

Title	空戦法規序論 (二)
Sub Title	
Author	前原, 光雄(Maehara, Mitsuo)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1933
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.12, No.3 (1933. 11) ,p.25- 47
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19331106-0025

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

空戦法規序論(三)

前原光雄

一 空戦法規の意義

二 空戦の發生及び發展

イ、世界大戦前

ロ、世界大戦

(1) 佛・白に對する空襲

(2) 英國に對する空襲

(3) 伊・露に對する空襲

(4) ドイツに對する空襲(以上前號)

三 空戦の合法性(本號)

四 空戦法規の獨立性

五 空戦法規の現状

三 空戦の合法性

空戦法規序論

空戦は陸戦及び海戦の如くに、交戦の際に於ける敵國攻撃の手段として許さるべきや否や、即ち空戦は陸戦及び海戦の如く、國際法上認められたる害敵手段の一であるか否かと問題である。それは現在に於ては空戦が明示的に國際法上合法的な交戦方法として確定してゐないからである。若し國際法上空戦が禁止せられ、或は何等かの方法によつて明瞭に認められてゐる場合には、全然空戦の合法・非合法の問題は論議する價値がないことは明かであつて、この様な場合に於ては、單に、道徳上或は人道的見地等よりのみして空戦の性質が論ぜられ、批判せらるべきであつて、合法性の問題とは無關係である。空戦の合法性が云々せらるゝことは、とりも直さず、空戦法規の未確立・未確定を前提とするのである。さて、空戦が果して交戦手段として認むべきものなりや否やに關しては、既に世界大戰前より論争せられてゐる問題である。そして空戦承認論及び不承認論は、孤り法理的根據によつてのみならず、道徳的又は宗教的或は人道的な立場から、賛否の論は實に區々である。以下に於て、私はこれ等の主張を一瞥し、少なくとも國際法の現状に於ては、空戦は國際法によつて不法なものとして否定せられず、従つて、空戦は交戦手段の一として暗黙に許されたものであることを明かにしようと思ふ。

先づ空戦が認めらるべきや否やに關しての著名な且つ歴史的に稍々古いものとしては、一八七〇

一七一年の普佛戰爭當時の出來事を擧げる必要がある。この當時に於て、既に佛軍が氣球を戰爭に使用したことは、既述の如くであるが、ビスマルクは下降した敵の氣球の乗組員はこれを間牒として處罰せんとする意見を有してゐたのであつたことは注目すべき事實である。若し航空機を戰爭に使用することが合法であるとするならば、其乗組員を間牒として處罰することは、法理上不當であると云はねばならない。従つて、ビスマルク個人の意見としては、航空機を交戦に使用することは不法なる交戦手段であると考へてゐたのかも知れない。或は亦フランスの斯くの如き交戦方法を非武士道的行爲と觀ての反感から生じた彼の意見であるかも知れないが、何れにせよ彼は、航空機の使用を適法視しなかつたことは想像し得る。然し、彼がかくの如き意見を有するにも拘らず、一八七四年のブラッセルに於ける戰爭法規に關する會議に於ては、ドイツ代表ヴォイクツ・レツ將軍 (General v. Voigts-Rhetz) は「氣球の乗員には下降を要求し得る。もし下降を拒絶した場合には射撃し得る、そして若し彼等を捕へた場合には俘虜となるのであつて、如何なる場合に於ても、彼等を間牒とは考へ得ない」と述べて、ビスマルクとは反對の意思を、ドイツ國家の意思として表示してゐる(24)。のみならず、この點は「陸戰の法規慣例に關すヘーグ條約」に於ても認められてゐる(第二九條末項參照)。これは航空機の使用を全面的に問題としたものではなくして、單に其乗組のみに關す

るものであるが、其反面に於ては、これ等の意見は何れも、航空機の使用を前提とするものであるからして、空戦の黙認と観るも不當ではない。

次に一八九九年に、第一回ヘーグ平和會議の結果として成立した宣言中に「輕氣球上より又は之に類似したる新なる他の方法により投射物及び爆裂物を投下する」ことが五ヶ年の期間を以て禁止せられ、この宣言の效力は、一九〇五年九月四日を以て消滅し、一九〇七年の第二回會議に於て、前會議の規定に多少の修正を施して、英國の提案に基き第三回の平和會議終了の時まで其效力が延長せられたことは周知の事實である。前後二回の平和會議を通じて、空戦は禁止せられなかつたことは明かで、たゞ第二回の會議に於て「無防守の都市、村落、住宅又は建物は、如何なる手段によるも、之を攻撃又は砲撃することを得ず」即ち *par quelque moyen que ce soit* なる文句を挿入して、上述の無防守なる物が攻撃の目的物たり得ないこと、換言すれば、航空機よりも攻撃し得ないことが明かにされてゐる。即ちヘーグ平和會議に於ては、航空機を戦争の爲に使用することは黙認されたが、單に特定の交戦方法に使用することのみが禁止せられたのである。この修正に對してフランスは極力反對した。又日、獨、伊、露及びスペイン等も批准を躊躇し、世界大戰の交戦國で批准を與へなかつたものは、ブルガリヤ、イタリー、セルビヤ、モンテネグロ及びトルコで、空中爆

撃を禁止せんとするこの規定は、形式的には、交戦國間で斃り去られる運命に置かれたのである(25)。其後一九一一年マドリッドに開かれた萬國國際法學會の會議に於ては、空戦が國際法上合法なる交戦手段として認めらるべきや否やに關して、華々しい論戦が行はれた。これは、當時に於て航空機の發達の目覺しきものがあり、實戦に應用して充分の効果を收め得ることが明かとなつたことにも其原因の一が在ると信ずる。尤も萬國々際法學會で、この問題が論議せられたのは、一九一一年の會議に始つたわけではない。既に一九〇〇年のニューシャテル (Neuchâtel) の會議以來論ぜられ、議事日程にも上され、フォーシーユ、ニース等の知名の國際法學者が健闘したが、會議に於て何等成果を收むるに至らなかつた。マドリッドの會議に於ては、當時の知名の國際法學者を網羅してゐるので、彼等の所論に對して一瞥を與へる必要がある。

先づ空法に關する權威ある學者として屢々専門的意見を發表してゐるフォーシーユの案は、第一篇に於ては、平時の空法即ち、軍用機、標識、國旗及び國家の獨立權の承認を前提として空域の自由及び公海上の飛行等について述べ、第二編に於ては戦時の空法、即ち、領土、領水及び公海上に於ける戰闘行為に關して論じてゐる。彼の意見は、空戦は一般的に之を認むべきであるが、中立國の權利は尊重しなければならぬ、とするのであつて、從つて中立國の權利を害せざる範圍に於て、

(514) 空戦を是認するものである。

フォン・バル(Von Bar)はフォーシーユの見解に反し、原則としては空戦否認論者である。次に彼の言を借用すれば「一般的には、航空機、即ち航空船及び飛行機を破壊或は戦闘の手段として使用することは禁止せられる」と述べて、航空機相互の間に於ける、所謂固有の意味に於ける空中戦のみならず、航空機より爆撃を行ふことに對しても反對してゐる。

ホーランド及びウエストレークは英國を代表する當時の著名な國際法學者であるが、この兩氏は、空戦の否認論者である。中にもホーランドは、航空機を戦争に使用することを絶対に否認せんとする者である。彼は、航空機を偵察、通信等の用に供することにすら反對するのであつて、あまりにも論理的な結論である。ウエストレークはこれに反して、ラブラ(Labra)、アルベリック・ローラン(Alberic Rolin)及びバスカル・フィオーレ(Pasquale Fiore)氏等と共に、通信の傳達及び偵察等の爲に使用することは認めるが、戦闘に使用することは否認する。

ラブラデル(Lapradelle)の見解は少々特色を持つものであつて、彼は空戦を二個に分つて垂直戦、即ち航空機より地上或は水上に向つて投射物を使用する場合と、水平戦、即ち航空機相互間の交戦とする。そして後者、即ち水平戦のみが禁止せらるべきであると主張する。其理由は、水平戦の方

が垂直戦よりも非戦闘員にとつてより、危険であると云ふのである。この様な主張の結果として、ラブラデルに従へば、公海上、領海上及び領土上に於けるこの種の戦闘は總ての交戦者に對して禁止せられることになる。然し大多數の意見はかくの如き區別を認めず、一般的に空戦は合法であると認めた。それは非戦闘員を危険に曝すこと無くしては航空機を戦争の用に供するを得ないこと、並びに航空機は海戦に於ける潜水艦及び水雷等よりはより、慘酷な武器であることが證明し得ない、との前提に基くものである。其結果として、本學會は、次の様な決議をした、即ち「空戦は平和なる人民の生命及び財産に、陸戦或は海戦よりもより、大なる危険を與へることを條件として、認めらる。La guerre aérienne est permise, mais à la condition de ne pas présenter pour les personnes ou les propriétés de la population pacifique de plus grands dangers que la guerre terrestre ou maritime. この決議は充分論理的であり又合理的でもあるが、ガーナーの主張するが如くに、餘りに一般的で又餘りに漠然たるものであるとの誹を免れないであらう(26)。

以上の外に大戰前に於ては、なほ三個の注目すべき空戦法規案が述べられてゐる。

第一は、ドーズ(D'Hooghe)が一九一二年の著 *Droit aérien* に於て述べた案である。彼の見解はフォーシーユの見解と類似してゐるが、だゞ根本的相違點と見るべきものは、フォーシーユの航空自

由説に對し、彼は空域を共有物(*res communis*)と觀る點である。彼は勿論空戦を合法視するが、交戦國は中立國の領土及び領水上に於ては、交戦することは禁ぜらるべきである、とする。其他航空機の性質變更、中立國人の航空、臨檢及び拿捕等に關してフォーシューユと多少の異見を持つ。

第二は、ル・モアイヌ(*Le Moyne*)が一九一三年に *Le droit future et la guerre aérienne* に於て述べた案である。彼も亦空戦は許さるべきものとする。然し空戦に對しては陸戦及び海戦に關する法規が準用せらるべしとの見解を持つてゐる。

第三は、スペイト(*Spaight*)が一九一四年に其著 *Aircraft in war* に於て明かにした案である。彼の案はフォーシューユ案と酷似してゐる、即ち先づ軍用機・非軍用機の概念を確立し、交戦國私機の拿捕條件、間諜行爲、砲撃については、海戦に關するヘーグ規定の適用、交戦國軍用機の局外中立國領域への侵入禁止、局外中立國の防止義務、中立義務違反、航空機による無線電信局の利用は、ヘーグ會議の規定に従ふこと、空戦に於けるアンガリー權(*ius angariae*)の適用、其他に關して述べてゐる(27)。

世界大戰前、即ち航空機の實際的活動が餘り顯著でなく、況して操縦し得る航空機を實戦の用に使用することの經驗は極めて淺い時に於ける學者の見解は右に述べた如くで、賛否兩論に岐れては

ゐるが、空戦の絶對的否認論者はホーランド教授位のものであつて、其他は一定の制限を附して航空機の使用を認める論者である。さて、大戦後に於て、大戦の經驗を經た後に於ける各國著名の法學者、主として國際法學者のこの點に關する見解を次に紹介して、最後に私見を附加したいと思ふ。

(一) ヨセフス・イッタ教授(Josephus Jitta オランダ)——法律に於ては、規範に合致する場合に吾々は合法であると言ふ。然し空戦の合法性如何の問題に關しては、法規を發見することが困難なのである。私は國際法の革新に關する近作に於て、次の様な意見を述べてゐる。即ち、國際公法と私法、平時法と戰時法との間には根本的な相違がある、といふのが私の持論である。平時國際法に於て、實證規定を缺ぐ場合には、吾々は理性に基く規則を發見し得る。これに反し、戰時法規は只實證的なものであつて、それは條約か、一般に遵守せられる國際慣習に基くのである。然るに、空戦の問題に關しては、文明國によつて既に承認せられた形式的規定もなければ、又一般に遵守せられる國際慣習もない。假りに、この問題を軍事的領域に置いて、次の例によつて考へて見よう。軍隊が戰時に於て、爆發物を投射することは合法なりや否や、といふに、これに對する回答は、原則として、確立せられたる慣習の存在といふ事實によつて、肯定的であるべきだらう。尤も國民の法律的本能より産れ、かつ實證法に適合するところの一の制限は在る。……………私は航空機と爆

發性發射物との間に或種の類似を認める。私は海上に於ける大軍艦に對し航空機を使用することを非難し得るとは信じられない。軍事的利益が餘りに大なるが故である。又大要塞を怪物の如き大砲を以て砲撃するのと、これを航空機によつて爆撃するとの間に何等の相違をも認め得ない(28)。

(2) ルイズ・ダ・キネナー・ゴンサルヴ博士(Louiz de Cunha Goncalves スペイン)——一九一四——一八年の大戦は、航空機の使用は、ただに合法なるのみならず、戦争の目的の爲には絶對的に必要であることを極めて明瞭に證明した。この必要性が航空機の使用をして無條件に合法ならしめるのである(29)。

(3) ルイ、ル・フニール教授(Prof. Louis le Fur フランス)——空戦は合法なりや否やを問ふ前に、其前提として二個の問題を決定しなければならない。先づ第一に、戦争其もの、合法性の承認については省略するが、それは實際に於ては、少なくとも一定の事情の下に於ける國際法上の解決方法なのである。パリ規約に於てすらも、一定の戦争は不法とするが、他の合法なる戦争を認めるのである。第二には、戦争は法律及び人道の羈の總てを完全に破壊するものではないことである。若し然りとすれば、交戦手段の合法・非合法の問題は生じない。……若し戦争法規が存在せず、又若し戦争が一度び宣言せられ、實力のみが法であるならば、總ての法律的論争、人道或は理性へ

の總ての訴へは、明かに不必要である。……この様な前提より出發して、空戦に適用せられ得るところの解決はどうか？ 空戦は完全に禁止せらるべきであらうか？ これを主張する論者は、常に其亂用より不必要な脅威を與へる點を主張するのであるが、然し、この亂用を規律する爲に、一體幾何の法律的制度が存在すべきであらうか？……一九一一年のマドリットの會議に於ける決議、即ち「空戦は、陸戦及び海戦よりもより大なる危険を平和なる人民の生命及び財産に與へざる限度に於て、承認せらる」と。これが眞の解決である。……戰爭に航空機の使用を禁止するといふことは、戰爭其ものを禁止することである。航空機は、必要缺ぐべからざる交戦手段となるまでに發したのである(30)。

(4) エドモンド・ピタール教授(Edmond Pittard スキス)——空戦は、一般の戰爭の他の總ての形式と同様に合法である。空戦は目的ではなくして、手段であるから、戰爭に航空機を使用するのは合法なりや否や、といふ問題になるわけである。もし事物の力によつて、吾々は戰爭の存在、即ち國際紛争の暴力的解決を認めねばならないとするならば、空戦は、一國が相手國に對して用ひ得る手段であると考へねばならない。總ての發明、總ての科學の進歩は、國際紛争なる兵器廠の中に陳列せられてゐる。蒸氣、火藥、電氣、爆發物及び電信の戰爭は既に存在した。それ故に、論理的

には空戦は、大砲やダイナマイトや、自動車や電話が昔の戦争の面目を一新したと同様に、最近の戦争を變形せしめるであらう。……合法と否とに拘らず空戦は實在する。それを規律するのが法律家の任務である。もし吾々の法律的構成が屢々有效且つ直接な承認を拒まれる様なことがあれば、それは國際道德 *morale internationale* なる最高法典及び人間の良心 *conscience humaine* なる最高裁判所の確立に寄與することが少ない理である(31)。

(5) ミルザ・リザ・カーン・アルファリアド・ド・ダレー公(Prince Mirza Riza Khan Arfa-ad-Dovlich ベルシヤ)——仲裁の原則が國家間の紛争を規律する爲に承認せられて以來は、總ての戦争は、當然に不法であり、且つ吾々の良心より非難せられる。空戦に關しては、それは單に合法たらざるのみならず、極めて野蠻であり又慘酷である……(32)。

(6) ブリエール教授(Yves de la Brière フランス)——空戦は合法なりや否や?の質問に對しては、明かに肯定的に答へる。普遍的且つ絶對的條件を以てする原則的禁止は、もとより絶對に架空的であり、如何なる交戦國をしても、それを尊重せしめることは不能である。戦争が可能であり、且つ或場合には避け得ざるものである限り、又戦争は防禦の必要或は侵害せられたる自國の利益を回復せんとすることが動機となる限り、それは合法であり且つ道德的必要に合致するものであつて、人々

は、何故に航空機の使用そのものが、敵對行爲を戰勝に導かんとする他の凡ての方法の如くに許されないかの理由の發見に苦しむのである。……驚くべき慘酷さと荒廢を伴ひ、國際法によつて認められ、國家の普遍的實行によつて最も人道的且つ最も文明的であるとせられてゐるところの他の戰爭の方法と空戦との間には、何等の本質的な相違をも認め得ない。自動砲(auto-cannons)や機關銃(auto-mitrailleurs)の發明、巨大な口徑を有する大砲の發明、鐵道や自動車による軍隊の輸送等は、戰鬪行爲の外貌に著しい變化を齎した。然し何人かこれ等に對して非合法呼ばはりをするであらうか？ これ等と航空とは全然同一な順序に置かれ得るのである(33)。

(7) プロチエスチウスキー教授(J. Bociaszewski フランス)——空戦の合法性に關する問題が論議せられ出してから既に二十年以上になる。一部の法律家達は、空戦の暴虐性、恐怖、空戦によつて展開せられる危険等が、只に戰鬪員に對してのみならず平和なる一般人民に及ぶことを主張して、斯る交戦方法の禁止を主張するのである。法律的に觀るならば、かゝる議論は何等の價値なきのみならず、實際の見地よりするも、この議論は殆んど益なきものである。空戦の結果は決して陸戦及び海戦の結果よりも、より恐るべきものではない。もし種々の水雷や長距離砲によつて巨大な砲彈を發射することを許すならば、航空機を禁止すべき何等の理由も無いのである(34)。

(8) コナール教授(René Gomnard フランス)——戦争を理解するに二個の方法がある。其一はドイツ式の方法、即ち、戦争は總ての法律及び道德律を停止するものと考へるのであつて、この觀方に於ては、戦争法規に關する明示的な條約と雖も、國家は最高の權力であり、最高の法であり、そしてそれ等を適用すべきや否やに關する唯一の裁判官と考へる限り、何等の價値をも有しない。此場合には、合法と謂ふ言葉は無意味であつて、この言葉の持ち得る唯一の意味は、國家の利益に合致するといふ意味だけである。

其二は、ドイツ人を除く國際法専門家の大多數にとつては、戦争は避け得ざる實力による鬭争であるが、それは、無益なる慘酷、殊に出來得る限り非戰鬥員の生命及び幸福に脅威を與へるが如きことを防止する目的を以て、一定數の法規の設定を要求するものなのである。この見地よりするならば、空戦を、特に陸戦或は海戦よりも非合法なりと主張することは、恐らく困難であらう。何となれば、空戦それ自身が、必然的に、他の二種の戰鬥方法よりもより、慘酷とは觀へないからである(35)。

(9) カヴァグリエリ教授(Artigo Cavaglieri イタリア)——人道的な精神、博愛的感情よりして空戦の合法性を否定することは人々の完全に自由なことであるが、然し、若し人々が實際を検討し、もし國際法が國家の協同的意思によつて事實上提示せられた規則の全體であると考へるならば、戦

争に當つて航空機を使用することに對し、何等法律的防止方法が無いことを認める必要がある。これと反對に、條約、諸國家の宣言、彼等の行爲は、極めて明瞭に、この戦争方法に關しては彼等は全く自由なりとの確信を有する。もし吾々が有益な而も實際的な仕事を爲さんとするならば、この基本的な所與に考慮を拂ふ必要がある(36)。

(10) カウフマン教授(Wilhelm Kaufmann ドイツ)——「空戦は合法なりや否や？」の質問に對し、世界の現状並びに國際法の現状に於ては、不幸にして空戦は絶對的に非合法なりと看做れ得ることを望む者である。但し、領海を含む交戦國の上空及び公海の上空に於ては許さるべきものと考へる……(37)。

(11) ニポアイエ教授(Niboyet, フランス)——「空戦は合法なりや？」。然り、但し次のものはこれを除外する。(a)衛生的施設、(b)一般人民、(38)。

(12) モアイエ教授(Marcel Moye フランス)——戦争の形式の合法性如何を論ずることは、無駄の様に思へる。更に適切に言へば、それは戦争廢棄なる巨大な問題の一面に過ぎないであらふ。人道は其普遍性よりして戦争の廢止を要求する。然しまだ、それが實現せられるほど聰明ではな

S(39)。

(13) グレイ氏(C. G. Grey, "The Aeroplane" の著者、英國)——「空戦は合法なりや?」の問題に答へることは極めて容易である。吾々は論理上、次の如き三段論法によつてこの問題を解決し得る。即ち、戦争は生物學的な要求である。戦争は生物學的な要求であるから、總ての形式の戦争は合法である。それ故に、もし戦争が合法ならば、空戦は必然に合法である(40)。

(14) ノイメヤー教授(Karl Neumeyer ドイツ)——空戦は許されたる領域内に於て、許されたる目的に對し、許されたる方法を以て行はれるときは、現行國際法によつて許されてゐる(41)。

(15) デ・ルーテル教授(De Louter オランダ)——空戦が實證國際法の重要な一部と考へられる限り、國際條約や一般慣習によつて明示的に禁止せられざる合法的な交戦方法或は其他の方法を否定することは不能である。其結果として、地球表面上に活動する潜水艦が禁止せられざる限り、地球表面上に活躍する航空機を一般的に防止する方法は存しない(42)。

(16) ハンス・シュペル教授(Hans Speil オーストリア)——空戦は、現行國際法の見地より觀るときは、原則として合法なることは一點の疑ふ餘地もない。空戦に對する制限は、國際會議殊にヘーグ會議によつて設定せられてゐるが、もとより非常に不完全なものである(43)。

(17) ホブザ教授(Antoine Hobza チェコスロヴァキヤ)——現行國際法によれば、事實上

の手段にして法律上の手段に非ず、又野蠻の殘存物と考へられるところの戦争は、國際聯盟規約によつてすらも合法である。戦争は、地上、海上及び空中に於て發生する。道德的見地よりするならば、陸戰、海戰及び空戰の間に、何等本質的な相違を認め得ない。従つて結論としては、戦争其ものが合法である限り、空戰も亦合法なりと考へることを要する。この考へ方は、先づ戦争に於て航空機の使用を禁止せざる實證國際法に基くものである……(44)。

(18) ガーナー教授[James W. Garner アメリカ]——「空戰は合法なりや？」非戰鬥員及び私人の財産保護といふ制限と條件の下に於て、私の答へはイエースである。私の意見によれば、國家は未だ嘗て兵器としての航空機の使用を否定したことがない事實を信ずることは無用であるが、然し將來の戦争を野蠻に墮せしめることを防止し、且つ文明國民の人間の感情より非難せらるべき恐怖から、一般人民及び私有財産の保護を確保する爲に、航空機の使用を規律し、制限することは必要である(45)。

(19) グラフトン・ウィルソン教授(George Grafton-Wilson アメリカ)——空戰は合法なりや？の間に對する回答は極めて簡單である。戦争其ものが世界各國の認むる如くに正當視されるものであるならば、他の方法によつて行はれる戰鬥行為を認めると同一な原則に支配せられるところの空

戦は、矢張り正當である。この状態は、戦争法規に關する最近の會議が採用した決議を反映するものゝ如くである(47)。

(20) デーデル教授(Gilbert Gidel フランス)——戦争の新方法が発見せられたときには、何時でも二重の現象が生ずる。一は、新方法の廢棄を主張する論者であり、他は新方法の自由なる適用を爲さんとするものである。この兩説の極端論者は決して勝を制したことはない。充分なる變動を経た後に於て均衡が保たれる。戦争の新方法は人間社會に於て、彼等の間に起る争闘に使用せられる殺戮方法が絶えず増加して兵器廠に入るの權利を獲得したのである。然し、常に、破壊遂行手段としてこれ等の使用に制限を課する代りに、兵器廠への入場許可が宣言せられるのである。……空戦は現存する。航空機は戦争方法として、其遂行の爲に、大砲の射撃を正確ならしむる爲に、定着的又は可動的なる目的物に對する自主的行動の爲に、其有效性を既に證明したのである(47)。

(21) 私見——以上に於て、空戦の合法なりや否やに關する意見を、諸國の國際法學者を中心として紹介したのであるが、この結論として吾々の得るところのものは、大戰後の各國國際法學者の意見は、殆んど全部が空戦の合法なることを認めることである。

吾々がこの問題を論ずるに當つて、第一に注意すべきことは、合法性如何の問題は謂ふ迄もなく、

純然たる法律學上の問題であつて、従つて、この問題に對する道德的、或は宗教的又は人道的見解等よりは截然と分離して考察するを要することである(48)。然るに、既述の諸家の意見中に往々この點を混同する學者のあることは遺憾であつて、殊に空戰否認論は、法律の見解と道義の見解或は宗教の見解の如きものを混同する者が多い。

現在國際法上にて戰爭の存在が承認せられ、而も戰爭は其發生理由如何を問はず、交戰國が自國の全力を擧げて相手國を屈伏せしめることを唯一の目的とするものであつて、若し敵國を屈伏せしめることに失敗せんか、自國は其存立をすら危くせられるかも知り難いのである。従つて、一度戰爭が開始せらるゝや、敵國を屈服せしむるに最も有效なる方法が講ぜらるゝことは想像するに難くない。この故に、苟くも國際條約或は國際慣習法により明瞭に禁止せられざる限り、凡ての手段を以て敵國と交戦し得るものであると云はねばならない。この點に關する既述のイッタ教授の見解は正當である。翻つて空戰を全面的に禁止した國際法規が存在するや否やといふに、空戰のある種の方法の禁止(例へばヘーグ平和會議の規定の如き)は存在するが、空戰其ものを禁止する旨の國際法規は存在しない故に、空戰は現行國際法によつては默認せられたものと解するか、或は少なくとも現行國際法の放任せるものであると解せねばならない。元來合法とは、これを狹義に解すれば、言ふ

までもなく、法の規定する條件に合致することである。従つて、空戦の認否につき何等の規定なき現行國際法規に、空戦が合致するや否や、即ち空戦は合法なりや否やは、合法の意味を狹義に解すれば、少なくとも理論上に於ては不當の觀がある。合法なる言葉は廣義に使用せられることがある。廣義に於ける合法とは、法によつて課せられた義務に違反しないことである。即ち法の命ずるところ、或は法の禁止するところに違反せざるものを合法と稱ぶのである。これを交戦法規の實際について考へるならば、禁止せられた交戦手段を行ふ場合は、勿論不法であるが、國際法により明示的に禁止せられ或は承認せられざるもの、即ち國際法の放任せるものは、合法の意味を廣義に解するならば、合法の觀念中に包含せられるものであつて、従つて、この意味に於て、「空戦は合法なり」と云ふも誤りではなからう。

更にこれを實際的見地よりするも、世界大戦中に於ては交戦國が盛んに航空機を使用したことは顯著な事實であるが、各國は航空機使用に對して國際法違反なりとの非難は與へなかつた。大戦中各國が相互に非難したことは、主として、陸戦の法規慣例に關するヘーグ條約第二五條の規定を中心とするものであつた。この事實を以てしても、戰爭に航空機を使用することは、違法と認められず、たと、或種の使用方法のみが違法とせられたことは明かである。更に溯つて、操縦し得る航空機が

最初に戦争に使用せられたとき、即ち一九一一年の伊土戦争に於て、イタリア軍が通信、偵察、爆撃等に飛行機を使用した際に、トルコ政府はイタリアに對して抗議したが、其抗議たるや、航空機の使用に對する抗議ではなくて、無防守の都市、村落、病院、非戦闘員等に對して爆撃を加へたとの理由に基くものであつた(49)。これ等の事實を以てしても、空戦は一定の制限の下に於て合法であることが、國際慣習法として確立せられたと觀るのは尙早であるかも知れないが、少なくとも、國際法上明確なる禁止の成立せざる限り、戦争に於て航空機の使用を禁止し得ないことは疑ひの餘地はない。

法理論による結論は以上の如くであるが、又一方に於て、兵器としての航空機の威力を解する者は、少なくとも現行國際法の下に於て、戦時に於ける航空機使用禁止論は、スペイト教授の切言してゐる如く「この位美しい夢はない」ことを自覺しないわけに行かぬであらう(50)。然し、吾々が立法論を唱へるならば、其結論は自ら別である。

(24) H. Pohl, *Luftkriegsrecht*, 1924, S. 6.

(25) 會議の要綱を譯し、Ernest Lémonou, *La seconde conférence de la paix*, 1912, p. 333 et suiv.; Higgins, *The Hague peace conference*, 1909; Scott, *The Hague peace conferences*, 1909, 2 Bde.

(26) A. Rolin, *Le droit moderne de la guerre*, T. II, 1921, p. 403-6; Garner, *La réglementation internationale de la guerre*

(530)

aérienne (R. G. D. I.) 1923, p. 382; K. Volkman, *Internationales Luftrecht*, 1930, s. 117-8; Mérigonac, *Le domaine aérien privé et public et les droits de l'aviation en temps de paix et de guerre* (R. G. D. I.) 1914, p. 225-26.

(N) Volkman, *op. cit.* S. 119-20.

(R) A. Henry-Cottanier, *Légitimité de la Guerre Aérienne*, 1925, p. 1-2.

(S) *Ibid.*, p. 10.

(T) *Ibid.*, p. 12-16.

(U) *Ibid.*, p. 25-26.

(V) *Ibid.*, p. 35.

(W) *Ibid.*, p. 64-65.

(X) *Ibid.*, p. 71.

(Y) *Ibid.*, p. 81-82.

(Z) *Ibid.*, p. 85.

(A) *Ibid.*, p. 89.

(B) *Ibid.*, p. 98.

(C) *Ibid.*, p. 105.

(D) *Ibid.*, p. 116.

(E) *Ibid.*, p. 127.

(F) *Ibid.*, p. 150-51. J. de Louter, *Le droit International public positif*, 1920, T. II. P. 368 et suiv.

- (47) *Ibid.*, p. 204.
- (48) *Ibid.*, p. 207. 「一九三三年、ノルマンに於ける國際航空委員會の會議に於て、航空法規に關する詳細な提議を提出し、その Pohl, Luftkriegsrecht, S. 18. 参照。」
- (49) Henry-Cotannier, op. cit. p. 218; Garner, *International Law*, 1925, p. 175.
- (50) Henry-Cotannier, op. cit. p. 221-22.
- (51) *Ibid.*, p. 233-34.
- (52) 人道と道德律を法として評價する意義の點を以て、この「ノルマン」を觸れなむ。
- (53) Garner, *International Law*, 1925, p. 172.
- (54) Spaight, *Air Craft in War*, p. 3. 又、Henry-Cotannier, *Éléments créateurs du droit aérien*, 1929, p. 208-12 参照。