

戦争法秩序の誕生

— 総加入条項とマルテンス条項の機能的連続性 —

黒崎 将 広*

Summary

Nobody would disagree that the Hague Convention of 1899 respecting the Laws and Customs of War on Land has occupied a significant position in international law, not only because it forms the solid basis of the modern law of war, but also because it codified pre-existing customary rules. Its universal character of custom, among other things, made it a champion of the legal order in warfare, as a number of judgments of international and domestic tribunals recognized.

The Hague Convention itself possesses a very unique structure in its application indeed. Art. 2 of the Convention limits its binding effect by setting the condition that it is applied 'only if all the belligerents are parties to the Convention.' This 'notorious' article is called the '*Clausula Si Omnes* (General Participation Clause)' and has been long criticized for enabling belligerents intentionally to exclude the Convention by means of inviting non-contracting parties to the ongoing belligerency. To fight back such limitation of applicability by the *Clausula*, international lawyers invoked the preamble of the Convention, the 'Martens Clause,' which stated the existence of 'the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience.' They stressed its superiority over the *Clausula* and universal force of the Convention as custom which could countervail the limit of the Convention *per se*. Therefore, as far as the prevailing view is concerned, the *Clausula Si Omnes* is really under the subjugation of the Martens Clause in the applicability of the Convention.

If the above-mentioned view is legally valid, the following questions arise however: what is the reason why the *Clausula Si Omnes* was inserted into the Convention, provided that it is thoroughly invalidated by the customary force based upon the Martens Clause? ; Did the Martens Clause really declare such customary rules as countervailing the *Clausula Si Omnes*? ; Were these clauses established in opposition to each other in the first place?

The prevailing view has given no explanations on them, especially *raison d'être* of both clauses in the Convention so far. In what follows, this paper attempts to deal with the applicability problem of the *Clausula Si Omnes vis-à-vis* the Martens Clause, tracing back to the *travaux préparatoires* of the Convention.

Throughout the Hague Peace Conferences in 1899 and 1907, drafters of the Convention never had the slightest intention of codifying pre-existing customary rules though such is the view of the majority: rather, the drafters confined themselves to create new legal norms from

* 東京大学大学院総合文化研究科国際社会科学専攻国際関係論分野博士課程、日本学術振興会特別研究員
匿名査読者二名の方々による有益な講評、ならびに指導教官の岩沢雄司教授および小寺彰教授によるこれま
での御指導に対し、深く謝意を表す。

scratch. As a matter of fact, their understandings were that belligerency in the pre-Hague Convention period was practically extra-legal as a whole. On the other hand, they accepted the existence of *jus in bello* as *Juristenrecht* developed by increasing legal academics led by the *Institut de droit international* that adopted the Oxford Manual in 1880. Nevertheless, it was impossible for the drafters, mainly composed of practitioners such as military men and diplomats representing governments, to admit such academically alleged rules to be legally binding in practice. They regarded pre-existing international law merely as 'a mass of rules hatched in the brain of divers lawyers' and denied its obligatory force altogether.

The Martens Clause stating 'the principles of the law of nations' was not considered to be regulatory in the battlefield, either. In this sense, it assumed no legal nature except as mere 'principles' representing the purpose of the Convention, but alternatively functioned as a diplomatic instrument persuading States participated in the Conferences to reach an agreement on the norm-creation.

The *Clausula Si Omnes* possessed its own legal significance that was never invalidated, at least by the Martens Clause, which had no regulatory force. For the drafters with severe notion on the possibility of legal regulation, it was the only acceptable condition for the creation of legal order in war, that all belligerents explicitly took a pledge to act under common rules prescribed in the Convention. In fact, the purpose of the *Clausula Si Omnes* was not to exclude the applicability of the Convention at all as the prevailing view criticized, but rather to secure its application to belligerent parties creating a real legal order in a practically extra-legal state of anarchy.

The above considerations lead to the conclusion that the *Clausula Si Omnes* and the Martens Clause were anything but standing in opposition to each other. They were both indispensable for the Hague regime as norm-creating devices. In particular, considering the fact that almost all international lawyers have been keen on the customary force of the Convention combined with the Martens Clause, the positive contribution of the *Clausula Si Omnes* as a norm-creating device should be properly appreciated.

第一章 序論

一 総加入条項はマルテンス条項によって無意味化されるか

近代国際社会の成立から十九世紀半ばに至るまで、国家間の交戦行為を規律する戦争法とは「慣習と伝統」に基づく法であった。しかしながら、南北戦争の最中である1863年に、時のアメリカ大統領 Abraham Lincoln の命によって発令された国内法令 (General Orders No. 100: Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field)² を契機と

して、欧州諸国においても交戦法規を成文化しようとする試みが始まった。その象徴とも言われるのが1899年と1907年の二度にわたって開催されたハーグ平和会議である。同会議は、戦争法の法典化を目的として数多くの条約を生み出した。なかでも、陸戦に関する国際法を包括的に規定した1899年の「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」(1907年に一部改正)は、今日においてもなお戦争法の中核をなす条約とされている。

「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」(以下、ハーグ条約)は全9カ条から構成される。同条約には、その他にも、全56カ条にわたって従来国際慣習法を法典化したと言われる「陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則」(以下、付属規則)が付属書として

添付されている。このことから、ハーグ条約は一般的に国際慣習法宣言条約と評価されている。

ハーグ条約の規定は付属規則に関する一般手続規則で構成されており、陸戦に関する実体規定は同条約の付属規則にある。ハーグ条約第1条は、手続上の義務として、締約国が自国の軍隊に対して付属規則に適合した訓令を発する義務を負うことを規定しているが、続く第2条においては「総加入条項 (*clausula si omnes*; general participation clause; Allbeteiligungsklausel; clause de solidarité)³」が規定されており、本条約が常に締約国に対して適用されるとは限らないという事実には留意しておかねばならない。

ハーグ条約第2条は「第一条ニ掲ケタル規則及本条約ノ規定ハ、交戦国カ悉ク本条約ノ当事者ナルトキニ限、締約国間ニノミ之ヲ適用ス」と規定する。この規定は、交戦国がすべて締約国の場合に限り条約が適用されることを認めるものである。このことから、多くの国際法学者は、総加入条項をして、同条約の非締約国が一国でも交戦国の地位に立てば、同条約の交戦国に対する適用は排除され、その効力は失われると主張してきた。

しかし、続けて彼らは言う——他方、ハーグ条約は、その前文にいわれる「マルテンス条項 (Martens Clause)」を有しており、したがって、総加入条項によって同条約が適用されなくても、締約国は、依然として陸戦に関する国際慣習法の下にある、と。

ハーグ条約は、陸戦におけるあらゆる場合についての規定を設けた条約ではない。しかしながら、ハーグ条約の前文は「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、其ノ採用シタル条規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」と謳っており、これは発言者の名にちなんで「マルテンス条項」と呼ばれている。ハーグ条約が従来国際慣習法を法典化した条約であると国際法学者が評価するのは、このマルテンス条項の文言がハーグ条約の趣旨及び目的を表すものとして前文に掲げられているからである。

以上のように、今日に至るまで、総加入条項によってハーグ条約の交戦国に対する適用は排除されるが、しかしそれは条約としての適用除外であって、既存の国際慣習法は依然として交戦国に対して適用されることをマルテンス条項は宣言していると言われてきた。すなわち、総加入条項は、マルテンス条項によって事実上無意味化されるというのである。

しかしながら、こうした一般的見解については次のような疑問が残るだろう。つまり、総加入条項がマルテンス条項によって本当に無意味化されるのであれば、起草者はなぜにわざわざ総加入条項を設けたのだろうかということである。ハーグ条約は既存の国際慣習法を法典化した国際慣習法宣言条約であると一般的には認識されている。このことをもって総加入条項が無意味化されるというのであれば、ハーグ条約は、成立当初から構造的矛盾を抱えていたということになりはしまいか。

ハーグ条約の成立当初において、果たして総加入条項とマルテンス条項はいかなる機能を有するものとして期待されていたのだろうか。マルテンス条項は総加入条項を無意味にするような国際慣習法の支配を宣明していたのだろうか。そもそも総加入条項はマルテンス条項と抵触するような規定だったのだろうか。

以上のような問題意識に従い、本稿は、総加入条項とマルテンス条項の機能および相互関係の観点から、「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」が当時の国家にとっていかなる意味を有していたのかを準備作業から明らかにすることを目的とする⁴。

本稿の構成については、まず、次章において総加入条項とマルテンス条項に対する先行研究の評価について整理を試みる。続く第三章においては、総加入条項とマルテンス条項の機能を明らかにするための視座として、ハーグ条約の起草者が当時の国際法に対していかなる認識を有していたのかを明らかにする。第四章及び第五章においては、第三章で明らかとなった起草者の国際法観に従い、マルテンス条項と総加入条項の機能を分析する。第六章においては、以上の考察のまとめとして、果たして総加入条項はマルテンス条項によって無意味化されるのかについて結論する。

第二章 予備的考察 —学説状況—

第一節 総加入条項

本論に入る前に、予備的考察として、これまで先行研究が総加入条項とマルテンス条項にどのような評価を加えてきたのかを整理しておきたい。

総加入条項は、上述したように、交戦国がすべてハーグ条約の締約国である場合にのみ同条約の適用を認める規定である。今日に至るまでこれを国際法学者はどのように評価してきたのか。

例えば、Lauterpachtは、総加入条項の効果について次のように述べる。

総加入条項の効果とは、厳格な法にそくして言えば、条約の非締約国が交戦国の地位に加わると、その参加がどれほど重要でなくとも、直ちに戦争の開始あるいはその途中で当該条約の拘束力を奪うというものであった⁵。

総加入条項について言及がなされるとき、以上のように条約の適用を排除する効果を有するという以外の説明がなされることはない⁶。では、総加入条項が必要とされる理由は何か。この点については、Geckが「敵国の中の一国でも条約の義務下になれば、当該敵国を相手とする交戦国(State at war)が当該義務に拘束されるのを防ぐことが総加入条項には期待されている」と述べるように、総加入条項とは、条約の当事国であるということによって生ずる、交戦国の軍事上の不利益を避けるための手段であるとされてきた⁸。それゆえ、交戦国は、ハーグ条約の非締約国に対して自国への支援を要請することにより、故意に条約の適用を排除することが可能になる。このことから、多くの国際法学者は総加入条項を繰り返し強く非難し、極めて制限的に解釈することによってこれを「無意味(sinnlos)」なものにしようとした⁹。すなわち、序論において述べたように、総加入条項に関して以上のような見解をとる学者の多くは、総加入条項によってハーグ条約の適用

が排除されたとしても、ハーグ条約の法典化の対象となった既存の国際慣習法は依然存在するとして、締約国に対する国際慣習法の支配を強調したのである。

例えば、Geckは「もし陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約の最も重要な諸規則が第二次大戦においてほとんど守られたとするなら、それは新たな慣習法を通じて総加入条項が無効になったからではなかった。むしろそれは当該条約の最も重要な諸規則が既に慣習国際法になっていたという事実によるものであった」¹⁰と述べる。

彼は以上の主張を世界的に有名なEncyclopedia of Public International Lawにおいて展開しており、しかも同様の見解は先のLauterpacht¹¹やDupuy¹²、Verdross¹³といった世界の代表的な国際法学者によっても共有されている。それゆえ、Geckの主張は、世界の学説の通説的見解をいわば代弁する形で展開されていると考えられるし、事実、このことは彼自身も意識していると思われる。なぜなら、彼はハーグ条約の諸規則が後に慣習法化したとする見解¹⁴を「一般的に受け入れられていない」と批判した上で自説を展開しているからである¹⁵。しかし彼は何を根拠にハーグ条約の諸規則が既に国際慣習法化したとするのかまでは何らの説明もしていない。ただし、先述の代表的な国際法学者につき、LauterpachtやVerdrossは、ハーグ条約前文が示す「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」の存在がまさに同条約が国際慣習法宣言条約であることの証拠であると主張していることには留意しなければならない¹⁶。

わが国における学説も、ハーグ条約が既存の国際慣習法を法典化した条約であることを理由に、同条約における総加入条項の無意味化を唱えている。例えば、竹本正幸は「それらの規定の多くは、慣習法の規則を法典化したものであるから、慣習法としてすべての国を拘束するが、この条約には総加入条項が付されているため、形式的には、非締約国が戦争に参加している場合には適用されないことになる」(傍点筆者)と述べている¹⁷。

また、藤田久一や宮崎繁樹も同様の見解を示し

ている。藤田は「しかし、ハーグ陸戦規則のこれらの規定は、一般にあたらしく定められた交戦法規というよりも、従来から認められてきた慣習規則を法典化（成文化）したものとみなされたのである。その後の二度の大戦において、同規則は総加入条項があるにもかかわらず、非締約国をもふくむすべての交戦国に適用さるべきものと考えられた」¹⁸と述べ、宮崎も「しかし、すでに国際慣習法になっているものを単に明文化したような規定は条約加入の有無を問わず交戦国を拘束し、したがって総加入条項の適用は受けない」と述べている¹⁹。『国際法辞典』においても同様の見解が共有されている²⁰。

しかしながら、以上の文献は自らの主張の根拠について何ら言及しておらず、それゆえ日本においてハーグ条約は当然に国際慣習法宣言条約であると思われるような印象を受ける²¹。こうした見解の源流はどこにあるのだろうか。

この点について手がかりとなるのが、立作太郎『戦時国際法論』と経塚作太郎「全員加入条款と交戦法規の効力」である。前者は、わが国の国際法学の礎を築いた当時の最も著名な法学者の手による著作であり、後者は、管見の限り、日本で総加入条項を正面から扱った著名な学者による唯一の論文である。

立は、総加入条項について次のように述べる。

該条約の前文においても…「一層完備したる戦争法規に関する法典の制定せらるるに至る迄は、締約国は、其の採用したる条項に含まれざる場合に於ても、人民及交戦者が、依然文明国間に存立する慣習、人道の法則及公共良心の要求より生ずる国際法の原則の保護及支配の下に立つことを確認することを以て適当と認む」と為すのである。而して該条約及之に付属する上述の規定は、交戦国が悉く条約の当事者なるときに限り、締約国間にのみ之を適用することと為すのである（条約第二条参照）。但し是等の規定中、己に成立せる慣習国際法規を声明するに止まるものと認められるものの実質は、上述の第二条の規定に関係無く、慣習国際法規として効力を保有することが認められるのである²²。

このように、立によれば、ハーグ条約が国際慣習法宣言条約であること、そして既存の国際慣習法によって総加入条項が事実上無意味化されることというのは、同条約の前文に掲げられてある文言に鑑みれば明らかであるというのである。これは上述した Lauterpacht や Verdross と同様の理由に基づく主張である。

一方、経塚は、ハーグ条約が「従来から存在する国際慣習を宣言（国際慣習法宣言条約）」（傍点筆者）²³したものであると評価した上で、次のように述べている。

理論上、同一条項について条約と慣習法の二つの効力が重なっているわけであり、前者に対する形式的効力が停止する場合にはそれに違反しても条約違反にはならず、条約が規定する制裁はまぬかれるが国際慣習法違反は構成する。その限りに於てやはり国際法違反であることになる。この意味から、非当事国が交戦国として存在するからと云ってハーグ条約の適用が除外され、その内容をなす交戦法規の効力が全面に失われると簡単に結論することは出来ない²⁴。

以上のような主張の典拠として、経塚は Garner と Scott の著作を引用しており、彼らの主張が少なからず経塚論文に影響を与えていることは間違いない。

Garner は、1920年に公刊された International Law and the World War でハーグ条約と総加入条項との関係について次のように述べる。

ハーグ会議は、既存の戦争法の総体（the existing body of war law）を撤廃して新たな規則で代替するというをしなかつた。同会議は、その努力をすでに確立した慣習と過去の最良の実行を正確な規則で明確にして述べようとすることに集中したのである。したがって、1907年ハーグ条約の本質的部分が、そこに規定される手続に従って一切の国家によって正式に批准されなかつたが故に拘束力を有しないと主張するのは、既に確立し尚かつ普遍的に受諾

された戦争の諸規則を拘束力なきものとする
ことである²⁵。

このようなハーグ平和会議の意図を根拠に
Garnerは総加入条項の無効を主張するのである
が、彼の主張の基盤となるハーグ平和会議にお
ける起草者の意図についての実証的裏づけは何もな
されてはいない。

一方、Scottは1915年に公刊されたThe
Hague Conventions and Declarations of 1899
and 1907の序文において次のように述べている。

二回のハーグ会議における条約を入念に検討す
れば、これら諸規定のほとんどが国際法の宣言
であって修正ではないこと、そして一国あるい
は数カ国による未批准は単に法典化された条文
の否認と見なされるのであって国際法の諸原則
の否認とみなされるのではないことがわかる。
国家は国際社会から脱退しない限りこの国際法
の諸原則を否定することができない²⁶。

Scottは、1907年の第二回ハーグ平和会議にア
メリカ代表として参加しただけでなく、同会議議
事録の英訳版であるThe Proceedings of the
Hague Peace Conferenceを1920年に監修して
出版している。また、先のGarnerの論文がこれ
より5年後の1920年に書かれたことから、
Garnerも同じアメリカ人であるScottの影響を
受けていたものと推察される。しかし、Scottも
また、以上の主張を裏づける典拠を何ら示してい
ない。いずれにせよ、当時の状況を熟知していた
Scottによる、ハーグ条約が「国際法の宣言」で
あるとの評価は、経塚論文のみならず世界中の学
説に対しても大きな影響を与えたことは間違いな
いであろう。

以上概観してきたように、日本のみならず世界
の学説状況からわかることは、ハーグ条約は国
際慣習法条約であるがゆえに総加入条項は無意味
化されるという見解が支配的であったということ
である。すなわち、総加入条項は条約の適用を排
除することを認める規定であるが、しかしながら
その効果は国際慣習法によって無意味化されると

いう消極的な評価が世界の通説を構成しているの
である²⁷。また、総加入条項は、交戦国の戦略上
の理由から恣意的に利用された結果、国際法を等
閑に付するものとして「致命的
(verhängnisvoll)」²⁸であるとされるなど、今日
に至るまで国際法学者の全面的な「悪評」²⁹を買っ
てきたとも言えよう。こうした通説的見解の基盤
を作ったのは、まさにハーグ条約の前文であった。

ハーグ条約の前文は、今日ではマルテンス条項
と言われている。マルテンス条項は、ハーグ条約
の趣旨及び目的を謳う前文の規定として、総加入
条項のみならず他の条約規定に対しても影響を及
ぼしていることは言うまでもない。それゆえ、こ
れまで見てきたような総加入条項の文脈でハーグ
条約が国際慣習法宣言条約であることに言及する
学説の他にも、他の問題の文脈で同条約がマルテ
ンス条項に基づいて国際慣習法宣言条約であると
みなす学説も多数存在する。これらは総加入条項
について明言しないものの、ハーグ条約が国際慣
習法宣言条約であるとみなす限り、その論理的帰
結として総加入条項がマルテンス条項によって無
意味化されることを支持する学説と位置づけるこ
とができる。そこで、次節では、総加入条項を離
れてマルテンス条項一般に対する評価について学
説の整理を試みたい。

第二節 マルテンス条項

マルテンス条項は、ハーグ条約の規律外にあっ
ても締約国が依然として「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」の規律下にあることを確認する。こ
の条項は、後に成立した人道法関係の諸条約にお
いても繰り返し謳われ、また国際司法裁判所をは
じめとする国際裁判所においても幾度となく援用
されてきた。ニュルンベルク国際軍事裁判で新た
に戦争犯罪として誕生した「人道に対する罪
(crime against humanity)」や現代国際法にお
ける「強行規範 (*jus cogens*)」もこのマルテ
ンス条項を起源にするとされる³⁰。

こうした展開を踏まえてMeronは「マルテ
ンス条項は、修辭的に見ても倫理的に見ても力強い
言葉で明瞭に表現されている。こうした表現は、

戦争法及び国際人道法の形成や解釈に対する同条項の反響や影響を説明する上で大いに役立つ」として、マルテンス条項がハーグ条約の曖昧な部分を補ってきたと高く評価した³¹。Casseseに至っては、マルテンス条項の「人道ノ法則及公共良心ノ要求」が、従来の国際慣習法成立要件である国家実行を一切必要としない、従来の条約及び国際慣習法とは別の新たな国際法の法源を生み出す間接的役割を果たすとして、科学技術を駆使した軍事兵器の急速な発展にも対応できると評価している³²。実際、国際司法裁判所が「核兵器による威嚇及びその使用の合法性」事件の勧告的意見において、核兵器使用が一般に国際法に反することの根拠の一つとしてマルテンス条項を援用したことは記憶に新しい³³。

このように、マルテンス条項の謳う「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」は、ハーグ条約を越えて、後の戦争法ないしは国際人道法一般の発展に多大なる影響を与えてきた³⁴。

こうした意義を有するマルテンス条項は、上述したように、ハーグ条約が国際慣習法宣言条約であることを示すために挿入されたものであるとされており、先の Meron も Abi-Saab の見解に基づいてこのことを確認している³⁵。では、その Abi-Saab はどのような議論を展開してこうした主張をしているのだろうか。

Abi-Saab は、まずハーグ条約は無 (scratch) から作り上げられた新規条約ではなく、それは既存の法を法典化したにすぎないということが起草者によって強く自覚されていたことを強調する。しかし、ハーグ条約の法典化の過程において起草者の合意を得られない規則については、その慣習法としての妥当性が損なわれる危険性があった。そこで「以前から存在する慣習法を揺るがすという危険」を回避するためにマルテンス条項が挿入されたのだとして、Abi-Saab は同条項が既存の国際慣習法の存在について締約国に釘をさしていると説いた³⁶。

このように、マルテンス条項は国際慣習法の存在を宣言しているが故に、同条項が「同条約の規定がなくても、諸国は依然として人道原則や国際

慣習法の拘束下にあることを確認する」³⁷という見解をとる学者は多い³⁸。国際司法裁判所も、「核兵器使用の合法性」事件における勧告的意見において、ハーグ条約とジュネーブ諸条約の双方に言及し、その両方におけるマルテンス条項が「以前から存在する慣習法の表明」であったと判示した³⁹。

しかしその一方で、ハーグ条約成立以前の国際慣習法の存在について異議を唱え、マルテンス条項がそれ以前に存在していた国際慣習法を宣言しているということに疑問を呈する学説もないわけではない。先の Cassese は、ハーグ条約成立以前の交戦法規に関する国際条約や宣言は、単にマルテンス条項が示すような慣習、人道の法則、公共良心の要求といったものの重要性を宣言するに留まるだけで「法的基準 (legal standard) を欠いていた」と述べる⁴⁰。さらに以上を踏まえて、Cassese は、起草過程に鑑み、マルテンス条項を、小国と大国との対立によるハーグ条約の不成立を恐れて挿入されたマルテンス自身の「外交策略」に過ぎなかったと結論づけた⁴¹。もっとも、マルテンス条項が単なる外交策略に過ぎないのであれば、同条項の示す「国際法」の法的意味とは何なのか、すなわち彼の言う「法的基準を欠いていた」とは具体的に何を意味するのかという問題は残る。しかしながら、これに対する明確な説明を彼は与えていない。

こうした若干の異論が存在するものの、総じて、マルテンス条項は、騎士道精神を基盤とした長き歴史を有する既存の国際慣習法の存在を高らかに謳った「戦争法制度全体の最も重要な表明」⁴²であるとみなされてきた。先にみた総加入条項の悪評とは対照的に、マルテンス条項は、人道に基づく既存の国際慣習法の存在を高らかに宣言した国際人道法の象徴として多くの国際法学者によって讃えられてきたのである。

第三節 通説の問題点

以上、総加入条項とマルテンス条項に関する学説を検討してきたが、ハーグ条約はマルテンス条項が示すように国際慣習法宣言条約であり、したがって総加入条項は交戦国に対する同条約適用の

障害にはならない、すなわち総加入条項はマルテンス条項によって無意味化される、という見解が国際法学における通説を構成していると結論づけることができるだろう。

しかしながら、ハーグ条約が総加入条項を無意味化するような国際慣習法宣言条約であるという主張について通説は、マルテンス条項以外に典拠をあげていない。しかし、これでは田岡良一の「条約の内容が、慣習法の表現であるか、又は新法規の制定であるかを決定するに当って、条約自身が慣習法の宣言であると自称することは、必ずしも信頼するに足りない」⁴³という疑問や、田中忠の「法典化されていない慣習——その存在はやや疑わしいが——」⁴⁴という疑問に耐えうるものではないように思える。なぜなら、通説の依拠するマルテンス条項に対してはCasseseによる、以上のような起草過程を根拠とした有力な反論が存在しているからである。

また、本稿の序論においても述べたように、マルテンス条項によって総加入条項が無意味化されるのであれば、なぜにわざわざ総加入条項が挿入されたのかという疑問について通説は一切説明をしていない。

以上の点に鑑みると、「総加入条項はマルテンス条項によって無意味化される」という通説的見解は再考を要するよう思える。

総加入条項はハーグ条約の第2条として、そしてマルテンス条項は同条約の前文として、共にハーグ条約体制の柱を構成するものである。このような条約体制の支柱とも言うべき両条項は、通説の言うように相矛盾するものとして生み出されたのだろうか。総加入条項とマルテンス条項に込められた起草者の意図とは一体何だったのか。次章では、ハーグ条約の起草過程を追いつつながら、こうした問題に対する答えを探すことにしたい。

第三章 起草者の戦争法観念

—「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」は国際慣習法宣言条約か—

総加入条項はマルテンス条項によって無意味化

される——このテーゼを検証するためには、何よりもまず、ハーグ条約が国際慣習法宣言条約であるかどうかという問題について起草者がいかなる認識を有していたのかを明らかにする必要がある。

第一節 国際法の認定基準

—規範の明確性と国家間合意—

1899年ハーグ条約の準備作業を担った第一回ハーグ平和会議「第二委員会第二小委員会(Deuxième Sous-Commission, Deuxième Commission)」(以下、第二小委員会)⁴⁵は、果たして通説の言うように既存の国際慣習法を法典化することを目的として同条約の準備作業に取り組んだのであろうか⁴⁶。

第二小委員会の任務は、1874年のブリュッセル会議で採択された「戦争の法規慣例に関する宣言(Déclaration concernant les lois et coutumes de la guerre)」(以下ブリュッセル宣言)を改訂することであった。この宣言については、まず、第二小委員会議長でロシア代表のFedor Fedorovich Martensが「ブリュッセル宣言の重要性は次にある。それは、交戦国の軍を実際に拘束する戦争法について国家間で初めての合意が確立されることになっていったということである」(傍点筆者)⁴⁷と述べていることに留意する必要がある。なぜなら、換言すれば、この発言は、ブリュッセル宣言が成立しなければ交戦国を「実際に拘束する戦争法」は存在しないということの意味しているからである。しかし、同宣言は未発効に終わっており、ブリュッセル会議から25年を経たハーグ会議においてもなお、起草者は、未だに同宣言を法的効力のない「草案段階に留まる」⁴⁸文書あるいは「実りの無い結果」⁴⁹に過ぎないものとみなしていた。このことに鑑みると、起草者が、国家を実際に拘束する戦争法はハーグ条約以前には事実上存在していないと考えていたことは明らかである。

ただし、他方において、戦争法がハーグ条約成立以前に慣習として存在していたこともまた事実であった⁵⁰。Martens自身もこうした従来の戦争法の存在自体を「否定する者はいない」⁵¹と準備作業において述べているし、何よりマルテンス条項

の謳う「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」の存在がこのことを確認している。にもかかわらず、それが実際に国家を拘束するものではないとされたのはなぜなのか。この点については、BeernaertとMartensによる次のような論争に注目すべきである。

準備作業において占領軍の権利の問題をハーグ条約で規定するかどうかが問題になったとき、ベルギーのAuguste Beernaertはこの問題を条約でなく従来の「曖昧な」戦争法の下に残そうと主張した⁵²。しかし、これに対してMartensは「平和的かつ非武装の人民の生命に関わる利益を、戦数 (la raison de la guerre) や国際法という偶然 (hasard) に委ねる」⁵³ べきではないとして、占領軍の権利を条約によって制限する必要があると反論した。Martensは、占領軍の権利の問題をBeernaertが言うように、慣習という不文律で曖昧な「国際法」の下に置いたままでは「自国の嗜好や都合に適合するよう戦争法を解釈する権利を交戦国が無制限に有することは否定できないだろう」⁵⁴ という。それゆえ、従来の「国際法」は必ずしも交戦国の戦闘行為を制限する規範として機能しないから「国際法」は「偶然」でしかないとMartensは主張したのである。このことは、後のRolin報告において、従来の曖昧なままでは「国際法」が守られるかどうかは「戦争の運命 (le sort des armes)」⁵⁵ に委ねるしかないと述べられていることから確認できる。以上のことに鑑みれば、起草者にとって、交戦国の戦闘行為に対して実際的な規制力を有する国際法とは、「偶然」を回避して実効性を確保するためにも、その規範内容が明確であり⁵⁶、なおかつ当該規範内容に対する各国の遵守の意思が明示的に表明されたものでなければならなかったことは明白である。そのような形式を備えた国際法とは、まさに条約において他にはなかった。

帝国政府は、自国の目標が今でも同じであると認識している。その目標とは、ハーグ会議が必要と見なす限りにおいて改訂したブリュッセル宣言が、戦時に政府が陸軍に対して発する訓令

のための堅固なる基盤を形成するようになることである。もちろん、この基盤が確立されるためには、セント・ペテルスブルク宣言に盛り込まれたのと同様の国際的合意が必要である。その場合には、署名国及び締約国が、自国の訓令内容を規定する各国共通の規則に合意していることを条文中で宣言するのが適切であろう。これが署名国を拘束する義務を確保する唯一の方法なのである (傍点筆者)⁵⁷。

Beernaertの言葉を借りれば、従来の戦争法とは「国際法の原則から生ずる黙示的で共通の法 (loi tacite et commune)」⁵⁸ であった。しかしながら、「国際法の原則」は存在しても、そこから導き出される「共通の法」は「黙示的」な規範にすぎず、法の具体的内容についての明示的な国家間の合意もこれまで存在しなかった。実際的な規制力を有する国際法は具体的な「各国共通の規則」を有した条約において他にはないとする起草者にとって、こうした規制力のない、戦争に関する従来の曖昧な「国際法」とは、スイスのArnold Künzliがいみじくも述べたように「もはや我々の時代には関係のない、啓蒙期における戦争の慣習」⁵⁹ にすぎなかったのである。

第二節 「国際法」は法学者の頭の中の規範世界である

しかしながら、他方において、前節で明らかにしたような起草者が問題とした「国際法」の曖昧さを補うために、当時の国際法学者が「国際法」の精緻化を試みてきたことにも留意しておかねばならない。世界初の国際法雑誌とされる「国際法比較法雑誌 (Revue de droit international et de législation comparée)」の1868年の創刊や1873年の「万国国際法学会 (Institut de droit international)」の設立⁶⁰が相次いだ当時、国際法は、自然法やローマ法、国内法といった他の法領域とは区別される独立した科学研究の対象になったと主張されるようになり⁶¹、様々な方法論の下で、国際法学者は、曖昧な「国際法」の諸原則からより具体的な諸規則の存在を客観的に導き出そうとしていた⁶²。たとえば、軍人として長らく戦

争に携わってきた Halleck は、原則を適用するには適切な規則が必要であるとして、歴史、学説、判例から国際法規則を導こうとし⁶³、Hall も国家慣行を淵源として原則からより具体的な規則の存在を導き出そうとした⁶⁴。当時の「国際法」がまさにこうした国際法学者の手による、いわゆる法曹法 (Juristenrecht) として形成されてきたことは、彼らの展開する「国際法」の法源において学説の占める位置が極めて高かったことからもうかがえる⁶⁵。戦争法の発展についても、彼らは自分たちが同法の発展に与えた影響を強調し⁶⁶、1880年には万国国際法学会が、オックスフォード会期で採択した「陸戦法規 (Les lois de la guerre sur terre)」を通じて国際社会における戦争法規則の存在を世に提示した⁶⁷。

以上のような当時の国際法学の展開について、具体的な規則を有した条約のみが実際に国家を拘束する唯一の手段であるとするハーグ条約の起草者はどのように評価していたのか。この点については、第二回ハーグ平和会議第一回会合の冒頭において議長の Beernaert が紹介した、1900年4月9日に社会経済協会 (Société d'Economie Sociale) でフランス学士院 (Institut de France) の Arthur Desjardins が述べた次のような発言において如実に表われている。

つい昨日ですら、ある軍事指揮官は次のように言うことができた。「国際法とは何か？それは種々の法学者たちの頭の中で産み出された諸規則の集成である。それら諸規則が義務的効力を有すると認めることを私は受け入れることができない」。しかし今日、我々は彼に対してこう言うことができる。「これらの諸規則は貴君御自身の政府によって承認され、なおかつその後の署名によって貴政府は拘束された。これら諸規則は守られなければならないのである」と⁶⁸。

当時の国際法学者は、神の意思⁶⁹、自然⁷⁰、理性⁷¹、そして社会的連帯から生じる公共良心⁷²といった様々な権威を措定し、その権威が命ずる規範内容を科学的に敷衍するという手法で国家を法的に拘束する「国際法」を展開してきたと言える。

しかしながら、このような国際法学者の説く「国際法」について、ハーグ条約の起草者は、法学者の頭の中の規範世界に過ぎないものとして、これが実際的な規制力を有するものとは認めなかった⁷³。起草者は、あくまでも、自らの合意する明確で共通の規範内容だけが唯一の国際法であると認識していたのであり、以上のように国際法学者のとらえ方如何で様々な様相を呈する学説段階にある「国際法」⁷⁴のままでは、実際の規制力を有する行為規範としては受け入れられなかったのである⁷⁵。このことは、国際法学者の「国際法」について Beernaert が「これらの思想 (idées) は何らかの実際上の実現を経なければならないことが時代には要求されていた」⁷⁶と述べていたことから確認できる。国際法学者の主張する「国際法」と、ハーグ条約起草者が唯一認める条約という国際法との間には、こうした疑いようなない乖離が存在していたのである。

第三節 法典化の意味

—「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」は新規立法条約である—

以上の検討から明らかなように、第二小委員会は、従来の「国際法」を実際的な規制力を有するものとはみなさず、従来の戦争を事実上法の欠缺した無秩序の状態と位置づけた上で準備作業を進めた。マルテンス条項の謳う「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」についても、国家を実際に拘束する国際法は明確な各国共通の規則を具備した条約だけであると起草者がみならず、こうした曖昧なままの「国際法ノ原則」が実際に規制力を有するものとみなされていなかったことは明白である。第二小委員会は、むしろこうした規制力のない曖昧な内容の「国際法ノ原則」を出発点として、そこから実際に国家を拘束する具体的な行為規範を新たに作成しようとしたに他ならない。同委員会が徹底して戦争法規則の法典化作業に長い時間を費やしたのは、まさに「もはや我々の時代には関係のない啓蒙期における戦争の慣習」という従来の「国際法」から、国家を実際に拘束する新たな時代の国際法を創出するのだという強い意志の

表れだったのである。

このことに鑑みれば、通説的見解が評価するように、ハーグ条約が国際慣習法宣言条約であるという認識を起草者が有していたとするのは適切でない。なぜなら、ハーグ条約が適用されなければ、交戦国間に残るのは、規制力を有しない従来の曖昧な慣習としての「国際法」だけだからである。第二小委員会の作業とは、既存の慣習の支配を強調する国際慣習法宣言条約ではなく、新規立法条約を志向するものに他ならなかった。そうである以上、規制力を有しない既存の「国際法」についてのみ言及するマルテンス条項が、ハーグ条約が国際慣習法宣言条約である（そして総加入条項を無意味にする）と主張することの根拠になり得ないことは、もはや紛う方なき事実であろう。

ところが、それにもかかわらずマルテンス条項はハーグ条約の前文に挿入された。それはなぜか。挿入されたからには、起草者の意図が何かしらそこには存在するはずである。マルテンス条項の真の意味を明らかにするためには、この点についても検討しておく必要がある。

第四章 マルテンス条項の機能 —条約成立のための政治的手段—

第一節 条約不成立の危機

5月25日の第一回会合において第二小委員会、準備作業の進行を円滑なものとするために、まず一般的に承認された原則を先に取り扱うこととし、最も論争を招くような問題についてはこれを議題の最後に回すことで一致した⁷⁷。その結果、ブリュッセル宣言における「敵国の領土における軍の権力」（第1条から第8条）、並びに「交戦者とみなされる者、戦闘員と非戦闘員」（第9条から第11条）の問題が最後の議題にされた。また、実際に作業が始まると、当初第4番目の議題とされていた「取立及び徴発」（第36条から第42条）の問題も「敵国の領土における軍の権力」の問題に属するとして最後に検討されることになった⁷⁸。

このように、第二小委員会にとって最も困難極まる作業とは、占領地における占領軍の権力の問

題と交戦者資格の問題であった。実際、当該問題をめぐる論争は、全会合の半分以上にもわたる長い時間を要しただけでなく、ブリュッセル会議同様、条約の成立を危うくする程の激しいものであった。

占領地における占領国の権利に関し、ベルギーのBeernaertによれば、このような規定は、戦争が開始される以前の段階ですでに敗戦国に対する戦勝国の支配をあらかじめ法的に正当化するものであり、戦勝国にだけ都合の良い規定であるという。しかも実際に侵略国になり得るのは大国だけであって、小国が侵略国になることはない。ただひたすらこれら諸規定によって占領地人民の道義的かつ愛国心的感情が踏みにじられるのである⁷⁹。この見解は、スイスのEdouard Odier⁸⁰やルクセンブルクのPaul Eyschen⁸¹にも支持された。

また、交戦者資格の問題についてもBeernaertは、ブリュッセル宣言の規定する交戦者の定義が交戦者を国家に限定していることに留意し、これによって民間人が戦争から排除されていることを問題とした。ベルギーのような小国が自らの力で防衛するためには、自国のあらゆる資源が最大限に利用されなければならない。それにもかかわらず、このように占領地人民の交戦者資格が認められないのであれば、結果として戦争から排除された人民の愛国心は弱体化し、それに伴って占領軍に対する人民の抵抗力も衰えてしまうのではないか。このようにBeernaertは危惧したのである。こうして彼は、交戦者資格に人民の反抗の権利が言及されない限り、当該問題に関する規定の採択を受け入れることはできないとした⁸²。

これに対して、他国の代表は、条約によって大国にだけ有利な規定が設定されるわけではないと反論した。占領軍の権利の問題に関し、スウェーデン・ノルウェーのCarl Nils Daniel Bildtは、むしろ「疑念と不確実は強者だけに有利であろう」として、弱者のために従来の曖昧な「国際法」から当該問題を条約で規定することの必要性を主張した⁸³。フランスのLéon Bourgeoisも、ベルギーが危惧するような占領軍の支配を正当化する権利を認めることなど誰一人として望んでいないことを強調して当該問題の条約による規律を主張し

た⁸⁴。交戦者資格の問題についても、イギリスの Ardagh は、ベルギーの主張を考慮して、小国に対する具体的な条約上の保証を示すために、人民の反抗の権利を確認する文言を条約文として明記するよう提案した⁸⁵。

一方、ドイツは、占領軍の権利や交戦者資格の問題を条約で規定することに消極的であった。占領軍の権利について von Schwarzhoff は、当該権利が「戦争は戦争を養う (la guerre nourit la guerre)」というヨーロッパ全体において認められた原則に基づくがゆえに否定できないことを強調した上で⁸⁶、占領軍の権利内容について委員会の合意が得られないのであれば、ベルギーが主張するようにこれを従来の「国際法」の下に残しておくことを受け入れることができると述べた⁸⁷。また、交戦者資格については、軍事的必要性の観点から、占領地における占領軍の安全保障とそれを損なわしめる人民の反抗の権利とを両立させることはできないとして、ベルギーの主張やそれを擁護するイギリス提案に反対した⁸⁸。ロシアの Gilinsky⁸⁹ やオランダの Eduard Nicolaas Rahusen⁹⁰ もこれに同調した。

このドイツの見解は、当該問題に対する大国全体の本質的かつ実際の立場を如実に示すものであったといえる。占領国となり得る大国にとっては、軍事的必要性が損なわれない限り、占領軍の権利や交戦者資格の問題を条約で規定しようが「国際法」の領域に残しておこうがさほど問題は生じない。むしろ条約によって例えば占領軍の権利が明確にされれば、曖昧な「国際法」とは異なって当該権利行使が制限される可能性すら生じる。つまるところ、これらの問題を条約で規定する方が占領軍にとってはむしろ不利となる可能性が高いのである。ドイツが当該問題を条約で規定することに最も慎重であったのは、それによってまさに戦時における軍事的必要性が損なわれることを最も危惧していたからに他ならなかった⁹¹。同様の立場は、ロシアの Gilinsky によっても繰り返し表明されていた⁹²。

以上のことに鑑みると、大国にしてみれば、実のところ占領軍の権利と交戦者資格の問題を小国の反対を押し切ってまで敢えて条約で規律する必

要はなかったとも言える。このように、条約成立に対する大国の動機づけもそれほど実際には強くなかったことに鑑みれば、少なくとも小国の反対がある限り、従来どおり当該問題を条約で規定せずに「国際法」の領域に委ねておくということでは委員会がまとまるおそれがあったのである。

しかしながら、そのような結果になれば、ハーグ条約の成立そのものが極めて危ういものとなる。なぜなら、とりわけ交戦者資格の問題は、それが交戦法規たるハーグ条約の基盤を担う総論的規定といった性格を有する以上、同条約そのものの存在意義に関わる問題にまで発展するからである⁹³。主催国のロシアにとってみれば、全会合の半分以上を要する時間をもってしても占領軍の権利と交戦者資格の問題に関する諸規則の採択にこぎつけ得ないことに焦りを感じずにはいらなかったであろうことは想像にかたくない。事実、1874年のブリュッセル会議同様、ハーグ会議においてもこうして再び戦争法の法典化作業の失敗が繰り返されるといふ危険に第二小委員会が直面していたことを議長の Martens 自身も十分に認識していた⁹⁴。

第二節 Martens の外交的戦略

ブリュッセル宣言に続いてハーグ条約までもが失敗に終われば、ブリュッセル会議とハーグ平和会議の双方を主催したロシア皇帝ニコライ二世の威厳が再び損なわれることになるだけでなく、戦争状態において実際に規制力を有した国際法は欠缺しているということを戦争の現場にある軍部そして国際世論が再確認する結果を招く⁹⁵。このように、ひいてはハーグ平和会議の意味そのものが問われかねないような事態を避けて、条約を成立させるためには、何としてでも第二小委員会が合意に達しなければならず、そのためにも Martens が開催国のロシア代表そして第二小委員会議長として小国の反対を克服しなければならなかった。

占領軍の権利と交戦者資格の問題に関し、人民の反抗の権利の剥奪を主たる理由に当該問題を従来の「国際法」の領域に残そうとした Beernaert の言明に対して、Martens は、戦争法の目的が

無辜で平和を希求する非武装人民を戦争と侵略の惨禍から守るためであることを繰り返し強調した⁹⁶。つまり、敵国の領土における占領軍の権利をハーグ条約が規定するのは、占領地人民の愛国心を損なうためではなく、むしろ占領地人民の愛国心を占領軍による力の濫用から守るためであるというのである⁹⁷。なぜなら、従来国際法の曖昧な領域のままであれば、占領軍はそれを自国の支配の正当化に都合の良いよう解釈するのであり、むしろこの場合の方がベルギーの危惧するような結果を招くことになるからである⁹⁸。彼が「強者の義務が認められなければ強者に対して弱者の権利を尊重するよう強いることはできない」⁹⁹と述べたのはこうした理由からであった。

しかし、こうした占領軍の権利の問題とは異なり、Martensは、交戦者資格の問題については人民の反抗の権利を規定することに反対しなければならなかった。なぜなら、彼がことあるごとに繰り返し主張してきたように、第二小委員会の任務は人民の反抗の権利を否定するものではないものの、あくまでもそれはブリュッセル宣言の改定作業であって、戦争のあらゆる場合について新たに規律を設けることではなかったからである¹⁰⁰。こうして、彼は、人民の反抗の権利はハーグ条約の管轄外であるとして、当該権利を条約で規定することに反対した¹⁰¹。

では、ベルギーを中心とする小国の反対をいかにしてMartensは克服したのだろうか。上述のように、妥協案として人民の反抗の権利を尊重する規定を設けるというイギリスのArdagh提案に対してはドイツやロシア等の国々が反対し、Martens自身も当該権利の制定については第二小委員会の管轄外であるとの立場を示した以上、これとは別の手段によって当該問題を解決する必要がある。そこでMartensがとった方策とは、次のような議長宣言を行い、さらにこれを会議議事録に記録しておくことで条約とは別の公式的見解を示すというものであった。こうすることで彼は交戦者資格を規定する「第9条及び第10条の意味につき依然として存在し得るすべての誤解を取り除くこと」¹⁰²を試みたのである。

ハーグ平和会議は、戦争の慣習が明確にされて規定されることが極めて望ましいと考えることで一致している。この精神において同会議は、交戦者及び人民の権利義務を決定すること並びに戦争の惨害を軍事的必要の許す限りにおいて減殺することを目的とした多くの規定を採用した。しかしながら同会議は、実際に生ずるあらゆる場合に対応する規定については直ちに合意することができなかった。

ただし、明文規定が欠けているからといって、規定されていないすべての場合が軍隊指揮者の恣意的な判断に委ねられるべきであるとするのは決して同会議の意思ではない。

一層完備した戦争法の法典が制定されるまでは、本条約案(l'arrangement de ce jour)に含まれていない場合においても、人民及び交戦者が依然として文明国間に存立する慣習、人道の法則及び公共良心の要求より生ずる国際法の原則の保護及び支配の下に立つことを宣言することが同会議は適当であると考えた。

同会議によって採択された第9条及び第10条は、とりわけこの趣旨において理解されなければならない¹⁰³。

このMartensによる宣言が公表されると、ベルギーのBeernaertは、ハーグ平和会議が共同作業を完遂することの重要性を十分認識していることを強調した上で、交戦者資格に関する第9条及び第10条が自らの望んでいたものには至らなかったものの、これらの条項を採択することに賛成票を投じることを直ちに表明した¹⁰⁴。彼が反対の立場から一転して賛成の立場に回ったのは、彼自身がみじくも「Martens議長によってまさに出されたこの宣言ゆえに、より一層快く賛成票を投じるのである」¹⁰⁵と述べたように、以上のMartens宣言が功を奏したからに他ならなかった。Beernaertは占領地人民の愛国心がハーグ条約によって踏みにじられることを危惧していたのであり、それがMartensの公式宣言によって完全にはいかないまでも、少なくとも妥協できる程までには解消されると彼は踏んだのであろう¹⁰⁶。

しかしながら、こうしたベルギーの立場とは異

なり、もう一つの反対国であるスイスは以上の Martens の宣言だけでは満足しなかった。スイスの Künzli は「Martens 議長によってなされた宣言は確かに重大な価値を有するものであるが、それは我々に必要な保証を与えるものではない。なぜならその保証を決定づけるのは結局のところ条約文だろうからだ」と述べた¹⁰⁷。彼がこのように Martens の宣言に対して懐疑的であったのは、明らかに彼が同宣言で言及した「国際法」の原則を所詮「我々の時代には関係のない啓蒙期における戦争の慣習」に過ぎないものと考えていたからである。彼にとって Martens の掲げる「国際法」とは小国に保証を与えるにはあまりにも不十分なものであったのであり、しかもそれは条約を基盤として初めて意味をなすものに過ぎなかった。

また、この Künzli の発言を受けてベルギーの Beernaert も、Martens の宣言が会議議事録に記録されるだけでなく、ハーグ平和会議の最終議定書かハーグ条約かのいずれかの冒頭にも挿入されることを望んだ¹⁰⁸。その結果、Martens の宣言は最終的にハーグ条約の前文に挿入されることが本会議の最終議定書起草委員会 (Comité de Rédaction de l'Acte Final) によって決定された¹⁰⁹。こうして Martens の宣言は、単なる宣言から条約の前文に位置するマルテンス条項として生まれ変わったのである。

マルテンス条項は、今日で言われる国際人道法の基盤となるような人道主義という規範的価値を法的に確保するものとして当時挿入されたわけでは決してなかった。それは以上のように、小国と大国との間の外交上の行き詰まりから編み出されたその場しのぎの苦肉の策に過ぎなかったのである。Martens は、ベルギーやスイスの要求を受け入れて人民の反抗の権利を条約で規定する代わりに、条約で規定されない場合においても「国際法ノ原則」の支配は依然として存在することを前文で確認することで、占領地の愛国心を尊重した。その結果、彼は小国の譲歩を引き出すことができたのだと言えよう¹¹⁰。しかし、他方で、マルテンス条項によって確認されたこの「国際法ノ原則」は、その曖昧さゆえに実際的な規制力を有するものとはみなされなかった。このことに鑑みれば、

当時の起草者がマルテンス条項に見出した積極的な意義とは、法的な側面よりも、むしろハーグ条約を成立させるための手段という政治的な側面にあったことは明らかである¹¹¹。法的意味における当時のマルテンス条項とは、あくまでもそれ自体は規制力を有さない、条約上の理念にすぎなかったのである。

もっとも、ハーグ条約の前文に挿入されたことで、マルテンス条項が、同条約の趣旨及び目的を示す条約解釈のための指針として、今日に至るまで多くの裁判所により援用されてきたことは事実である¹¹²。それゆえ、今日においてマルテンス条項の有する裁判規範としての重要な法的意味を否定することはできない。しかし、本章で明らかにしたような起草者のマルテンス条項に対する法認識は、こうした同条項の今日的意義とは全く異なるものであったということは確認しておかねばならないだろう。

第五章 総加入条項の機能 —秩序創出のための法的手段—

これまでの検討から明らかなように、起草者はハーグ条約が国際慣習法宣言条約であるとはみなしておらず、マルテンス条項も条約成立のための政治的手段をこえて実際の規制力を及ぼすほどの法的意義を有するまでには至らなかった。したがって以上の帰結として導かれるのは、少なくとも同条約成立当初において、総加入条項はマルテンス条項によって無意味化されることのない独自の意義を有していたということである。そこで最後に、本章では、起草者にとって総加入条項が有する意味とは何であったかを考察することにしたい。

第一節 戦争法秩序の構想

—「戦時における力の濫用に対する相互保証連合」と国家間の「連帯」—

総加入条項を規定する第2条について、本会議の最終議定書起草委員会報告者である Louis Renault は、セント・ペテルスブルク宣言同様、同条がハーグ条約の効力を単に締約国の相互関係のみとすることを認めるものに過ぎないとの見解

を示した¹¹³。明示的に第2条について言及した公式見解は以上であるが、しかしこれだけではなぜにハーグ条約の適用を交戦国がすべて当該条約の締約国であった場合に限る必要があったのかを理解するには不十分である。したがって、総加入条項の意味を明らかにするためには、この問いかけについて起草者である第二小委員会がどのように考えていたかを準備作業から明らかにするより他はない。

総加入条項がハーグ条約の目的そのものに関わる一般規定であったことは、同条項がハーグ条約の目的を示す「最終規定 (dispositions finales)」として位置づけられていたことから明らかである¹¹⁴。それゆえ、ハーグ条約が目的とすることについて総括的な視野の下で検討することが、総加入条項の意味を考察するための手がかりとしても有益であるように思える。この点については、議長の Martens とフランスの Bourgeois によってそれぞれ提唱された、「戦時における力の濫用に対する相互保証連合 (Société d'assurance mutuelle contre les abus de la force en temps de guerre)」と国家間の「連帯 (solidarité)」という戦争法秩序構想が示唆的である。

前章で述べたように、占領地人民の反抗の権利をめぐってハーグ条約の成立が危機に瀕した際、Martens は、ハーグ条約を成立させることが締約国すべてにとって有益であることを強調するために、同条約が想定するのは「戦時における力の濫用に対する相互保証連合」を創設することであると述べた¹¹⁵。

彼によれば、ハーグ条約の目的とは戦争範囲を限定することによって交戦者や戦争に与しない人民の利益を戦争の大災害から守ることであり、そのためには「規程 (statuts)」を具備した「連合 (société)」を組織することで交戦国に制限を課すことが必要であるという¹¹⁶。この場合、「規程」がハーグ条約規定を、そして「連合」が当該規定によって形成される条約体制を指すことは言うまでもない。すなわち「戦時における力の濫用に対する相互保証連合」とは、まさに戦争の被害から非武装人民の保護を目的とする当該条約によって、ハーグ条約体制という戦争法秩序を構築しようと

するものであった。

一方、Bourgeois は、ハーグ条約を国家間の「連帯」の表明とみなしていた。彼は、ハーグ平和会議とその成果である諸条約のすべてが文明国間の連帯の表明であることを強調し¹¹⁷、そこに「国際社会」の最初の特徴を認識できると評した¹¹⁸。このことに鑑みれば、Martens と同様に Bourgeois も、ハーグ条約が戦争状態に国家間の連帯による法秩序をもたらすと考えていたことは間違いのない¹¹⁹。

第二節 無秩序の戦争から秩序ある戦争へ

以上のような起草者の戦争法秩序構想を基盤とするハーグ条約体制は、「同一の基盤に基づいて自国軍に対して均一の訓令を発する」ことを交戦国に義務づけることによって初めて実現可能になるとされた¹²⁰。それゆえ、条約規定は当然に締約国すべてが合意するものでなければならぬとの理由から、ハーグ条約規定を採択する際には全員一致の原則が採用された。こうした背景には、従来、戦時においては法秩序が妥当するための共通基盤が存在しなかったがゆえに、交戦国が自らの戦闘行為を正当化する上で都合の良い法理論を法律顧問の助言に基づいて援用してきたことに対する反省がある¹²¹。したがって、「戦時における力の濫用に対する相互保証制度」や国家間の「連帯」という戦争法秩序構想を理解するには、当時の起草者の戦争法秩序観——戦争における国際法の欠缺——がそこにあることを見逃してはならない。

第三章で検討したように、従来の「国際法」は、国家を実際に拘束するには至らず、戦争状態において規範を伴った法秩序を生み出すものとはみなされなかった。この意味において、第二小委員会にとってハーグ条約成立以前の戦争はまさに無秩序が常態であったと言えよう。「戦時における力の濫用に対する相互保証連合」や国家間の「連帯」に示されたハーグ条約体制による戦争法秩序構想の背景には、こうした従来の戦争状態に対する起草者たちの国際関係の現実に根ざした国際法秩序観が存在していたのであり、ハーグ条約体制によってまさに彼らは無秩序から秩序を構築しようとし

たのである。

ただし、我々は第二小委員会が普遍的かつ永続的な戦争法秩序を構築しようとしたわけではなかったことにも留意しておかねばならない。同委員会はいくまでも交戦国間の全員一致が得られる限りにおいて戦争法秩序が構築され得ると考えていたに過ぎなかった。つまり、交戦国のすべての合意が得られる場合に限り、無秩序が常態の戦争においてハーグ条約体制という法秩序が誕生するのであり、しかもその「締約国だけが戦時にこの連合によってもたらされたあらゆる利益を得る」¹²²ことができるのである。

以上のような戦争法秩序に対する起草者の認識に従えば、戦争法秩序とは、交戦国すべてがその支配の下に従属することを条約によって明示的に誓約することでしか成立し得ない。なぜなら、交戦国の一国でもそれを拒否すればハーグ条約体制が目的とする交戦者及び人民に対する敵国の「力の濫用」からの保護は保証されないからである。全員一致の原則をハーグ条約が絶対条件とするのは、こうした現実的法秩序観の表われなのであり、同条約第2条の総加入条項とはまさにこのことを宣言するものであった。

総加入条項に込められた起草者の真の意図とは、通説がみなすような、交戦国の一国でもハーグ条約の締約国の地位になれば同条約の交戦国に対する適用を排除しようというものでは決してなかった。むしろ、起草者にとって総加入条項とは、すべての交戦国が締約国であることを条件として、ハーグ条約体制という法秩序を無秩序の戦争状態において例外的に創出せしめる規定だったのである。総加入条項がしばしばフランスにおいて「連帯条項 (clause de solidarité)」¹²³と称されるのは、それが Bourgeois の提唱した戦争法秩序を可能にする国家間の連帯の象徴であったからに他ならない。

確かに、交戦国の一国でもハーグ条約の締約国を構成しなければ同条約の適用はない。しかしながら、それは総加入条項によってもたらされる効果ではない。なぜなら、国際法の欠缺を理由に戦争は無秩序が常態であるとみなす起草者にとって、条約の適用が排除された状態はわざわざ総加入条

項によらなくても既に所与の常態として存在しているからである。繰り返しになるが、起草者が意図した総加入条項の機能とは、むしろそうした無秩序の常態から例外的に法支配の領域を創出せしめることにあった。言うなれば、総加入条項は条約の適用を排除するのではなく、条約の適用を生み出すのである。この意味において、総加入条項に対してなされた従来の評価は不適切であったことがわかる。

総加入条項について考える際に、従来の通説は、ハーグ条約を国際慣習法宣言条約であると評価することによって、戦争状態においても国際慣習法に基づく法秩序が存在するというを前提にしてしまった。しかしそうした立場をとる限り、総加入条項の真の意味は我々の前には決して現れないであろう。なぜなら、国家を実際に拘束する法秩序が既に存在していると考えれば、総加入条項が法秩序を創出する機能を有するという結論に至ることは到底考えられないからである。その結果、通説的見解をとる国際法学者は、条約体制を排除するという機能こそが総加入条項に対する起草者の意図であるとみたのではないかということが推察される。このことに鑑みれば、総加入条項が、その存在理由が曖昧なままだひたすら無意味化されるだけの規定として悪評を買うに至ったことは至極当然であったと言えよう。

第三節 戦争法秩序の原理

一 相互主義の適用構造一

また、総加入条項は、こうして創出された法秩序を維持していく上でも重要な役割を果たしている。それは、総加入条項によって法遵守への動機が締約国に与えられ、その結果条約の履行が確保されるということである。ただし、ここで作用する相互主義は、通常の相互主義とは異なる特殊な性格を有するものであることにも留意しておく必要がある。

通常の相互主義によれば、条約の遵守は締約国間相互の関係において求められる。したがって、通常の条約であれば、交戦国すべてが当該条約の当事国でなくても、締約国である交戦国間には依然として条約の適用が存続することとなる。しか

しながら、ハーグ条約の場合はそうでない。交戦国すべてが締約国でなければ、ハーグ条約を批准した交戦国の間ですら同条約の適用が認められることはないのである。こうした条約の特殊な適用構造は、以上のような通常の相互主義の観点から説明することはできない。なぜなら、通常の条約における相互主義が個別国家の相互関係を想定しているのに対して、ハーグ条約における相互主義が想定するのは、こうした個別国家の相互関係ではなく、敵の全交戦国集団と味方の全交戦国集団とをそれぞれ一つの適用単位とした相互関係だからである。

戦争は敵と味方という二者間関係でなされるが、それはかならずしも一国対一国でなされるわけではない。その多くの場合が、複数の国家が敵と味方に分かれて交戦国集団を形成する。したがって、交戦国のすべてが必ずしもハーグ条約の締約国でない場合の戦争に同条約を適用すれば、敵と味方の中でも同条約が適用される国と適用されない国とが生じることになる。しかし、それでは前節で述べたような「同一の基盤に基づいて自国軍に対して均一の訓令を発する」ことを交戦国に義務づけることによって初めて実現可能になるとされた、自国の戦争被害の最小化という締約国の共通利益を期待することは困難である。起草者が相互主義の適用単位を個別交戦国ではなく敵と味方の各交戦国集団全体という二者間関係にしなければならなかったのは、敵と味方に分かれた交戦国集団すべてによってハーグ条約が批准されなければ同条約の共通利益は創出されないという認識が存在していたからであった¹²⁴。ハーグ条約の原理である総加入条項の相互主義が通常の相互主義と性質を異にする背景には、こうした戦争状態における交戦法主体の特殊な構造があった。

以上の考察から、第二小委員会の準備作業に鑑みれば、総加入条項には、交戦国集団の相互関係を前提にして、ハーグ条約体制という法秩序を無秩序の戦争状態において創出せしめ、維持していくという実際の機能が期待されていたと考えることができるだろう。

総加入条項は、ハーグ条約の目的を達成する上で、まさになくてはならない絶対の規定であった。

ただしその一方で、総加入条項は、戦争を法の支配の下に置くことが現実的にみればいかに困難であるかを示す規定であったことも否めない。しかし、戦争は国際法の欠缺した無秩序の状態であるという現実を目を向けた認識の中にあってもなお戦争の人道化を目指して秩序の構築を図ろうと試みた起草者を、そして法秩序形成においてまさに国際法史上画期的な役割を果たすものとして生まれた総加入条項を、我々は積極的に評価すべきではなからうか。

第六章 結論

一総加入条項はマルテンス条項によって無意味化されない一

起草者の国際法観念において、総加入条項がマルテンス条項によって無意味化されることはない。ハーグ条約成立当初、マルテンス条項は、同条約の成立が危機に瀕した際に講じられた危機回避のための政治的手段とされ、それ自体が法的規制力を有するものとはみなされなかった。これに対して総加入条項は、ハーグ条約体制という法秩序を生み出すための仕組みとして決して無意味化されることのない独自の法的意義を有するものとされた。起草者にとって、マルテンス条項と総加入条項は法的に相対立するような規定ではないのである。

しかしながら、ハーグ条約成立以降、以上のような評価が総加入条項とマルテンス条項に与えられることはなかった。それはなぜか。先行研究を見る限り、それはハーグ条約の言及する「国際法」について、後の国際法学者が、その歴史的性質を看過した上でこれをとりもなおさず今日の我々が想起する、実際に国家を規制する国際法として理解したからではないだろうか。

確かに、起草者は、戦争法と称される「国際法」がハーグ条約成立以前においても存在するという認識を有していた。しかしながら、起草者にとって、ハーグ条約成立以前の「国際法」は、国家を実際に規制するような行為規範ではなかった。このように、「国際法」は実際の規制力を有した

国際法ではないという法観念と、そこから導かれる戦争は無秩序であるという戦争観念の双方を前提にしなければ、マルテンス条項と総加入条項の真の意味を理解することはできないのである。

それにしても、以上のように起草者が戦争法の規制力に対してかくも厳格な認識を有していたのはなぜだろうか。この点については、第二小委員会の委員構成の影響が大きいと考えられる。

実のところ、第二小委員会を構成する各国の代表は、そのほとんどが外交官、政治家そして軍人であった。国際法学者の第一回ハーグ平和会議への参加はほんのわずかで、国際法学者を代表団に加えたのは開催国のロシアを含めて25カ国中8カ国だけであった¹²⁵。しかも、同委員会において積極的に作業に参加した国際法学者は議長のMartensだけにすぎなかった¹²⁶。このように、第二小委員会において国際法学者は圧倒的少数派であったのに対して、メンバーの約半分が戦争の最前線に位置する軍人という、いわば戦争法の実務家であったことに鑑みれば、同委員会の法観念が極めて厳格な様相を呈するものであったことはある意味で当然だったのかもしれない¹²⁷。

従来の通説は、マルテンス条項に対して過大な評価をするあまり、総加入条項の評価をないがしろにしてきたといえる。しかし、ハーグ条約成立の経緯は全くそれとは異なる真実をあらわにした。起草者にとって、ハーグ条約という戦争法秩序を構築する上で法的に重要なのは、マルテンス条項ではなく、むしろ総加入条項だったのである。慣習に基づく従来の「国際法」は、戦争を実際に規律するには至らず、マルテンス条項というハーグ条約の前文に位置することで、その法的な理念のみが同条約によって受け継がれたに過ぎなかった。起草者が積極的に期待したマルテンス条項の存在意義とは、あくまでもハーグ条約を成立させるための政治的手段にあったのである。以上に鑑みれば、総加入条項とマルテンス条項は、相対立する

どころか、それぞれに文脈は異なるものの、ハーグ条約体制を構築する点では、むしろ機能的に連続するものであったと結論づけることができよう。

成立当初、ハーグ条約は、全員一致という限られた条件の下においてのみその適用が認められる条約に過ぎなかった。しかしながら、その後の戦争法の展開は、こうしたハーグ条約の性格のみならず、総加入条項やマルテンス条項の性格をも一変させた。

ハーグ条約は、第二次大戦後、国際裁判所によって国際慣習法化したと認定され¹²⁸、その結果、同条約は、総加入条項の制約なしに適用され得るものとなった。一方、マルテンス条項は、その起草者の当初の意図とは大きくかけ離れ、裁判所を通じて、後の国際人道法の基盤を構成する極めて重大な法的意義を有するものへと展開する。すなわち、ハーグ条約成立時にはマルテンス条項よりも総加入条項の方が法的重要性を有していたにもかかわらず、その後無意味化された総加入条項とは対照的に、当初はいわば政治的な意味しか有していなかったマルテンス条項が、現代国際法の世界においては極めて大きな意味をもつものとして生き残ったのである。

こうした戦争法の展開には、いかなる背景が存在していたのか。ハーグ条約の成立経緯は、戦争に対する国際慣習法の行為規範としての規律がいかに困難であったかを物語っている。にもかかわらず、その後裁判所がハーグ条約に対して国際慣習法の認定を行ったことを、我々はいかに評価すべきなのだろうか。ハーグ条約の国際慣習法化は、戦争状態にいかなる規範秩序を新たに生み出したのか。また、それを可能にした要因とは何だったのか。戦争を国際法の下におくことの意味を考える上でも、こうした問題が今後の研究において取り組まねばならない課題であることは言うまでも無い。

¹ Thomas Erskine Holland, *The Law of War on Land* 1 (1908).

² U. S. War Department, General Orders No. 100, Apr. 24, 1863, in *The Laws of Armed Conflicts* 3 (Dietrich Schindler & Jiri Toman eds., 3rd rev. ed., 1988). この法令は、起草者の名にちなんでリーバー規則 (the Lieber Code) と呼ばれている。

³ 日本において総加入条項は、全員加入条約や一般加入条項と呼ばれることもある。

⁴ 本稿における準備作業を検討するにあたっては、ハーグ平和会議の公式議事録である *Ministère des Affaires Étrangères, Conférence internationale de la paix: la Haye 18 mai-29 juillet 1899* (1907) (以下、Première Conférence) および *Ministère des Affaires Étrangères, Deuxième conférence internationale de la paix: la Haye 15 juin-18 octobre 1907* (1907) (以下、Deuxième Conférence) に依拠する。

⁵ 2 Lassa Oppenheim, *International Law: War and Neutrality* 234 (Hersh Lauterpacht ed., 7th ed., 1955). ちなみに、総加入条項 (General Participation Clause) という表現が同書に登場するのは、Lauterpacht が編者を務めた 1935 年の第 5 版からである 2 Lassa Oppenheim, *International Law: War and Neutrality* 195 (Hersh Lauterpacht ed., 5th ed., 1935)。しかも、興味深いことに、初版において Oppenheim 自身は、以上の Lauterpacht のように総加入条項が国際慣習法によって無意味化されるという見解を示してはいない。むしろ彼は、マルテンス条項が、普遍的国際法 (universal international law) の存在を決して示すものではなく、総加入条項による制約の範囲内でしか意味を持たないものとみなして、総加入条項のマルテンス条項に対する適用上の優越性を強調している 2 Lassa Oppenheim, *International Law: War and Neutrality* 78 (1906)。こうした原著者と改編者の両条項をめぐる見解の相違は、本稿の問題意識である総加入条項とマルテンス条項の関係を検討する必要性をより一層強めるものである。

⁶ See also, *Dictionnaire de la terminologie du droit international* 118-119 (1960).

⁷ Wilhelm Karl Geck, *General Participation Clause*, in 2 *Encyclopedia of Public International Law* 510 (Rudolf Bernhardt ed., 1995).

⁸ Georges Abi-Saab, *The Specificities of Humanitarian Law*, in *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles* 266 (Christophe Swinarski ed., 1984).

⁹ See e.g., Ernst Zitelman, *Die Anwendbarkeit der Haager und Genfer Abkommen im gegenwärtigen Kriege*, 35 *Archiv des öffentlichen Rechts* 5 (1916).

¹⁰ Geck, *supra* note 7, at 511.

¹¹ Oppenheim, *supra* note 5, at 234-235.

¹² Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public* 561 (5^e éd., 2000).

¹³ Alfred Verdross, *Völkerrecht* 346-347 (2. Aufl., 1950).

¹⁴ 例えば、Kalshoven は「広く支持された見解によれば、1899 年及び 1907 年の陸戦に関するハーグ条約及び規則において具現化された諸原則及び諸規則は、第二次世界大戦の勃発時までには、国際慣習法の一部になっていたことが国家によって広範囲に受け入れられていた」とする。Frits Kalshoven, *Constraints on the Waging War* 18 (1987). See also, Adam Roberts & Richard Guelff eds., *Documents on the Laws of War* 18-19, 59 (3rd ed., 2000).

¹⁵ Geck, *supra* note 7, at 511.

¹⁶ Oppenheim, *supra* note 5, at 228-229; Verdross, *supra* note 13, at 346.

¹⁷ 竹本正幸「総加入条項」国際法学会 (編)『国際関係法辞典』(1995 年) 781 頁。

¹⁸ 藤田久一『戦争犯罪とは何か』(1995 年) 22 頁。

¹⁹ 宮崎繁樹『戦争と人権』(1976 年) 50 頁。

²⁰ 筒井若水 (編集代表)『国際法辞典』(1998 年) 336-337 頁。

²¹ 田畑茂二郎『国際法新講 (下)』(1991 年) 242 頁も見よ。

²² 立作太郎『戦時国際法論』(1944 年) 21-22 頁。

²³ 経塚作太郎「全員加入条款と交戦法規の効力」『法学新報 (中央大学)』第 62 卷 7 号 (1955 年) 512 頁。

²⁴ 同上、516 頁。

²⁵ 1 James Wilford Garner, *International Law and the World War* 21 (1920).

²⁶ James Brown Scott, *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*, at xi (1915).

²⁷ See also, Eberhard Spetzler, *Luftkrieg und Menschlichkeit: Die völkerrechtliche Stellung der Zivilpersonen im Luftkrieg* 31-35 (1956); Charles G. Fenwick, *International Law* 652 (4th ed., 1965); Clive Parry et al. eds., *Encyclopaedic Dictionary of International Law* 144 (1986); Robert L. Bledsoe & Boleslaw A. Boczek, *The International Law Dictionary* 368-371 (1987); Leslie C. Green, *International Law: A Canadian Perspective* 321 (2nd ed., 1988); *Essays on the Modern Law of War* 31 (2nd ed., 1999); Michael Akehurst, *A Modern Introduction to International Law* 344 (Peter Malanczuk ed., 7th ed., 1997); Nguyen Quoc Dinh, *Droit international public* 925-926 (Patrick Dailler et Alain Pellet

éd., 6^e éd. 1999); Francis Anthony Boyle, *Foundations of World Order: The Legalist Approach to International Relations 1898-1922*, 57 (1999).

²⁸ F. von Liszt, *Das Völkerrecht* 258 (Max Fleischmann ed., 12. Aufl., 1925).

²⁹ E. W. Vierdag, *The Law Governing Treaty Relations between Parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties and States not Party to the Convention*, 76 Am. J. Int'l L. 784 (1982).

³⁰ E.g., Mathew Lippman, *Crimes against Humanity*, 17 B.C. Third World L. J. 171 (1997); Geoffrey Best, *War and Law since 1945*, 250 (1994).

³¹ Theodor Meron, *The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience*, 94 Am. J. Int'l L. 79 (2000). See also, Matthew Lippman, *The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Fifty Years Later*, 15 Ariz. J. Int'l & Comp. L. 416-417 (1998).

³² Antonio Cassese, *International Law* 121-123 (2001); *Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky?*, 11 Eur. J. Int'l L. 213-216 (2000). See also Detlev F. Vagts, *The Hague Conventions and Arms Control*, 94 Am. J. Int'l L. 36 (2000); 藤田久一『国際人道法(新版増補)』(有信堂、2000年)92頁。

³³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, 1996 I.C.J., para. 87.

³⁴ Ingrid Detter, *The Law of War* 375-376 (2nd ed., 2000).

³⁵ Meron, *supra* note 31, at 80.

³⁶ *Abi-Saab, supra* note 8, at 274. しかしながら、彼はこのような主張を裏づける典拠を何ら示していない。

³⁷ 筒井『前掲書(注20)』320頁。

³⁸ E.g., Helmut Streb, *Martens' Clause*, in 3 *Encyclopedia of Public International Law* 327 (Rudolf Bernhardt ed., 1997); A. P. V. Rogers, *Law on the Battlefield* 7 (1996); Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public* 613 (4^e éd., 1995); F. Münch, *Die Martens'sche Klausel und die Grundlagen des Völkerrechts*, 36 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 347-373 (1976); Shigeki Miyazaki, *The Martens Clause and International Humanitarian Law*, in *supra* note 8, at 436; 信夫淳平『戦時国際法講義第二巻』(1941年)14-15頁。

³⁹ *Nuclear Weapons, supra* note 33, para. 84.

⁴⁰ Cassese, *supra* note 32, at 188.

⁴¹ *Id.* at 193-202. See also, Geoffrey Best, *Peace Conference and the Century of Total War: The 1899 Hague Conference and What Came After*, 75 Int'l Aff. 627 (1999); Adam Roberts, *Land Warfare: From Hague to Nuremberg*, in *The Laws of War: Constraints on Warfare in the Western World* 122 (Michael Howard et al. eds., 1994); 藤田久一「民族解放戦争と戦争法」太寿堂鼎(編集代表)『変動期の国際法(田畑茂二郎先生還暦記念)』(1973年)449頁。

⁴² Chris af Jochnick & Roger Normand, *The Legitimation of Violence: A Critical History of the Law of War*, 35 Harv. Int'l L. J. 74 (1994).

⁴³ 田岡良一『国際法学大綱下巻』(1939年)162頁。

⁴⁴ 田中忠「人道観念の諸相」『国際法学の再構築(上)』(1977年)126頁注56。

⁴⁵ 第二小委員会は、計25カ国の代表からなるメンバーで構成され(なお、ギリシャは本委員会に代表を派遣していない)、「1874年にブリュッセル会議によって精緻化されたものの、現在に至るまで批准されていない戦争の法規慣例に関する宣言の改訂」という任務の下、1874年の戦争の法規慣例に関する宣言の改定作業に取り組んだ。Première Conférence, 1^{re} Partie, at 34.

⁴⁶ ハーグ条約は1907年に再び開催された第二回ハーグ平和会議において修正がなされている。この作業は第二委員会第一小委員会によって行われ、議長にはベルギーのAuguste Beernaertが(第二委員会議長も兼任)、そして報告者にはオーストリア・ハンガリー代表のWladimir Giesl von Gieslingenが任命された。もっとも、1899年ハーグ条約は「満足である」として修正は若干のものにすぎなかった。ドイツによって提案された付属規則違反の際の賠償に関する規定(1907年ハーグ条約第3条)を除いて、本質的な内容は1899年ハーグ条約となんら変わっていない。Deuxième Conférence, Tome 3^e, at 19.したがって、実質的にハーグ条約の法典化作業は1899年第一回ハーグ平和会議の第二小委員会によって行われたと言える。総加入条項とマルテンス条項の双方についても実質的な修正がなされていないことから、本稿における検討の対象は主に1899年第一回ハーグ平和会議における第二小委員会の作業となる。

⁴⁷ Première Conférence, 3^e Partie, at 91.

- ⁴⁸ Première Conférence, 3^e Partie, at 109 (par Gross von Schwarzhoff).
- ⁴⁹ Première Conférence, 1^{re} Partie, at 35; 3^e Partie, at 98 (par John Ardagh).
- ⁵⁰ *E.g.*, Holland, *supra* note 1, at 1.
- ⁵¹ Première Conférence, 3^e Partie, at 91.
- ⁵² *Id.* at 89.
- ⁵³ *Id.* at 92.
- ⁵⁴ *Id.*
- ⁵⁵ Première Conférence, 1^{re} Partie, at 36.
- ⁵⁶ 規制力を有するためにも規範が明確であることを要する起草者の認識は「戦争の慣習が明確にされ規律されるのが極めて望ましいと考えることでハーグ会議は一致している」という議長声明からもうかがえる。Première Conférence, 1^{re} Partie, at 36; 3^e Partie, at 120.
- ⁵⁷ Première Conférence, 3^e Partie, at 99 (par Martens).
- ⁵⁸ *Id.* at 89.
- ⁵⁹ *Id.* at 122 (par Arnold Künzli).
- ⁶⁰ 国際法比較法雑誌の創刊および万国国際法学会の設立の経緯については、Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, 11-97 (2001)を見よ。
- ⁶¹ J.-L. Klüber, *Droit des gens moderne de l'Europe: avec un supplément contenant une bibliothèque choisie du droit des gens* 5 (Nouvelle éd., 1861).
- ⁶² *E.g.*, August Bulmerincq, *Praxis, Theorie und Codification des Völkerrechts* 81-98 (1874).
- ⁶³ 1 Henry Wager Halleck, *International Law or Rules Regulating the Intercourse of States in Peace and War* 50 (Bart Sherston Baker ed., new ed. 1878).
- ⁶⁴ William Edward Hall, *A Treatise on International Law* 6 (4th ed., 1895).
- ⁶⁵ *E.g.*, T. J. Lawrence, *A Handbook of Public International Law* 24 (3rd ed., 1890); 1 Charles Calvo, *Le droit international: théorique et pratique* 159 (1887); Frantz Despagnet, *Cours de droit international public* 70-72 (2^e éd., 1899); Henry Bonfils, *Manuel de droit international public* 28 (Paul Fauchille éd., 3^e éd., 1901). もっとも、学説が国際法の法源であることを否定する見解もなかったわけではない。*E.g.*, Auguste von Bulmerincq, *Das Völkerrecht oder das internationale Recht*, in 1 *Handbuch des öffentlichen Rechts* 188 (1884).
- ⁶⁶ Theodore Dwight Woolsey, *Introduction to the Study of International Law: Designed as an Aid in Teaching and in Historical Studies* 209 (Theodore Salisbury Woolsey ed., 6th ed., 1895).
- ⁶⁷ *Annuaire de l'Institut de droit international* 157-175 (1881-1882).
- ⁶⁸ Deuxième Conférence, Tome 3^e, at 101-102.
- ⁶⁹ *E.g.*, 1 Robert Phillimore, *Commentaries upon International Law*, at v (1854).
- ⁷⁰ *E.g.*, J. C. Bluntschli, *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staaten als Rechtsbuch dargestellt* 57-58 (2. Aufl. 1872); 1 James Lorimer, *The Institutes of the Law of Nations: A Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities* 19 (1883).
- ⁷¹ *E.g.*, Henry Wheaton, *Elements of International Law* 21 (A. C. Boyd ed., 2nd ed. 1880).
- ⁷² *E.g.*, August Wilhelm Heffter, *Das europäische Völkerrecht der Gegenwart* 6 (F. Heinr. Geffcken ed., 8. Ausg. 1888); John Westlake, *Chapters on the Principles of International Law* 2, 78 (1894).
- ⁷³ この点について、Koskenniemiは、当時の国際法学者による認定から導き出された「国際法」が単なる主観的意見に過ぎないと指摘されれば、国際法理論の科学的存立基盤は失われる危険性があることを指摘している。Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* 117 (1989). 確かに、当時の国際法学者の定義には、往々にして、国家の行為を規律する「とされる」という彼らの主観的な推定の表現が（演繹的ないしは帰納的に）用いられていることには注意すべきであろう。See, Halleck, *supra* note 63, at 46; Hall, *supra* note 64, at 1-2; Wheaton, *supra* note 71, at ix, 21.
- ⁷⁴ 議長のMartens自身も、当時の「国際法」の規範内容が国際法学者によって様々に異なることを自著において指摘している。1 F. de Martens, *Traité de droit international* 21 (traduit par Alfred Léo, 1883).
- ⁷⁵ もっとも、ハーグ条約の起草者のほかにも、当時の国際法学者が主張する「国際法」の法的性質を否定する学説は存在した。国際法とは「国家の意思 (Staatswillen)」であるとして条約だけに国際法の法的効力を認めた

Jellinek や、あらゆる面からみて「不完全な法の形式」であるとした Savigny、そして政治的上位者による政治的下位者への命令を基準として「国際法」の法的効力を否定した Austin などがその代表例である。Georg Jellinek, *Die rechtlich Natur der Staatenverträge* 5-6 (1880); 1 Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* 32-33 (1840); John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* 1-18, 126-127, 142, 201 (reprint 2000)(1832).

⁷⁶ Deuxième Conférence, Tome 3^e, at 101.

⁷⁷ Première Conférence, 3^e Partie, at 69.

⁷⁸ Première Conférence, 1^{ère} Partie, at 34; 3^e Partie, at 78.

⁷⁹ Première Conférence, 3^e Partie, at 89.

⁸⁰ *Id.* at 96.

⁸¹ *Id.*

⁸² *Id.* at 90.

⁸³ *Id.* at 96.

⁸⁴ *Id.* at 109. さらに同じフランス代表の Louis Renault も本会議第8回会合で同じ主張を繰り返し強調している。Première Conférence, 1^{ère} Partie, at 153.

⁸⁵ Première Conférence, 1^{ère} Partie, at 37; 3^e Partie, at 122.

⁸⁶ ただし、政府の訓令に従って、スイスの Odier は、「戦争は戦争を養う」の原則に賛成することはできないという宣言をしている。Première Conférence, 3^e Partie, at 107.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.* at 123-124.

⁸⁹ *Id.* at 124.

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ *Id.* at 79, 113, 123; 1^{ère} Partie, at 37.

⁹² Première Conférence, 3^e Partie, at 94-95, 98.

⁹³ 事実、Martens は、占領軍の権利に関する規定を廃止するかあるいは後の会議が行われるまで保留しておくのが有益だとする妥協案を提示したものの、交戦者資格の問題についてまでこうした先延ばしの姿勢を示すことはなかった。*Id.* at 110.

⁹⁴ Martens は当時の心境を第二小委員会会合で次のように述べている。「ブリュッセル宣言の主要な諸条項について我々は何ら合意に達すべきではないと想定してみよう。その結果は我々の作業全体にとって最も致命的で悲惨なものとなるだろう。なぜなら、その際には交戦国政府と軍事指導者たちは心の中でこう考えるだろうからである。『1874年と1899年の二度にわたって大規模な国際会議がこの問題では最も有能で著名な文明世界の者たちを招集した。しかし彼らは戦争の法規慣例を決定することに成功しなかった。彼らはこれらの問題のすべてを完全なる曖昧に残したまま解散した。著名なる者たちは、占領と侵略地の権利義務に関するこれらの問題を議論する際に、すべてを曖昧な状態と国際法の領域に残しておくより他の解決を見つけることができなかったのである！世界中が完全に平穏である平時において彼らがこれらの論争を解決するための時間を見つけることに無力であるとき、そして政府が平和と協調という共通の生活のための堅固なる基盤を構築するために会合していたとき、戦闘の真っ只中にある軍隊の総司令官たる我々はいかにしてそのような議論のための時間を見つけることができるのか？』… (中略) (ハーグ条約の成立に失敗すれば) その時、ハーグ会議は今一度残虐行為 (atrocités) と残忍行為 (cruautés) を制限するために戦争法を定義することができなかったことを文明世界の世論に対して示すことになるであろう。」(括弧筆者) *Id.* at 92.

⁹⁵ このことから、Martens は、国際法秩序の構築を目指したハーグ会議の成功を願うロシア皇帝ニコライ二世の人道精神を改めて強調している。*Id.* at 91.

⁹⁶ *Id.* at 91-92, 99, 119-120.

⁹⁷ 彼は、後の著作においても当時を振り返ってこのことを強調している。F. de Martens, *La paix et la guerre* 122-123 (1901).

⁹⁸ Première Conférence, 3^e Partie, at 92.

⁹⁹ *Id.* at 91.

¹⁰⁰ もっとも、先に同僚の Gilinsky が軍事的必要性を理由として交戦者資格の問題についてベルギーの主張を受け入れることはできないとしたことに鑑み、ロシアの統一の見解として Gilinsky に歩調を合わせる必要もあったの

だろうと推察される。

¹⁰¹ Première Conférence, 3^e Partie, at 120.

¹⁰² *Id.* (par Martens).

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ この点に関し Beernaert は、Martens の公式宣言によって占領軍の権利は普遍的良心の法によって制約されることになり、そしてそれを破れば文明国の非難を浴びることになるだろうと述べている。*Id.* at 121.

¹⁰⁷ *Id.* at 122.

¹⁰⁸ *Id.* at 125.

¹⁰⁹ Première Conférence, 1^{re} Partie, at 152.

¹¹⁰ Cassese は、小国がマルテンスの議長宣言で妥協をしたのは、大国に対する自国の地位の脆弱性に鑑みてのことだろうと推察している。Cassese, *supra* note 32, at 197.

¹¹¹ ハーグ条約を成立にまで導いた Martens の外交手腕の高さは、彼が、同条約に留まらず、ハーグ平和会議全体の立役者として讃えられていることから伺われる。*E.g.*, Hans Wehberg, *Friedrich v. Martens und die Haager Friedenskonferenzen*, 20 Zeitschrift für internationales Recht (1910). しかし、主催国の代表としての印象があまりにも強かったことから、他方で、彼は、国際法学者である前に同会議の主催者である皇帝に忠実な愛国主義者であったと評されることにもなった。*E.g.*, Arthur Nussbaum, *Frederic de Martens: Representative Tsarist Writer on International Law*, 22 Nordisk Tidsskrift for International Ret (1952). もっとも、こうした見解には根拠がないとする反論もある。V. V. Pustogarov, *Our Martens: F. F. Martens, International Lawyer and Architect of Peace* 152-153 (W. E. Butler ed. and trans., 2000).

¹¹² *E.g.*, *Public Prosecutor v. Klinge* (Norway, Supreme Court), *Ann. Dig. & Rep. Pub. Int'l L.* 263 (1946); *In re Rauter* (Holland, Special Court of Cassation), *Ann. Dig. & Rep. Pub. Int'l L.* 542 (1949); *Prosecutor v. Krupp*, 10 *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals Under Control Council Law No.10*, at 1341 (1950).

¹¹³ Première Conférence, 1^{re} Partie, at 153 (27 Juillet 1899).

¹¹⁴ Première Conférence, 3^e Partie, at 23.

¹¹⁵ *Id.* at 99.

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ Léon Bourgeois, *Préface*, in A. Mérignhac, *La conférence internationale de la paix*, at vii (1900).

¹¹⁸ Léon Bourgeois, *Pour la société des nations*, 214-216, 272-286 (1910).

¹¹⁹ *See e.g.*, Léon Bourgeois et Alfred Croiset, *Essai d'une philosophie de la solidarité: conférence et discussions* (2^e éd., 1907).

¹²⁰ Première Conférence, 3^e Partie, at 70.

¹²¹ *Id.* at 99.

¹²² *Id.*

¹²³ *E.g.*, Dupuy, *supra* note 12, at 561; Dinh, *supra* note 27, at 926.

¹²⁴ このことは次の Rolin 報告からも確認できる。「万が一、加盟国のうちの一国がハーグ条約に加盟しなかった国を同盟国 (un allié) に迎え入れるのであれば、加盟国間の戦争における同条約規則の適用は完全に停止するであろう。」Première Conférence, 1^{re} Partie, at 35.

¹²⁵ 第二小委員会に参加した国際法学者は次の通りである：von Stengel (Germany); Phillip Zorn (Germany); Heinrich Lammasch (Austria-Hungary); Louis Renault (France); 有賀長雄 (Japan); T. M. C. Asser (Netherlands); Fedor Fedorovich Martens (Russia); Voislave Verjokovitch (Serbia); Corragioni d'Orrelli (Siam); Edouard Rolin (Siam). *Cf.*, Arthur Eyffinger, *The 1899 Hague Peace Conference: The Parliament of Man, the Federation of the World* 126-127 (2001); 外務省 (編)『平和会議関係 日本外交文書第一巻』(1955年) 786頁。

¹²⁶ Martens を除く国際法学者の第二小委員会における発言は、公式議事録をみる限り、占領軍の権利について若干の発言をした Lammasch を除いて事実上存在しなかった。Lammasch の発言については *See*, Première Conférence, 3^e Partie, at 107. また、第二小委員会に参加した国際法学者の手によるハーグ平和会議関連の著作

として、例えば Heinrich Lammasch, *Die Fortbildung des Völkerrechts durch die Haager Conferenz* (1900); Phillip Zorn, *Die beiden Haager Friedens-Konferenzen von 1899 und 1907*, in 3 *Handbuch des Völkerrechts* (1915); Louis Renault, *War and the Law of Nations in the Twentieth Century*, 9 *Am. J. Int'l L.* 1-16 (1915)があるが、これらは概ね同会議で成立したハーグ諸条約の概説に言及するに留まるもので、自身の第二小委員会における発言に関する言及等は見受けられない。

¹²⁷ 事実、第二小委員会の起草過程では、Gilinskyや von Schwarzhoffらを中心に、国際法学者とは異なる軍人としての立場を強調する場面が少なからずあった。See e.g., *Première Conférence*, 3^e Partie, at 94-95, 97-98, 108.

¹²⁸ E.g., *The Judgment of the Tribunal*, cmd. 6964 in *The Trial of the German Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal Sitting at Nuremberg* 64-65 (1946). See also, *Ann. Dig. & Rep. Pub. Int'l L.* 212 (1946).