

1. 国際法の性格と中長期的予測
2. 国際法の基本構造の維持
3. 中国の国際法に関する認識及び政策の進展
4. 中国の海洋進出と日本の法的主張の脆弱性
5. 具体的な発現—国際海峡—中国による対日「航行の自由作戦」
6. 具体的な発現—日本 EEZ における中国軍事演習
7. 日本の法戦 (lawfare) 対応

[注]

[付図]

1. 国際法の性格と中長期的予測

国際法は、国際社会の構造の反映である。国際社会の構造の大きな変化の予測が困難であるなら本 WG の目指す中長期予測は国際法についても当然困難となる。加えて、特に慣習国際法の変化は緩慢で、多数国間のいわゆる立法条約はもとより二国間の契約的条約の改訂も迅速にはいかない。すなわち、国際社会に新たに生じる事態が一段落してからようやくこれに追従して国際法が変化するのである(1)。

国際法は、国家を中心とする国際法主体 (subject) の行為規範であってそれらを拘束する法であるには間違いない。しかし、国際社会の変化に直ちには反応できないため、個別の国際裁判では固定的な国際法による判断を避け、裁判当事者間でその適用に合意する別の衡平と善といった規範で裁判することも珍しくない。国際法がその主体の行為規範ながら合意により裁判規範から排除されることがあるという奇妙な現象がみられるのも国際法の固定的性格の故である。

2. 国際法の基本構造の維持

国際法の性格から、政治経済社会状況のこれからの変化がそこに反映されるのは遅くなるが、変化が急で大きければそれに追従できない既存国際法への信頼も急速に失われ、国際法違反が常態となる。逆に、国際社会の基本構造の変化がなければ、国際法の主体 (国家)、法源 (条約、慣習法及び法の一般原則等)、及びその基本的性格 (任意法規性) も安定的に維持される。

現在のところ、いわゆるテロ組織や多国籍企業といった非国家的実体の活動は国際法の基本構造に深刻な影響を与えていない。安全保障との関係でも、対国家関係を念頭においてきた自衛権を国境外からの侵害行為を行う非国家的実体に対しても行使できるかといった問題にとどまっている。近代国際法とは区別される現代国際法を生み出したほどの構造的変化 (右の場合には戦争武力行使の違法化達成がメルクマールである) は看取できない。本稿では国際社会の基本構造に変化がなく国際法のそれも変わらないという前提で検討を行う(2)。

かかる状況では、基本構造に依拠する特別法規則群である空間的秩序に関する国際法も

原則的に維持される。国際法の基本構造が 17 世紀以降徐々にかたまっていくに伴い、国家領域とそれ以外の双方の空間的秩序維持(管理又は支配)に関する規則も確立していく。例えば、ヨーロッパ公法的理解による国家の領域ではない土地(無主地)の取得に関する規則や、国家領域をこえる地球表面の区分と各区分内に適用される規則である。20 世紀初頭には空の区分がその下の地表の区分に従属するかたちで定まり、20 世紀後半からは海洋の新区分の他、宇宙空間と天体の区分規則が明確になった。さらに 20 世紀末にはサイバー空間という特殊「空間」も既存国際法の適用領域に入ることが確認された(3)。

3. 中国の国際法に関する認識及び政策の進展

日本は、「法の支配」という国内統治制度(国家国民の垂直的關係)とのかかわりにおいて使われてきた表現を国際関係(国家間の水平的關係)において用い、その実現をはかるとしている。但し、その内容は必ずしも明確ではなく、国家間紛争の平和的処理についてであるのか、あるいは国際法基本構造上に構築される諸規則の実質的妥当性を肯定してその維持をはかろうとするのかも明らかではなかった(4)。

しかしながら、これまでの東アジアの安全保障環境から、日本に不利に作用する可能性のある国際法規則の適用場面に直面することは比較的少なく、従って、日本が国際法の構造や諸規則に異議を唱えなければならないといった状況もあまり生じなかったといえる。その結果として日本の利益追求と「法の支配」の抵触や矛盾も露呈しなかった。

ソ連は、冷戦時代にあって日本の利益と国際法上の要求の不一致に直接かかわるような問題を追及してこなかった。他方、中国は、将来は特に陸海空宇宙及びサイバーの各空間的秩序に関する現行国際法規則を十分に活用して行動を展開すると考えられ、その過程で日本のジレンマ追及の有効性を認識するであろう。中国の国際法認識になお一貫性がなく様々な問題があるとしても、いずれこれらが克服されれば、中国の海洋、宇宙やサイバーその他の空間への進出に伴い、現在の米のそれと共通の空間的秩序に関する国際法認識を持つに至ると推定するのはそう不合理なことではない。空間的秩序に関する国際法原則及び規則に中国が全面的に、あるいは部分的(選択的)にでも「のる(従う)」場合には、日本は困難に直面する可能性がある。

4. 中国の海洋進出と日本の法的主張の脆弱性

空間的秩序に関する国際法規則は米やその軍の行動に全体としてみれば有利であって、米軍に安全を依存する日本もそれに「のる」ことは利益であった。つまり優勢な米軍で日本とその周辺海域の安全が確保され、他の諸国に海上から脅かされることもないのであれば、沿岸国的立場を取ってとって国際法のいわば防御的解釈とる必要もなかった。

しかし、中国の急速な海洋進出が続けば、その地理的前面にある日本は、これまでの米と共通の国際法認識やその解釈を改め、防御的解釈をしなければならなくなるかもしれない。人権や経済関係の国際法規則についてはともかく、空間的秩序については国際法の原則及び規則を中国に使われることが日本にとっては不利益となる場合もあるのである。この観点から中国の国際法認識と国際法政策に注意を要する。とりわけ、航行と上空飛行について米と同じく自由な海洋空間の秩序を指向するのか、沿岸国的思考を維持するのか、あるいは折衷的に近海のみ閉鎖海化を企図するかが注目される。A2AD を海洋法の分野

で実現しようとする東アジア海域の閉鎖化が試みられることになるのであろう。この閉鎖化は米海軍に向けられた閉鎖化であり、その内側に含まれることになる日本近海では日本に対して中国は航行等の自由を主張するという二段構成(二重の基準を用いての利益最大化)をとるかもしれない。

中国が自由な海洋法秩序を特定の部分についてでも、又は二段構成をとってでも指向するのであれば、日本は防御的沿岸国的立場から国際法を解釈することになるかもしれない、国際法解釈適用は普遍的であるので東アジア以外の各海域でも行動する米海軍にそれが不利に作用する。東アジアで日本のためだけに沿岸国的解釈を支持し、国際法の普遍性を損なうような対応を米がとるとは考えにくいので、日本が国際法解釈において「浮く」ことになる。そのような状況は、国際海峡の通過通航及び排他的経済水域(EEZ)での軍事活動との関係で目立って生じると思われる。

なお、中国の二重基準を非難し、南シナ海等で中国 EEZ 内の軍事活動を米その他諸国が活発化させるなどして攻勢にでることももちろん考えられる。しかし、海上自衛隊が比を根拠地に南シナ海で米軍なみの行動をなすのでなければ、日本が問題に直面するのはその近海においてのみであり、そこで防御的解釈に傾けば国際法解釈の普遍性から他の海域で米その他の足を法的にひっぱることにはかわりはない。中国の二重基準使用に対する批判はさほど日本にとって有効な戦術にはならないであろう。

5. 具体的な発現—国際海峡—中国による対日「航行の自由作戦」

国際海峡(international strait)とは、公海又は EEZ の一部と公海又は EEZ の他の部分を結ぶ国際航行に使用される海峡である。右定義上国際海峡は、原則として沿岸国の領海で全部が覆われる海峡である(5)。国際海峡では慣習国際法や 1982 年採択の国連海洋法条約により通過通航権が認められ(6)、無害通航とは相違して無害でなくとも艦船の航行ができる。航空機にも通過通航権が与えられ、潜水艦潜没航行も解釈上可能とされる。

日本は、1996 年に海洋法条約を批准し、中国も同年その締約国となった。日本は、しかしながら、通過通航権が細部までは明確にはなっていないとし、その意味でホルムズ海峡をその領海内に持つイランと同じく通過通航権が慣習国際法上のものであることを否定する立場をとる(7)。さらに、その領海に国際海峡が存在するか否かを日本が明らかにしたことはない。これは、通過通航権が核兵器搭載艦艇航空機にも当然に認められるため国際海峡が日本領海内に存在することになればそれらの通過を認める義務が日本に生じ、その故にかかる海峡の有無を明示したくないからといわれている。宗谷海峡、津軽海峡、対馬海峡東西の水道及び大隅海峡という特定五海域距岸 3 海里以遠は日本領海法附則により日本領海外とされ、これら五海域は国際海峡にはならない。領海を 12 海里にここも拡張して国際海峡化しても領海外のままであっても通られるという点では相違がなく、むしろ領海に取り込んで国際海峡化した方が継続的で迅速な通航のみを要求できる点で日本に好都合のはずである。とはいえ、非核三原則との抵触は避けられなくなり、それを強調すればやはりさらに当分の間、特定海域方式を日本は継続するのであろう。

しかし、トカラ海峡や伊豆小笠原諸島沿の日本領海で覆われた海峡には国際海峡があるとも指摘される(8)。また、中国艦艇航空機が南西諸島のいずれかの日本領海たる海峡を通過する際にそこが国際海峡であると主張する可能性もある(9)。その場合には、潜没潜

水艦も含めて通過通航権が認められると中国は主張するはずである。その意味では海洋法条約非締約国でありながら世界各地の海峡で通過通航権を慣習国際法上の権利と主張する米と利害関係を一にすることになる(10)。

冷戦期にソ連は、黒海、白海、日本海やオホーツク海を閉鎖的に管理しようとする一方、その海軍力整備に伴い通常の領海や領海たる国際海峡の通航権については米と同様の見解に徐々に近づいていった(11)。しかしながら、日本領海で公然と軍艦の無害通航権をソ連が主張し行使することは極めて稀で問題は表面化しなかったのである(12)。また特定五海域中央回廊が領海外とされたのでソ連弾道ミサイル原子力潜水艦の太平洋展開時の問題も回避することができた。しかし、中国の活動は、東シナ海や南シナ海等においてより活発で、日本領海における軍艦の無害通航が既に見られる。次の段階としては中国が通過通航権の適用される国際海峡と認識する日本領海上空の中国軍用航空機通過が考えられる。要するにこれは米海軍が *excessive maritime claims* をなすソ連やリビアその他の国に対し行ってきたような「航行の自由作戦 (Freedom of Navigation (FON) Program (Operation))」の対日版に他ならない(13)。また、EEZ の場合と異なり中国の領海や内水には国際海峡であるかが議論になる海域は海南島と大陸の間を除きあまり考えられないため(渤海湾全域内水化を否定するとしてもその入口が国際海峡になるとは考えにくく、台湾海峡が国際海峡ではないのはいままでの)、二段構成をとってもほとんど不利益は中国には生じない。

6. 具体的な発現—日本 EEZ における中国軍事演習

米は、公海上の軍事活動の自由は、外国 EEZ にも及ぶとする。すなわち、EEZ でも一定の公海の自由が維持され、軍事活動もそれに含まれるとするのである(14)。中国は、現在は沿岸国的思考からか、外国軍の中国 EEZ 内活動を制限的にとらえている。他方、東シナ海その他の日本 EEZ 内での中国軍の行動の一層増加が予想されている(15)。ここでは、むしろ米海軍式の外洋海軍思考が中国には有利になる。

中国は、海洋法条約署名時等の宣言においても自国 EEZ 内の外国軍事活動には触れず、法的立場を鮮明にしているとはいえない。例えば、沖ノ鳥島周辺で中国が演習を行った際には国際法的議論はさほどなされず中国の立場も明確には示されなかった。グアムとの間に存在しいわゆる第二列島線上にある沖ノ鳥島は海洋法条約の解釈からして EEZ を持たないと中国が考えているとの指摘もあった。そう解すれば日本 EEZ 内軍事演習の問題は生じなくなるが、南シナ海の岩礁周辺の中国 EEZ 設定も同様に困難になる可能性がある。むしろ、沖ノ鳥島周辺日本 EEZ 内軍事演習は法的に許容されると構成した方が中長期的には中国に利益であろうが、依然政府内部で調整中であると想像される(16)。

中国国内法においても調査測量以外の外国軍事活動について明示的な定めがないように、中国による外国 EEZ 内軍事活動の自由の主張のために、中国 EEZ 内外国軍事活動を妨害しなくなるという可能性は残る(17)。その場合には、米海軍が諸国の EEZ 内で行うのと同様の中国の軍事演習が日本 EEZ 内で公然となされる。そうなれば中国の日本 EEZ 内軍事演習と日本自身の自国 EEZ 利用との調整原理は、海洋法条約第 58 条 3 項のいう「妥当な考慮」のみとなり、日本の自国 EEZ 利用の権利が当然に優位する訳ではなくなる。

7. 日本の法戦(lawfare) 対応

中国の国際法認識は、南シナ海における九段線や人工島建設で指摘されたように(18)、特に空間管理に関して米をはじめ日本その他の諸国と対立的と考えられている。しかし、既存国際法への異議申立者であるとしても、現行規則の法的妥当性は否定せずにその解釈を争ういわゆる法戦(lawfare(legal warfare))にとどまるのか又はかつての公海自由論争のようなより大きな変化につながるのかは議論が分かれる。さらに、別の可能性、すなわち中国が異議申立者ではなくなることも考えられる。つまり、特に海洋進出にかかわる空間的秩序の現行国際法適用を有利と評価すればそれに依拠する国際法政策に中国は転向するかもしれない。

中国の国際法認識が諸国と大きく異なるのであれば、日本の国際法政策の再検討の必要はむしろ小さい。しかし、中国がその海洋進出にあたって現行規則から利益がえられるとし、それを全面的にか部分的にでも適用すれば日本にとってその弱点をつかれることにもなりかねない。中国はまだそのような戦術を本格的には使用せず国際法解釈適用にも安定性が見られないが、特に海や空の空間管理方式を象徴的にあらわすといえる国際海峡やEEZ といった問題において米中の法的立場が一致するという事態を考えなければならないであろう。中国が現行国際法による空間的秩序維持に対し破壊的ではない方が米には利益ながら中国進出の前面の沿岸国日本には不利な側面もあり、現行国際法による「法の支配」の強調によって日本のジレンマはより大きくなる(19)。その場合には、中国の法的主張への日本の反論が米海軍の利益も損ねることになるのであるから、日本がいかなる解釈操作でこうした問題から逃れるかの検討が必要になってくる(20)。但し、「法の支配」よりも自国の利益を日本は優位させ、その法解釈の振幅は大きく且つ状況依存的であると諸国に思われたら法戦における敗北を意味することに留意しなければならない。

[注]

(1) その際、慣習国際法上違法と認識されていた行為が徐々に合法化されていく過程やその逆の過程を経る。

(2) WG2 提示三論点は、①将来予測における基本的要素、②右を念頭に置いた日本の戦略、及び③日本の戦略の日米安全保障条約体制に与える意味如何である。

(3) 国際法は、禁止されないことは許容されるという原則及びその例外である禁止規範の組み合わせで構成される。慣習国際法や条約で禁止されない行為には右原則の適用があって国際法上違法ではないという評価を受ける。従って、いずれの場所で行われようとも国際法主体の行為は国際法で規律されていることになる。サイバー空間における行為もその存在が認識された途端にこのようにして規律対象に自動的になる。その特殊性から新たに禁止規範を設けるかは別の問題である。

(4) 「法の支配」が規則の妥当性の肯定及びその維持をいうのであれば、それは単に現行国際法遵守の要請の意味を持つにすぎなくなる。

(5) 本稿掲載付図のような海峡が典型的国際海峡である。海洋法上の国際海峡の概念はしばしば誤解される。朝日新聞 2012 年 5 月 1 日付朝刊(東京本社第 13 版社会面第 32 面)に次のような無署名記事が掲載された。『中国艦が大隅海峡通過』防衛省は 30 日、中国海軍のフリゲート艦 2 隻と情報収集艦 1 隻が鹿児島県の佐多岬東約 20 キロの大隅海峡を通過したと発表した。中国海軍艦艇が同海峡を通過するのは、2003 年 11 月に潜水艦 1 隻の浮上航行が確認されて以来 9 年ぶりという。同省によると、中国艦艇 3 隻が 29

日正午ごろ、屋久島の西約 430 キロの海域を東に進んでいるのを海上自衛隊が確認。30 日午前 11 時ごろ、大隅海峡を通過したという。国際海峡のため、外国の軍艦も自由に通航できる。」この記事は、その使用する語が海洋法条約のそれと同じ意味を持つとするならば誤りである。つまり、領海でなければ航行の自由が存在するから、無害通航権や通過通航権といった沿岸国との関係における権利として航行をわざわざ説明する必要はない。通過通航権を議論するのであればそこは、海洋法条約第 36 条規定の例外を除き領海であることが前提になる。

(6) 海洋法条約第 3 部「国際航行に使用されている海峡」(第 34 条～第 45 条)。

(7) 12 海里領海、通過通航制度、排他的経済水域や深海底鉱物資源開発といった海洋法条約諸規定はパッケージディールで起草採択された。深海底鉱物資源開発関連規定等に不満でお海洋法条約の非締約国のままである米は、条約の一部である通過通航制度を慣習国際法として扱っている。このため、米は海洋法条約非締約国ながら「米海軍関係者は、この条約にのっとり国際秩序を守ろうと努力している」(夏川和也監修、『日中海戦はあるか 拡大する中国の海洋進出と日本の対応』、きずな出版(2013 年)、274 頁)との評価は適切ではなく、米は同条約の自国に有利な部分のみを慣習国際法と主張してそれを守ろうと努力する selective compliance 的対応をとっているというべきである。これは身勝手という批判を受けるとともに、慣習国際法の存在証明が常に困難であるから中国との法的論争では米に不利にもなる。米における海洋法条約批准検討については以下を見よ。Scott G. Borgerson, *The National Interest and the Law of the Sea*, Council on Foreign Relations, Council Special Report, No.46(2009), 70pp.; 都留康子、「アメリカと国連海洋法条約 "神話"は乗り越えられるのか」、『国際問題』、第 617 号(2012 年)、42-53 頁。

(8) 水上千之、『日本と海洋法』、有信堂高文社(1995 年)、34-35 頁。

(9) 日本が通られる側にまわることの意味について以下を参照せよ。坂元茂樹、「日本と国際海峡」、同編著、『国際海峡』、東信堂(2015 年)、3-40 頁。

(10) いわゆる石垣水道を 2004 年に中国漢級原子力潜水艦が潜没航行した際、中国は何故か航法上の錯誤によると説明した。Masahiro Miyoshi, "The Submerged Passage of a Submarine through the Territorial Sea – the Incident of a Chinese Atomic-Powered Submarine," *Singapore Year Book of International Law*, Vol.10 (2006), p.243; James Kraska, "Putting Your Head in the Tiger's Mouth: Submarine Espionage in Territorial Waters," *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol.54(2016), No.1, pp.210-212. しかし、石垣水道が国際海峡であるという見解が他ならぬ米海軍大学教官によりとられたことがある。Peter Dutton, *Scouting, Signaling, and Gatekeeping, Chinese Naval Operations in Japanese Waters and International Law*, China Maritime Studies, No.2, U.S. Naval War College(2009), p.11-12. 石垣水道を国際海峡とする解釈は、海洋法条約上とりにくい、この立場からすれば潜没航行が権利行使として可能になる。なお、2003 年には中国明級潜水艦が大隅海峡を昼間浮上航行した。同海峡中央回廊は日本領海外なので潜没航行や徘徊も自由にできる海域であった。

(11) 1980 年代末に米ソは無害通航についての統一解釈を表明した。Uniform Interpretation of Rules of International Law Governing Innocent Passage, *International Legal Materials*, Vol.28 (1989), No.6, pp.1444-1446.

(12) 1980 年に沖縄本島東方海上で火災をおこして航行不能となったソ連 Echo-II 型原子力潜水艦の沖永良部島と論島間日本領海曳航通過はその例外である。ところで、この事件の際には同艦の核兵器(核魚雷)搭載有無を日本はソ連に通過前に照会したが回答は直ちには得られず、事後的に搭載無し(核魚雷)の回答がありまた海水放射能汚染もなかったことから結局は無害通航であったと日本が認識したことがある。2004 年の中国漢級原子力潜水艦事件では事前にも事後にも核兵器搭載有無の照会をしたかについて全くといっていいほど議論されなかった。これは、漢級原子力潜水艦兵装に関する日本の認識をはからずも示して

いる。

(13) See generally, J. Ashley Roach and Robert W. Smith, *Excessive Maritime Claims*, U.S. Naval War College International Law Studies, Vol.66(1994), 376pp.

(14) 米は海洋法条約の締約国ではないが、この立場の同条約上の根拠を求めるとしたらそれは第 58 条である。

(15) 中国軍ソノブイを海上自衛隊が回収したことがあるとされるが、日本 EEZ 内で回収された可能性がある。

(16) 真山全、「台湾海峡の国際法上の地位と外国艦船航空機の通航」、坂元、前掲書、180 頁。

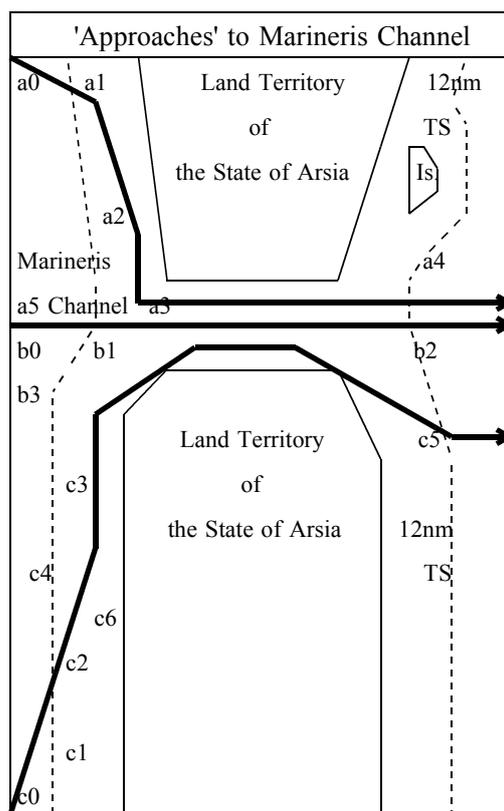
(17) 同、177-178 頁。

(18) Zhiguo Gao and Bing Bing Jia, "The Nine-Dash Line in the South China Sea, History, Status and Implications," *American Journal of International Law*, Vol.107(2013), No.1, pp.98-124.

(19) 国際紛争の裁判的処理の分野でも日本がその国際法政策の変更を行ったことは「法の支配」重視政策との関係で興味深い。これは国際司法裁判所(ICJ)捕鯨事件で日本が敗訴したことから、2015 年 10 月に ICJ 規程選択条項受諾宣言への留保追加によって ICJ の日本に対する強制管轄の範囲を縮小したのである。すなわち、「海洋生物資源の調査、保存、管理又は開発について、これらから生ずる、これらに関する又はこれらに関係のある紛争」を除外した。Japan, Declaration under Article 36(2) of the Statute (7 Oct. 2015); 外務省告示第 345 号、『官報』、第 6631 号(2015 年 10 月 7 日)。1905 年の常設仲裁裁判所家屋税事件敗訴によって日本は国際裁判に対し消極的となったといわれるが、ICJ 捕鯨事件敗訴も全く同様の効果をもたらしたといえる。「法の支配」は多義的な言葉であるとはいえ、国際紛争の法による解決を少なくともそこに含むとすればその一つの理想型は国際裁判である。しかし、日本は、敗訴をきっかけに ICJ については裁判可能な範囲を自ら縮小した(海洋法条約の規定する他の紛争処理方法には直接の影響はない)。強制管轄範囲の選択条項留保追加による制限は日本以外でももちろん多く見られ、日本だけが管轄権範囲を狭めているのではないが、日本のいう「法の支配」の主張もかなり柔軟且つ迅速に変更されるようである。

(20) 米との利害関係が空間的秩序において一致しない西側諸国もある。その最もよい例は、加である。加はその沿岸の北極海に対して特に環境保護の観点から管轄権を強化し、同国沿岸諸島間の水道を内水としている。Michael Byers, *International Law and the Arctic*, Cambridge UP(2014), pp.131-133. 他方、米は、加が内水にとりこんだ水道を国際海峡と主張することがある。北極海警備のため原子力潜水艦の英又は仏からの導入を以前に加が検討したことがあったのもこうした事情からであった。加は、隣国米との間でこうした問題を抱える一方、日本は中国と関係におけるその主張が翻って米に不利に作用する点で相違があるが、空間的秩序に関する議論では協同できるかもしれない。

[付 図](注5 参照)



(丁)