *British Yearbook of International Law*, Vol.61 (1990), pp.9-11.
- (30) 時代の潮流によって新しい国際人道法が成立したとしても、それは過去の国際人道法の上に構築されたものであるから、慣習国際法へ移行する契機となりうる。従って、例えば、ジュネーヴ諸条約の諸規定は、1907年ハーグ陸戦条約附属書「陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則」のような初期の条約で設定された一般的基準を履行するための規定に他ならない。R.R.Baxter, “Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law,” *British Yearbook of International Law*, Vol.41 (1965-1966), p.286.
- (31) 藤田『国際人道法』155頁。
- (32) G.I.A.D.Draper, *The Red Cross Conventions* (Stevens, 1958), p.98.
- (33) A.R.Albrecht, “War Reprisals in the War Crimes Trials and in the Geneva Conventions of 1949,” *American Journal of International Law*, Vol.47, No.4 (1953), p.614.
- (34) *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*

- (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement of 27 June 1986, *I.C.J.Reports 1986*, pp.113-114.
- (35) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *I.C.J.Reports 1996*, July 8, 1996, paras.79-82.
- (36) Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolutio 808 (1993), U.N.Doc.S/25704 (May 3, 1993), para.35.
- (37) L.C.Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 3d ed., (Manchester University Press, 2008), p.70.
- (38) 藤田『国際人道法』164頁。
- (39) 同上、171頁。
- (40) Report submitted by the ICRC to the XX I st International Conference of the Red Cross, *Reaffirmation and Development of the Laws and Customs Applicable in Armed Conflicts*, 1969, p.96.
- (41) 藤田『国際人道法』184頁。
- (42) *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974-1977)*, Vol.6, Bern: Federal Political Department, 1978, p.210: CDDH/SR.42, para.35.
- (43) フリッツ・カルスホーベン「[専門意見書] 1907年10月18日ハーグにて署名された陸戦の法規慣例に関する条約第3条」藤田久一他編『戦争と個人の権利—戦後補償を求める旧くて新しい道—』(日本評論社、1999年) 38-39頁。
- (44) G. Abi-Saab, “The 1977 Additional Protocols and General International Law: Some Preliminary Reflections,” in A.J.M.Delissen and G.J.Tanja,eds., *Humanitarian Law of Armed Conflict Challenges Ahead* (Nijhoff, 1991), pp.122ff.
- (45) 小森光夫「一般国際法」『国際関係法辞典』(三省堂、2005年) 32-33頁。
- (46) 小森光夫「慣習国際法」『国際関係法辞典』(三省堂、2005年) 164頁。
- (47) Secretary-General’s Bulletin, Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, ST/SGB/1999/13.
- (48) K. Obradovic, “The prohibition of reprisals in Protocol I: Greater protection for war victims,” *International Review of the Red Cross*, No. 320 (1997), at <https://www.icrc.org/en/doc/resources/documents/article/other/57jnv7.htm> (as of 26 March 2021).
- (49) Letter dated 24 May 1994 from the Secretary-General to the President of the Security Council, Annex, Final Report of the Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780 (1992), U.N.Doc.S/1994/674.
- (50) Corrected Letter of 28 January 1998 sent to the Swiss Government by

Christopher Hulse, HM Ambassador of the United Kingdom, reprinted in “Ratification of the Additional Protocols by the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland,” *International Review of the Red Cross* No.322 (1998), pp.186-190. 赤十字国際委員会によれば、イギリスの声明は、「留保 (reservation)」と評価されている。

- (51) A.Roberts and R.Guelff eds., *Documents on the Law of War*, 2nd ed., (Oxford University Press, 1989), p.465. 同書によれば、イタリアの声明は、「解釈宣言 (statement of interpretation)」と評価されている。
- (52) D.Schindler and J.Toman, *The Laws of Armed Conflicts* (Martinus Nijhoff, 2004), p.801.
- (53) *Ibid.*, p.802.
- (54) M. J. Matheson, Deputy Legal Adviser, U.S. Dep’t of State, Remarks at American Red Cross-Washington College of Law Conference on International Humanitarian Law (Jan. 22, 1987), in *American University Journal of International Law and Policy*, Vol. 2 (1987), p.420.
- (55) J.A.Boyd, “Contemporary Practice of The United States Relating to International Law,” *American Journal of International Law*, Vol. 72, No.2 (1978), p.406.
- (56) 赤十字国際委員会は、イギリスの上記声明を引用して、第1追加議定書51条6項が慣習国際法化しているという見解には議論の余地があることを指摘している。PCNICC/1999/WGEC/INF.2/Add.1 (1999), p.17.
- (57) *Customary International Humanitarian Law*, pp.520-523.
- (58) *Ibid.*, p.525.
- (59) *Customary International Humanitarian Law*, p.513.
- (60) D. Wallace, S. Reeves, T. Powell, “Revisiting Belligerent Reprisals in The Age of Cyber?,” *Marquette Law Review*, Vol.102 (2018), p.108.
- (61) *Ibid.*
- (62) Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, (Oct. 12, 2005), para.69.
- (63) *Tallinn Manual 2.0*, Rule108, p.461, para.3.
- (64) M. E. O’Connell, “Attribution and Other Conditions of Lawful Countermeasures to Cyber Misconduct”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, Vol.10 (2020), p.12
- (65) M. Roscini, *Cyber Operations and The Use of Force in International Law* (Oxford University Press, 2014), p.106.
- (66) *Tallinn Manual 2.0*, Rule 21, paras. 11-12.
- (67) Wallace, “Revisiting Belligerent Reprisals,” *supra* note 60, p.106.
- (68) *Tallinn Manual 2.0*, p.128; H. H. Dinniss, *Cyber Warfare and the Laws of War* (James Crawford & John S. Bell eds., 2012), p.104.

- (69) F.Kalshoven, *Belligerent Reprisals* (Sijthoff, 1971), p.341.
- (70) F.J.Hampson, "Belligerent Reprisals and the 1977 Protocols to the Geneva Conventions of 1949," *International and Comparative Law Quarterly*, Vol.37 (1988), p.843.
- (71) *Tallinn Manual 2.0*, p.128.
- (72) *Ibid.*, pp.462-463.
- (73) *Customary International Humanitarian Law*, p.523.
- (74) *Tallinn Manual 2.0*, Rule108, p.463.

