



## 内戦に適用される国際人道法

### 序 内戦に適用される国際人道法の形成

国際人道法は、対等な交戦資格 (*facultas bellandi*) を持つもの同士の対等平等な関係において適用される性質を持つ。内戦において、この仕組みに組み込む制度が反徒<sup>(1)</sup>の「交戦団体承認」であった。しかし、第三国がこれを行う場合とは異なり、既存政府がこれを行うことは自らの政府としての地位を否定する背理であり、人道法の適用という人道目的においてはいかに望ましくても、正式に用いられることはほとんどなかった。

他方で、反徒が既存政府に対抗しうるほどの組織・勢力を有するようになると、政府は反徒の構成員を単なる犯罪者として処置することは、実際上困難となり、両者の間には、事実上、戦争法を適用する実行が見られるようになる。但し、このことを政府が正式に認めることはほとんど無い。

内戦への人道法適用は、1949年ジュネーヴ4条約共通第3条において新たな展開を見せる。国際紛争に適用される国際慣習人道法全体の適用というアプローチから、ジュネーヴ諸条約の原則規定（特に、交戦資格の承認を含まない）のみの適用というアプローチを採用するのである。しかしそれでも諸国の既存政府は、武力紛争の存在を否定することにより、この共通第3条の適用も公式には認めようとしなかった。

ところで、第二次大戦後に植民地からの独立戦争が大きな問題として登場する。ヨーロッパによる非ヨーロッパ支配を清算する「植民地の独立」は、平和裏に行われることも多かったが、武力闘争を経ることも珍しくはなかった。従来 of 伝統的な国際法の考え方からすれば、本国政府に支配される植民地は当該国家の一部であり、従って、そこからの分離独立を目指して闘われる武力紛争は典型的な内戦の一カテゴリーであるとされた。しかし、このような捉え方に対して、植民地地域の人民は自らの政治的地位を決定できる自決権を有する主体であり、ヨーロッパの本国とは別個の国際的地位を持つ主体であって、従って、この「民族自決紛争」は国際的な武力紛争である、との主張が国際社会の中で徐々に高まり、そして、実質的に植民地の清算がほぼ完了する時期の1977年の追加議定書（第一議定書第1条4項）においてこの位置づけが認められることとなる。

他方、このように、民族自決紛争が国際紛争に位置づけられることによって、「内戦」に適用される国際人道法の拡充を目的とした1977年の第二議定書は重

要視されなくなってしまう。追加議定書作成の外交会議で委員会採択段階よりも大幅に簡略化されてやっと成立したが、植民地独立紛争の国際化を熱烈に支持したアジア・アフリカ新興諸国にとって、自国内の民族紛争において第二議定書を適用しようという積極的な意識はなかった。この1977年の追加議定書成立後しばらくは、内戦への国際人道法適用についての国際的な熱意は遠ざかる。このことを端的に示すのが1980年の特定通常兵器使用禁止制限条約である。この条約が1980年に成立した時においては、民族解放戦争への適用規定（基本的に1977年議定書に準拠する）がある一方で、内戦への適用条項はなかったのである。

この状況が変化してくるのは、1990年代初めの冷戦終結以後である。

内戦に適用される国際人道法に関して決定的なインパクトを与えたものが、1992年に始まる旧ユーゴ紛争（1993年ICTY設置）と1994年のルワンダ紛争（1994年ICTR設置）である。冷戦終結後、米ソ間の軍事対決や代理戦争が世界の表舞台から退く一方で、民族対立・宗教対立そしてそこに絡まる領域紛争を原因とする「内戦」が世界の耳目を引くに至るのである。そこではジェノサイドや人道に対する罪への対処の必要性が認識されるとともに、「内戦に適用される国際人道法」の適用による対処も必要であると感じられるようになってきた。その結果、条約規定としての「内戦に適用される国際人道法」について再びその重要性が認識され、1996年の特定通常兵器使用禁止制限条約地雷議定書改正、2001年の特定通常兵器使用禁止制限条約改正、1999年武力紛争文化財保護条約第二議定書等につながるが、中でも重要なのが1998年国際刑事裁判所規程第8条の内戦についての部分である。内戦に適用される国際人道法の違反が、「国際法上の戦争犯罪」として、個人に対しての刑事処罰の根拠となった。極めて多くの国の参加する条約においてこれが明確に規定されたのである。

この「内戦に適用される国際人道法」について、ICTY/ICTRの判例の蓄積によって、学問的に大きな進展を見ることとなる。これまで、国際裁判所において国際人道法の解釈・適用がなされることは、極めて稀であった。ニュールンベルク・東京のふたつの「国際軍事裁判所」において「通例の戦争犯罪」としてドイツおよび日本の指導的地位にあった者に対して戦争法に基づく刑事裁判が行われたが、ICJ/PCIJあるいは仲裁裁判において戦争法の適用がなされた例は稀である。インド・パキスタン紛争における捕虜の送還をめぐる問題がICJに訴えられたが、管轄権の有無が判断される以前に取り下げられた。ICJコルフ海峡事件では人道の原則にわずかに触れられただけである。ICJ/PCIJにおいて人道法の問題に正面から取り組んだ判決としてニカラグア事件はその稀な存在であった。ICTY/ICTR設置以後、上記のような傾向の変化も見られる。例えば、2005年のICJ判決（コンゴ領域における武力行動事件）においてウガンダ

の国際人道法の違反が取り上げられている。勧告的意見においては、核兵器の威嚇・使用意見及びパレスチナの壁意見において、人道法の問題がかなり検討されている。

ICTY/ICTRの判例、特にその中でも先例的価値の高いICTY Tadic事件諸判決において、内戦に適用される国際人道法の違反が国際法上の戦争犯罪として性格づけられたこと、反徒が外国軍化する場合の条件を明確にしたことなどは、ICTY/ICTR内にとどまらずその後の条約作成さらには学問体系に大きな影響をもたらした。

本稿においては、これらの最近の動きをも取り入れながら、「内戦に適用される国際人道法」の法構造をいくつかの側面から明らかにすることを試みるものである。

序 内戦に適用される国際人道法の形成	1
第1章 国際的武力紛争と内戦の区別の意味	4
第2章 内戦における「武力紛争の存在」と当該行為との関連性	25
第3章 内戦に適用される国際人道法「条約」の反徒に対する拘束性	66
第4章 内戦に適用される国際人道法の違反に対する処罰	96
第5章 内戦の国際化と国際人道法	132
第6章 政府と反徒の間の人道法適用合意	176
補章 民族解放戦争の国際化	202
結び 内戦に適用される国際人道法の法構造——本稿の要約と課題——	226

(1) 一国内において既存政府の武力による転覆や当該国家からの武力による分離独立などを目的として、既存政府に対抗できるほどの実力を有するに至った組織を意味する。国際法学上、必ずしも確立した用語ではない。「反徒（叛徒）」のほか、「反徒団体」「反乱者」「反乱団体」等の表現も使用されている。英語においても“insurgent”のほか、“rebel”、“insurrectional movement”、“armed opposition group”なども使用される。

## 第1章 国際的武力紛争と内戦の区別の意味——国際人道法の適用における「武力紛争の存在」——

「国際人道法」の名称で呼ばれる国際法の一分野は、国際的武力紛争に適用される国際人道法と、内戦（非国際的武力紛争）<sup>(1)</sup>に適用される国際人道法との二元的構成を有している。国際的武力紛争に適用される国際人道法としては、1907年ハーグ陸戦条約や1949年ジュネーヴ4条約・1977年第1追加議定書などに代表される諸条約及び国際慣習法があり、他方、内戦に適用される国際人道法には1949年ジュネーヴ4条約共通第3条及び1977年第2追加議定書などの条約規則と国際慣習法が存在し、それぞれが別個の適用条件・別個の法内容を持っている。国際人道法は、武力紛争における戦闘手段・方法の制限や武力紛争犠牲者の保護を目的とし、不必要な破壊・殺戮を禁止し、紛争犠牲者に対する人道的取り扱いを規定するものであるから、このような二元的構造は不必要なものとも思われ<sup>(2)</sup>、特に、内戦における人道法規内容の少なさに疑問が持たれる。

国際法は、もともと国家間の法として成立してきたものであるから、伝統的に人道法も当然に国際的——すなわち国家間の——武力紛争に適用されるものと認識されてきた。しかし、特に第2次大戦後の国際社会における国際人権法の発展は、国際法が当然に国家間の法であるという認識の再検討を促しており、実際、国際人道法の分野においても内戦に適用される国際人道法の条約規定が作成されてきている。最近ではこの国際紛争に適用される人道法と内戦に適用される人道法との区別が減少しつつある、とも述べられる<sup>(3)</sup>。内戦における人道法規内容の少なさは、その歴史の浅さから生じているのであって、やがて両法体系は一元化することになるのであろうか。現在の「国際的武力紛争に適用される国際人道法」はなぜ「国際的武力紛争」にのみ適用され、「内戦（非国際的武力紛争）に適用される国際人道法」はなぜ内戦にのみ適用されているのであろうか。この「国際的武力紛争」とは何を意味しているのか。そして「内戦（非国際的武力紛争）」とは何を指しているのか。本章は、この両法体系の適用条件の「武力紛争の存在」——「国際的武力紛争」と「内戦（非国際的武力紛争）」——の意味を明らかにすることにより、国際人道法、特に内戦に適用されるそれ、の望ましい発展方向を探っていきたい。

### 第1節 「国際的武力紛争」の存在

#### I 1949年ジュネーヴ諸条約共通第2条

国家間で適用される国際人道法の法規には、武力紛争の存在しない時から適用されるものと、武力紛争が存在する場合にのみ適用されるものがある。1949年ジュネーヴ諸条約共通第2条は、

「平時に実施すべき規定の外、この条約は、二以上の締約国の間に生ずるすべての宣言された戦争又はその他の武力紛争の場合について、当該締約国の一が戦争状態を承認するとしないとを問わず、適用する。

この条約は、また、一締約国の領域の一部又は全部が占領されたすべての場合について、その占領が武力抵抗を受けると受けないとを問わず、適用する。」<sup>(4)</sup>

と規定する。「平時に実施すべき規定」には、例えば、捕虜条約の第127条乃至第129条、文民条約の第144条乃至第146条などが含まれると思われるが、1949年ジュネーヴ諸条約のほとんどの規定は「二以上の締約国の間に生ずる武力紛争の場合」に適用されることを前提にしている。1907年の「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」では、前文中に「兵力ニ訴フルコトアルヘキ場合ニ付」との文言が見られるが、条約の適用に関する条項はない。従来条約では、適用条件についての規定は置かれなかったが、戦争が宣言されない場合や相手政府の不承認などにより戦争状態が否定される場合にも人道法条約は適用されることを明確にする必要性から、上記の規定が入れられたのである<sup>(5)</sup>。この点に関連して、1982年のフォークランド紛争の際のイギリス首相の発言がしばしば引用される<sup>(6)</sup>。サッチャー首相は、イギリス下院でアルゼンチン捕虜の送還について質問された際、「彼らは捕虜ではない。我が方とアルゼンチンの間には戦争状態は存在していない。彼らは捕らわれの者(prisoners)であり、できるだけ早く送還されるであろう。」と答えた<sup>(7)</sup>。この時いずれの国も伝統的な方式で他方に対して戦争を宣言していなかった<sup>(8)</sup>が、そのことと国際人道法の適用とは関係しないはずである。実際、この「誤って述べられた」<sup>(9)</sup>「恐ろしい間違い」<sup>(10)</sup>は、国防省の声明によってすばやく訂正されている<sup>(11)</sup>。

それではこの「武力紛争」とは何を意味しているのであろうか。赤十字国際委員会発行のジュネーヴ条約の解説書では、次のように説明される。

「この条約は、事実上敵対行為が開始された時から適用される。2国又はそれ以上の締約国間に武力紛争があれば、この条約は、自動的に実施される。そこで「武力紛争(armed conflict)」はいかなる意味をもつかが問題となる。……2国間に紛争が生じ軍隊が介入するに至るようなものは、たとえ交戦国の一方が戦争状態の存在を否認するも、第2条の意味する武力紛争である。紛争がどの程度長期に及ぶか又はどの程度の殺戮が行われるかは何も差別を生じない。……

もし紛争の結果ただ1人の負傷者があった場合にも、その負傷者が収容され手当を受ければ、この条約は適用され、この場合には第12条の規定が遵守され、その者の識別はその者の属する国に通知される。」<sup>(12)</sup>

この説明において、人道法適用における「武力紛争」の概念は、①敵対行為の存在という事実上の概念であり、②敵対行為のレベル（戦闘の規模・激しさ、あるいは時間的継続性）は関係ない、と理解されている。Provost は、この共通第2条について、「適用の敷居は極めて低くされ、人道法が軍事活動の犠牲者に対して何らかの保護を与え得るようなすべての状況を含むよう明らかに意図されている。」とし、30分の戦闘でも、航空機一機の墜落でも人道法によって規律される武力紛争である、とする<sup>(13)</sup><sup>(14)</sup>。ICTY Tadic 事件（管轄権）上訴裁判部判決ではこの武力紛争の概念について、「武力紛争は、国家間における武力の行使が存在する場合、あるいはある国家内で政府当局と組織的武装集団との間において又はそのような武装集団の間において長期の武装的暴力が存在する場合、に存在する。国際人道法は、そのような武力紛争の最初から適用され、全般的な和平の締結が達成されるまでは敵対行為の終了後にも及ぶ。国内紛争の場合においては、平和的解決が達成されるまでは及ぶ。この時までには、国際人道法は、交戦国の全領域において適用され続ける。国内紛争の場合には、当事者の支配下にある全領域において適用され続ける。実際の戦闘がそこで生じているかどうかは関係がない。」<sup>(15)</sup>と述べており、国家間の武力紛争については長期間の必要性がない、と認めなくてはならない<sup>(16)</sup>。このように、国家間の人道法適用対象となる「武力紛争」は、ほとんどその敵対行為のレベルの高さが求められていない<sup>(17)</sup>。

1977年ジュネーヴ諸条約第1追加議定書第1条3項では、「この議定書は、戦争犠牲者の保護に関する千九百四十九年八月十二日のジュネーヴ諸条約を補充するものであり、同諸条約のそれぞれの第二条に共通して規定する事態について適用する。」<sup>(18)</sup>と規定し、1949年ジュネーヴ諸条約共通第2条の適用条件をそのまま踏襲している。この共通第2条への言及について何ら論議はなく<sup>(19)</sup>、赤十字国際委員会発行の第1追加議定書の解説書でも、「人道法は軍隊の使用を含む2国間のいかなる紛争にも適用される。その紛争の長さもその密度も関係がない」<sup>(20)</sup>として、1949年諸条約共通第2条における説明を繰り返している。

他方、この点に関連し、イギリスが1977年ジュネーヴ諸条約第1追加議定書の署名に際して行った宣言の中に、次の条項がある。

「(a) 第1条に関して、「武力紛争」ということばそれ自体が、この文脈において、諸条約あるいは議定書がある所与の事態に適用される前に存在しなければならないある水準の軍事活動の密度を、意味するものである。そしてこの密度

の水準は、第2議定書第1条によって国内的紛争に対するこの議定書の適用のために求められている水準よりも、低いものではありえない。」<sup>(21)</sup>

この第1条についての解釈は、特に第1条4項の「民族解放戦争」への適用を念頭においていると思われる<sup>(22)</sup>が、この宣言の表現上も外交会議でのイギリス代表の説明<sup>(23)</sup>でも、「伝統的な国家間紛争の部類」にも適用される解釈であるとされた<sup>(24)</sup>。一方、イギリス議会での政府の説明では、「イギリス政府は、このことに関連して、イギリスの了解——「武力紛争」ということばは軍事活動の高いレベルの強度を含意しているという了解、そして、第1議定書を援用しようとするいかなる民族解放運動団体によっても満たされなければならない諸条件についての了解——を解釈宣言の方法で公式に記録に留めることが望ましいと考えた。北アイルランドにおいてもまた連合王国の他のいかなる場所においても、いずれの議定書についてもその適用のために定められた基準を満たす事態は存在しない。また、連合王国内で活動しているテロ組織で、第1議定書のもとでの諸権利を主張する資格を有するために民族解放運動団体が満たさなければならない諸条件を満たしているものは、存在しない。したがって、IRAあるいは平時にテロ活動を行う他のいかなるものについても、いずれの議定書のいかなる規定も、これらを利するという問題は存在しない。」<sup>(25)</sup>と答弁されており、明らかに「民族解放戦争」への適用を懸念しての了解であることをうかがわせている。そして、イギリスの1998年1月28日の批准時になされた宣言においては、「武力紛争」ということばの解釈は、「民族解放戦争」への適用についての文脈で、かつ別の表現で述べられることになった。

#### 「(d) 第1条4項及び第96条3項について

「武力紛争」ということばは、それ自体そしてその文脈において、テロ行為——協同してなされようと単独でなされようと——を含む通常犯罪の行使によっては構成されない種類の状況を指す、ということが連合王国の了解である。

第1条4項の適用される形態の武力紛争に従事する人民を真に代表する当局たる機関によってなされたものであると連合王国が明示的に認めない限り、自ら関与するいかなる事態についても、第96条3項のもとでなされる旨のいかなる宣言にも連合王国は拘束されるものではないと考える。<sup>(26)</sup>

やはりこのイギリスの宣言は、第1追加議定書第1条4項の適用に関して、テロ活動などの通常犯罪がここに含まれることはない旨述べられたものであると思われる。しかし、「第1条4項の適用される形態の武力紛争に従事する人民を真に代表する当局たる機関」によってなされる武力の行使であるならば、本来、その武力紛争のレベルに関係なく第1追加議定書が適用されなければならない

ない<sup>(27)</sup>。民族自決権を行使する人民は国家と対等な交戦資格を持つ、ということが前提だからである。このイギリスの宣言は、国家以外の団体に交戦資格を容易に認めたくない、との諸国一般の意識を示すものである。このことは内戦の反徒に対する既存政府の態度に如実に表れる<sup>(28)</sup>。

## II 「国際的武力紛争」の概念

上述のように、人道法の適用対象たる「国際的武力紛争」は、2国又はそれ以上の国家間に敵対行為が事実上存在している紛争で、その敵対行為のレベルは関係しない、と理解されている。ここでは、このように観念される法的構造を明らかにしたい。

最終的権力主体たる国家は、自己保存のための軍隊を持っている。持つ義務はないが、ほとんどの国はそれを必要と考え、そして事実保有している。このことから「国家は軍隊を持つ権利を有する」との国際慣習法が生じる。国家はその大小・強弱を問わず法的形式的に対等なものと観念され、条約の締結、外交使節団の派遣・接受、あるいは紛争解決のための国際裁判など、対等な形で行うものと考えられ実行されてきた。そしてこのことは、国家間の平和的な関係においてのみならず、武力の行使においても国家は法的に対等なものと位置付けられる。これは武力行使の原因・正不正を問わない（無差別戦争観）、という意味ではない。戦争違法化の中で一方の国家が違法な武力の行使を行っていると認識される場合においても、国家の武力行使は「正規の」武力行使であり、非は敵国にあるとしながらも敵は自己と対等な性質を持つ「国家」であり、そのようなものとして戦われる。国際法上違法な武力行使の責任は紛争終了後に追及されるべきであるが、現在進行中の武力行使は対等なもの同士の戦いである、と観念される。このように武力の行使を行う国家（交戦国）は、交戦資格（*facultas bellandi*）<sup>(29)</sup>を持つ。国家は武力を行使する「資格」を国際法上有するのであり、その国家の軍隊に属する戦闘員は合法的に戦闘行為に参加できる。国家による武力の行使は、たとえ国際法上違法な目的であろうとも、国際社会における対等な構成員による行為と認められ、その上で当該武力行使の国際法上の合法性が問題とされる。そして他方 *jus in bello* のレベルにおいて、その戦闘に勝利するために必要な武力の行使は認められるが、その目的達成に必要な破壊・殺戮が禁止される。これが *jus in bello* と *jus ad bellum* の分離である。したがって、国家が何らかの目的で他国に対して武力を行使する場合に、この *jus in bello* が適用されるのであり、その用いられる武力のレベルを問う必要はない。国家は国家であることから当然に交戦資格を持ち、他

国と対等に武力を行使する資格を持つ団体であると国際社会全体において承認されている。国家が国家の意思として他国に対して武力を行使するならば、それは対等平等な国家間の行為であり、その戦闘目的に必要な行為であれば *jus in bello* のレベルにおいて合法とされる。そして他方で、*jus ad bellum* のレベルでは違法な武力行使についての国家責任さらには国家指導者の個人的刑事責任が問われうることになるのである。

このように、「国際的武力紛争」の概念は、その当事者の国家性、あるいは国際法上の交戦資格保有団体としての性質に基づいており、武力紛争のレベルに基づくものではない。「国家責任の規則にしたがって国家に帰属するいかなる武力の使用も、国際法上、戦争法規の適用を生じさせる。<sup>(30)</sup>」

ところで、この国家間の人道法の適用に関して、武力紛争のレベルとの関係で、特殊部隊の派遣という問題を想定しうる。すなわち、ある国が対立関係にあるけれども表面上平和的な関係を維持している他国に対して小規模の部隊を潜入させ、ごく限定的な目的で軍事施設の破壊などの活動を行う場合である<sup>(31)</sup>。このような活動に対しても国際人道法が適用され、当該兵士が戦闘員の資格要件<sup>(32)</sup>を満たすならば、合法的戦闘行為として扱われるのか、という問題である。特に、特殊部隊派遣国は当該兵士が自国軍隊構成員であることを否定したり、あるいはそれを認めても政府の方針とは関係なく個人の行為としてなされたとして、国家の行為であることを否定する可能性もある。このような場合、被攻撃国としては、もし当該兵士が本国からの任務に基づくものではないと判断するならば、通常の犯罪行為として取り扱うことになり、そうではなく本国からの任務に基づく行動であると判断するならば、当該行為については合法的戦闘行為として認めた上で、その特殊部隊派遣国の国際法違反（違法な武力の行使）の責任を追及すべきこととなる。この問題の要点は、武力紛争のレベル（強度）ではなく、当該行為の帰属主体である。国家に帰属する武力行使はどんなに僅かなものでも国際人道法の適用対象となるのである。<sup>(33)</sup>

国際人道法の適用は、国家間での武力行使に伴い当然に発生するものであり、このことと当該国家間の政治的対立あるいは紛争の早期解決の努力とは、厳密に分けて考えなければならない。国家間で小規模でも武力行使が発生すれば、国際人道法は当該武力行使に法的に当然に適用されるが、両国政府の意思として全面的な戦争に発展させるのではなく早期に武力行使を終結させ平和関係の回復を図ろうとするならば、政治的には「戦争ではない」として、できるだけ大袈裟にせず事態の收拾に取り組まれるだろう。その際、「戦争ではない」ことが強調されるあまり、人道法の適用もないかのごとく誤解されやすい。国家を代表する政治家自らそのような誤解をすることすらある<sup>(34)</sup>。しかし、このような紛争收拾のための政治的言説と人道法の法的適用はあくまでも区別して

考えるべきであると思われる。

また、国際人道法上の武力行使の制限の他に、様々の国際法上国内法上の、あるいは政治上軍事上の武力行使制約事由があり得る。例えば、国連の伝統的PKOにおいては、その非戦闘的性格から武力の行使は大きく制約される。また、海外の自国民救出活動のように武力行使の目的が限定される場合には、当然、法的政治的に武力行使の範囲・様態も大きく限定されてくる。しかし、それらの場合に、国際人道法の適用がないというよりも、国際人道法上の制約が存在する上に、さらに他の国際法上国内法上そして政治上軍事上の制約があるものと考えられる。国際人道法上の武力行使の制限は、国家間の全面戦争においても遵守されるべき最低基準の制約であり、限定的な目的での小規模の武力行使の際の政治的・軍事的・外交的考慮から派生する制約原理を持っていない。従って、このような制約原理を取りこんだ基準が他方で必要となり、MOOTW<sup>(35)</sup>や、ROE(Rules of Engagement)<sup>(36)</sup>という概念が作られているのである。

## 第2節 「内戦（非国際的武力紛争）」の存在

### I 「内戦」の概念

内戦とは、基本的に、国内での既存の政府とそれに対抗する反徒の間の武力紛争を意味する<sup>(37)</sup>。既存の政府は、当該国家を代表するものとして国内的・国際的に認められており、国内における行政権——特に、既存の秩序を維持するための強制力の行使——を独占し、また、国際的には当該国家を代表して行動する資格を保有している。前述<sup>(38)</sup>のとおり、国家は交戦資格（*facultas bellandi*）を持つが、既存の政府はこの資格を実際に行使して国家としての武力の行使を国際的に行う能力を有するのである。このように、既存の政府は国内法的・国際法的に武力を行使する資格・能力を有する。一方、反徒の団体は国内的にも国際的にもそのような資格・能力を当然には認められない。武力により既存の政府に取って代ったり、武力により分離独立を企てる行為は、通常、国内法的には犯罪行為として扱われる。国際法上このような反徒の行為は犯罪とはされないが、反徒が何らかの国際法上の権利を当然に有するものでもない<sup>(39)</sup>。反徒が既存の政府に勝利して、事実として、新政府となったり、新独立国となった場合に、他国からの承認により国際法的にそれらが確認されるにすぎない。したがって内戦において既存の政府は、国内法上の正統性を背景に、秩序維持機能の行使として、反徒による武力行使を国内法上の犯罪として対処するのであり、そこには国家間の武力行使のように対等平等な両者間の武力行使の

観念は存在しない。但し、理論的には、既存の政府から「交戦団体承認」を受ければ、反徒の団体は外国国家と同様に交戦資格（*facultas bellandi*）を持つことになり、国家間と同じ国際人道法（慣習国際法）が適用されることになるが、実際にこの制度が用いられることはほとんどない<sup>(40)</sup>。

ところで、ある国家の中に内戦が生じ、反徒が国家領域の一部を実効的に支配するなどして既存の政府に対抗しうるほどの勢力を持つに至れば、政府と反徒との間の武力紛争は警察と犯罪者の間の関係と言うよりも、実際には国家間の武力紛争に類似した状況が生じてくる。その一方で、既存政府の政府としての正統性に疑念が生じている、ともいいうる<sup>(41)</sup>。このような事態に直面した既存の政府は反徒を対等な交戦者として認めないどころか、内戦の存在そのものすら公式には認めようとしないうる傾向にある<sup>(42)</sup>。既存の政府が、政府としての権威・正統性に疑問が生じることを恐れるのである。このように、内戦において既存政府は、実際上の必要性から反徒を交戦者として事実上扱うことはあっても、公式の立場では内戦の存在そのものを否定する、ということが少なくない。つまり、実際の行動と公式の立場に大きな乖離が存在することが珍しくない。このことが内戦に適用される国際人道法の検討を困難にするひとつの大きな要因となっている。

では、国際人道法の適用対象となる「内戦」とはいかなる事態であるのか。人道法条約ではその適用範囲——つまり、当該条約の適用対象たる内戦の定義——はどのように定められているのか。次節でまずこの点を見ることとしたい。

### II 内戦に適用される国際人道法条約規則

内戦に適用される国際人道法の条約規則としては、1949年ジュネーブ諸条約共通第3条、1977年第2追加議定書、武力紛争の際の文化財の保護のための条約第19条<sup>(43)</sup>、1999年武力紛争の際の文化財の保護のための条約第2議定書第22条<sup>(44)</sup>、特定通常兵器使用禁止制限条約地雷、ブービートラップ及び他の類似の装置の使用の禁止又は制限に関する議定書（千九百九十六年五月三日に改正された議定書）第1条2項<sup>(45)</sup>、特定通常兵器使用禁止制限条約2001年改正第1条<sup>(46)</sup>、国際刑事裁判所規程第8条2項(c)(d)(e)(f)、3項<sup>(47)</sup>等があるが、これらの条約規定において、当該条約の適用される内戦の定義は一様ではない<sup>(48)</sup>。1949年ジュネーブ諸条約共通第3条においては「締約国の一の領域内に生ずる国際的性質を有しない武力紛争の場合には、各紛争当事者は、少なくとも次の規定を適用しなければならない。<sup>(49)</sup>」と規定されるだけであるが、1977年第2追加議定書には、その事項的適用範囲について第1条にかなり詳細な規定

がある。

「第1条（適用範囲） 1 この議定書は、千九百四十九年八月十二日のジュネーヴ諸条約のそれぞれの第三条に共通する規定をその現行の適用条件を変更することなく発展させかつ補完するものであり、千九百四十九年八月十二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）第一条の対象とされていない武力紛争であって、締約国の領域において、当該締約国の軍隊と反乱軍その他の組織された武装集団（持続的にかつ協同して軍事行動を行うこと及びこの議定書を実施することができるような支配を責任のある指揮の下で当該領域の一部に対して行うもの）との間に生ずるすべてのものについて適用する。

2 この議定書は、暴動、独立の又は散発的な暴力行為その他これらに類する性質の行為等国内における騒乱及び緊張の事態については、武力紛争に当たらないものとして適用しない。<sup>(50)</sup>」

この共通第3条の適用範囲と第2議定書の適用範囲は同じではなく、後者のほうがいっそう狭いと一般に解されている<sup>(51)</sup>。しかし、国際的武力紛争の場合とは異なって、条約規定の適用される内戦が存在するためには一定レベル以上の「武力紛争」の「強度」（敷居）が必要である、と考えられている点では変わらない。この点について、「暴動、独立の又は散発的な暴力行為その他これらに類する性質の行為等国内における騒乱及び緊張の事態については、武力紛争に当たらないものとして適用しない。」旨明文で規定されることも多いが<sup>(52)</sup>、1949年ジュネーヴ諸条約共通第3条のようにそのような明文の規定の含まれない場合でも、そのような事態には適用されないと解釈されている<sup>(53)</sup>。本章Iで見たように国際的武力紛争の場合には人道法の適用において武力紛争の強度は求められないのに、内戦の場合にはなぜこれが必要とされるのであろうか。

『武力紛争』ということばは、国際紛争の場合と非国際紛争の場合とは、厳密に同じように理解されてはいない。<sup>(54)</sup>」のはなぜなのか。以下でさらに分析したい。

### III 「内戦に適用される国際人道法」適用の「敷居」存在の意味

#### <1> 「内戦に適用される国際人道法」の原理的理解——二つのアプローチ——

「内戦に適用される国際人道法」は、本質的にどのような性質を持つものな

のか。その理解には、原理的に、二通りのアプローチが存在する。国際紛争に適用される伝統的な国際人道法のアプローチと、そして、国際人権法（プラス国際刑事法）のアプローチである。前者は、政府及び反徒の団体をそれぞれ交戦資格を持つ平等対等な交戦者と位置付け、その両者の間の「敵」と「味方」の関係において、互いの利益のために適用されるルールにとらえる。後者のアプローチは、反徒の団体を政府と対等な当事者とは認めず、政府が自国の秩序維持のための行動をとる際に、過剰な措置とはならないよう確保し、また、国内法の違反者である反徒の構成員について刑事手続き上の人権保護を規定すると同時に、残虐行為を行なった者に対する個人的刑事責任追求の国際法的根拠を与えるものである。

前者のアプローチは、典型的には交戦団体承認制度においてとられるものであるが、既述の通り、既存政府による交戦団体承認はほとんど行なわれてこなかった。内戦の生じている当該国内において反徒が既存政府から交戦資格を法的に認められることはほとんどないと思われる。しかし、第三国の国内裁判所や国際裁判所においては反徒の交戦資格を黙示的に前提とする方向性も考えられる<sup>(55)</sup>。他方、1949年ジュネーヴ諸条約共通第3条及び1977年第2追加議定書については、筆者は基本的にこの後者のアプローチをとるものと考えているが、諸学説においては反徒を条約の当事者として位置付けようとするものが多い<sup>(56)</sup>。

前者のアプローチをとる場合、反徒の存在は、国際社会における国家の存在のように自明のことではない。既存政府がその存在を認めないとしても、第三国の国内裁判所や国際裁判所がその存在を認める可能性はある。その際、その反徒が交戦者としての実体を有していると判断する上で、その団体の組織性、実効性等の存在が基準となるだろう。そしてこのことが、国際人道法適用のための「武力紛争の存在」の実質的意味として理解されうる。

他方、後者のアプローチをとる場合、反徒の組織としての地位を全く認めずに、ただ反徒の構成員の個人々人に対して一定の保護を与えるよう政府に対して義務づけ、同時に、人道法に違反する残虐行為を行った個人を処罰する——国内刑法にさらに加えての——国際法上の根拠を政府に与えるものであるから、反徒の組織性も実効性も必要な条件ではない。つまり、「武力紛争の存在」は、何ら必要ではないのである。

#### <2> 「内戦に適用される国際人道法」適用の「敷居」の意味

さて、実際の「内戦に適用される国際人道法条約規則」は、以上のような原



理的理解とは異なり、一方で「武力紛争の存在」を必要としながら、他方で反徒の組織としての地位を認めていない。「1949年ジュネーヴ諸条約共通第3条型」と「1977年第2追加議定書型」とで、「武力紛争の存在」という適用範囲の規定の文言に相違が見られるが、反徒が政府と対等な交戦資格を有することを前提としていない、という点で共通している。この「武力紛争の存在」及び「反徒の地位」について以下で若干敷衍したい。

まず「武力紛争の存在」について。明文上の適用範囲についての規定<sup>(57)</sup>では、「1977年第2追加議定書型」では反徒の組織性・実効性が求められており、1949年ジュネーヴ諸条約共通第3条型」ではそのような要件はない。他方、国内的な騷擾及び緊張の事態への不適用については、前者にあって後者にはないが、解釈上この事態への不適用は後者においても当てはまると考えられている。このように、適用範囲についての広狭はあるが、条約適用の前提として「武力紛争の存在」が必要とされていることには変わりがない。

諸学説において、この国際人道法の適用の前提としての武力紛争の存在の必要性は自明のこととして、それが何を意味しているかという解釈の問題のみが論じられる。そして、「反徒の組織性基準」、「政府による軍隊使用基準」あるいは「長期的暴力の基準」などが検討される<sup>(58)</sup>。しかしこれらの基準は、反徒の交戦者としての地位の承認の前提として述べられるものではない。また、内戦の生じた諸国の実行から裏付けられるものでもない。それらの国は、共通第3条にしても第2議定書にしても法的な適用をほとんど認めてこなかったからである<sup>(59)</sup>。

ICTY/ICTRの判例法においても、「武力紛争は、……ある国家内で政府当局と組織的武装集団との間において又はそのような武装集団の間において長期の武装的暴力が存在する場合に存在する」<sup>(60)</sup>、「国内的緊張あるいはテロ活動の場合と区別するために、武装暴力の長期性や関係当事者の組織性が強調される」<sup>(61)</sup>、「紛争の強度水準及び紛争当事者の組織性により武力紛争は国内的騷擾から区別される」<sup>(62)</sup>等の表現により、特に非国際的武力紛争の存在について解釈がなされている。しかしこれは人道法条約適用の前提条件の確認としてなされており、その必要性の根本的な検討までは踏み込まれない。

一体なぜこの「武力紛争の存在」が必要とされるのか。Kressは、武力紛争中になされた戦争犯罪と武力紛争とは関係なくなされた犯罪との間の質的相違を主張し、戦争犯罪の武力紛争との関連性の必要性を述べる。すなわち、その特有の危険性、国際的関心の存在、そして平和回復の阻害性などにより、「内戦の戦争犯罪は武力紛争に関係ない同様の行動に比べて本質的に悪質である」と<sup>(63)</sup>。しかし、当該行為の悪質性は個々の犯罪類型毎に、また具体的状況に照らして検討される必要性があり、Kressの議論のような一般化は疑問である。

さらに、武力紛争の存在する事態における犯罪と、武力紛争には至らない国内的騷擾・緊張状態における犯罪との間に、はたして「本質的相違」が存在するののかも疑わしい。

次に反徒の地位について。反徒側の組織性・実効性を条約の適用要件とする「1977年第2追加議定書型」においても、反徒の対等な交戦者としての資格の承認はない。実際、1977年第2追加議定書において、反徒の何らかの地位・権利を認めるような規定はいっさいなく、他方「自国に法と秩序を維持し若しくは再確立し、又は、自国の国家的統一と領土的保全を防衛する国家の主権若しくは政府の責任」が強調されている<sup>(64)</sup>。この構造において反徒の組織性・実効性を求める適用範囲の規定は、単に条約の適用される場合を限定する——つまりなるべく適用されないようにする——機能しか持っていない。また、反徒側の組織性・実効性までは求めないとしても、国内的な騷擾及び緊張の事態には適用しないと解されている「1949年ジュネーヴ諸条約共通第3条型」についても、そのような限定は単に適用される事態を狭めているにすぎない。

以上の分析から、要するに、内戦に適用される国際人道法条約規則の適用範囲に関する規定は、その条約がなるべく適用されないように適用範囲を狭める機能しか有していない、と言わざるをえない。そしてこれは、内戦に実際に直面した既存の諸政府があくまで自国内に内戦の存在を認めようとはしないことと符合する。もちろん他方で諸国は、自国と関係のない他国に関しては、内戦の人道化のために政府も反徒も人道法を遵守する必要性を一般論として認めてきたのであり、人道法の適用による内戦の残虐性の緩和を目指してはきた。しかし、この矛盾こそが実際には公式に適用され難い人道法の条約規則（内戦に適用される国際人道法条約）を作り出してきたのである。「内戦に適用される国際人道法」適用の「敷居」は、このように、反徒に交戦者として地位を認めて政府との間で人道法を相互に適用するための前提条件ではなく、当該人道法条約をなるべく適用しないための敷居——遮蔽物——として諸国によって解釈・利用されているのである。

## 1章のまとめ

国際人道法の二元性、すなわち「国際的武力紛争に適用される規則と内戦に適用される規則が異なる」という意味は、「交戦資格を互いに有する団体間の紛争に適用される規則と、一方が交戦資格を持たない団体である紛争に適用される規則が、異なる」ということである。国際紛争に適用される国際人道法は、1907年陸戦規則、1949年ジュネーヴ諸条約、1977年第1追加議定書などによ

り条約規則として（そしてかなりの程度慣習法としても）確立され、そして一国際法の他の分野に比べて実行によって成熟させられる度合いはまだ低いとしても——諸国の公式の適用による実行上のテストを受けつつ発展している、といえる。これに対して内戦に適用される国際人道法は、条約規則としての1949年ジュネーブ諸条約共通第3条や1977年第2追加議定書等があっても、諸国政府はその自国内戦への適用を公式にはほとんど認めようとせず、実際上の適用がある程度みられるにとどまる。他方、ICTY/ICTRによって「内戦に適用される人道法」が公式に適用され、その解釈において新たな発展が生じ、また、他国内戦における人道法違反を処罰する国内法の制定や、国際刑事裁判所規程に「内戦に適用される人道法」の違反も含まれたことなど、近年、この「内戦に適用される人道法」についての進展が目覚ましい。しかしこれらの国際裁判所や第3国国内裁判所における「内戦に適用される人道法」の適用と、内戦の生じている当該国自身による「内戦に適用される人道法」の適用とは同列に論じることが必ずしもできない。というのも一方で、国際裁判所や第3国国内裁判所が適用する「内戦に適用される人道法」は、本質的に両紛争当事者の交戦資格を前提とする「国際紛争に適用される人道法」である、と理解することもできると思われる。そして他方、内戦の生じている当該国が公式に適用しなければならない人道法は、反徒の団体としての権利・義務を認めない「人権法刑事法的人道法」であり（この場合「武力紛争の存在」は本来必要ではない）、そしてこの公式の枠組みとは別に、事実上——法的公式的にはなく——、政府も反徒も「国際紛争に適用される人道法」を適用することが望ましく、その履行の確保について赤十字国際委員会の実際のアプローチが有効であろう。

「内戦に適用される人道法」と「国際紛争に適用される人道法」を単一の枠組みで捉えようとする試みは、「内戦に適用される人道法」が内戦発生国政府による適用否定の傾向を強める恐れが大きい。それは、法の建前と実際との乖離を拡大させるだけである。「内戦に適用される人道法」と「国際紛争に適用される人道法」は、交戦資格の存否の違いから、別個の法体系であり、その両者の利点を用いながら現実的な法の枠組みを考えていくべきものと思われる。

(1) 本稿において、「内戦」と「非国際的武力紛争」とは概念的に区別されず、同じ意味のことばとして用いられる。

(2) 「武力紛争の分野において国家間戦争と内戦の間の区別は、人に関する限り、その意義を失いつつある。……もし国際法が、もちろん諸国の正当な利益をしかるべく守りながらも、徐々に人の保護に目を向けなければならないとすれば、前述の二分法は徐々にその重要性を失うべきことは至極当然であ

る。」ICTY Prosecutor v. Tadic Case No. IT-94-1-AR72 para.97. (*International Law Reports* Volume 105 (1997), p.505. *International Legal Materials* Vol.35 No.1 (1996) p.63)

(3) *Ibid.*

(4) 大沼保昭、藤田久一 編集代表『国際条約集 2002年版』（有斐閣、2002年）664頁。

(5) 榎本重治、足立純夫 共訳『ジュネーブ条約解説I』（朝雲新聞社、昭和48年）25-27頁。したがって、この共通第2条の規定は人道法条約に新たな要素を導入するものではなく、「あらゆる疑いを避けるため」の規定である。

(Hilaire McCoubrey, *International Humanitarian Law: modern developments in the limitation of warfare (Second Edition)*, (Ashgate, 1998) pp.60-63.)

(6) Hilaire McCoubrey, *International Humanitarian Law: modern developments in the limitation of warfare (Second Edition)*, (Ashgate, 1998) p.60., Edward Kwakwa, *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, (Kluwer, 1992) p.44., L.C.Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, (Manchester U.P., 1993) p.69., Peter Rowe, *Defence: The Legal Implications: Military Law and the Laws of War*, (Brassey's, 1987) p.141., 真山 全「ジュネーブ諸条約と追加議定書」『日本と国際法の100年 第10巻 安全保障』（三省堂、2001年）172頁。

(7) Hilaire McCoubrey, *International Humanitarian Law: modern developments in the limitation of warfare (Second Edition)*, (Ashgate, 1998) p.60.

(8) *British Yearbook of International Law* 1982 p.519.

(9) Peter Rowe, *Defence: The Legal Implications: Military Law and the Laws of War*, (Brassey's, 1987) p.141.

(10) Hilaire McCoubrey, *International Humanitarian Law: modern developments in the limitation of warfare (Second Edition)*, (Ashgate, 1998) p.60.

(11) *Ibid.*

(12) 榎本重治、足立純夫 共訳『ジュネーブ条約解説I』（朝雲新聞社、昭和48年）30頁。

(13) René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, (Cambridge U.P., 2002), p.250.

(14) Schindler も同趣旨の説明をする。「2ヶ国の軍隊の一部が互いに衝突

した時には、常に、諸条約共通第 2 条の意味における武力紛争が存在するものと考えられうる。国境地域での小さな事件でも十分である。2ヶ国間のいかなる種類の武器の使用も諸条約の適用をもたらす。」(Dietrich Schindler, "The Different Types of Armed Conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols", *Recueil des Cours* Tome 163 (1979-II) p.131.)

(15) ICTY Case No. IT-94-1-AR72 para.70. (*International Law Reports* Vol.105 (1997) p.488.)

(16) このTadic事件判決の本文中の引用部分に始まるICTYの判例法では、一般論として、国際紛争・国内紛争共通の武力紛争の概念がたてられている(例えば、Prosecutor V. Blaskic (Judgment)(Case IT-95-14-T) 3 March 2000 paras.63-64. *International Law Reports* Volume 122 (2002) p.40.)。ただ、Celebici事件ICTY第一審裁判部判決は、「したがって明らかにこの基準(本文中で引用した武力紛争の存在の基準——引用者註)は、国際的性質を持つと考えられる紛争、および国内的と考えられる紛争の両方に適用される。」と述べながらも、続けて、「前者の事態においては、国家間の武力の存在それ自身が、国際人道法適用開始にとって十分なものとなる。後者の事態においては、国内的緊張あるいはテロ活動の場合と区別するために、武装暴力の長期性や関係当事者の組織性が強調される。」として、実質的に両者を区別して論じている(PROSECUTOR V. ZEJNIL DELALIC, ZDRAVKO MUCIC also known as "PAVO", HAZIM DELIC, ESAD LANDZO also known as "ZENGA" (IT-96-21-T), JUDGEMENT of 16 November 1998, para.184. (André KLIP and Göran SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol.3 *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1997-1999* (Intersentia, 2001) p.414.))。

(17) もっとも、国際人道法規則の適用される武力紛争として扱われるためには単発的な衝突を超えるレベルの強度が必要である、との見解も存在する。

(Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, (Oxford U.P., 1995) p.42.)

(18) 『官報』(号外第196号)(平成16年9月3日)3頁

(19) MICHAEL BOTHE, KARL JOSEF PARTSCH, WALDEMAR A.SOLF, *NEW RULES FOR VICTIMS OF ARMED CONFLICTS Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (Nijhoff, 1982) p.45.

(20) ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Nijhoff, 1987) p.40., para.62.

(21) *United Nations Treaty Series* Volume 1125 (1979) p.432. 樋口一彦

「一九七七年ジュネーヴ諸条約追加議定書の留保、宣言及び通知」『関西大学大学院 法学ジャーナル』第50号(1988年2月)71頁。(なお、第96条3項に関して、「第1条4項の基準を真に満たす当局によってなされた宣言のみが、第96条3項において述べられた効果を有しうる。そして、交渉過程にてらして、当該当局が、適切な地域的政府間組織によってそれに該当するものとして承認されること、も必要であると考えられる。」と述べられている。)

(22) Cf. René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, (Cambridge U.P., 2002), p.259., MICHAEL BOTHE, KARL JOSEF PARTSCH, WALDEMAR A.SOLF, *NEW RULES FOR VICTIMS OF ARMED CONFLICTS Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (Nijhoff, 1982) p.46., Edward Kwakwa, *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Fields of Application*, (Kluwer, 1992) p.46.

(23) CDDH/SR.36 paras.87-88. (*Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974-1977)* Volume VI (1978) p.47.)

(24) なお、オーストラリアも外交会議においてイギリスと同様の理解を述べた。(CDDH/SR.36 ANNEX *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974-1977)* Volume VI (1978) p.60.)

(25) *Parliamentary Debates (Hansard), House of Lords Official Report* Fifth Series Vol.387, col.2224-2225. (14 December 1977)

(26) *International Review of the Red Cross* No.322, (1998) pp.187-188.

(27) 「第1議定書が適用されるかどうかは、武力紛争の強度にではなく、その解放運動団体を代表している当局の質によって決まるものと思われる。」(Dietrich Schindler, "The Different Types of Armed Conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols", *Recueil des Cours* Tome 163 (1979-II) p.140.)

(28) 本章第2節参照。

(29) *facultas bellandi* について、樋口一彦、「一九七七年ジュネーヴ諸条約第一追加議定書における戦闘員の資格(一)」『関西大学大学院 法学ジャーナル』第44号(1986年1月)46頁参照。

(30) Dietrich Schindler, "The Different Types of Armed Conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols", *Recueil des Cours*

Tome 163 (1979-II) p.131.なお、国家責任の帰属と国際人道法の適用の問題について、本稿第5章参照。

(31) このような紛争を“Low Intensity Conflict”と表現することもある。(一般に「低強度紛争」と訳されるが、「低烈度紛争」等の訳もある——加藤 朗「低強度紛争」の概念と実際『新防衛論集』第16巻第1号(1988年)77頁、真山 全「ジュネーヴ諸条約と追加議定書」『日本と国際法の100年 第10巻安全保障』(三省堂、2001年)171頁——)。ただしこの“Low Intensity Conflict”という概念は、「特に国際的関心を引く非国際紛争と同義のものとして用いられることが多い」と述べられたり(L. C. Green, "LOW-INTENSITY CONFLICT AND THE LAW", *ILSA Journal of International & Comparative Law* Vol.3 (Winter, 1997) p.493.(LEXIS))、議会との関係におけるアメリカ大統領の権限の問題として論じられたり(Mark T. Uyeda, "PRESIDENTIAL PREROGATIVE UNDER THE CONSTITUTION TO DEPLOY U.S. MILITARY FORCES IN LOW-INTENSITY CONFLICT", *Duke Law Journal* Vol.44, (February, 1995) p.777. et seq. (LEXIS))、「自衛とは別カテゴリーの、合法的武力使用の場合として」とらえられたり(田中 忠、「武力規制法の基本構造」村瀬信也、奥脇直也、古川照美、田中 忠 著『現代国際法の指標』(有斐閣、1994年)330頁)、「低強度紛争という用語は、あいまいな概念であり、……国際連合の実行のなかで使われる場合には、この用語はとりわけその不明確性ゆえに使用に耐えうるものとはなっていない。……総会は低強度紛争の問題を、間接侵略の一般的な禁止、またある場合には非公然活動の禁止という枠組みでとらえている。」(W. マイケル・リースマン、ジェームス・E. ベーカー 著 宮野洋一・奥脇直也 訳『国家の非公然活動と国際法——秘密という幻想——』(中央大学出版部、2001年)143-144頁)と説明されたりしており、国際法上の概念として確立してはいない。また、この用語は政治学・軍事戦略論においても確立した概念を有していないようである(加藤 朗、前掲、59-80頁、片山善雄「低強度紛争概念の再構築」『防衛研究所紀要』第4巻第1号(2001年)59-75頁、宮坂直史「低強度紛争への米国の対応」『国際安全保障』第29巻第2号(2001年)59-76頁、橘秀和「低強度紛争と平和」『神戸市外国語大学研究科論集』第4号(2001年)143-158頁、参照)。

さらに、この“Low Intensity Conflict”に類似の用語として“Military Operations Other than War (MOOTW)”あるいは“Operations Other than War (OOTW)”がある。これは、低強度紛争の「後続的概念」(宮坂直史、前掲論文、76頁)とか、「低強度紛争の軍事部門が、OOTWである」(片山善雄、前掲論文、68頁)などと説明されるが、1993年のアメリカ陸軍教範で初めて公式に用いられ(Mark S. Martins, "'War Crimes' During Operations Other Than War:

Military Doctrine And Law Fifty Years After Nuremberg—And Beyond", *Military Law Review* Vol.149 (1995), p.161., Lieutenant Colonel Marc L. Warren, "Operational Law—A Concept Matures", *Military Law Review* Vol.152 (1996), p.34.)、以後アメリカ軍関係の出版物ではこの用語が主に用いられている。このMOOTW(あるいはOOTW)には大規模な戦闘行動以外の様々な軍事行動が含まれるものと定義されるが、そのいかなる場合に国際人道法の適用対象となるのかが問われることになる。その基準を「紛争の要素」「国家間の紛争」に求めるものとして、International and Operational Law Department, The Judge Advocate General's School, U.S. Army, *LAW OF WAR WORKSHOP DESKBOOK* (June 2000) pp.222-223. (<http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/law/low-workbook.pdf>)

(32) 1977年第1追加議定書第43条および第44条において規定される。なおこの第1追加議定書における戦闘員の資格要件について、樋口一彦、「一九七七年ジュネーヴ諸条約第一追加議定書における戦闘員の資格(一)(二・完)」『関西大学大学院 法学ジャーナル』第44号・第45号(1986年)参照。

(33) 従って、国家間で戦闘行動が生じても何らかの正当性の存在や紛争的要素の欠如により国際人道法(武力紛争法)の適用を否定しようとする見解(International and Operational Law Department, The Judge Advocate General's School, U.S. Army, *LAW OF WAR WORKSHOP DESKBOOK* (June 2000) pp.220-225.)を受け入れることはできない。ただし、この見解は、他方で、「アメリカは、政策として、すべての紛争及び戦争以外の軍事行動において戦争法の諸原則に従う」(*ibid.* p.224.)とも述べている。

(34) 前述のフォークランド紛争の際のイギリス首相の発言参照。同様の例(1983年のレバノン攻撃の際のレーガン大統領の発言や1999年のコソボ攻撃時のオルブライト国務長官の見解)について、W. Hays Parks, "The United States Military and the Law of War: Inculcating an Ethos", *Social Research* Vol.69, No.4 (2002) pp.999-1000.参照。

(35) 上記註(31)参照

(36) 「武力紛争法は、「交戦規則」と同一のものではない。これら交戦規則は、アメリカが自国軍隊に課した指針である……交戦規則は、その最終的形態において、法的要素は勿論のこと、政治的・外交的要素も通常反映している。交戦規則は、さらに武力紛争法の必要条件を遥かに越えて作戦をしばしば制限することがあるだろう。」(岩本誠吾「アメリカ空軍省作成の『指揮官のための武力紛争法便覧』(I)」『新防衛論集』第17巻第1号(1989年6月)91頁)、「Rules of Engagement (交戦規則)は、特に、政治的考慮により抑制的かつ賢明な武力の行使が求められるMOOTWにおいて、規律正しい行動の重要な構成部

分となる。」(Lieutenant Colonel Marc L. Warren, "Operational Law—A Concept Matures", *Military Law Review* Vol.152 (1996), pp.51-52.) この ROE について、岩本誠吾「ROE の国際法問題点とその存在意義」浅田正彦 編『21 世紀国際法の課題 (安藤仁先生古希記念)』(有信堂、2006 年) 403-428 頁、等 雄一郎「米軍における ROE の発展と 1994 年版統合参謀本部標準交戦規則」『外国の立法』213 号 (2002 年 8 月) 50-76 頁、等 雄一郎「国際平和支援活動 (PSO) の交戦規則 (ROE)」『外国の立法』205 号 (2000 年 3 月) 273-301 頁、足立純夫『現代戦争法規論』(啓正社、1979 年) 127-139 頁 参照。

(37) 同一国家内の反徒間の武力紛争もこれに含まれるとする定義もある (国際刑事裁判所規程第 8 条 2 項(f))。本稿ではこの点についての掘り下げた分析を行なわないが、この問題も反徒をどのように法的に位置付けるかがポイントになる (本章第 2 節 III<1>参照)。

(38) 本章第 1 節 II

(39) 内戦に適用される国際人道法条約上の反徒の地位について、本稿第 3 章参照。

(40) 「交戦団体承認は、二〇世紀中のいかなる内戦においても実際のところまったく行なわれていない。」(Peter Malanczuk, *AKEHURST'S MODERN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL LAW* (Seventh revised edition) (Routledge, 1997) p.322.) 「交戦団体承認制度は、今日、廃用化している」(ERIC DAVID, *PRINCIPES DE DROIT DES CONFLITS ARMÉS* (Bruylant, 1994) p.124.) (同旨 Claus Kress, "War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice," *Israel Yearbook on Human Rights* Vol.30 (2000) p.114.) と述べられる。もともと 19 世紀においてなされた「交戦団体承認」はほとんど外国が行なったものであり、既存の政府が行なうことはそもそも極めて稀であった。(田畑茂二郎『国際法 I』[新版] (有斐閣、法律学全集五五、1973 年) 281-302 頁、Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, (Cambridge University Press, 2002) pp.4-18.)

(41) 「国家の名において行動するその政府の権限こそ、まさに内戦の勃発により疑わしいものとなっているのである」(Peter Malanczuk, *AKEHURST'S MODERN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL LAW* (Seventh revised edition) (Routledge, 1997) p.323.)、「(ジュネーヴ諸条約共通) 第 3 条の適用の承認は、当該国家が武力紛争の脅威に晒されていることの承認に等しく、そのことはその国家内の正統性及び支配に危機が生じていることの黙示的承認と受け取られうる。」(Oren Gross and Fionnuala Ni Aolain, "Emergency, War and International Law - Another Perspective", *Nordic*

*Journal of International Law* Vol.70 No.1/2 (2001) p.59.)、「諸国は、反徒に対して一定の国際的正統性を与えることを恐れて、(ジュネーヴ諸条約共通) 第 3 条の保護を明示的に適用することに消極的である。」(International and Operational Law Department, The Judge Advocate General's School, U.S. Army, *LAW OF WAR WORKSHOP DESKBOOK* (June 2000) p.31.)

(42) Oren Gross and Fionnuala Ni Aolain, *ibid.* pp.51,59.

(43) 山本草二 編集代表『国際条約集 1999 年版』(有斐閣、1999 年) 706 頁。

(44) Adam Roberts and Richard Guelff (eds.), *Documents on the Laws of War, Third Edition* (Oxford U.P., 2000) p.710.

(45) 大沼保昭、藤田久一 編集代表『国際条約集 2002 年版』(有斐閣、2002 年) 652 頁。

(46) *International Review of the Red Cross* Volume 84 No.845 (March 2002) p.262. 山手治之、香西茂、松井芳郎 編集代表『ベーシック条約集』[第 4 版] (東信堂、2003 年) 871 頁。本改正について、加藤良太「特定通常兵器使用禁止制限条約第 1 条の改正」『ジュリスト』No.1251 (2003 年 9 月 1 日) 参照。なお、この論文中の「国際的性質を有しない武力紛争において、反徒の団体に条約及び条約の附属議定書を遵守する法的義務が課されることはない。」(加藤、同論文、43 頁) との指摘は、注目に値する。

(47) 大沼保昭、藤田久一 編集代表『国際条約集 2002 年版』(有斐閣、2002 年) 143-144 頁。

(48) 詳しくは、本稿第 2 章参照。

(49) 大沼保昭、藤田久一 編集代表『国際条約集 2002 年版』(有斐閣、2002 年) 664 頁。

(50) 『官報』(号外第 196 号) (平成 16 年 9 月 3 日) 58 頁

(51) 本稿第 2 章参照。

(52) 1977 年ジュネーヴ諸条約第 2 追加議定書第 1 条 2 項、1999 年武力紛争の際の文化財の保護のための条約第 2 議定書第 22 条 2 項、特定通常兵器使用禁止制限条約地雷、ブービートラップ及び他の類似の装置の使用の禁止又は制限に関する議定書 (千九百九十六年五月三日に改正された議定書) 第 1 条 2 項、特定通常兵器使用禁止制限条約 2001 年改正第 1 条 2 項、国際刑事裁判所規程第 8 条 2 項(d)(f)。

(53) 本稿第 2 章参照。

(54) Dietrich Schindler, "The Different Types of Armed Conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols", *Recueil des Cours* Tome 163 (1979-II) p.131.

- (55) 本稿第2章参照。  
(56) この点について、本稿第3章参照。  
(57) 1949年ジュネーヴ諸条約共通第3条、1977年第2追加議定書第1条

(58) Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, (Cambridge University Press, 2002) pp.34-43. Dietrich Schindler, "The Different Types of Armed Conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols", *Recueil des Cours* Tome 163 (1979-II) p.147.

(59) Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, (Cambridge University Press, 2002) (紹介: 樋口一彦『国際法外交雑誌』第101巻第3号(2002年11月) 231頁)

(60) ICTY Case No. IT-94-1-AR72 para.70. (*International Law Reports* Vol.105 (1997) p.488.)。Tadic判決のこの部分をそのまま引用するものとして、Prosecutor v. Furundzija (Case IT-95-17/1) Trial Chamber para.59. (*International Law Reports* Vol.121 (2002), p.235.)

(61) PROSECUTOR V. ZEJNIL DELALIC, ZDRAVKO MUCIC also known as "PAVO", HAZIM DELIC, ESAD LANDZO also known as "ZENGA" (IT-96-21-T), JUDGEMENT of 16 November 1998, para.184. (André KLIP and Göran SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol.3 *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1997-1999* (Intersentia, 2001) p.414.)

(62) Case No. ICTR-96-4-T The Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu, Judgement of 2 September 1998 para.625. (André KLIP and Göran SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol.2 *The International Criminal Tribunal for Rwanda 1994-1999* (Intersentia, 2001) p.520.)

(63) Claus Kress, "War Crimes Committed in Non-International Armed Conflict and the Emerging System of International Criminal Justice," *Israel Yearbook on Human Rights* Vol.30 (2000) pp.125-127.

(64) 1977年第2追加議定書第3条1項

## 第2章 内戦における「武力紛争の存在」と当該行為との関連性

国際人道法は、武力紛争において戦争目的上不必要な破壊・殺傷を禁止する国際法であり、交戦国に対して適用される法規則として発展してきた。その違反に対しては、交戦国が国家責任を負う<sup>(1)</sup>とともに、交戦国はその違反者個人を処罰することができた<sup>(2)</sup>。この国際人道法を内戦に適用する制度として交戦国承認がある。しかし、既存の政府が反徒に交戦資格を認めることとなるこの制度は、少なくとも明示的には、ほとんど用いられなかった。<sup>(3)</sup> かわって、1949年ジュネーヴ諸条約共通第3条において、反徒に交戦資格を認めることなく、最小限の人道法の原則を適用する制度が導入された。この共通第3条の方式が1977年の第二追加議定書にも基本的に受け継がれ、この共通第3条および第二追加議定書が内戦に適用される国際人道法の基本的文書と考えられているのである。この両文書は、その採択後徐々に多くの国により受け入れられてきたが、この条約規定それ自体が個人を拘束する刑事規定であると明確にとらえられてきたわけではなかった。

この内戦に適用される国際人道法の性格に関して大きな転換点となるのは1994年のルワンダ国際刑事裁判所規程と、そして1995年の旧ユーゴ国際刑事裁判所上訴裁判部 Tadic 事件判決である。これらにおいて、共通第3条や第二追加議定書が個人に適用される刑罰規定として認識され、これらの規定違反を根拠に個人に刑罰を科しうることが明確にされたのである。そしてこの展開は1998年に採択された国際刑事裁判所規程にも反映されている。内戦に適用される国際人道法の個人への適用条件を考察する必要性がここから生じてきている。

国際刑事裁判所規程において対象犯罪とされた「犯罪中の犯罪」としての「コアクライム」<sup>(4)</sup>には、侵略の罪、ジェノサイド罪、人道に対する罪そして戦争犯罪がある。定義化が見送られた侵略の罪を別として、ジェノサイド罪・人道に対する罪・戦争犯罪の適用条件については、前二者が特に適用の条件がないのに対して、戦争犯罪については戦争法(国際人道法)の適用条件がそのまま持ち込まれることとなっている。ジェノサイドの定義として広く受け入れられ、一般的承認を得ていると考えられている<sup>(5)</sup> ジェノサイド条約第2条<sup>(6)</sup>において、特にこの適用を制限する条件はない。他方、ニュールンベルグ国際軍事裁判所条例<sup>(7)</sup> および極東国際軍事裁判所条例<sup>(8)</sup> において規定された人道に対する罪に関しては「本裁判所の管轄に属する犯罪の遂行として又は之に関連して為されたるもの」という条件がおかれていた<sup>(9)</sup>。しかし、今ではこのような条件は必要なものと考えられておらず、独立した犯罪としてとらえられている<sup>(10)</sup>。なお、旧ユーゴ国際刑事裁判所規程<sup>(11)</sup> では「武力紛争」の存在が条件とされていたが、ルワンダ国際刑事裁判所規程<sup>(12)</sup> および国際刑事裁判所規程に

においてはこのような制限は入れられていない。これに対して、戦争犯罪に関しては、戦争犯罪行為を規定する国際人道法自体に適用条件が存在している。特に内戦に適用される国際人道法については、後に詳しく議論するように、適用条件が厳格に規定されてきた。このようなジェノサイド罪・人道に対する罪の適用条件と戦争犯罪の適用条件との相違はなぜ存在しているのであろうか。

もともと国際人道法は国際的武力紛争に適用される（より正確に言えば交戦資格を持つ団体間に適用される）国際法であり、その存在理由は、敵の打倒を目的とするあらゆる行為が許されるとの原則から出発し、戦争目的（敵の打倒）のために必要ではない破壊・殺傷・非人道的行為を禁止する、というものであった。従って、この国際人道法が戦争（武力紛争）において適用されることは当然であり、敵の打倒のために必要とされる行為はたとえ通常の刑法では違法とされる行為でも「合法的戦闘行為」として許され、その限りで通常の刑法の適用を排除することを前提としている。このような「特権」が認められるのは合法的戦闘員（つまり戦闘員資格を持つ者）に限られる。私戦を排除し、そして戦闘行為を限定することが、人道的目的からも国家の戦争遂行目的からも必要だったからである。従って、国際的武力紛争における敵兵力の殺傷・軍事目標への攻撃は、人道法に反しないかぎり許されるのであり、その適用には国際的武力紛争が存在していることがどうしても必要なのである。

しかし、内戦（交戦団体承認のなされない内戦）に適用される人道法は、このような必要性を共有しない。内戦に適用される国際人道法というものが、紛争当事国軍隊・警察の国内秩序維持活動において禁止される非人道的行為を規定するものであるならば、その規定が「武力紛争」においてのみ適用されなければならないという理由はない。ところが共通第3条及び第二追加議定書にはそれぞれの条約の適用範囲が規定されており、これが満たされる場合にのみこれらの条約規定は適用されるのである。さらに、当該行為の武力紛争との関連性について現在論議されている<sup>(13)</sup>。このような適用範囲の限定はなぜ必要とされるのか——このような適用条件はいかなる根拠で存在し、いかなる機能をはたしているのか——については前章で検討した。そしてさらに、「内戦に適用される国際人道法」が刑事規定として個人に適用される場合、この「武力紛争の存在」はいかなる関連性を有するのであるか。本章においては前章で検討した点をさらに敷衍するとともに、内戦に適用される国際人道法の違反者の個人的処罰制度の意味を探ることとしたい。

(1) 陸戦の法規慣例に関する条約第3条、国際的武力紛争の犠牲者保護に関するジュネーブ諸条約追加議定書（第一追加議定書）第91条

(2) 山本章二『国際刑事法』(三省堂) 112~113頁参照。

(3) 「交戦団体承認は、二〇世紀中のいかなる内戦においても実際のところまったく行なわれていない。」(Peter Malanczuk, *AKEHURST'S MODERN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL LAW* (Seventh revised edition) (1997) p. 322.) (なお、長谷川正国 訳『エイクハースト＝マランチュク 現代国際法入門』(成文堂) 五二四頁参照)「交戦団体承認制度は、今日、廃用化(tombée en désuétude)している」(ERIC DAVID, *PRINCIPES DE DROIT DES CONFLITS ARMÉS* (1994) p. 124.)

(4) 真山 全「国際刑事裁判所の対象犯罪」『ジュリスト』No. 1146 (1998年12月1日) 35頁、真山 全「国際刑事裁判所規程と戦争犯罪」『国際法外交雑誌』第98巻第5号100頁、藤田久一「国際刑事裁判所構想の展開——ICC規程の位置づけ」『国際法外交雑誌』第98巻第5号47頁

(5) A/51/10 p. 87, para. 3.

(6) 山本章二 編集代表『国際条約集 1999年版』(有斐閣) 120頁

(7) D. Schindler and J. Toman (eds.), *The Laws of Armed Conflicts* (1988) p. 914. 内山正熊「ニュールンベルグ裁判の再検討」『法学研究』第62巻第12号360頁

(8) 山本章二 編集代表『国際条約集 1999年版』(有斐閣) 141頁

(9) このような関連づけが入れられた背景について、奥原敏雄「現代国際法における人道に対する罪」『国士館大学政経論叢』第15号57~61頁、奥原敏雄「国際連合と戦争犯罪」神谷龍男 編著『国際連合の基本問題』(酒井書店) 259~261、268~271頁参照。

(10) A/51/10 p. 96, para. 6. 坂本一也「国際犯罪に関する序論的考察——国際刑事裁判所の対象犯罪の分析から——」『九州国際大学法学論集』第6巻第3号36頁

(11) S/RES/827, S/25704 大沼保昭 藤田久一 編集代表『国際条約集 2000年版』(有斐閣) 153頁、松井芳郎 編集代表『ベーシック条約集 [2006年版]』(東信堂) 794頁

(12) S/RES/955 Annex p. 4.

(13) なお、1977年第二追加議定書第2条1項の「この議定書は、第1条に定める武力紛争によって影響を受けるすべての人に対して・・・適用する」との規定は、直接的には被保護者に対する適用範囲を定めるものであるが、間接的にはその個々の行為が「武力紛争」に関連したものであることを求めるものである、とも解することができる。

## 第1節 内戦における「武力紛争」の存在

内戦に適用される国際人道法の主要な条約規定である1949年ジュネーブ諸条約共通第3条および1977年第二追加議定書は、明文上「武力紛争」において適用されることとされている。この条件がこれらの条約規定の事項的適用範囲である。ただし、この適用条件（事項的適用範囲）は共通第3条と第二議定書とは同じではなく、後者のほうが適用の敷居が高い、と一般に理解されている。まずこの点の検討からはじめよう。

### I 共通第3条の事項的適用範囲

共通第3条は、その事項的適用範囲について次のように規定している。

「締約国の一の領域内に生ずる国際的性質を有しない武力紛争の場合には、各紛争当事者は、少くとも次の規定を適用しなければならない。」

この「国際的性質を有しない武力紛争」とは何を意味するかについては必ずしも明確とは言えないが、このジュネーブ諸条約共通第3条はあくまで「武力紛争」に適用されるものであって、国内的緊張、騒擾、暴動という事態に適用されるものではないということは一般に学説上認められてきたところであり<sup>(1)</sup>、また、この理解が国際刑事裁判所規程にも反映されていると思われる<sup>(2)</sup>。すなわち、この国際刑事裁判所規程では共通第3条の解釈としても、内戦に適用される国際人道法一般に関しても、「暴動、単発及び散発の暴力行為、あるいは他の類似の性質を有する行為のような国内的な騒擾及び緊張の事態」は「武力紛争」に含まれないので、共通第3条や内戦に適用される慣習国際人道法はこれらの場合に適用されないと理解されている<sup>(3)</sup>。また、特定通常兵器使用禁止制限条約地雷改正議定書第1条2項<sup>(4)</sup>および武力紛争文化財保護条約第二議定書第22条2項<sup>(5)</sup>においても同様の規定がおかれている。

ところでこのような適用範囲の限定がなぜ共通第3条の中にもたらされたのであろうか。もともと1949年のジュネーブ諸条約を作成した外交会議では内戦への諸条約全体の適用が検討されていた。その場合の内戦は反徒が交戦団体としての承認を受けうるほどの組織・実体を有していることが前提であるが、その条件をどのように規定し、またその判断をどのように行なうかについて諸国代表の合意を得ることができず、結局、内戦に適用される規定を諸条約の原則にとどめ、「国際的性質を有しない武力紛争」の定義は置かない現在の方式となったのである<sup>(6)</sup>。藤田久一の説明によれば、「外交会議での討議の跡を振り返れ

ば、『国際的性質を有しない武力紛争』という表現の意味について大体次のことは言うのであろう。まず、右の表現に交戦団体承認の条件またはそれと類似のものを付与しようとした諸代表の脳裡には、その条件がみたされた場合には条約全体の適用が予定されていたのであったが、承認条件を持ち出すこと自体が条約の適用を逃れる口実を与えることになる可能性が大きいとしてこの方法が会議では否定され、他方では『国際的性質を有しない武力紛争』の性質にかなる条件または制限もつけずに条約全体の適用を認めようとする考えも否定された結果、両者の妥協として、『国際的性質を有しない武力紛争』の性質につき条件または制限をつけないかわり、それに対して条約全体ではなくてきわめて限定された人道的諸原則（その内容は国内刑法上の犯罪人にも当然認められねばならないような基本的な最低限の人権保障であって、捕虜の待遇のような特権的性質のものではない）のみが適用されるという方法が採り入れられた。<sup>(7)</sup>従って、この共通第3条が「武力紛争」において適用されることは当然の前提と考えられていたのであり、それが武力紛争以外の事態へも適用可能かどうかについては検討されなかったのである。赤十字国際委員会の発行する解説書においても外交会議において「多くの代表は、擾乱、暴動又は単なる盗賊行為のようなものまで、その形態のいかんを問わず、武力による一切の行為を包含するかも知れないことを恐れた。<sup>(8)</sup>」として、外交会議においては多くの代表があるレベル以上の紛争を第3条の適用範囲と考えていたことを示しているが、しかし、この条文についての解説としてはより広い適用範囲であるべきことを主張している。すなわち「本条の規定はできる限り広く適用すべきであって、これに反対する理由はありえない。なぜならば、…要約した形の本条の規定は、叛乱を鎮圧する国家の権利を少しも制限するものではなく、また、本条の規定が叛乱者側の権限を極く僅かでも増加するものでもないからである。それは、既にすべての文明国間で至重なもの認められ、この条約の締結の遙か以前に当該国の国法中に定められてあった規則のあるものの尊重を要求するに過ぎない。単なる盗賊行為に過ぎないものというべき内部的騒動の場合に第3条は適用されないから、負傷者は看護せずに放置し、拷問及び傷害を加え或いは人質を取る権利を持っているということ、世界に向かって敢て主張する政府が一体あるものであろうか。…いかなる政府といえども国内の敵を処理する場合に、その紛争の性質がどうあろうとも、通常の犯罪人処理の場合にさえ自己の法律の下で日常実際に尊重する若干の重要な規則を尊重することに反対することはできない<sup>(9)</sup>」と。この赤十字国際委員会の解説書は、必ずしも共通第3条の現行法上の解釈として述べたものではなく、第3条の国際法上の拘束力が及ばない範囲においても諸国政府はこの第3条の最低限の行動規則に従って行動すべきことを述べているものと思われる。しかし、この赤十字国際委員



会の解説書が述べるように、諸国が武力紛争時以外においてもこれらの規定を守って行動できない理由はないはずなのである。

(1) Rosemary ABI-SAAB, *DROIT HUMANITAIRE ET CONFLITS INTERNES Origines et évolution de la réglementation internationale* (1986) pp. 69-70. ERIC DAVID, *PRINCIPES DE DROIT DES CONFLITS ARMÉS* (1994) pp. 112-113. Jean S. PICTET, "LA CROIX-ROUGE ET LES CONVENTIONS DE GENÈVE", *RECUEIL DES COURS* Tome 76 (1950-I) p. 45. *CONFERENCE OF GOVERNMENT EXPERTS ON the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva, 24 May-12 June 1971, V PROTECTION OF VICTIMS OF NON-INTERNATIONAL ARMED CONFLICTS* (CE/5b) (1971) pp. 82-83.

この共通第3条での「国際的性質を有しない武力紛争」の意味について、条約起草過程を詳しく分析した藤田久一は、「・・・『国際的性質を有しない武力紛争』にたとえば極端にいえば単なる数人の盗賊やギャングなどの暴力行為も含まれるかという点については、たしかに右の紛争の表現に定義を与えない結果そのような行為をも含む危険性もないとはいえない。ただ外交会議の討議をみれば、右のような場合や単なる騒擾(*simple émeute*)の場合には『武力紛争』に該当せず、第三条の適用はないと大体判断されていたようである。」と述べている。(藤田久一「国際的性質を有しない武力紛争——一九四九年ジュネーブ諸条約第三条をめぐって——(二)」『金沢法学』第一六巻1・2号九九頁)

(2) 国際刑事裁判所規程第8条2項(c)、(d)、(e)、(f)において以下のよう規定されている。

「第8条2項 本規程の適用上、『戦争犯罪』とは以下のものを意味する。

(a) (b)・・・(略)

(c) 国際的性質を有しない武力紛争の場合における1949年8月12日のジュネーブ四条約共通第3条の著しい違反、すなわち、敵対行為に直接参加しない者(武器を放棄した軍隊の構成員及び病気、負傷、抑留その他の事由により戦闘外に置かれた者を含む。)に対してなされる以下の行為。

(i) (ii) (iii) (iv)・・・(略)

(d) 2項(c)は、国際的性質を有しない武力紛争に適用される。従って、暴動、単発及び散発の暴力行為、あるいは他の類似の性質を有する行為のような国内的な騒擾及び緊張の事態には適用しない。

(e) 確立した国際法の枠内での、国際的性質を有しない武力紛争に適用される法規及び慣習のその他の著しい違反、すなわち、以下の行為。

(i) (ii) (iii) (iv) (v) (vi) (vii) (viii) (ix) (x) (xi) (xii)・・・(略)

(f) 2項(e)は、国際的性質を有しない武力紛争に適用される。従って、暴動、単発及び散発の暴力行為、あるいは他の類似の性質を有する行為のような国内的な騒擾及び緊張の事態には適用しない。2項(e)は、一国家の領域内に生じる武力紛争で、政府当局と組織的武装集団との間において、あるいは組織的武装集団間においてなされる長期的武力紛争に適用される。」(A/CONF.183/9 (*International Legal Materials* Vol. 37 pp. 1006-1009.), M. Cherif Bassiouni, *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History* (1998) pp. 42-45.) なお、国際刑事裁判所規程の訳文については、大沼保昭 藤田久一 編集代表『国際条約集2000年版』(有斐閣)143頁以下、及び、松井芳郎 編集代表『ベーシック条約集[2006年版]』(東信堂)799頁以下参照。

(3) この点に関し、Otto Triffterer(ed.) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article* (1999) p. 270. para. 260. 参照。

(4) 特定通常兵器使用禁止制限条約 地雷、ブービートラップ及び他の類似の装置の使用の禁止又は制限に関する議定書(千九百九十六年五月三日に改正された議定書II)第1条2項(山本草二 編集代表『国際条約集1999年版』(有斐閣)628頁)

(5) 「武力紛争の際の文化財の保護のための1954年のハーグ条約第二議定書」第22条2項(*International Legal Materials* Vol. 38 p. 776.)

(6) 藤田久一「国際的性質を有しない武力紛争——一九四九年ジュネーブ諸条約第三条をめぐって——(二)」『金沢法学』第16巻1・2号参照。

(7) 藤田久一、同論文、98頁

(8) 榎本重治・足立純夫 共訳『赤十字国際委員会発行 ジュネーブ条約解説I』(朝雲新聞社)48頁

(9) 同書 49~50頁

## II 第二追加議定書の事項的適用範囲

1977年第二追加議定書は、その事項的適用範囲について第1条で明確に定めている。この第二議定書の事項的適用範囲に関して、「暴動、独立の又は散発的

な暴力行為その他これらに類する性質の行為等国内における騒乱及び緊張の事態」が除かれるという点<sup>(1)</sup>については、それが「武力紛争」ではないからであり、この部分については共通第3条と同じであると解することができる。しかし、「反乱軍その他の組織された武装集団（持続的にかつ協同して軍事行動を行うこと及びこの議定書を実施することができるような支配を責任のある指揮の下で当該領域の一部に対して行うもの）」の存在を必要とする要件については、共通第3条の適用条件よりも数層の高いものであり、それゆえ第二追加議定書は共通第3条よりも適用範囲を狭めている、と一般に解釈されている<sup>(2)</sup>。この第二議定書第1条で規定される適用条件は不必要に高いものであり、この適用条件は保護の実体規定に相応するものではない<sup>(3)</sup>。「反徒がこの議定書の実施を可能ならしめるような領域支配を求める本条は、若干の代表団の主張——この議定書が適用されるためには当該国家の政府（及び反徒）による紛争の存在の承認がなければならない——を妥協に導くために必要とされたのである。そしてこれが本会議において維持されたのは、その高い適用のしきいをそのままにする（すなわちこの第二議定書がなるべく適用されないようにする）ためであった<sup>(4)</sup>」。

外交会議に出席する諸国政府としては、特に内戦について人道法の適用拡大に慎重な姿勢を見せる。内戦における残虐行為の禁止という側面では同意できても、自国内戦に対する条約の適用が、反徒のなんらかの地位の承認と受け取られたり、外部の介入の政治的口実となることを極めて警戒するのである<sup>(5)</sup>。第二議定書第1条の外交会議本会議での採択後の投票説明においてサウジ・アラビア、インドネシア、チリ及びブラジルの諸国は、この第1条の高い適用条件すら不十分であり、外国からの介入を懸念する発言をしている<sup>(6)</sup>。たとえば、サウジ・アラビア代表は「本条の用語のいかなる定義も、もっぱらその武力紛争が発生している領域国の関心事である。いかなる他国の判断も当該国家の国内事項への干渉となり、その国の主権の侵害となる<sup>(7)</sup>」と述べており、チリ代表は「本代表団が第1条に反対票を投じたのは、次の理由による。すなわち第1条の適用はある基準によって決定されるが、その基準の定義づけは、武力紛争の発生している領域国以外の国によってなされるものであり、これはその国の国内事項への干渉となり、それゆえその国の主権の侵害となるからである<sup>(8)</sup>」と説明した。インドもこの第1条の採択に反対したが、その投票理由説明はより明確である。「本代表団は第二議定書の考えに常に反対してきた——その諸規定はすでに自国の国内法の一部となつてはいるけれども。国内の事態への国際文書の適用は、当該国の主権に悪影響を及ぼし、その国の国内問題への干渉となる。新独立発展途上諸国はその主権の保護に非常に神経を使っており、その国内問題へのなんらかの形態の干渉となりうるいかなる行動に対しても用心

しているのである。<sup>(9)</sup>」このインドの発言にみられるように、国内に不安定要因を抱える多くの国は、武力紛争の際に適用されるべき人道的規則そのものに反対しているというよりも、国内に武力紛争が存在していること自体について認めたくないまた認められたくないのである。その結果不必要ともいえる適用の敷居が設けられることとなっているのである。<sup>(10) (11)</sup>

以上の経緯から示されるように、まず共通第3条において、「国際的性質を有しない武力紛争」の定義・認定の問題を回避するために、その定義をおかない代わりに内戦への諸条約全体の適用ではなく、条約の諸原則の適用だけにとどめることとなった。そして共通第3条も第二追加議定書も、国際紛争に適用される人道法をモデルとして、それを諸国政府に受け入れられ易いようにミニチュア化したものとして作成されてきた。その際、それらの規則が武力紛争以外の事態に適用可能であるかどうかは考慮されてはいない。あくまで「武力紛争に」おいて適用する必要のあるものとして作成されてきたのである。

しかし、このように内戦に適用される国際人道法の条約規定が「武力紛争」の際に適用されるものであると認識されることによって、逆に、その公式の適用の認定は政治的に行い難いものとなってしまった。単なる国内的緊張・騒擾の事態とは異なる「国内的武力紛争」が存在していると認めることは、その国の政府の安定性に不安があることを認めることだからである。国際法学説においても、反徒が外国からの援助なく領域の一部に実効的支配を確立したとするならば、既存の政府の政府としての地位は明らかに揺らいでいるのであり、このような場合には外国はその既存の政府に対しても軍事的援助をしてはならない、との説が有力になりつつある<sup>(12)</sup>。「国家の名において行動するその政府の権限こそ、まさに内戦の勃発により疑わしいものとなっているのである<sup>(13)</sup>」。さらに、ある国のなかに武力紛争が存在すること自体が、さまざまな政治的理由により外国が介入してくる要因となるのであり、この可能性を特に政治基盤の弱い諸国は恐れるのである。もっとも、このように内戦に直面した諸国の不安を取り除くために、共通第3条の末文で「前記の規定の適用は、紛争当事者の法的地位に影響を及ぼすものではない」と規定されてはいる<sup>(14)</sup>。しかし「明らかに共通第3条が適用されるべき状況において諸国がしばしばその適用を拒否するという実行は、この共通第3条末文が国家主権に対する侵害の恐れを有効に取り除いていない、ということを示している<sup>(15)</sup>」。そしてAbi-Saabの「共通第3条は、反徒について、交戦団体承認には至らないが、なんらかの客観的法的地位を付与している」との指摘を引用して、Meronは「第3条の適用を諸国が認めようとしなないことは、このAbi-Saabの分析の説得力を示すものである<sup>(16)</sup>」。共通第3条の適用が反徒の地位を高める結果につながる、との指

摘は、Aldrich<sup>(17)</sup>やバーゲンソル<sup>(18)</sup>によってもなされている。

第二議定書作成の際においても前述のような可能性に怯える諸国は、この議定書が適用されるためには当該国家の政府（及び反徒）による紛争の存在の承認がなければならない、との主張をおこなった。しかしそれでは条約の適用自体が当該政府の判断次第になってしまい、この条約作成の目的を達成できないことが明らかである。そこで、このような主観的な適用条件を排除する代わりにきわめて高い適用のしきいを設けることにより、つまりこの議定書の適用の可能性を非常に小さくすることによって、諸国の妥協を引き出すこととなったのである。このような方式は、しかしながら逆に、ますます第二議定書の公式の適用の認定を政府が行なうことを困難にする。たとえ第二議定書の適用条件が満たされているような状況であっても既存の政府はその適用を否定しつづけるであろう。もちろんそれは条約違反であるが、しかし実際の行動において第二議定書の規定にしたがって行動している、ということも考えられる。このような国は保護の実体規定の適用それ自体を否定しようとしているのではないからである。この点に関して再びMeronの言葉を借りれば、「第二議定書の適用のための諸条件は多くの国内紛争において満たされているけれども、国内紛争に巻き込まれた多くの国がこのことを認める用意があるとは思われない。政治的理由により、諸国は自国領域内で生じている闘争が、たとえ長期化し、広範で、かつ流血の敵対行為となっている場合であっても、武力紛争あるいは内戦の規模に達したということ認めようとしな。・・・しかしながら、ICRCは、場合によっては、この議定書の公式の適用の承認を求めることなく、合意された基準としての第二議定書に含まれる諸規範を守るよう国家を説得することはできるであろう。<sup>(19)</sup>」諸国が認めたがらないのは、共通第3条や第二議定書の実体規定よりもむしろ武力紛争の存在そのものである<sup>(20)</sup><sup>(21)</sup>。このように、内戦に適用される国際人道法の条約規定において、条約の適用範囲が犠牲者保護の実体規定と無関係に定められてきたことから、諸国はたとえ実体規定を尊重する用意があってもその適用性を公式には認めないという大きな矛盾が生じることとなったのである。

(1) この議定書を作成した外交会議において、この点に関して、疑問が示されることもなく、あまり議論なく採択された。(ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (1987) p. 1354. para. 4473.) Michel Veutheyは、この第1条第2項が「武力紛争」の概念の「有権的解釈 (authoritative interpretation)」である、と言う。(Michel Veuthey, "Non-International Armed Conflict and Guerilla

Warfare", M. Cherif Bassiouni (ed.) *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW* Second Edition Volume I CRIMES (Transnational Publishers, 1999) p. 424.)

(2) たとえば、竹本正幸「一九四九年ジュネーヴ諸条約に追加される二つの議定書について (一)」『国際法外交雑誌』第77巻2号63~64頁、藤田久一『国際人道法 (新版)』(有信堂) 218頁、ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (1987) pp. 1348-1350. paras. 4447, 4453-4454.

(3) 樋口一彦「ジュネーヴ諸条約第二追加議定書における反徒の地位」『関西大学大学院 法学ジャーナル』第50号37頁

(4) 樋口一彦、同論文、28頁

(5) 「第二議定書も他のいずれかの協定もその議定書適用のための基準が満たされているかどうかの判断を公平な外部機関に許していないので、その判断は当該政府の良識に大きく委ねられることとなる。この良識はしばしば機能しない。なぜならこの議定書適用の承認が敵勢力に国際的正当性を与えるものと考えられるからであり (その議定書の別の規定によってそのような解釈が明確に排除されてはいても)、そしてまた、その適用の承認によってその国における政府の側の実効的支配の欠如を黙示的に認めている、と考えられるからである。」(E/CN.4/1998/87 REPORT OF THE SUB-COMMISSION ON PREVENTION OF DISCRIMINATION AND PROTECTION OF MINORITIES Minimum humanitarian standards: Analytical report of the Secretary-General submitted pursuant to Commission on Human Rights Resolution 1997/21 para. 79.) 「国内的暴力の事態に関する国際人道法の諸問題は広く認識されている。しかしこれに対処する試みはしばしば懐疑的に見られている。1974年から1977年の外交会議では国内的武力紛争のできるだけ広い範疇を規律する強力な詳細な議定書を採択することに失敗したからである。この失敗の主な原因は、多くの政府が次のような心配をしたことにある。国内紛争のための規則設定は政府と対立している武装集団に何らかの正当性を与えることになるのではないかと、あるいは、それが他の諸国や政府間組織によるその紛争への介入の口実になるのではないかと。そのような解釈を排除する第二議定書の明確な規定は、これらの懸念を払拭するには明らかに不十分である。」(ibid., para. 82.)

(6) 樋口一彦「ジュネーヴ諸条約第二追加議定書における反徒の地位」『関西大学大学院 法学ジャーナル』第50号30頁

(7) CDDH/SR. 49 para. 67.

(8) CDDH/SR. 49 para. 75.

(9) CDDH/SR. 49 paras. 76-77. (傍点は筆者)

(10) この点に関して、竹本正幸「一九四九年ジュネーヴ諸条約に追加さ

れる二つの議定書について(一)『国際法外交雑誌』第77巻2号63~64頁、竹本正幸「一九四九年ジュネーブ諸条約に追加される二つの議定書について(二・完)『国際法外交雑誌』第77巻3号65~66頁、樋口一彦「ジュネーブ諸条約第二追加議定書における反徒の地位」『関西大学大学院 法学ジャーナル』第50号27~28頁参照。また、Aldrichは次のように述べる。「残念ながら第二議定書の適用範囲はきわめて狭い。1974年から1977年のジュネーブ会議での過半数の諸国は、1949年以後に新たに独立した国であるか、又は他の理由で自国領域内での武力紛争に直面するかもしれないことを懸念しており、この懸念からこれらの国は自国の潜在的な紛争をその新たな法から排除しようとした。」(George H. Aldrich, "The Laws of War on Land", *American Journal of International Law* Vol. 94 No. 1 (2000) p. 60.)

(11) もっとも、たとえこの第二議定書を共通第3条と同じ適用条件に引き下げるとしても(この可能性について、樋口一彦「アメリカの行政部によるジュネーブ諸条約第二議定書の批准、及び第一議定書の批准拒否、の決定」『関西大学大学院 法学ジャーナル』第48号参照)、武力紛争でない国内的な騒擾及び緊張の事態は適用範囲から除かれることにはかわりはない。

(12) この点に関して、楢林建司「政府の要請に基づく内戦への軍事介入(一)(二)・完」『法学論叢』第126巻第3号、第127巻第3号参照。

(13) Peter Malanczuk, *AKHURST'S MODERN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL LAW* (Seventh revised edition) (Routledge, 1997) p. 323. (なお、長谷川正国訳『エイクハースト=マランチュク 現代国際法入門』(成文堂)525頁参照)

(14) 第二議定書についての同様の規定は、外交会議草案及び外交会議委員会採択条文においては含まれていたが、「紛争当事者」という用語がこの第二議定書からすべて除かれるなかで、この「紛争当事者の法的地位に影響を与えるものではない」ことを確認する規定(外交会議草案第3条、外交会議委員会採択条文第3条)も削除された。この経緯について竹本正幸「一九四九年ジュネーブ諸条約に追加される二つの議定書について(二・完)『国際法外交雑誌』第77巻3号64~66頁参照。また、外交会議草案、外交会議委員会採択条文、及び最終条文の対比について、竹本正幸「一九七七年第二追加議定書の条文の変遷——原案、委員会採択条文及び本会議採択条文の対照表——」『関西大学法学論集』第29巻第3号参照。

(15) THEODOR MERON, *HUMAN RIGHTS IN INTERNAL STRIFE: THEIR INTERNATIONAL PROTECTION* (Grotius Publications, 1987) p. 36.

(16) *Ibid.*, p. 38.

(17) 「残念ながら1949年以後多くの非国際的武力紛争が存在してきた。しかし、その紛争の生じている国が第3条の適用性を認めることは、極めて例

外的であった。通常、当該国はその国内的問題が『武力紛争』——第3条はこの用語を定義しようとしていない——のレベルに達していることを否定し、その反徒は無法者の犯罪者であると主張する。政府当局が殺人、拷問そして恣意的処罰を行う自由を確保したいと考える場合もあるだろうが、しかし実際ほとんどの場合、政府が第3条の適用を認めることをためらうのは、主としてこの第3条が『各紛争当事者』にその義務を課しているからなのである。諸政府は、このような条約の文言が反徒——第3条は、国家と同様に反徒が国際法上の権利義務を持つことを示すことによって、反徒にも適用される——の地位を高めるものと必然的に考えるのである。」(George H. Aldrich, "The Laws of War on Land", *American Journal of International Law* Vol. 94 No. 1 (2000) p. 59.)。なお、反徒に対する共通第3条の拘束性については、本稿第3章参照。

(18) 「深刻な国内的武力騒動に直面した政府の大半は、それを3条が規定する紛争と特定することに躊躇するのである。なぜなら、関係政府は、たんなる無法者とか強盗とかとして、これらの反乱者の軍事的、政治的、あるいは法的な地位を過小評価しようとしているのに、そんなことをすれば、その思惑に反し、かえって、反乱者の地位を高めることになるのを恐れるからである。たとえ3条がこの『(規定の)適用は、紛争当事者の法的地位に影響を及ぼすものではない』と規定していても、この事実は、3条の規定の適用を認めるについての締約国政府の快諾を大きく増やしてはいないのである。」(T. バーゲンソル著、小寺初世子訳『国際人権法入門』(東信堂、1995年)160頁)

(19) THEODOR MERON, *HUMAN RIGHTS IN INTERNAL STRIFE: THEIR INTERNATIONAL PROTECTION* (Grotius Publications, 1987) p. 47.

(20) もちろん現実には諸国が共通第3条や第二議定書の実体規定に従って行動している、ということでは必ずしもない。この点について、Theodor Meron, "Contemporary Conflicts and Minimum Humanitarian Standards", Karel Wellens (ed.), *INTERNATIONAL LAW: THEORY AND PRACTICE Essays in Honour of Eric Suy* (1998) p. 624. 参照。

(21) 第二議定書の適用条件にかかわらずあらゆる場合に第二議定書の規定に従うべき、とするコロンビア憲法裁判所の判断について、Frits Kalshoven, "A Colombian View on Protocol", *Yearbook of International Humanitarian Law* Vol. 1 (1998) p. 265. *idem*, "Protocol II, The CDDH and Colombia", Karel Wellens (ed.), *INTERNATIONAL LAW: THEORY AND PRACTICE Essays in Honour of Eric Suy* (1998) p. 610. 参照。

## 第2節 武力紛争と当該行為との関連性

内戦に適用される国際人道法はこれまで個人を拘束する刑事規定とは必ずしもとらえられてこなかった<sup>(1)</sup>。しかし、旧ユーゴ国際刑事裁判所及びブルワンダ国際刑事裁判所の裁判所規程及び判例を通じて、この「内戦に適用される国際人道法」が個人を拘束する刑事規定としてとらえられるようになってきた。このように、この内戦に適用される国際人道法が、紛争当事者を拘束する国際法であるのみならず、個人を拘束する法規則——すなわち国際裁判所や本国・第三国国内裁判所が「内戦に適用される国際人道法」違反を根拠に当該違反者個人を裁判にかけ処罰できる——として認識され、そして実際に適用されるようになる、個人のいかなる行為がその人道法違反行為となるのかを明らかにする必要が生じる。前節で検討したように、内戦に適用される国際人道法は、武力紛争において適用される国際法として作成されてきた。すなわち当該領域において国際的性質を有しない武力紛争が存在していることが必要となる。この条件は、もともと内戦に適用される国際人道法の実体規定とは無関係に、単に適用される場合を限定するためのものとしての性格が強かった。この内戦に適用される国際人道法が、直接個人を拘束する刑事規定とされる場合に、この「武力紛争の存在」という適用の条件はいかなる意味を持つことになるのか。個人の行為への人道法の適用にはその武力紛争の存在だけで十分なのであるか。それとも、内戦に適用される国際人道法により禁止される行為——たとえば殺人や強姦——がなされたとしても、それらの行為が当該武力紛争とはまったく無関係に行なわれた場合には、「内戦に適用される国際人道法」の違反とはならないのであろうか。後者の場合の「武力紛争と当該行為との関連性」とはいったい何を意味するのか。この「武力紛争と当該行為との関連性の要件」が、旧ユーゴ国際刑事裁判所及びブルワンダ国際刑事裁判所の諸判例において論じられ、そしてその必要性が認められている。本節では、この要件の意味について分析したい。

(1) この点について、樋口一彦「内戦に適用される国際人道法——その拡大の可能性——」『琉大法学』第55号、樋口一彦「内戦に適用される国際人道法の違反に対する処罰(一)(二・完)」『琉大法学』第58号・59号、樋口一彦「内戦の国際化と国際人道法——反徒の「外国軍化」による国際化——」『琉大法学』第62号参照。

#### I Tadic 事件<sup>(1)</sup>

旧ユーゴスラビアのボスニア・ヘルツェゴビナでの人道法違反に関する旧ユーゴ国際刑事裁判所 Tadic 事件(管轄権に関する抗弁申請)の上訴裁判部での審理において、上訴人(Tadic)は、「申し立てられた犯罪がなされた時間及び場所において、法的に認識できる武力紛争は、国内的なものであろうと国際的なものであろうと、存在しなかった<sup>(2)</sup>」と主張した。この点に関して上訴裁判部は、「国際人道法違反が存在するためには武力紛争が存在しなければならない<sup>(3)</sup>」ことを確認したのちに、その武力紛争が当該時間及び場所において存在し、したがって国際人道法が適用されることを述べている。ここで上訴裁判部は、武力紛争の存在とともに、当該行為がその武力紛争に関連したものでなければならないことも述べている。すなわち、「武力紛争は、国家間における武力の行使が存在する場合、あるいはある国家内で政府当局と組織的武装集団との間において又はそのような武装集団の間において長期の武装的暴力が存在する場合、に存在する。国際人道法は、そのような武力紛争の最初から適用され、全般的な和平の締結が達成されるまでは敵対行為の終了後にも及ぶ。国内紛争の場合においては、平和的解決が達成されるまで及ぶ。この時までは、国際人道法は、交戦国の全領域において適用され続ける。国内紛争の場合には、当事者の支配下にある全領域において適用され続ける。実際の戦闘がそこで生じているかどうかは関係がない。以上の武力紛争の概念を本件に適用すれば、その申し立てられた犯罪は武力紛争の状況の中でなされたものと我々は考える。旧ユーゴスラビア内でのさまざまな団体間での戦闘が、1991年に始まり、その申し立てられた犯罪のなされたとされる1992年の夏を通して継続し、今日まで持続している。……これらの敵対行為は、国際的武力紛争及び国内的武力紛争に適用される密度(intensity)の要件を超えている。さまざまな国の軍隊間に、そして政府軍と組織的反徒集団の間に、長期のかつ大規模な暴力が存在している。その犯罪がなされたと申し立てられている時間及び場所において Prijedor 地区で実質的な衝突がたとえ生じていなかったとしても——この事実問題については、上訴裁判部は判断しない——国際人道法は適用される。その申し立てられた犯罪が、紛争当事者によって支配される他の領域部分において生じた敵対行為に密接に関連していた、ということでも十分である。ここでの申し立てがその必要な関連を有していることは明らかである。起訴状においては、1992年にボスニアのセルビア人が Opstina of Prijedor を支配し、Omarska に収容所を設置した、と述べられている。さらに、犯罪は Omarska 収容所の内外で文民に対してなされたが、それは Prijedor 地区における権力のボスニアのセルビア人による支配・確立の一部としてのものであり、さらにそれはボスニア領域に対す

る支配を獲得するためのより大きなボスニアのセルビア人の軍事的戦闘の一部としての性質を持つものであった、と起訴状は述べている。上訴人は反対の証拠を何ら提出していない。むしろ口頭の主張において、Prijedor 地区においてボスニア・ヘルツェゴビナの中央当局によってではなくボスニアのセルビア人によって運営される収容所があったことを認めている。上記から、国際人道法の適用上、その申し立てられた犯罪は武力紛争の状況下でなされた、と我々は結論する。<sup>(4)</sup>」

この上訴裁判部の判決では、武力紛争の存在の要件と当該行為の紛争との関連性の要件が必ずしも明確に区別されていないようにも思われるが、この上訴裁判部の管轄権に関する判決を受けてなされた第一審裁判部による有罪認定の判決<sup>(5)</sup>においては、この両者の区別がより明瞭になされている。すなわち、この判決の第VI部（適用される法）A章（規程第2条、第3条、第5条の一般的適用条件）の第1節「武力紛争の存在」において国際的武力紛争及び国内的武力紛争の存在を検討したのちに、次の第2節「被告人の行為と武力紛争とのつながり」において当該犯罪行為と当該武力紛争との関連について分析しているのである<sup>(6)</sup>。裁判所はこの後者の点に関して以下のように述べる。「武力紛争あるいは占領の存在およびその領域への国際人道法の適用性は、旧ユーゴスラビア領域内でなされたすべてのあらゆる著しい犯罪に対して国際的管轄権を設定するには十分ではない。ある犯罪が本国際裁判所の管轄権内に属するためには、その申し立てられた犯罪とそして国際人道法の適用性を生じさせるその武力紛争との間に、十分なつながりが確立されなければならない。<sup>(7)</sup>」「従って、ある犯罪が国際人道法違反となるためには、その申し立てられた各行為が実際に敵対行為に密接に関連していることを、本第一審裁判部が納得する必要がある。当事者の一方により支配された地区における敵対行為中に又はその一部として、あるいは占領の中で、その犯罪がなされたということを証明することで十分だろう。しかしながら、上訴裁判部が述べているように、行なわれたと申し立てられるその禁止された行為の正確な時間と場所において、武力紛争が行なわれていたことを示す必要はない。また、その申し立てられた犯罪が戦闘中になされたということも必要ないし、その犯罪が紛争当事者の一方により公式に認められまたは容認された政策あるいは実行の一部である必要もない。さらに、その行為が戦争行為に関連する政策を実際に推し進めるものであるとか、あるいは紛争当事者の実際の利益となるものであることも必要ではない。国際人道法上の個人の義務は国際法上の国家の責任の問題から独立しており、それに関係なく適用される。個々の事例の状況において判断されなければならない

唯一の問題は、その犯罪がその武力紛争全体に密接に関連しているかどうかである。<sup>(8)</sup>」<sup>(9)</sup>「とにかく被告人の行為は、二通りの別個の過程で、その武力紛争に関連している。第一に、Kozarac 及び Sivci 村・Jaskici 村の奪取における被告人の行為についての状況がある。その武力紛争の民族紛争としての性質、及び、純粋なセルビア人国家を作るという Republika Srpska（セルビア人共和国）の戦略的目的からすれば、opstina Prijedor の回教徒及びクロアチア人地区の武力による奪取及び民族浄化中になされた被告人の行為は、その武力紛争と直接的に関連している。<sup>(9)</sup>」<sup>(10)</sup>「第二に、Republika Srpska 当局によって運営される収容所における被告人の行為がある。それらの行為は、明らかにこれらの収容所を運営していた当局の黙認あるいは許容により生じたものであり、そして、それらの行為が opstina Prijedor の収容所の抑留者に対する是認された政策の一部であったことを示している。実際、そのような処置は、ボスニアのセルビア軍によって支配されるボスニア・ヘルツェゴビナ共和国の諸地域を、恐怖、殺害あるいはその他の手段によって、民族的に浄化するという Republika Srpska の目的を実現するものであった。従ってそれらの行為もまたその武力紛争に直接に関連していた。<sup>(10)</sup> <sup>(11)</sup>」

このように、この第一審裁判部判決においては、被告人の行為が国際人道法違反となるためには武力紛争の存在のみならず、当該行為がその武力紛争と関連したものでなければならない、と認定された<sup>(12)</sup>。武力紛争の存在については内戦に適用される国際人道法適用の条件であり、現行法の解釈としてこれを否定することは困難である。しかし、その人道法違反の行為が当該武力紛争と密接に関連したものでなければならない、という理解は、確かに、内戦に適用される国際人道法の適用を武力紛争の状況に限定していることから必然的に導きだされる結論である、とも言う。しかし、そのように適用を狭くとすることは必ずしも必要ではなく、当該武力紛争の存在している領域内でなされたあらゆる違反行為を、武力紛争との関係の有無を問わず、適用範囲とすることができ、その方が残虐行為を防止処罰するという人道法の目的により合致する、との解釈もありうるはずである。しかし、この後者のような解釈をとらずに裁判所は当該行為の武力紛争との関連性を必要と考えた。では本判決で理解される「当該行為の武力紛争との関連性」の内容はどのようなものであろうか。本判決においては、被告人 Tadic の行為の性格あるいは被害者の性質について重点がおかれている。すなわち、「当事者の一方により支配された地区における敵対行為中に又はその一部として、あるいは占領の中で、その犯罪がなされたということ」「その武力紛争の民族紛争としての性質、及び、純粋なセルビア人国家を作るという Republika Srpska の戦略的目的からすれば、opstina Prijedor の回教徒及びクロアチア人地区の武力による奪取及び民族浄化中になされた被

告人の行為は、その武力紛争と直接的に関連している」 「Republika Srpska 当局によって運営される収容所における被告人の行為は、明らかにこれらの収容所を運営していた当局の黙認あるいは許容により生じたものであり、そして、これらの行為が opstina Prijedor の収容所の抑留者に対する是認された政策の一部であったことを示している。実際、そのような処置は、ボスニアのセルビア軍によって支配されるボスニア・ヘルツェゴビナ共和国の諸地域を、恐怖、殺害あるいはその他の手段によって、民族的に浄化するという Republika Srpska の目的を実現するものであった」と述べるこの判決が重視している点は、被告人の行為が「ボスニアのセルビア軍」によるボスニアの「回教徒」及び「クロアチア人」に対する敵対行為としてなされたということである。つまり、被害者が、被告人の武力紛争の「敵」に属する者であって、それゆえに残虐な行為の対象とされた、という点である。

- (1) この事件の概略について、本稿第4章第3節参照。
- (2) *International Law Reports* Vol. 105 p. 486. para. 66. なお、この判決について樋口一彦「内戦に適用される国際人道法の違反に対する処罰（二・完）」『琉大法学』第59号参照。
- (3) *Ibid.*, para. 67.
- (4) *Ibid.*, para. 70. (傍点は筆者)
- (5) この判決について、樋口一彦「内戦の国際化と国際人道法——反徒の「外国軍化」による国際化——」『琉大法学』第62号参照。
- (6) *International Law Reports* Vol. 112 pp. 178-184. paras. 557-576.
- (7) *Ibid.*, para. 572.
- (8) *Ibid.*, para. 573. (傍点は筆者)
- (9) *Ibid.*, para. 574.
- (10) *Ibid.*, para. 575.
- (11) 1998年12月10日に下された旧ユーゴ国際刑事裁判所第一審裁判部の判決 (Prosecutor v. Anto Furundzija, Case No. IT-95-17/1-T(1998)) においても、この武力紛争の存在の要件と、当該行為とその武力紛争のつながりの要件が明確に区別されて論じられている。この判決において第一審裁判部はこのつながりに関して、「第一審裁判部は、被告人による証人Aの尋問の性質についての彼女の証言を受け入れた。彼女は、Jokers (HVO—クロアチア防衛評議会—の軍警察の特別部隊)の権力内にある文民であり、この部隊の指揮官であった被告人によって尋問された。彼は能動的戦闘員であり、回教徒たちを彼らの家から追い出すことに参加した。彼はまた証人D及びEたちのような者の逮

捕に参加した。これらの状況は、被告人によってなされたと申し立てられている犯罪をその武力紛争に結びつけるのに十分である、と第一審裁判部は判断する。」と述べている (*International Legal Materials* Vol. 38 No. 2 (1999) p. 333. para. 65.)。また、Aleksovski 事件第一審裁判部判決 (IT-95-14/1-T The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Judgement 25 June 1999, paras. 42-45.) (André KLIP and Göran SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. 4 *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1999-2000* (Intersentia, 2002) p. 290.) 及び Celebici 事件第一審裁判部判決 (IT-96-21-T PROSECUTOR v. ZEJNIL DELALIC ZDRAVKO MUCIC also known as PAVO" HAZIM DELIC ESAD LANDZO also known as ZENGA", Judgement 16 November 1998, paras. 182-197.) (André KLIP and Göran SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. 3 *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1997-1999* (Intersentia, 2001) pp. 413-416.) においても、この武力紛争の存在の要件と武力紛争と当該行為のつながりの要件が明確に区別され、そしてその両方の要件が必要であるとされている。

(12) なお、この Tadic の有罪の認定に関する上訴裁判部判決において、VRS は VJ の指揮下にあり、新ユーゴのために行動していたとされ、したがって本件は国際的武力紛争下でなされた、と判断された (PROSECUTOR v. DUSKO TADIC, Judgement of 15 July 1999, paras. 152, 162. *International Legal Materials* Vol. 38 No. 6 (1999) pp. 1547, 1549.)。

## II Akayesu 事件 (第一審裁判部)

武力紛争と当該犯罪との関連性に関して、より詳しい検討を行なっている判例が、ルワンダ国際刑事裁判所第一審裁判部の Akayesu 事件判決である。本件の被告人 Akayesu は、1993年4月に Taba 村の村長 (bourgmestre) に選ばれ、彼がルワンダを逃れた1994年6月までこの地位にいた。そして1995年10月にザンビアで逮捕され、1996年5月に裁判所の所在するアルーシャへ移送された。1994年4月7日から6月おわりにかけてきわめて多くのツチ族が Taba 村において殺害されたが、被告人は4月18日以後ツチ族殺害等を是認、命令し、また自ら殺害等に加わったとして、第一審裁判部はジェノサイド罪及び人道に対する罪で彼を有罪と認めた。しかしこの判決では、起訴状で申し立てられた被告人の行為に関して、当該武力紛争との関係の証明が不十分であるとして、国際人道法違反の訴因については無罪を言い渡している<sup>(1)</sup>。本稿は、この人道法違反

について無罪という結論の可否を問うものではない。ここでの関心は、この第一審裁判部判決が国際人道法違反における武力紛争と当該行為の関連性をどのように分析したのか、である。まずこの判決の議論を整理しよう<sup>(2)</sup>。

国際人道法の適用に関して裁判所は、まず、裁判所規程<sup>(3)</sup>第4条の適用上、ジュネーヴ諸条約共通第3条と第二追加議定書の適用可能性を判断する。すなわち、一方においてルワンダ政府軍(FAR)、他方においてルワンダ愛国戦線(RPF)、この両者の集団はよく組織された軍隊であり、第二追加議定書の適用条件をも満たしている：そしてこの両者の間に高い密度の武力紛争が行なわれており、従って、共通第3条はもちろん第二議定書の適用条件をも満たす武力紛争が当時ルワンダに生じていた、とする。そのうえで、武力紛争と当該行為の関連性について、裁判所は以下のように判示する。

まず、人道法違反の行為者の類型・地位について、「ジュネーヴ四条約及び追加議定書は、敵対行為の発生・遂行についてその権限上責任を有する者に主として向けられている。従って、この点に関して責任を有する者の部類は、ほとんどの場合、指揮官、戦闘員及びその他の軍隊構成員に限られる。<sup>(4)</sup>」「しかしながら、これらの国際的法人文書の全般的な保護的人道的目的からすれば、共通第3条及び第二議定書の諸規定によって拘束される者のカテゴリーの限定はあまり厳格にすべきではない。従って、ジュネーヴ諸条約及び追加議定書の義務・責任は、交戦当事者の軍事指揮下にある軍隊に属するすべての階級の個人、及び、公務員あるいは公の権限を持つ機関等または政府を事実上代表する機関として、戦争努力を支援し遂行することを正当に委任され期待される個人、に対して通常適用される。<sup>(5)</sup>」「しかしながら起訴状は、被告人が共通第3条及び第二議定書の著しい違反について責任を負う者の範疇に属する、ということの特に明示していない。被告人が(最も広義での)ルワンダ軍の公式の構成員であるとは述べられていない。従って、武力紛争法に関する規程第4条は、文民としての被告人には適用されない、と異議を述べることもできるかもしれない。<sup>(6)</sup>」しかし「少なくとも東京裁判以後、文民も国際人道法違反によって責任を問われうる、ということは確立している。元外相の広田は南京事件中の犯罪により東京裁判で有罪とされた。他の戦後の裁判においても紛争当事者とのつながりがある場合には文民に対する戦争犯罪の個人的刑事責任が明確に認められている。また、戦争法規違反行為により文民に責任を負わせる原則は、戦争犠牲者を残虐行為から守るというジュネーヴ諸条約・議定書の人道目的により支持される。<sup>(7)</sup>」「従って戦争法規は戦闘員と同様に文民にも適用されなければならないことは明らかである。さらに被告人は当該事件当時単なる文民では

なく村長であったことに、本裁判部は留意する。従ってもし事実の側面が確認されれば、被告人は国際人道法の著しい違反、特に共通第3条及び第二議定書の著しい違反、によって責任を問われうる者の部類にある、と本裁判部は結論する。<sup>(8)</sup>」

次に、当該行為の性質について、判決によれば、「Akayesu が規程第4条の下で刑事責任を負うためには Akayesu が、政府または RPF のために、それぞれの紛争目的の遂行の中で行動したことを、検察官が合理的疑いの余地を残さぬほどに証明しなければならない。本判決の中でさきに述べたように、このことは、もし Akayesu が彼の権限によって敵対行為の発生に責任を有するか、または直接に敵対行為に参加したことが証明されれば、Akayesu がその行為に対して個人的刑事責任を負う、ということの意味する。従って、Akayesu がいずれかの交戦当事者の軍事指揮下にある軍隊の構成員であるか、あるいは、公務員あるいは公の権限を持つ機関等または政府を事実上代表する機関として、戦争努力を支援し遂行することを正当に委任され期待されていたことを、検察官は本裁判部に示し、証明しなければならない。実際本裁判部は、規程第4条が文民にも適用されることを想起する。<sup>(9)</sup>」「公判中に提出された証拠によれば、起訴状で申し立てられた事件の際には、Akayesu は軍服の上着を着て、ライフル銃を携行し、多くの任務——当該地域の調査・地図作成及び無線通信の設定を含む——を引き受けることによって Taba に到着した軍を支援し、そして軍に彼の公館の使用を許可した、ということが明らかにされた。Akayesu の行動とその紛争との間につながりがあったことを示すために、検察官は、これらの事実にも依拠した。さらに Akayesu が RPF の仲間の個人を照会したことは、Akayesu の行動が政府と RPF との紛争にかかわっていることを示すものである、と検察官は主張した。<sup>(10)</sup>」「本判決において、Akayesu が社会的権限を握っていたこと、そして彼がその地域社会の行政支部での文民管理職の立場にあったこと、が明らかにされた。しかしながら検察官は Akayesu が、いかにして、そしていかなる資格において、RPF に対抗する政府の努力を支えたかについて、十分な証拠でもって明らかにすることができなかった。本裁判部の見解においては、軍服の上着を着用していたことやライフル銃を携行していたことにかかわる証拠は、Akayesu が積極的に戦争努力を支援していたということを示すには、不十分である。さらに、その地域の長としての役割において、被告人によって、軍に対してなされた限られた支援は、彼が積極的に戦争努力を支えたということ十分に明らかにするものではない、と本裁判部は認定する。加えて、Taba で生じた事件に関連する RPF の仲間の照会は、ツチ族を指し示すものと理解され



るべきことが証明された、ということの本裁判部は想起する。<sup>(11)</sup>

そして結論として、「上記のことから、そして本件に提出されたすべての証拠にもとづいて、起訴状において申し立てられた事件の時に Taba 村において Akayesu によってなされた行為は武力紛争に関連してなされた、ということが疑問の余地なく証明されたとは言えない、と本裁判部は認定する。さらに、Akayesu が軍隊構成員であったこと、あるいは、公務員あるいは公の権限を持つ機関等または政府を事実上代表する機関として、戦争努力を支援し遂行することを正当に委任され期待されていたことを、疑問の余地なく証明されたとは本裁判部は認定できない。<sup>(12)</sup>」「従って本裁判所は Jean-Paul Akayesu が起訴状の訴因 6、8、10、12、及び 15 の下で個人的刑事責任を負うことはない、と認定する。<sup>(13)</sup>」とした。

この Akayesu 事件判決も Tadic 事件判決と同じように内戦に適用される人道法の適用の条件として、武力紛争の存在のみならず、当該行為と当該武力紛争との関連性を必要とした。そしてこの判決も、なぜこのような関連性が必要であるのかについては、直接に明確に説明してはいない。従って、判決の論理を追いながら、この判決における理解を探る必要がある。

Akayesu 事件判決は、まず、被告人 Akayesu の地位あるいは資格の検討を行なっている。人道法違反を行ないうる地位を持っているか否かである。判決は「少なくとも東京裁判以後、文民も国際人道法違反によって責任を問われうる、ということは確立している。他の戦後の裁判においても紛争当事者とのつながりがある場合には文民に対する戦争犯罪の個人の刑事責任が認められている」として、文民であっても人道法違反を問われうるとするが、当該行為者の地位・資格をまったく問わないとは述べておらず、「紛争当事者とのつながりがある場合」に限定している。すなわち、「Akayesu が軍隊構成員であったこと、あるいは、公務員あるいは公の権限を持つ機関等または政府を事実上代表する機関として、戦争努力を支援し遂行することを正当に委任され期待されていたこと」が必要である、と考えるのである。次に当該行為の性質として、「戦争努力の支援」とは、具体的には、「Akayesu が、政府または RPF のために、それぞれの紛争目的の遂行の中で行動したこと」「Akayesu が彼の権限によって敵対行為の発生に責任を有するか、または直接に敵対行為に参加したこと」「軍服の上着を着用していたことやライフル銃を携行していたことにかかわる証拠は、Akayesu が積極的に戦争努力を支援していたということを示すには、不十分である。さらに、その地域の長としての役割において、被告人によって、軍に対してなされた限られた支援は、彼が積極的に戦争努力を支えたということを十分に明らかにするものではない」として示される。ここで被告人が「紛争目的の遂行の中で行動したこと」という点が重視されている。つまり、被告人が人道法違反の

行為を行なったとされるためには、被告人が政府と反徒との武力紛争において、「敵」を打倒するための敵対行為のなかに位置付けられる行動を行なう立場にあり、そしてその敵対行為として人道法違反の行為を実際に行なったことが必要である、と述べていると理解することができるのである<sup>(14)</sup>。

この Akayesu 事件判決（1998 年 9 月 2 日）に続くルワンダ国際刑事裁判所第一審裁判部の他の諸判決においても、基本的にこの Akayesu 事件第一審裁判部判決の判断が踏襲されている。すなわち、Kayishema and Ruzindana 事件判決（1999 年 5 月 21 日）<sup>(15)</sup>、Rutaganda 事件判決（1999 年 12 月 6 日）<sup>(16)</sup>、および Musema 事件判決<sup>(17)</sup>において Akayesu 事件判決と同様の判断が示され、そして、当該犯罪とその武力紛争とのつながりの証明が十分ではないとして、人道法違反の訴因について無罪が言い渡されているのである。要点のみを引用しよう。Kayishema and Ruzindana 事件判決ではこの「武力紛争と当該犯罪との関連性」に関して、「その犯罪と武力紛争との間に直接のつながりがなければ、共通第 3 条及び第二議定書の違反が存在したとの結論を導く根拠がなくなる<sup>(18)</sup>」「共通第 3 条及び第二議定書が武力紛争の犠牲者保護を目的としていることを考慮すれば、その犯罪と武力紛争との間のつながりの要件はきわめて重要である<sup>(19)</sup>」としたうえで、「これらの（犠牲者の）男性女性そして子供は FAR と RPF との間の軍事活動の結果として殺害されたのではなく、ルワンダの公的当局によって遂行された、ツチ族殲滅政策ゆえに殺害された。したがって、被告人のこの虐殺への参加から、被告人が FAR あるいは RPF 軍隊と関連していた、ということにはならない<sup>(20)</sup>」「起訴状で申し立てられた犯罪が武力紛争に直接関連してなされたということ、合理的な疑いの余地なく証明されたとは言えない<sup>(21)</sup>」として人道法違反の訴因について無罪とした。また、Rutaganda 事件判決においても「共通第 3 条及び第二追加議定書の事後的要件を満たす、国際的性質を有しない武力紛争の文脈の中でその犯罪がなされたということに加えて、規程第 4 条が適用されるためにはその犯罪と武力紛争との間につながりがなければならない<sup>(22)</sup>」ことを確認したうえで、「ツチ族に対するジェノサイドと RAF・RPF 間の紛争とが明らかに結びついていなければならない<sup>(23)</sup>」「したがって、被告人によってなされた犯罪行為と武力紛争との間のつながりが存在したということ、合理的な疑いの余地なく証明されたとは言えない」と認定した<sup>(24)</sup>。そして Musema 事件判決でも同様の判断が示された<sup>(25)</sup>。

(1) この判決の概要について、*International Legal Materials* Vol. 37 No. 6

(1998) pp. 1401-1410. 稲角光恵「ジェノサイド罪の適用——アカイエス事件——」『別冊ジュリスト No. 156 国際法判例百選』114~115 頁参照。

(2) ICTR-96-4-T, 2 September 1998 (André KLIP and Göran SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. 2 *The International Criminal Tribunal for the Rwanda 1994-1999* (Intersentia, 2001) pp. 399 et seq.

(3) S/RES/955 Annex

(4) *Op. cit.*, supra note 2, ICTR-96-4-T para. 630.

(5) *Ibid.*, para. 631. (傍点は筆者)

(6) *Ibid.*, para. 632.

(7) *Ibid.*, para. 633. (傍点は筆者)

(8) *Ibid.*, para. 634. (傍点は筆者)

(9) *Ibid.*, para. 640. (傍点は筆者)

(10) *Ibid.*, para. 641.

(11) *Ibid.*, para. 642. (傍点は筆者)

(12) *Ibid.*, para. 643.

(13) *Ibid.*, para. 644.

(14) この判決における認定では、1994年にルワンダで生じた虐殺は、ツチ族の根絶という特定の目的を持っているのであって、それらの者がRPFの戦闘員であるがゆえに対象とされたわけではない：ルワンダで生じた悲劇はRAFとRPFとの間の紛争の中だけで生じたのではなく、そのジェノサイドは、その紛争と並んで行なわれた：ツチ族に対するジェノサイドは、その上記紛争と同時に生じたけれども、その紛争とは明らかに、根本的に、別個のものである、とされている。( *ibid.*, paras. 125, 127, 128.)

(15) ICTR-95-1-T, 21 May 1999, *The Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana* (André KLIP and Göran SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. 2 *The International Criminal Tribunal for the Rwanda 1994-1999* (Intersentia, 2001) pp. 555 et seq.)

(16) ICTR-96-3-T, 6 December 1999, *The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda* (*ibid.* pp. 709 et seq.)

(17) ICTR-96-13-T, 27 January 2000, *The Prosecutor v. Alfred Musema* (André KLIP and Göran SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. 6 *The International Criminal Tribunal for the Rwanda 2000-2001* (Intersentia, 2003) pp. 469 et seq.)

(18) ICTR-95-1-T, para. 185.

(19) *Ibid.*, para. 189.

(20) *Ibid.*, para. 619.

(21) *Ibid.*, para. 623.

(22) ICTR-96-3-T, para. 102.

(23) *Ibid.*, para. 462.

(24) *Ibid.*, para. 463.

(25) ICTR-96-13-T, paras. 259-262, 973-975.

### III Akayesu 事件 (上訴裁判部)

第一審裁判部判決に対して、検察側と被告人双方が上訴した。上訴裁判所は、結局、Akayesu のすべての上訴理由を退け、Akayesu の終身刑が確定した。

検察側は、国際人道法違反に関して無罪とした判断に関して、上訴理由として二点を挙げた。第一に、共通第3条及び第二追加議定書の著しい違反に対して責任を負う者の決定に際し「公的機関または政府代表基準」を適用することにおいて、第一審裁判部は法的誤りを犯した。第二に、もしこの第一の上訴理由が退けられるならば、公的機関または政府代表基準を適用して Akayesu が公的機関または政府代表者ではないとした事実認定において、第一審裁判部は誤りを犯した、と<sup>(1)</sup>。

上訴裁判部は次のように述べて、この検察側の第一の上訴理由を認め、従って第二の理由については判断する必要がないとした。

「ICTR 規程において、個人的刑事責任が特定の部類の個人に限定されるとの明示の規定はない。<sup>(2)</sup>」「共通第3条の下で犠牲者に対して与えられる最小限の保護は、その違反者に対する実効的な処罰を必然的に含意している。今や、そのような処罰は、区別なくすべての者に適用されなければならない。……もし、ある人々が特定の部類に属していないとの理由で共通第3条違反に対する個人的刑事責任を免れることが認められるならば、国際人道法の意義は減少し、疑いを持たれることとなろう。<sup>(3)</sup>」「第一審裁判部は、その判決の段落630で、ジュネーヴ4条約が『武力紛争の犠牲者並びに潜在的犠牲者を主として保護するために採択された』と述べ、そして、『この点に関して責任を有する者の部類は、ほとんどの場合、指揮官、戦闘員及びその他の軍隊構成員に限られる。』と続ける。そのような認定は、一応、理由のないことではない。實際上、共通第3条の違反者は、おそらくこれらの部類の一つに該当するであろう。このことは、共通第3条が違反と武力紛争との間の密接なつながりを求めていることに由来する。この違反と武力紛争との間のつながりは、ほとんどの場合、その犯罪者

がおそらくは一方の紛争当事者と特別な関係を有していることを含意している。しかしながら、そのような特別な関係は共通第 3 条適用の、従って規程第 4 条適用の、前提条件ではない。上訴裁判部の見解では、特別な関係が規程第 4 条違反に対する刑事責任発生のための別個の条件でなければならないことを求めたことにおいて、第一審裁判部は誤りを犯した。従って、第一審裁判部は共通第 3 条の適用を第一審裁判部の定義する特定の部類の人々に限定したことにおいて法的過ちを犯した、と上訴裁判部は判断する。<sup>(1)</sup>

この上訴裁判部の見解では、「その犯罪者が一方の紛争当事者と特別な関係を有していること」を必ずしも必要な要件ではない、とした。しかし、他方で、「共通第 3 条が違反と武力紛争との間の密接なつながりを求めている」ことは認めている。Akayesu は、一方の紛争当事者と特別な関係を有していないけれども、その行為は当該武力紛争と密接な関係を有していた、ということであろうか。では、上訴裁判部の理解する「違反と武力紛争との間の密接なつながり」とは、どのようなものであろうか。残念なことに、この点を明らかにする説明が判決文に見られない。

- (1) The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgement of 1 June 2001 (ICTR-96-4-A) para. 425. ([www.ictor.org/](http://www.ictor.org/))
- (2) *Ibid.*, para. 436.
- (3) *Ibid.*, para. 443.
- (4) *Ibid.*, paras. 444-445.

#### IV Akayesu 事件上訴裁判部判決以後の ICTY/ICTR 諸判例

上述のように、Akayesu 事件上訴裁判部判決では「違反と武力紛争との間の密接なつながり」について明らかにされなかったが、この判決以後の諸判例ではこの点についても考察がなされている。

##### <1> Kunarac 事件 ICTY 上訴裁判部判決

まず、2002 年 6 月の Kunarac 事件上訴裁判部判決において、武力紛争と当該行為のつながりについて次のように述べられた。

「戦争犯罪を純粋な国内犯罪から究極的に区別するものは、戦争犯罪はそれがなされた状況——武力紛争——によって形成されあるいはその状況に依存する、

ということである。……その武力紛争がその犯罪行為の原因である必要はないが、武力紛争の存在は、最小限、その犯行者の犯行能力、犯行の決定、犯行の様態、あるいは犯行の目的においての重要部分を占めなければならない。従って、本件の場合のように、その犯行者がその武力紛争の遂行のためにあるいはその外観の下に行動したことが証明されうるならば、彼の行為はその武力紛争に密接に関連していたと結論付けるに十分である。<sup>(1)</sup>」 「当該行為がその武力紛争に十分に関連しているかどうかを判断する際に、第一審裁判部は、特に、以下の諸要素を考慮できる；その犯行者が戦闘員であること；その犠牲者が非戦闘員であること；その犠牲者が敵対当事者の構成員であること；その行為が軍事作戦の究極的な目的に資するものであると考えられること；その犯罪が、その犯行者の公務の一部としてあるいはその状況の中で、なされたこと。<sup>(2)</sup>」

この Kunarac 事件上訴裁判部判決での説明が、以後の諸判決で踏襲されることとなる<sup>(3)</sup>。

##### <2> Semanza 事件 ICTR 第一審裁判部判決

2003 年 5 月の Semanza 事件 ICTR 第一審裁判部判決では Akayesu 事件上訴裁判部判決を引用して「以上のことから、規程第 4 条により対象とされる行為の刑事責任は、その申し立てられた犯行者の何らかの部類に依存しない。<sup>(4)</sup>」としながら、違反行為と武力紛争との間につき詳しく説明される。

「裁判所規程第 4 条の対象犯罪となるためには、本裁判部は、共通第 3 条又は第二追加議定書の申し立てられた違反行為とその基底をなす武力紛争との間につきつながりが存在することを確認しなければならない。この要件は、共通第 3 条及び第二追加議定書の目的を正しく認識することによって、よく理解される。それらの規定の目的は、国内的武力紛争の犠牲者としての人々の保護であって、その紛争に関係ない犯罪——それらがいかに非難させるべきものであるとしても——に対して人々を保護することではない。<sup>(5)</sup>」 「その申し立てられた犯罪の行為時にその必要なつながりが存在したかどうかは、提出された証拠に基づいて判断される事柄である。もしその申し立てられた犯罪が『敵対行為に密接に関連している』あるいは敵対行為に『関連してなされた』ならば、そのつながりの要件は満たされる、というのが本裁判所及び ICTY の見解である。<sup>(6)</sup>」 「その申し立てられた犯罪がその敵対行為と密接に関連しているときに、その申し立てられた犯罪とその非国際的武力紛争との間につきつながりが存在する。その必要な密接な関連が存在しているかどうかの判断において、本裁判部は ICTY の Kunarac 事件上訴裁判部の以下の見解に同意する。『武力紛争の存在は、最小限、その犯行者の犯行能力、犯行の決定、犯行の様態、あるいは犯行の目的におい

ての重要部分を占めなければならない。従って……その犯行者がその武力紛争の遂行のためにあるいはその外観の下に行動したことが証明されうるならば、彼の行為はその武力紛争に密接に関連していたと結論付けるに十分である。』<sup>(7)</sup>

この「つながり」についての一般論として、以上のように述べ、そして、これを本件の状況にあてはめて、被告人の申し立てられた犯罪とルワンダにおける武力紛争との間につながりがあったことを認めた<sup>(8)</sup>。

「本裁判部の見解では、ルワンダ政府軍と RPF—PRF は、ルワンダにおける少数民族であるツチ族と同一視される——との間で継続している武力紛争は、ツチ族文民の広範な殺害その他の暴行の状況を作り出し、かつ、その口実をもたらした。本件において、Habyarimana 大統領の死亡直後に、RPF と政府軍との間の実際の敵対行為が再開したときに、その殺害が Gikoro 区及び Bicumbi 区において始まった、ということの本裁判部は想起する。その武力紛争から逃れる文民、及び、それぞれの地域で高まる暴力を恐れる文民——そのほとんどがツチ族であった——が、Mabare モスク、Musha 教会等の敷地や Mwulire 丘に避難しようとし、あるいは、犠牲者 A 及び B のように姿を隠した。<sup>(9)</sup>」本裁判部の見解では、ある文民当局・軍当局およびその他の重要人物がその武力紛争を利用して Bicumbi 及び Gikoro のツチ族を殺害・虐待した。ルワンダ政府兵士及び憲兵 (gendarmes) が、Musha 教会、Mabare モスク及び Mwulire 丘に集まった避難民への攻撃において積極的役割をはたした。その虐殺に武装兵士・憲兵が参加したことは、その殺害の実行様態に実質的な影響を及ぼした。一般的に、多くの武装兵士、憲兵、Interahamwe 民兵及び区当局がこれらの攻撃に参加したことは、証拠により示されている。地域のツチ族文民の殺害に軍の将兵が参加していたことは、これらの殺害をそのより広い紛争と結びつけるものである。<sup>(10)</sup>「被告人は、Interahamwe 民兵及び兵士を集め、その攻撃に導くことによって、これらの活動に参加した。また、兵士及び Interahamwe と連携して、ツチ族文民避難民を確認し殺害した。また、被告人が、兵士及び軍や区の上級職員の傍で群集に向かって、そのツチ族殺害の作業がどのように進行しているかを尋ね、そしてそれらの者にツチ族女性を殺害する前に強姦するよう奨励したことを、本裁判部は想起する。<sup>(11)</sup>」その武力紛争は、また、Bicumbi 及び Gikoro のツチ族文民に対してなされた攻撃を実質的に動機付けた。Musha 教会での虐殺中に被告人は特に Rusanganwa——Rusanganwa は著名なツチ族の人物である——を捜し出し、RPF の前進について質問したことを、本裁判部は想起する。Rusanganwa が何らの情報も提供しなかったときに、被告人は彼をなた (machete) で打撃し、死に至らしめた。さらに、RPF 軍が Bicumbi 及び Gikoro に向かって進行するにつれて、これら両区におけるツチ族文民の殺害が激しくなった。<sup>(12)</sup>「文民避

難民に対してなされた軍事活動に被告人が参加したこと、及び、特に、敵軍の前進に関する情報を引き出そうと試みたことは、彼の行動がその敵対行為に密接に関連していたことを示している。従って、本裁判部は、被告人の申し立てられた犯罪とルワンダにおける武力紛争との間につながりがあったことに疑いを持たない。<sup>(13)</sup>

以上の多数意見に対して、Ostrovsky 判事はジュネーヴ諸条約共通第 3 条及び第二追加議定書の著しい違反に関する個別意見を示した。

「答えられなければならない基本的問題は、これらの文民がジェノサイド及びいくつかの人道に対する罪の犠牲者であるのみならず、武力紛争の犠牲者ともなるのかである。<sup>(14)</sup>」文民たる住民をその自らの当局から保護することは、共通第 3 条及び第二追加議定書により対象とされない別個の問題である。この保護は、数多くの関連の国際人権文書の対象範囲である。<sup>(15)</sup>「ルワンダにおける武力紛争の性格は異なる。1990 年にその戦争が開始したが、RPF は何らの民族性も攻撃対象にしなかった。その戦争はその国の権力を争うものであった。1990 年、1991 年、1992 年そして 1993 年にジェノサイドが存在したという証拠はない。ジェノサイドの政策は 1994 年 4 月 6 日後においてのみ行われ、そしてそれは RPF やその構成員に対するものではなかった。<sup>(16)</sup>」このジェノサイドの政策は、ルワンダ当局者によって、特定の民族性を有する自国の文民たる住民に対して行われたものであることを、証拠は示している。この犯罪はその武力紛争と並行してなされたけれども、決して交差していなかった。このことによって、そのような犯罪的政策は、武力紛争の犠牲者保護を目的とする共通第 3 条及び第二追加議定書の対象外のものとなるのである。Akayesu 事件第一審裁判部が述べるように、『ツチ族に対するジェノサイドは、その紛争と同時に生じたけれども、その紛争とは明らかに、根本的に、別個のものである、ということが強調されなければならない。』<sup>(17)</sup>「被告人の犯罪行為が武力紛争に直接関連してなされたということが、合理的な疑いの余地なく証明されていない。これらの犯罪行為は軍事活動と直接の関係はないし、あるいは、武力紛争犠牲者との直接の関係はない。<sup>(18)</sup>」従って、本事件において、共通第 3 条、第二追加議定書及び規程第 4 条 (a) の実質規定の違反がなされた結論付けることはできない。<sup>(19)</sup>

この Ostrovsky 判事の個別意見も、違反行為と武力紛争との間につながりに関して多数意見が示した一般論を否定するものではない。この基準をこの事件に当てはめて、被告人の当該行為についてこのつながりを認めることができるかどうかの評価が異なるのである。多数意見では、当該武力紛争がルワンダ政府軍と RPF との間のものであり、そして PRF はツチ族と同一視され、ツチ族がほとんどを占める文民避難民に対する軍事活動に被告人が参加し、さらに、敵

軍の前進に関する情報を引き出そうと試みたことが、当該行為と武力紛争との密接なつながりを示すものであるとした。つまり、被告人はルワンダ政府軍とRPFとの内戦において、政府側の人間として反徒たるRPF側に属する文民に対して戦闘行為として正当化できない暴力を行使した、ということである。他方、Ostrovsky 判事の個別意見では、被告人の行為は、ルワンダ政府軍とRPFとの内戦とは無関係に、ツチ族に対するジェノサイドとしてなされた、と主張されているのである。

(1) Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic (ICTY-IT-96-23&23/1-A) (12 June 2002) ([www.un.org/icty/](http://www.un.org/icty/)) para. 58.

(2) *Ibid.* para. 59.

(3) なお、2003年2月の Elizaphan and Gérard Ntakirutimana 事件 ICTR 第一審裁判部判決では、結論的に、「その申立てられた行為とその武力紛争の間のつながりの存在等の犯罪の確立した要素が本件において証明されたと、本裁判部は考えない。従って、Elizaphan Ntakirutimana あるいは Gérard Ntakirutimana がジュネーヴ諸条約共通第3条及び第二追加議定書の著しい違反を計画し、煽動し、命令し、実行し、あるいは他の方法でその計画、準備及び遂行を援助し煽動したと、本裁判部は認定しない。従って、Elizaphan Ntakirutimana 及び Gérard Ntakirutimana は、Bisesero 起訴状の訴因7で起訴されたジュネーヴ諸条約共通第3条及び第二追加議定書の著しい違反について無罪であると、本裁判部は判断する。」と述べられたが、「その申立てられた行為とその武力紛争の間のつながり」についての詳しい説明はなされなかった。(The Prosecutor v. Elizaphan and Gérard Ntakirutimana (Case No. ICTR-96-10 & ICTR-96-17-T) (21 February 2003) ([www.ictor.org/](http://www.ictor.org/)) para. 861.)

(4) The Prosecutor v. Laurent Semanza (Case No. ICTR-97-20-T) (15 May 2003) ([www.ictor.org/](http://www.ictor.org/)) para. 362.

(5) *Ibid.*, para. 368.

(6) *Ibid.*, para. 369.

(7) *Ibid.*, para. 517.

(8) 但し、訴因9については証拠不十分により無罪とし(para. 539.)、訴因7については、訴因3で起訴されるジェノサイドの共犯罪との観念的競合により、無罪(para. 536.)、そして、訴因13については、訴因10、11及び12で起訴される人道に対する罪としての強姦、拷問及び殺人との観念的競合により、無罪(para. 552.)とした。なお、この上訴審において、これらの訴因についての無罪は誤りであると判断された (Laurent Semanza v. The Prosecutor

(Case No. ICTR-97-20-A) (20 May 2005) ([www.ictor.org/](http://www.ictor.org/)) paras. 369-371.)。

(9) The Prosecutor v. Laurent Semanza (Case No. ICTR-97-20-T) (15 May 2003) para. 518.

(10) *Ibid.*, para. 519.

(11) *Ibid.*, para. 520.

(12) *Ibid.*, para. 521.

(13) *Ibid.*, para. 522.

(14) The Prosecutor v. Laurent Semanza (Case No. ICTR-97-20-T) (15 May 2003) *Separate Opinion of Judge Yakov Ostrovsky Concerning Serious Violations of Article 3 Common to the Geneva Conventions and Additional Protocol II* ([www.ictor.org/](http://www.ictor.org/)) para. 8.

(15) *Ibid.*, para. 11.

(16) *Ibid.*, para. 31.

(17) *Ibid.*, para. 32.

(18) *Ibid.*, para. 79.

(19) *Ibid.*, para. 81.

### <3> Rutaganda 事件 ICTR 上訴裁判部判決

2003年5月26日のRutaganda事件ICTR上訴裁判部判決<sup>(1)</sup>は、Akayesu事件同様、戦争犯罪に関する訴因について第一審裁判部が無罪とされたものを上訴で有罪とした。しかしながら、Akayesu事件上訴裁判部判決とは異なり、当該行為と武力紛争との間につながりについてかなり詳しく考察している。

「本裁判部は、*Kunarac* 上訴裁判部判決において ICTY 上訴裁判部によってなされたつながり要件の説明及び強調された基準に同意する。二点についてのみ説明を要する。第一に、『武力紛争の外観の下に』という表現は、単に『武力紛争と同時に』とか『部分的に武力紛争によって作られた状況すべての中で』を意味しない。たとえば、もしある非戦闘員が、武力紛争によってもたらされた混乱した状況で低下した警察力に乗じて、長年憎んでいた隣人を殺害したとしても、それだけでは、規程第4条の下での戦争犯罪を構成しない。対照的に、例えば *Kunarac* 事件の被告人は戦闘員であり、軍事の権限を持つ地位を利用して個人——その放逐が被告人たちの参加する軍事作戦の明確な目的であった——を強姦したのである。第二に、*Kunarac* 上訴裁判部判決の段落59が示しているように、特定の犯罪と武力紛争との間の密接な関係の判断は、ただ一つではなくいくつかの要素の考慮を、通常は、必要とするであろう。被告人が非戦闘員

である場合には、特に注意が必要である。<sup>(2)</sup>「第一審裁判部判決の段落 439 から 441 までについての上訴裁判部の理解は、いずれの当事者の理解とも異なる。それらの段落において第一審裁判部は、一方で、様々の証人による証言及び検察側の主張を説明し、他方で、その自らの判断を述べているのであり、その判断の一つが『そのなされた犯罪とその武力紛争との間につながりがある……という検察側の主張には根拠がある』というものである。この明言は、第一審裁判部の段落 442 及び 444 における記述——検察側は、『被告人の個々の行為』あるいは『被告人によってなされた非難されるべき行為』と、その武力紛争との間のつながりを、証明できなかった——と相容れない、と上訴裁判部は考える。<sup>(3)</sup>「第一審裁判部の結論——すなわち、一方において、検察側は、Nyanza での殺害とその武力紛争との間のつながりの存在を、合理的な疑いの余地なく証明した。他方において；Rutaganda は、Nyanza での攻撃に参加し、かつ指示した；Rutaganda は、*Interahamwe* に対して権限を持つ立場に自らを置いて、影響力を行使した；RAF 及び *Interahamwe* は、Nyanza への途上で避難民を威嚇し、殺害した；Rutaganda は *Interahamwe* を援兵として送った；兵士及び *Interahamwe* は、特に、なた・棍棒・斧で武装していた；Nyanza に到着すると *Interahamwe* は避難民を止め、そして、武装した兵士のいる丘の下で座らせた；Rutaganda は、*Interahamwe* に、避難民を取り囲んで殺害する前に包囲するよう命じた；兵士はその後 *Interahamwe* とともに避難民殺害に参加した；RAF 兵士は、*Interahamwe* に殺害を命じ、そして死亡していない者を捜して片付けるよう命じた；その殺害の犠牲者は、ジュネーヴ諸条約共通第 3 条及び第二追加議定書の下で保護される者であった——に照らして、実際、上訴裁判部は、次のように考える。いかなる合理的な事実認定者も、Rutaganda の Nyanza での殺害への参加とその武力紛争との間につながりが存在することを、合理的な疑いの余地なく推論せざるを得ない。本件において、*Interahamwe* の活動を指示する上での RAF 部隊の役割は、その必要なつながりを認めない不合理さを、特に明らかにしている。<sup>(4)</sup>「いかなる合理的な事実認定者も、第一審裁判部により下された事実認定を認めて、なおかつ検察側が Rutaganda の ETO 及び Nyanza での殺害への参加とその武力紛争との間のつながりを合理的な疑いの余地なく証明していないと判断することはできないと結論して、上訴裁判部は第一審裁判部が事実における過ちを犯したと考える。つながりが証明されなかったとの第一審裁判部の誤った結論は、訴因 4 及び 6 についての Rutaganda の無罪の唯一の根拠である。<sup>(5)</sup>」

「以上の理由により、上訴裁判部は検察側の上訴を認め、……Georges Rutaganda はジュネーヴ諸条約共通第 3 条違反としての殺人の罪により個人的に責任があり、従って、起訴状の訴因 4 及び 6 に基づいて有罪判決を下す。<sup>(6)</sup>」

本判決においては、つながりが証明されなかったとの第一審裁判部の結論は

誤りであることを強調がおかれ、上訴裁自身のつながりの判断はあまり明確ではない。しかし、この判決の中で次のような検察側の主張を引用し、特にこれについて否定をしていないことに注目される。

「1994 年の文民殺害実行者、特に、それに参加した *Interahamwe* 構成員はツチ族に対する自らの攻撃を戦争努力の一部と捉えていた。その殺害者の観点からすれば、RPF のその国への侵攻は 1959 年革命を転覆させ、ツチ族支配の政府を再樹立させる恐れのあるものであった。その殺害を正当化するために用いられたイデオロギーによれば、すべてのツチ族（及びツチ族攻撃に反対するフツ族）は侵攻する RPF の潜在的協力者であった。かくして、彼らの殺害は、RPF が軍事的政治的勝利を獲得することを妨げる方法となった。……このように、『*Interahamwe* の性質及び活動、その武力紛争中にツチ族が「敵」と考えられたこと、そして、Rutaganda によってその組織においてなされた役割ゆえに、上訴人の非難されるべき行為とその武力紛争との間に密接な関係が存在する。』<sup>(7)</sup>」ここで検察側は、その犯行者が RPF の潜在的協力者としてのツチ族等を攻撃対象としていたこと、つまり、内戦における「敵」に対する正当化できない暴力行為を、戦争犯罪と認識しているのである。

(1) Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda v. The Prosecutor (Case No. ICTR-96-3-A) (26 May 2003) ([www.ictor.org/](http://www.ictor.org/)) 検察官は、第一審裁判部で無罪とされた訴因 4、6 及び 8 について上訴した。このうち、訴因 8 については犯罪の証拠が不十分であり、上訴裁判部は上訴を退け無罪とした (para. 559.)。

(2) *Ibid.*, para. 570.

(3) *Ibid.*, para. 572.

(4) *Ibid.*, para. 579.

(5) *Ibid.*, para. 580.

(6) *Ibid.*, para. 584.

(7) *Ibid.*, para. 563.

#### <4> Kamuhanda 事件 ICTR 第一審裁判部判決

2004 年 1 月 22 日の Kamuhanda 事件 ICTR 第一審裁判部判決では、Akayesu 事件上訴裁判部判決を引用して、「規程第 4 条により対象とされるいずれかの行為に対する刑事責任は、その申し立てられた犯行者のなんらかの分類に依存するものではない。<sup>(1)</sup>」としながら、「ある犯罪を規程第 4 条の範囲内のものとする

ためには、共通第 3 条あるいは第二追加議定書のその申し立てられた違反行為とその当該武力紛争との間につながりが存在することを、本裁判部は確認しなければならない。<sup>(2)</sup>と述べて *Kunarac* 上訴裁判部判決 (paras. 58-59.) を引用した後、次のように続ける。「被告人が規程第 4 条の下での刑事責任を負うためには、彼が紛争当事者の一方のためにその紛争目的遂行として行動し、敵対行為に直接に従事したことを、検察側は合理的な疑いの余地なく証明しなければならない。従って、被告人が交戦当事者の軍事的指揮下にある軍隊構成員であるか、又は、政府を代表する文民公務員としての権限によってその戦争努力を支援することを正当に委任されているかあるいは期待されているかを、検察側は証明しなければならない。<sup>(3)</sup>」起訴状で申し立てられている事件の時に、被告人は、Gikomero での攻撃に従事した *Interahamwe* の構成員及びその他の者に武器を配付したこと、及び、被告人自身 1994 年 4 月 12 日の Gikomero でのツチ族住民に対する犯罪に参加したことを、本裁判部は審理中に提出された証拠に基づいて認定する。<sup>(4)</sup>「しかしながら、被告人が、どのように、いかなる資格で、RPF に対する政府の努力を支援したのかについて、検察側は十分に示していない。被告人が、私人の資格で又は文民公務員としての役割において、軍とともに活動しその戦争努力を積極的に支援したこと、あるいは、被告人の行動が敵対行為と密接に関係しているか又はその武力紛争に関連してなされたこと、を明らかにするためにいかなる説得力ある証拠も提出されていない。<sup>(5)</sup>」「Rutaganda 事件では、ルワンダに存在するその武力紛争と被告人に対して起訴された犯罪との間につながりが存在したことが、合理的な疑いの余地なく、証拠により明らかにされた。<sup>(6)</sup>」本件においては、Rutaganda 事件とは異なり、被告人によってなされた犯罪と紛争——ルワンダ全体に広がった紛争という意味でも、起訴状で示される当該地域に特にかかわる紛争という意味でも——との間につながりが存在したことを、認定させるために十分な証拠が示されなかった。<sup>(7)</sup>そして、結論として、全員一致で、共通第 3 条及び第二追加議定書違反についての訴因 8 及び 9 について、無罪とした<sup>(8)</sup>。

この判決において理解しがたいのは、一方で、「規程第 4 条により対象とされるいずれかの行為に対する刑事責任は、その申し立てられた犯行者のなんらかの分類に依存するものではない。」としながら、他方で、「被告人が交戦当事者の軍事的指揮下にある軍隊構成員であるか、又は、政府を代表する文民公務員としての権限によってその戦争努力を支援することを正当に委任されているかあるいは期待されているかを、検察側は証明しなければならない。」としている点である。Akayesu 事件の第一審裁判部と上訴裁判部の相対立し、矛盾する考え方を両方とも取り込んでしまっているように思われる。

(1) *The Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda* (Case.No. ICTR-95-54A-T) (22 January 2004) ([www.ictr.org/](http://www.ictr.org/)) para. 729.

- (2) *Ibid.*, para. 733.
- (3) *Ibid.*, para. 739.
- (4) *Ibid.*, para. 740.
- (5) *Ibid.*, para. 741.
- (6) *Ibid.*, para. 742.
- (7) *Ibid.*, para. 743.
- (8) *Ibid.*, para. 750.

以上の ICTY/ICTR 諸判例のなかで、特に判断が分かれているのは、ルワンダ内戦中の行為について、それがジェノサイドや人道に対する罪に該当するけれども共通第 3 条や第二議定書に違反する戦争犯罪には該当しないと考えるか、ジェノサイドや人道に対する罪のみならず、戦争犯罪にも該当するか、についてである。1994 年のルワンダの事態は、ICTR 諸判決において示されるように、ツチ族に対するジェノサイドと、ルワンダ政府軍 (FAR) 対ルワンダ愛国戦線 (RPF) という伝統的内戦が同時並行的に進行していた。この両者は、全く別次元のものとも言い切れない。ジェノサイド行為を行なったのは主に FAR を支持するフツ族の人々であり、その犠牲となったのは主に RPF を支持するツチ族の人々だったからである。従って、FAR を支持するフツ族の人が RPF を支持するツチ族の人に対して行う暴力行為がジェノサイドに該当するか、人道に対する罪になるか、さらに戦争犯罪に当てはまるかは、それぞれの犯罪の定義に照らして判断されることになり、1994 年のルワンダにおいてなされた犯罪行為を一括して扱うことはできない。それゆえ、事件毎に評価が異なりうるものなのである。その一方で、戦争犯罪が成立する条件の「当該行為と武力紛争とのつながり」については、ほぼ共通した理解が見られる。それは、内戦における「敵」に対する正当化できない暴力行為を戦争犯罪とする認識である<sup>(1)</sup>。

(1) このような ICTY/ICTR 判例法は ICC に対しても影響を及ぼすこととなる。ICC 規程第 9 条において「犯罪の構成要件」が作成されることが予定されている。ローマ会議の最終議定書の決議 F (A/CONF.183/10 pp. 8-9.) に基づいて準備委員会が「犯罪の構成要件」等の草案を作成することとされ、この「犯罪の構成要件」の最終草案が 2000 年 6 月 30 日に採択された (Herman von

Hebel, "The Making of the Elements of Crimes: 1. Introduction", Roy S. Lee (ed.) *The International Criminal Court: elements of crimes and rules of procedure and evidence* (Transnational Publishers, 2001) p. 3.). この「犯罪の構成要件」最終草案 (*ibid.*, pp. pp. 735-772.) の戦争犯罪に関する部分で、「各犯罪の最後の二つの構成要件に関して：

- 武力紛争の存在あるいはその国際的性質又は非国際的性質についてのその犯行者の法的評価を必要とするものではない。
- その文脈において、その紛争が国際的性質であるのかそうではなくて非国際的性質であるのかを明らかにさせる事実を、その犯行者が認識していたことを必要とするものではない。
- 武力紛争の存在——これは、『武力紛争の文脈で生じ、かつそれに関連してなされた』との文言において黙示的に示される——を明らかにする事実状況の認識のみが必要とされる。」

と規定される。この「各犯罪の最後の二つの構成要件」とは、次のものである。「その行為が国際的武力紛争（——第 8 条(2)(c)(e)においては、『国際的性質を有しない武力紛争』——）の文脈で生じ、かつそれに関連してなされた。」

「その犯行者が武力紛争の存在を明らかにする事実状況を認識していた。」

この戦争犯罪に関する「犯罪の構成要件」最終草案について、Knut Dörmann・Eve La Haye 及び Herman von Hebel は、「『の文脈で』との文言は ICTY Tadic 事件で示された線に沿って、きわめて一般的な地理的・時間的表現として理解される。(Knut Dörmann, Eve La Haye, and Herman von Hebel, "The Elements of War Crimes: II. The Context of War Crimes", *ibid.*, p. 120.)」 「『に関連して』との文言は、その武力紛争とその犯行者の行為との間の必要かつつながりに関連するものと理解される。( *ibid.*, pp. 120-121.)」 「もし検察官がその犯行者の行為とその武力紛争との間の関係を作るために必要な証明を示すならば、この心理的要素は、必然的に伴う『副産物』として一般的に満たされるであろう。( *ibid.*, p. 123.)」 と解説している。

## V 国際裁判所の適用する「内戦に適用される国際人道法」の性質

すでに述べたように、国際人道法はもともと交戦国間のルールとして、敵国の人や財産に対する不必要な加害行為を禁止するものとして成立し、発展してきた。戦争においては敵国を軍事的に屈伏させるために必要なあらゆる行為が国際人道法上許される。国際人道法は戦争そのものを禁止するルールではなく、戦争を前提にするルールであり、敵国を軍事的に屈伏させるために必要ではな

い行為を禁止するものである。この禁止は人道的目的に合致し、また戦場における軍隊の規律の維持の必要性や精力集中の原則などからも必要とされかつ実効力を持ちうるのである。この国際人道法適用においてまず前提となるものが「戦闘員の資格」である。国際人道法上合法的な戦闘員は、合法的に敵対行為を行ないうる。すなわち、国際人道法上許される戦闘行為である限りにおいて、国内刑法の適用を免れる。この資格を持たない者は、このような「特権」を持たず、その行為が国内刑法に反するならば、その刑法の適用により処罰されるし、さらには、敵対行為への参加そのものによっても処罰される。

国際紛争において適用される国際人道法においては、次に、その行為による「被害者」を考える。その被害者が「敵」か、あるいは「味方」か、である。味方が被害者である場合、その行為を禁止することは国際人道法の目的ではない。国際人道法の目的は、戦争において、敵国に対する敵愾心からの不必要な破壊・殺戮を禁止することなのである。1949年ジュネーブ諸条約における被保護者の範囲も、このことを前提としている。すなわち、第一条約第 13 条、第二条約第 13 条、第三条約第 4 条は実質的に同じ規定であり、各条約の被保護者として、敵の軍隊構成員及び敵の軍隊に随伴する者そして敵の群民兵を規定している。「敵国の」との限定は明文上存在しないが、敵国の軍隊構成員等を念頭においていることは明らかである<sup>(1)</sup>。また第四条約第 4 条においてはより明確に「この条約によって保護される者は、紛争又は占領の場合において、いかなる時であると、また、いかなる形であるとを問わず、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とする。」と規定している<sup>(2)(3)</sup>。

このような国際人道法を内戦に適用する場合についてはどうなるか。内戦に適用される国際人道法が、残虐行為・非人道的行為を禁止する国際法であって、その非国際的武力紛争に適用されるという限定はその残虐行為・非人道的行為の禁止とは論理的な関係を持たず、ただ単に適用条件を限定しているにすぎないものだとすれば、この当該行為の武力紛争との関連性の要件は必要ではないことになる。しかし、「内戦に適用される国際人道法」を国際紛争に適用される国際人道法に近付けて考え、交戦当事者間における戦争遂行上不必要な破壊・殺戮を禁止する法とするならば、その行為者が「合法的戦闘員」か否か、そして、その行為の被害者が「敵」か否か、を問う必要が生じてくる<sup>(4)</sup>。Tadic 事件、Akayesu 事件そしてその他の ICTY/ICTR 諸判例においては被告人が合法的戦闘員であり、その行為は合法的交戦行為であった、との主張はなく、従って、これらの者の戦闘員の資格が吟味されることはなかった。しかし、諸判決は、被告人の行為と武力紛争との関連性を問うことにより、この「内戦に適用される国際人道法」を交戦当事者間における戦争遂行上不必要な破壊・殺戮を禁止



する法ととらえている、と考えられる。すなわち、被告人と被害者との関係が武力紛争における「敵」と「味方」の関係であり、その関係ゆえに犯罪行為がなされた、ということはこの「内戦に適用される国際人道法」違反の成立の要件としているのである。当然そこには反徒の交戦資格を前提としているはずであるが、諸判決のなかにおいてはこのことについて直接に触れられてはいない。しかし、第三国国内裁判所や国際裁判所が「内戦に適用される国際人道法」を適用する場合、内戦の反徒には「交戦資格」が認められるような扱いになる可能性がある<sup>(5)</sup>と考えられるとすれば、これらの判決はこのことを前提としてると読むことができるのである。このような「内戦に適用される国際人道法」の理解は共通第3条や第二追加議定書を作成した諸国の意図したところではないと思われる。そもそも、その段階では第三国国内裁判所や国際裁判所が「内戦に適用される国際人道法」を適用するというは考えられていなかったのである。しかし、国際的武力紛争と同様の事態が内戦において生じており、そこにおける不必要な破壊・殺戮の禁止をもたらそうとするならば、第三国国内裁判所や国際裁判所は内戦の反徒の交戦資格を黙示的に前提として「内戦に適用される国際人道法」を適用していくというひとつの方向性が、これらの判決から示されているのである。

(1) 赤十字国際委員会発行の解説書では、この第一条約及び第二条約の被保護者の範囲を実質的に第三条約の被保護者の範囲と同一にしたことは狭きに失するとするが、しかし、その被保護者として「敵」に属する者を念頭においていることにはかわりがない。すなわち、その第一条約第13条の解説において「それ故第一三条は、たとえ傷者が本条に規定する部類のいずれにも属しない場合においても、交戦国に傷者の尊重を回避し又はその者に対する必要な待遇を拒否する権利を付与することは決してできない。傷者は、それが誰であろうとも、敵からジュネーブ条約に則った待遇を受けなければならない。傷者が敵の権力内に陥った場合には、敵は適当な時機及び場所において、その傷者の身分は何であるか、また、その傷者が捕虜であるかどうかを考える充分の余裕を持っているはずである。」と述べている。(榎本重治・足立純夫 共訳『赤十字国際委員会発行 ジュネーブ条約解説 I』(朝雲新聞社) 154~155頁) (なお、榎本重治・足立純夫 共訳『赤十字国際委員会発行 ジュネーブ条約解説 II』(朝雲新聞社) 98~99頁もほぼ同じ)

(2) なお、PROSECUTOR v. DUSKO TADIC, Judgement of 15 July 1999, paras. 164-169. (*International Legal Materials* Vol. 38 No. 6 (1999) pp. 1550-1551.) 参照。

(3) 1977年第一追加議定書第75条のように、自国民に対しても適用されると解釈されている規則もある。しかしこの条文も「第1条に規定する事態により影響を受けている限り」つまり、国際的武力紛争の事態により影響を受けている限り適用されるものである。この限定の意味するところについて、MICHAEL BOTHE, KARL JOSEF PARTSCH, WALDEMAR A. SOLFの注釈書は次のように述べる。「それは、武力紛争から生じる危険にさらされていないすべての者を除外し、また、武力紛争に関係しない当事国の行動——たとえば通常の司法行政や適正な秩序・自国軍隊の規律確保のための純粋に国内的な措置——をも除外する。その影響を受けた者と受けていない者との区別をいかにすべきかは、それぞれの場合においてその個々の紛争の密度にかなり依拠することとなる。しかしながらいづれにせよ、自国民が敵を利するように行動し、その本国の当局によってそのような行為について罪を問われる場合、第75条はその自国民に適用されなければならない。・・・この解釈は紛争当事国の国内的権限事項についての管轄権を尊重するものである。それは、第75条に『ミニ条約』の性格を与えるのではなく、『この会議の目的は人権に関する条約を起草することではない』という反対の見解を支持するものである。」(MICHAEL BOTHE, KARL JOSEF PARTSCH, WALDEMAR A. SOLF, *NEW RULES FOR VICTIMS OF ARMED CONFLICTS Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (1982) pp. 459-460.) また、赤十字国際委員会発行の注釈書においても同旨の説明がある(ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (1987) pp. 866-867, para. 3011.)。

(4) ルワンダ国際刑事裁判所第一審裁判部 Kayishema and Ruzindana 事件判決は、明確に、共通第3条・第二議定書を「敵」と「味方」の関係において適用されるものと性格づけている。「1994年に進行していたFARとRPFとの間の権力闘争は、この武力紛争の各当事者がすべての状況において敵当事者に属するすべての者を人道的に待遇しなければならないことを意味した。」(起訴状で述べられたその四つの現場でなされた犯罪は、RPF及びその構成員に対してなされた犯罪ではなかった。それらは、この国の文民当局によって、ある民族に属する自国一般住民に対してなされたのであり、このことは公判中に合理的な疑いの余地なく証明された。これらの残虐行為が武力紛争中になされたことは事実である。しかしながら、それらは別個のジェノサイド政策の一部としてなされた。それらは武力紛争と同時に並行的に、しかしその結果としてではなく、なされた。そのような犯罪は疑いもなく最も著しい犯罪であるが、武力紛争が存在してもしなくてもなされうるものである。しかし、いづれにせよ、これらの犯罪は、武力紛争の犠牲者保護を目的とする共通第3条及び第二議定書の範囲

外にある。」(「自らの当局に対して個人を保護するのは違つて) 敵に対して個人を保護することが、武力紛争法の特徴の一つである。」(ICTR-95-1-T, 21 May 1999, The Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana paras. 620-622.)

(5) 樋口一彦「内戦に適用される国際人道法の違反に対する処罰(二・完)」『琉大法学』第59号181頁

## 2章のまとめ

内戦に適用される国際人道法の違反者個人の処罰に関して、武力紛争の存在及び、当該行為と当該武力紛争との関連性の要件を必要とすることから生じる問題点は、内戦に適用される国際人道法のこれからの発展方向のふたつの可能性を示すものである。ひとつは、既存の政府の公式の態度の如何にかかわらず、国際裁判所あるいは第三国国内裁判所は反徒の交戦資格を当然に前提として、国際紛争に適用される国際人道法と基本的に同じ仕組みのものとしての「内戦に適用される国際人道法」を適用していくという方向性である(「国際紛争人道法」)。もうひとつの方向性は、反徒の交戦資格を前提とはせず、領域国国内裁判所(及び国際裁判所・第三国国内裁判所)は残虐行為を禁止する「国際統一刑法」とでもいいうる法規則を適用する、という方向性である。この後者の場合には、武力紛争の存在も、当該行為と当該武力紛争との関連性も必要とされない。殺人、拷問、強姦というような世界共通の犯罪を世界共通の刑法で禁止し、その行為者を裁判し、処罰するのである。現在のところこのふたつの異質の刑事処罰原則が混乱していると思われる。Akayesu 事件上訴裁判部判決は、「その犯罪者が一方の紛争当事者と特別な関係を有していること」を必ずしも必要な要件ではないとし、「当該違反行為と武力紛争との間のつながり」について、これを否定しないものの、その内容の吟味をしないことにより、実際の「国際統一刑法」アプローチにかなり近いものであった。しかし、このようなアプローチは、その後の ICTY/ICTR 判例法において踏襲されることなく、「国際紛争人道法」アプローチが採られていると思われる。

もともと、交戦団体承認を前提とせず、反徒の交戦資格を前提としないままに内戦に国際人道法を適用するということがそのものが混乱の始まりであった。既存の政府にとって、制度上義務的に交戦団体を承認しなければならないことは、非現実的である。とすれば、とりあえず領域国国内裁判所が適用すべき「国際統一刑法」の成立が容易なのかもしれない。しかし、そのようなアプローチをとらず、あくまで非国際的「武力紛争」に適用される国際人道法の

作成というアプローチをとったために、自国のなかで「武力紛争」が生じていることを政府が認めるということが政治的にきわめて困難である、という根本的問題が生じている。この矛盾を解決する可能性としては、一方で、武力紛争の事態に限定されない「国際統一刑法」を作成し、そのうえで、実際上かつ事後的に反徒の交戦資格を前提とする「内戦における国際人道法」の適用も必要であり可能であろう。このふたつの制度は相矛盾するものではなく、同時並行的に存在しうるものである。ただ、本来別のものであるから、これらをひとつのものに合体してしまうことはできない。共通第三条及び第二追加議定書は、締約国の公式のかつ事前の約束として、たとえ武力紛争が生じたときにおいても守られるべき行動のルールとして作成されたものである。これらの条約における「武力紛争の存在」という適用条件は、本来必要なものではなく、締約国政府の行動において遵守されるべき規範としてはいついかなる場合でも適用されるべきものであり、またそれは実際的にも十分可能なのである。むしろ「武力紛争の存在」を前提としないことによって当該国政府による公式の適用を引き出しやすいと思われる。他方、実際に交戦団体承認を受けることができるような反徒の団体が存在しており、当該国内において事実上国際紛争と同様の武力紛争が存在している場合においては、両者の合法的な戦闘行為を前提としながら不必要な破壊・殺戮を禁止する規範が必要になってくる。当該政府が交戦団体承認を行なわなくても、事実上必要とされ、また、実際にも適用されるのである。特に国際裁判所や第三国国内裁判所が個人の刑事的処罰という形で適用する場合、黙示的にこのことを前提としていると考えられるのである。

これまで内戦に適用される国際人道法が個人を処罰する刑事規定とは考えられてこなかった。したがって、それを直接に個人に適用するという裁判も行なわれてはこなかった。しかしこれが国際裁判所・国内裁判所によって行なわれるようになると、その適用条件の合理性について再検討せざるをえなくなっているのである。そしてさらにこのことは、「内戦に適用される国際人道法」が、交戦者資格を有するもの間の武力紛争の規則であるのか、それとも世界共通の最低限の刑法規則であるのか、を明確にすることを必要としているのである。

### 第3章 内戦に適用される国際人道法「条約」の反徒に対する拘束性

一国家内で生じる武力紛争（内戦）においても、国際的武力紛争と同様、あるいはそれ以上に、多くの犠牲者が生じており、その保護の方策が求められている。伝統的な戦争法においてもこの問題は無視されていたわけではない。すなわち既存の政府に敵対する反徒が既存の政府により交戦団体として承認されたならば、この両者の間に戦争法が適用され、戦闘遂行上不必要な殺傷・破壊が禁止されることとなる。しかしこの交戦団体の承認<sup>(1)</sup>がなされない傾向にあることは明らかである<sup>(2)</sup>。従って内戦における犠牲者の被害を少なくするために、このような承認がなされなくとも戦争法（国際人道法）を内戦に適用することができないか、が問われることとなる。

ところで戦争法を内戦に適用することに関し、最も問題となるのは、反徒の法的地位である<sup>(3)</sup>。戦争法は交戦当事者を平等に拘束する。この戦争法の主体としての地位を反徒に認めることができるのか。交戦団体承認がなされてこなかったことは、この戦争法の主体としての地位を反徒に認めることの困難性を示しているように思われる。戦争法の主体たる資格——交戦資格（*facultas bellandi*）——を有する団体の構成員は、一定の条件を満たす限り、敵にとらえられた場合その敵対行為への参加のみを理由として処罰されることはない。すなわち戦闘員の資格<sup>(4)</sup>を有する。反徒の団体にこの *facultas bellandi* が認められるならば、既存の政府はその団体の構成員をその戦闘への参加——国内法においては秩序破壊あるいは殺人・傷害となる行為——を理由として処罰できなくなるのである。諸国はこのような拘束を義務としてあらかじめ認めることはなかった。しかし他方、実際には、反徒が事実上の支配を確立した場合、既存の政府がこの *facultas bellandi* を認めた、と解しうる実行がないわけではない<sup>(5)</sup>——そのような場合そのことを公式に認めるのではなく、実際の実行の中で黙示的に認める、ということがほとんどのようであるけれども。これは、反徒が政府に対抗しうる一定の確立した勢力を有するに至れば、政府の側は反徒側の戦闘員を国内法の重大な犯罪者としてではなく国際法上の戦闘員（とらえられれば捕虜として待遇される）として扱うことの必要性を見出すからである。すなわち田岡良一のことばをかりれば、「政府側が自分の手に陥った反乱軍構成員を処刑すれば、反乱軍も自分の手に陥った政府軍将兵に対して、報復的に同一の処置をとろうとする<sup>(6)</sup>」し、「また政府が反逆・反乱の罪によって処刑するのは、ただ反乱軍の将兵だけではなく、この運動を首謀し、画策し、助勢する者にも及ぶのであれば、反乱者の側も、政府側に立つ一般官吏や政府側に助勢する私人に対しても報復措置を及ぼそうとするのは、自然の成行き<sup>(7)</sup>」だからであり、またとらえられた時捕虜並みに待遇すると宣言すれば「彼らの

投降を促す一つの心理的誘因<sup>(8)</sup>」となるからである。このように内戦への戦争法適用を促す要因（内戦の残虐性を緩和するとともに戦略的実際的にも有利となる、という要因）がある一方で、さきにも述べたようにこの適用を阻む要因（すなわち反徒に *facultas bellandi* を認めることは国内法上の最も重大な犯罪を合法化することであり、諸国の国内法においてあらかじめこれを受け入れることはきわめて困難であるという要因）がある。内戦への戦争法の適用はこの二つの要因の調和の上に成り立たざるをえない。

さて、内戦に適用される戦争法の条約規則として長らく存在してきたものとして、1949年のジュネーブ四条約のそれぞれに共通する第3条（以下「共通第3条」という）と、その四条約に追加される1977年の第二議定書（以下「第二議定書」という）がある（及び1954年の武力紛争の際の文化財の保護のための条約——以下「文化財保護条約」あるいは「ユネスコ条約」という——の第19条がある）<sup>(9)</sup>。この共通第3条及び第二議定書（及びユネスコ条約第19条）において前述の二つの要因の調和がいかんしてなされたか。換言すれば、これらの条約規定において反徒はどのような地位を認められているのか。まず、これらの条約規定は戦争法の諸規則全般を含むものではなく、特に基本的と考えられる最小限の規則のみを内容としている。そしてなによりもこれらの条約規定は、政府が反徒を敵対行為への参加のみによって処罰することを禁じていない。すなわち反徒の団体の構成員は戦闘員の地位を認められていない。他方共通第3条（及びユネスコ条約第19条）では「各紛争当事者」がこれらの条約規定を適用しなければならないとされており、文言上反徒もこれに拘束される表現が用いられている。これに対し第二議定書においては「紛争当事者」という表現は用いられていない。しかしながら第二議定書の第1条の適用範囲に関する規定においては、反徒が実質的に十分な能力を有する交戦当事者たる組織と支配を有することを、その適用の条件としている。はたして反徒は、国際法上の戦闘員の地位を有しないとしても、これらの条約規定の主体としての地位を有するのであろうか。このことを認める学説は多い。しかし反徒が戦闘員の地位を認められることなく、いかんしてそれに拘束されるのか。そもそも「拘束される」とはいかなる意味を有するのか。

共通第3条及び第二議定書（及びユネスコ条約第19条）は内戦に戦争法を適用すべきだという国際社会の意識を反映するものである。内戦における犠牲者の保護が拡大されるためには、保護の実体規定が拡大されるとともに、その保護規定が反徒によっても守られることが望ましい。共通第3条及び第二議定書（及びユネスコ条約第19条）はこの希望をいかなる程度実現するものであろうか。本章においてはその後者——反徒に対するこれらの条約規定の拘束性——についての検討を試みたい。

(1) この制度に関して、林久茂「交戦団体承認についての一考察」『法学論叢』第61巻第6号参照。

(2) この理由について、田畑茂二郎『国際法Ⅰ〔新版〕』（有斐閣法律学全集第55巻）289—295頁参照。

(3) この点に関して田岡良一は次のように説明する。「戦争法が武力行動に加える制限は、原則として、さのみ窮屈なものではなく、これを国内の暴動鎮圧に準用したところで、国内的立法に人道的配慮を施している現代の文明国が、暴動鎮圧のために執る措置に、大きい障害をなすおそれはない。」「しかしすべての戦争法規がそうであるとはいえない。もっとも困難な問題は、捕虜の取扱いについて生じる。戦争法の重要な原則の一つとして、戦闘員は、敵の手に陥った場合、彼がそのときまで武器をとって敵国軍に対して戦闘行為をなしたかどによって、敵国から刑罰を受けることはなく、生命が保護されるのはもちろん、懲役・禁錮その他の刑にも処せられない、という規則がある。ところが国内の反乱・暴動に参加したものは、政府側に捕えられたとき、内乱罪・騒擾罪その他の罪名によって、刑事法規に照らして処断されることは、現代の文明国においても普通のことである。故に戦争法が捕虜の取扱いについて要求する人道的待遇は、彼らに与えることはできないのである。」（田岡良一『国際法Ⅲ〔新版〕』（有斐閣法律学全集第57巻）284—285頁）

(4) 戦闘員の資格については、樋口一彦「一九七七年ジュネーブ諸条約第一追加議定書における戦闘員の資格（一）（二・完）」関西大学大学院法学ジャーナル第44号・第45号参照。

(5) たとえばアルジェリア紛争における1958年以後のフランスの実行、及びビアフラの分離紛争におけるナイジェリアの実行など（Allan Rosas, *The Legal Status of Prisoners of War*, (Helsinki, 1976) pp. 146-152, 196-202）。

(6) 田岡良一、前掲書、注（3）、285頁。

(7) 同書、同頁。

(8) 同書、286頁。

(9) さらに、1990年代初めの旧ユーゴスラビア紛争やルワンダ紛争を契機として1990年代半ば以後、1996年の特定通常兵器使用禁止制限条約地雷議定書改正、1998年国際刑事裁判所規程第8条、1999年武力紛争文化財保護条約第二議定書、2001年の特定通常兵器使用禁止制限条約改正等の内戦に適用される国際人道法条約規定が整備されてきている。

## 第1節 1949年ジュネーブ諸条約共通第3条

### I 共通第3条の起草過程

1946年の各国赤十字社予備会議にはじまり、1947年政府専門家会議、1948年ストックホルム会議を経て1949年の外交会議に至る共通第3条の起草過程については、すでに藤田久一の詳細な分析がある<sup>(1)</sup>。従って本章ではこの過程の中で反徒の法的地位がどのようにとらえられてきたかに焦点を絞りたい。

まず外交会議以前の準備作業では、反徒も紛争当事者として条約全体（あるいはその諸原則）が適用される旨の草案が作成されてきた<sup>(2)</sup>。これを相互主義に基づくものとするか否かについては議論されていた<sup>(3)</sup>。しかしこの場合に反徒がいかなる地位を有するか、すなわち敵対行為への参加のみを理由として処罰されない地位が認められるのかどうかについては、ほとんど議論されなかったようである。1948年のストックホルム会議で採択された草案——外交会議の草案——は、次のとおりである。

#### 第一条約及び第二条約第2条第4項

「またはそれ以上の締約国の領域内に生じる国際的性質を有しない武力紛争のすべての場合に、その各敵対者は本条約の諸規定を実施することを義務づけられるものとする。この条約は紛争当事者の法的地位のいかんにかかわらず、そしてそれを害することなく、これらの事態に適用されるものとする。<sup>(4)</sup>」

#### 第三条約及び第四条約第2条第4項

「またはそれ以上の締約国の領域内に生じる国際的性質を有しない武力紛争のすべての場合に、各紛争当事者は、敵当事者も同様にこれに従って行動することを条件として、本条約の諸規定を実施することを義務づけられるものとする。この条約は紛争当事者の法的地位のいかんにかかわらず、そしてそれを害することなく、これらの事態に適用されるものとする。<sup>(5)</sup>」

1949年にジュネーブで開かれた外交会議においては、まず、このストックホルム案の方式、すなわち内戦の各当事者に対して条約全体を適用する方式について討議された。この内戦への諸条約適用の問題は混合委員会に割りあてられたが、さらにこの混合委員会によって特別委員会が設置された。この特別委員会はストックホルム案を放棄し、諸条約が適用されるべき国際的性質を有しない武力紛争をより明確に定義する方針を採用した。そしてこの方針の下で新たな草案を作成するための作業部会が設置された。この作業部会は条約規定全体

が各紛争当事者に適用されるための条件を規定する草案を作成した<sup>(6)</sup>。すなわちこの作業部会案（第一案）作成までは、あくまで条約全体を各紛争当事者に適用する方針が持たれていた。

ここまでの段階において反徒の地位はいかなるものと考えられていたのだろうか。実は、諸代表の間で一致した見解はなかったのである。オーストラリア<sup>(7)</sup>やカナダ<sup>(8)</sup>は、諸条約適用の条件として、政府が反徒の交戦者としての資格を認めることを求めた。これらの国の見解によれば諸条約適用の前提として反徒は政府により交戦資格を認められなければならないのであるから、反徒はその場合完全な交戦資格を有することになる。他方イギリス代表は、この条約が適用される場合の反徒の地位に関し、次のような主旨の疑問を述べた。すなわち、「この諸条約が反乱に適用される場合に合法政府はこの反乱を鎮圧し、そしてその反徒を反逆に関する有効な法律に従って処罰する権利を保有するのか。あるいはこの諸条約はこの権利を制限しあるいはとりさる規定——たとえばこの諸条約が適用されるいずれの紛争当事者も、この紛争に参加したということのためにいずれの者も処罰することを許されない、とする規定——を含むはずであるのか。<sup>(9)</sup>」と。この問いに対しソビエト代表は次のように答えた。「ストックホルムで作成された条文は、諸国が自らにとって危険であると判断した犯罪を自国の国内法に従って鎮圧する可能性を諸国に委ねるものである。<sup>(10)</sup>」「ストックホルムの条文は反徒に関して自国の法律を適用する諸国の主権的権利を制限しない。<sup>(11)</sup>」と。しかしノルウェーは以下のことを規定する規則によってこの条約を補うことを提案した。それは、「国際的性質を有しない武力紛争の場合における諸条約の適用は、合法政府が反徒に対して正規の訴追を行なうことを防げるものではない。しかしながら反徒は紛争に参加したというだけの事実のために処罰されえない。<sup>(12)</sup>」というものである。このノルウェーの提案に対してアメリカ代表は、ノルウェーの提案は国内法の問題を生じさせるものであり、この会議の権限内のものではない、と述べて反対の意思を示した<sup>(13)</sup><sup>(14)</sup>。作業部会で作成された草案（第一案）<sup>(15)</sup>は、この反徒の地位の問題点を明らかにするものではない。この草案は各紛争当事者に条約の諸規定が適用される条件を規定するものであるが、政府が反徒を敵対行為への参加について処罰しうるか否かについては何も述べていないからである<sup>(16)</sup>。

この作業部会案（第一案）については多くの代表から批判が述べられ<sup>(17)</sup>、作業部会は草案を再度作成した（第二案）<sup>(18)</sup>。この第二案は、文民条約については条約全体ではなくその基礎をなす人道的諸原則のみを適用し、他の三条約については第一案とほぼ同じ方式、すなわち一定の条件が満たされる場合に条約全体が適用されるという方式を採用した。この第二案にもやはり多くの批判が向けられた。それは特に、条約規定の適用のための諸条件が満たされたか否

かがいかにして決定されるのか、という点についてであった<sup>(19)</sup>。それゆえ会議は文民条約以外の三条約についても、一定の条件が満たされる場合に条約全体が適用されるという方式を放棄した。すなわち、条約の適用される内戦——国際的性質を有しない武力紛争——について何ら条件を明示しない一方で、適用される規則は条約全体ではなくその人道的諸原則のみに限られる、というアプローチ——文民条約についての第二案のアプローチ——を四条約すべてについて採用することとなった。新たに設置された作業部会（第二作業部会）はこの方針の下に新たな草案を作成した<sup>(20)</sup>。この草案においては抽象的に「人道的諸原則」に言及するのではなく、具体的に保障される保護を列挙する方式がとられた。結局はこの第二作業部会案が、若干の修正を加えられた後、最終条文（共通第3条）として成立することとなったのである<sup>(21)</sup>。

さて、この第二作業部会案——基本的には最終条文と同じ——における反徒の地位については、いかに理解されていたか。まず政府が反徒を敵対行為への参加のみによって処罰できるのか、という問題について。この点については作業部会案では直接明示されていない。またこの点を明確にする諸代表の発言は見あたらない。しかしそのような政府の権利が保持されていることは、当然のことと了解されていたと思われる。次に、より重要な問題であるが、反徒がこの規定に拘束されるのか、という問題がある。この第二作業部会案においては、第一作業部会第一案と同様、「各紛争当事者」に適用されると規定される。すなわち文言上は反徒にも適用される表現となっている。しかしその第一案においては反徒がこれを受諾することが必要であったのに対し、この第二作業部会案においてはそのような条件は含まれていない。はたして第二作業部会案は反徒をも拘束することを旨とするのであろうか。この点に関する諸代表の見解は二つに分かれた。まずアメリカ代表は、この会議はこの条約の署名者ではない当事者に義務を課することはできない<sup>(22)</sup>、と述べ、「各紛争当事者」という表現を『締約国に關係する者』という表現にとりかえることを提案した<sup>(23)</sup>。この考えを支持してイギリス代表は次のように述べた。「反徒は、自らが同意していない協定によって拘束されることはないが、他方、いずれの文明的政府もこの条約の諸原則を、たとえその反徒がこれを適用しなくとも、適用しなければならない。<sup>(24)</sup>」と。オーストラリア代表も、同様に、「合法政府は、たとえ反徒が山賊にすぎない場合でも、この条文のすべての諸条項を適用する義務がある。しかしながらいかなる義務もこの反徒に対しては課せられない。<sup>(25)</sup>」と述べた。さらにスイス代表も「各紛争当事者」という表現は受け入れられえない。というのは合法政府のみがこの条約によって拘束されるからである。この表現を『締約国』にとりかえることが適当である。<sup>(26)</sup>」との見解を示した。これに対し、いくつかの国の代表は反徒もこの規定に拘束される旨主張した。たとえ

ばモナコ代表は、次の理由によって、反徒がこの条約に拘束される、と考えた。すなわち、「ジュネーヴ諸条約の人道諸規定は超契約的 (supra-contractuel) な性格を有し」ており、「締約国は、それらを遵守するだけではなく、それらを遵守させることを約束している。」そして「反徒は締約国の住民の反乱部分である。」と<sup>(27)</sup>。またギリシャ代表は、「反徒がこの条約に加入していないということは、法的見地からして、反徒がこの条約によって拘束されるとみなされるための乗り越え難い障害とはならない。これは次の二つの理由による。(a) この起草中の諸条約は『立法条約』であるとみなされうるし、またそうみなされなければならない。すなわち締約国に対してのみならず、当該諸条約によって規律される状況と同様の状況においても適用される規則であるとみなされうる。

(b) 反徒——あるいは山賊であっても——は、明らかに、いずれかの国の国民であり、このことからその国によってなされた約束によって拘束される。ところで文明国のほとんどすべてがこの作成中の条約に署名すれば、例外を除いてすべての反徒あるいは山賊が署名国の国民となり、事実上この条約によって拘束されることとなる。この法的解釈は反徒がこの条約によって自動的に拘束されるものとみなすことを可能にするものであり、この作成中の規則がめざすべき目標である——合法政府が契約的義務がなくとも人道諸原則を適用するのであれば——。とりわけ人道的に行動する義務を負わなければならないのは反徒である。<sup>(28)</sup>と述べた。赤十字国際委員会 (ICRC) 代表もこのギリシャの見解を支持した<sup>(29)</sup>。以上のようにこの第二作業部会案の条項が反徒を拘束するものか否かについて見解は分かれた。しかし「各紛争当事者」の表現は維持されたまま最終条文<sup>(30)</sup> (共通第3条) となったのである。

1949年外交会議における反徒の地位をめぐる議論はほぼ以上のとおりである。この会議で共通第3条における反徒の地位が明確にされたとは思われない。「各紛争当事者」という表現が残されたことは反徒をも拘束することを示すものであろうか。もしそのような理解が正しいとすれば、その場合の反徒の地位はいかなるものであろうか。政府が反徒を敵対行為への参加のみを理由として処罰しうることは、疑われていない。では反徒の有する地位とはいかなるものか。反徒がこの共通第3条を遵守した場合、そのことが内乱の罪で処罰される際に政府の裁判所によって考慮されなければならないのであろうか。反徒は、共通第3条に従って行動する限り、死刑を免れるのであろうか。共通第3条は、政府に対し、このような義務を課するものであろうか。1949年の外交会議の討議からはこのことを肯定できないのである。

(1) 藤田久一「国際的性質を有しない武力紛争——一九四九年ジュネーヴ諸条約第三条をめぐる——(二)『金沢法学』第16巻1/2号70—102頁。

(2) 各会議において作成された草案については、藤田久一、同論文、71—77頁参照。

(3) 藤田久一、同論文、71—77頁。

(4) ICRC, *Revised and New Draft Conventions for the Protection of War Victims* (1948) pp. 10, 32.

(5) *Ibid.*, pp. 51-52, 114.

(6) この経過については、藤田久一、前掲論文、注(1)、80—86頁にくわしく述べられている。

(7) *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949* (以下 *Actes 1949* と略す) Tome III p. 27. No. 11, *ibid.*, Tome II-B p. 15.

(8) *Actes 1949*, Tome II-B p. 13.

(9) *Ibid.*, p. 42.

(10) *Ibid.*, p. 14.

(11) *Ibid.*, p. 42.

(12) *Ibid.*, p. 43.

(13) *Ibid.*, p. 47.

(14) このノルウェー提案は後に撤回された (*ibid.*, p. 74.)

(15) *Ibid.*, pp. 45-46. この草案の和訳については、藤田久一、前掲論文、注(1)、85—86頁参照。

(16) もちろんこの草案の(a)項において規定されるように、合法政府が「無制限に」交戦資格を承認すれば、この問題は生じない。しかし「本条約の適用のためにのみ」交戦資格を承認した場合及び(b)項によって適用される場合については不明である。

(17) 藤田久一、前掲論文、注(1)、86頁。

(18) *Actes 1949*, Tome II-B p. 74. 藤田久一、同論文、87—88頁。

(19) 藤田久一、同論文、89頁。

(20) *Actes 1949*, Tome II-B p. 79. 藤田久一、同論文、91—92頁。

(21) この経緯については、藤田久一、同論文、92—97頁参照。

(22) *Actes 1949*, Tome II-B p. 80. また、*ibid.*, p. 76. においても同じ見解を表明している。

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

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

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

(26) *Ibid.*, p. 95.

- (27) *Ibid.*, p. 76.  
 (28) *Ibid.*, p. 89.  
 (29) *Ibid.*, p. 89.  
 (30) *U.N.T.S.* Vol. 75, pp. 32-35, 86-89, 136-139, 288-291.

## II 1954年文化財保護条約

1954年にハーグで採択された「武力紛争の際の文化財の保護のための条約」は、その第19条において国際的性質を有しない武力紛争の場合について規定している。ここでは、この条文の起草過程において反徒の地位がいかに考えられていたかを見ることとしたい。

1954年の外交会議に提出されたユネスコ草案第18条(最終条文では第19条)は、以下のように規定していた。

- 「1、締約国の一の領域内に生じる国際的性質を有しない武力紛争の場合に、各紛争当事者は、少なくとも、文化財の尊重に関する本条約の諸規定を適用しなければならない。
- 2、紛争当事者は、特別の協定によって、本条約の他の諸規定の全部又は一部を実施することに努めなければならない。
- 3、国際連合教育科学文化機関は、その役務を紛争当事者に提供することができる。
- 4、前記の諸規定の適用は、紛争当事者の法的地位に影響を及ぼすものではない。<sup>(1)(2)</sup>」

この会議の前年(1953年)の2月5日にユネスコが諸政府に送付したこの草案条文のコメントにおいて、この草案第18条に関して、次のように述べられていた。「第18条は、少なくとも文化財の尊重に関する条約の諸原則が国際的性質を有しない紛争の場合において、すなわち一般的に、實際上、内戦の場合において、適用されなければならないことを規定している。これらの諸規定は1949年のジュネーヴ諸条約において見られる諸規定に基づいている。これらの諸規定は不完全なものと思われるかも知れない。しかし赤十字は同じ条文上の困難性に直面しながらも、それらの規定がそのことを理由として削除されるべきではない、と決定したのである。

第18条によっておのおのの敵に対して命じられる義務の基礎は、敵のおおのがその一部を成す社会によって引き受けられる契約的約束によって拘束され

ることである。<sup>(3)</sup>と。

外交会議においてこの草案第18条に対して最も強く反対したのはイギリスであった。すなわちイギリス代表は、「本代表団は第18条に関して重大な疑いを有している。本条の背後にある目的には共感するものの、本代表団は、いかにしてこれが適用されうるかがわからない。内戦の場合においては、合法政府に対抗する当事者は、承認されることがなく、それゆえこの条約によって拘束されえない。もしその反対当事者がユネスコのような組織によってでも接近されるならば、その当事者はある種の地位が与えられることになる。もし機能しない条文がこの条約に含められるならば、機能するべき——それが本質的である——他の諸条文が、評判をおとすこととなる。この理由により本代表は第18条の削除を提案する。<sup>(4)</sup>」と述べた。他にスペイン<sup>(5)</sup>及びインド<sup>(6)</sup>がこの第18条に疑問を表明した。また、ギリシャ代表は第18条を支持しながらも、反徒がこの条約の尊重を受け入れることを条件とするよう提案した<sup>(7)</sup>。これらの反対あるいは修正提案に対し、原案を強く支持したのはソビエトであった。すなわち、「本代表は本条が完全に明確であることを指摘する。第1項は文化財を尊重し保存する必要性を述べており、第4項はこの諸規定の適用が締約国の法的地位に影響を及ぼさないものであることを示している。この問題は1949年のジュネーヴ会議においてすでに十分詳細に検討された。すなわちその会議において特別委員会及び二つの作業部会がこの問題について20日間検討した。そしてきわめて詳細な報告書が提出された。すべての国からの代表が発言し、そして第3条は最終的に採択されたのであり、この第3条はすべてのジュネーヴ諸条約の中に存在し、尊重されるべき諸規定をあげているのである。その時討議された問題は病者・傷者であったが、今回は文化財の問題である。しかし原則は同じであり、当時なされた決定は61か国によって採択されたものであったことを想起すべきである。それは十分に有力な先例であり、考慮に入れられるべきものである。<sup>(8)</sup>」とソビエト代表は主張した。結局イギリスの提案<sup>(9)</sup>(第18条を削除する。この修正案が否決されるならば第1項における「しなければならない」を「努める」に置きかえ、そして第3項を削除する。)は否決され<sup>(10)</sup>、ユネスコ草案第18条が採択された<sup>(11)</sup>。

以上の討議を経て1954年ユネスコ条約第19条は成立した。しかし反徒がこの第19条に拘束されるのかどうか、もし拘束されるとすればなぜ拘束されるのか、についての疑問が述べられながら、これに対する十分な回答は与えられなかった。それにもかかわらずこの第19条が採択されたのは、さきに引用したユネスコの草案のコメント及びソビエト代表の発言に示されているように、1949年ジュネーヴ諸条約の共通第3条と同じ方式を採用しているのであるから問題はない、という考えによるものと思われる。結局この1954年会議においても反

徒の地位についての明確化はなされなかったのである。

(1) *Records of the Conference convened by the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization held at the Hague from 21 April to 14 May 1954* (The Hague, 1961) p. 385, CBC/3

(2) 第19条の最終条文は、第1項の「関する」という表現が“relating”から“which relate”にかえられた点以外は、このユネスコ草案第18条と同じである(*ibid.*, p. 385)。

(3) *Ibid.*, p. 313

(4) *Ibid.*, p. 185, para. 649.

(5) *Ibid.*, p. 117, para. 133.

(6) *Ibid.*, p. 122, para. 150.

(7) *Ibid.*, p. 185, para. 650.

(8) *Ibid.*, p. 214, para. 1069.

(9) *Ibid.*, p. 385, CBC/DR/81

(10) *Ibid.*, p. 214, paras. 1070-1074.

(11) *Ibid.*, p. 214, para. 1075, *ibid.*, p. 283, para. 1992.

### III 共通第3条についての学説

ジュネーブ諸条約共通第3条(及びユネスコ条約第19条)における反徒の地位について諸学者はいかに論じてきたか。この点についての学説を概観しよう(ただし諸学説において考察の対象はほとんど共通第3条に限られており、ユネスコ条約第19条についてはほとんど言及されていない)。

まず、政府は反徒を敵対行為への参加のみを理由として処罰しうるか、という問題について、ICRCのコメンタリー<sup>(1)</sup>やDraper<sup>(2)</sup>、及びLauterpacht<sup>(3)</sup>はこのことを明確に肯定している。この点に特に言及しない論者も、このことは当然のことと理解しているように思われる。次に、反徒がこの共通第3条に拘束されるのか、という問題について。ほとんどの論者がこれを肯定する<sup>(4)</sup>。ただしその理由づけはさまざまである。主張されるその根拠を列挙すれば、

(一) 国家がこの条約を批准することにより、その国際条約は国内法となり、その国のすべての個人を拘束する<sup>(5)</sup>。

(二) 反徒が事実上公的権限を行使する場合には、この反徒は国家機関の一部となり、その資格において条約に拘束される<sup>(6)</sup>。

(三) 反徒は共通第3条という限られた範囲内で法主体性を認められている<sup>(7)</sup>。

(四) 国家によってなされた批准の効果が反徒にも及ぶという慣習規則が存在する<sup>(8)</sup>。

(五) 共通第3条第1項の規定は国際慣習法として各個人を拘束する<sup>(9)</sup>。

などである。しかしその「拘束される」とはいかなることを具体的に意味するものであろうか。反徒が第3条に「拘束される」ということは、もし反徒がこれに違反するならばそのことによって処罰されることを意味するのであろうか。しかし、すでに述べたように、反徒は共通第3条においては戦闘員の地位を認められていないのであるから、敵対行為への参加のみによって——共通第3条の違反がなくとも——処罰されるのである。では、反徒が共通第3条に違反しない限り、敵対行為への参加のみによって処罰される場合、そのこと(共通第3条に違反しなかったこと)が考慮され、その反徒は、たとえば、死刑を免れるのであろうか。このような義務あるいは制限を共通第3条は政府に対して課すものであろうか。このことに言及している論者は、筆者の知る限り、Lauterpacht だけである。すなわちLauterpachtは、「反徒自身がこの条約の諸規定に従う限り、そして、反徒がほしいままなる殺人行為あるいはその他の戦争犯罪に至る犯罪を犯すことをさしひかえる限り、反逆に対する裁判及び執行は事態の必要性によって必要とされる不可欠の最小限にまで引き下げられるべきことが、条約の精神に合致する。<sup>(10)</sup>」と述べている。しかしこのLauterpachtの説明はいくぶん不明確である。これは、反徒が共通第3条に従う場合、政府はこれに対して減刑しなければならない法的義務を有する、との主旨であろうか。もしそうであるとすればそのことを裏づける証拠があるのであろうか<sup>(11)</sup>。1949年及び1954年の外交会議においてこのような政府の義務にまったく言及されなかったことは既述のとおりである。このLauterpachtの説明以外に反徒に対して「拘束される」とこの意味を述べている論者は見あたらない<sup>(12)</sup>。反徒が限定的にしろ法主体性を認められる、と述べる者は、反徒の共通第3条違反に対して政府が賠償を要求しうる、ということ認めるのであろうか。あるいは反徒の共通第3条違反によって政府は復讐を行使しうる、と主張するのであろうか<sup>(13)</sup>。このような主張は——もしあるとするならば——いったい何を根拠とするのであろうか。反徒も共通第3条、あるいはジュネーブ諸条約のその他の規定、に従って行動することが望ましいことは言うまでもない。また反徒といえども共通第3条に規定されているような人道的規定はできるだけ守ろうとするであろう。問題は、法的に反徒がこれに拘束されるか、である。もし反



徒が共通第3条に従って行動する限り、内乱の罪で処罰される際にこのことが考慮され、最小限死刑を免れることが保障されるならば、反徒がこれに拘束されることを認めうる。「拘束される」ことの法的意味が明確である——すなわちその違反に対しては死刑が課されうる——のみならず、この保障は反徒にとって大きな利益となるものであるから、反徒がこの条約義務を明確に拒否しない限り、その同意が推定されるからである。しかしこのような反徒にとっての保障——政府に対する義務——がすでに共通第3条（あるいはユネスコ条約第19条）の中に含まれているとは、その起草過程から見ると、考えられない。ICRCのイニシアティブによってはじめられた第二議定書の作成過程において、まさにこの保障を新たに作られるべき第二議定書に含めるべく、試みがなされたのである。

(1) 榎本重治訳『千九百四十九年八月十二日のジュネーヴ条約解説I』（大成出版社）（以下『ICRC解説I』と略す）54、59、67頁、榎本重治・足立純夫共訳『赤十字国際委員会発行 ジュネーヴ条約解説II』（朝雲新聞社）（以下『ICRC解説II』と略す）37、40頁、榎本重治・足立純夫共訳『赤十字国際委員会発行 ジュネーヴ条約解説III』（朝雲新聞社）（以下『ICRC解説III』と略す）39、42、47頁、榎本重治・足立純夫共訳『赤十字国際委員会発行 ジュネーヴ条約解説IV』（朝雲新聞社）（以下『ICRC解説IV』と略す）40、44、50頁。ただ、この『ICRC解説III』においては「第3条は、叛徒が武器を携行して忠実に闘った以外の何等の犯罪行為をも犯さなかった場合においても、相手方の権力内に陥った場合に法律に従って訴追されるのを保護するものではない。」との記述について、「しかし、そうした場合に、戦闘がある大きさの規模のものに発展し、叛徒の部隊が第4条A(2)に規定する基準に合致するに至ったときは、第3条の精神は、叛乱部隊の構成員は通常の犯罪人として待遇してはならないことを要求していることは確かである。」とされている(43頁)。「精神」という表現は法的義務ではないことを意味するものであろう。そうでなければ同書他の記述と矛盾することになる。(なおこの引用部分は他の解説書——解説I、解説II、解説IV——には含まれていない。)

(2) G. I. A. D. Draper, *The Red Cross Conventions* (Frederick A. Praeger, 1958) p. 17., *idem*, "The Geneva Conventions of 1949", *Recueil des Cours* Tome 114 (1965-I) p. 98.

(3) Oppenheim-Lauterpacht, *International Law*, Vol. II, seventh edition (Longman, 1952) pp. 211, 371-2.

(4) ただYingling and Ginnaneは、「(共通)第3条が紛争の反徒当事者

に対しその規定を適用するよう拘束することを旨とする限り、その法的効力は疑わしいであろう。」と述べ、この点について疑問を示している。(Raymund T. Yingling and Robert W. Ginnane, "The Geneva Conventions of 1949", *A. J. I. L.* Vol. 49-3 (1952) p. 386.

(5) 『ICRC解説II』35頁。(なお、他の解説書——解説I、解説III、解説IV——にはこの説明はない。)1949年外交会議において、すでに引用したように、ギリシャ代表がこの見解をとっていた(*Actes 1949*, Tome II-B p. 89.)。

(6) Roger Pinto, "Les Règles du Droit international concernant la Guerre civile", *Recueil des Cours* Tome 114 (1965-I) p. 528. ICRCのコメントリーの中で説明——「反徒の最高の責任当局が実効的主権を少しでも行使する場合には、それがその国又はその一部を代表するものであると主張する事実により拘束される。」——は、いくぶん不明確であるが、同じ考えを述べたものであろうか。(『ICRC解説I』55頁、『ICRC解説II』35頁、『ICRC解説III』40頁、『ICRC解説IV』41頁)

(7) Paul Guggenheim, *Traité de Droit international public* Tome II (1954) pp. 313-314., G. I. A. D. Draper, *The Red Cross Conventions* (1958) pp. 102-103. 藤田久一「内戦と一九四九年ジュネーヴ条約——捕えられた戦闘員の法的保護を中心に——」『国際法外交雑誌』第71巻第2号34頁、また、Lauterpacht及びWilhelmの見解もこれに近いように思われる(Oppenheim-Lauterpacht, *op. cit.*, *supra* note 3 p. 211.; René-Jean Wilhelm, "Problèmes relatifs à la protection de la personne humaine par le droit international dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international," *Recueil des Cours* Tome 137 (1972-III) p. 368.)。

(8) Michael Bothé, "Conflits armés internes et droit international humanitaire", *Revue Générale de Droit International public* Tome LXXXII (1978) p. 92. 藤田久一もこの考えを支持する(藤田久一『国際人道法』(世界思想社)237頁)。

(9) 宮崎繁樹『戦争と人権』(学陽書房)61-63頁。なお宮崎繁樹は、この共通第3条を第三国(第三者)に効力が及ぶ条約規定の一つともとらえている(宮崎繁樹「条約の第三国に対する効力(先例研究)」『国際法外交雑誌』第67巻第4号120頁)。また宮崎繁樹は、共通第3条及び第二議定書が「世界法的慣習法」であって、「(人道の法則及公共良心の要求より生ずる国際法の原則)を法典化したものにすぎず、「それゆえ、反乱団体側が改めてそれを受諾しなくても、それに属する交戦者、一般住民は、それらの法規に拘束される」、とも述べる(宮崎繁樹「国際人道法の世界法的側面」『世界法年報』第7号9-10頁)(宮崎繁樹「国際人道法と世界法」『法律論叢』第60巻第2・3合併号122頁に

においても同趣旨の説明がある)。

(10) Oppenheim-Lauterpacht, *op. cit.*, *supra* note 3 p. 211. また、p. 372. においても同じ主旨の記述がある。

(11) 逆に Draper は、「国家の合法的当局に対するすべての行為が国内刑法の刑事裁判の下におかれる限り、たとえ基本的人道的規範であっても、本条の規定に従うよう反徒の行動を導くものはほとんどない。」ことを認めている。(G. I. A. D. Draper, "The Geneva Conventions of 1949", *Recueil des Cours* Tome 114 (1965-1) p. 98.)

(12) ただし第二議定書について論じている Cassese の議論については後に検討する。

(13) 後で見ると、第二議定書に関して Cassese は政府が復讐を行使しうることを認める。

## 第2節 1977年ジュネーブ諸条約第二追加議定書

### I 外交会議までの準備作業

1969年の第21回赤十字国際会議から実質上はじまったジュネーブ諸条約追加議定書作成の作業において、内戦に適用される人道法の拡大の問題は、その主要なテーマの一つとして扱われた。1949年以後生じた多くの内戦の現実から共通第3条のみでは不十分と考えられたからである<sup>(1)</sup>。特に各地で生じたいわゆる「民族解放戦争」における「自由の戦士」の保護の主張が国連において強く述べられたことが、内戦に適用される人道法を拡大する要因の一つとなった<sup>(2)</sup>。<sup>(3)</sup>。ここでは ICRC が主催した準備作業——外交会議までの準備作業——において、反徒を作られるべき議定書に拘束するための試みがいかにしてなされたか、を見ることとした。

1969年の第21回赤十字国際会議は、その決議18において、「非国際的武力紛争に参加し、そして1949年8月12日のジュネーブ第三条約第4条の諸規定に従う戦闘員及び抵抗運動団体の構成員は、捕らえられた場合、いかなる非人道性や残虐性からも保護され、その条約が捕虜のために定めている待遇に類似的な待遇を受けるべきものと考え、ICRC に対し、そのような者の法的地位の全般的な研究を行い、この事項に関して必要と考える行動をとること」を求めた<sup>(4)</sup>。この要請を受けて ICRC は1971年に第1回政府専門家会議を開き、その中の主要な課題の一つとして内戦の問題を検討した。敵対行為に参加してとらえられた反徒の政府による処罰に関して、ICRC は、この会議に提出した報告書の中で、

「予定されている規則は、武力紛争の法規及び慣習に従って戦う軍隊に属していることのみによって死刑を科されることはない、という原則を含むべきである。一般的に言って、既存の当局は、軍隊に所属していることのみによってその戦闘員を処罰すべきではない。ただし、やむをえない安全上の要求がこのことを必要とする場合はこの限りではない。<sup>(5)</sup>」との提案を示した。この ICRC の提案について、会議に出席した若干の専門家は、自国の国内法では武装反乱に参加したことのみによっては死刑は科されない、と述べた<sup>(6)</sup>。しかし他の専門家は、「予定される議定書にそのような規定が採択されれば、ある政府がその安全に対して最大の脅威にさらされている時に、いかにその政府を当惑させるものとなるか、」を強調した<sup>(7)</sup>。この会議の討議をまとめれば、「専門家の大部分は、諸国の国内法規にきわめて深く侵害を印す規定を留保なく認める立場にはないと考えている」ということであった<sup>(8)</sup>。このような多くの専門家の消極的姿勢にもかかわらず、ICRC は、再び、第1回会議に行った提案<sup>(9)</sup>とほぼ同じ条文草案を作成し、第2回政府専門家会議に提出した。それは以下のとおりである。

#### 「第25条 [敵の権力内に陥った戦闘員の待遇]

正規軍の構成員及び捕虜の待遇に関する1949年8月12日のジュネーブ条約の第4条A(2)項に規定された諸条件を満たす軍隊の構成員は、敵の権力内に陥った後、当該条約において捕虜に与えられる待遇に類似の待遇を受けるものとする。

#### 第28条 [戦闘員に対する刑事訴追]

本議定書第25条に規定された諸条件を満たす戦闘員及び捕虜に関する1949年8月12日のジュネーブ条約の第4条A(2)項に規定された諸条件を満たさなけれども、少なくともその行動中何らかの特殊標章により、あるいは他のなんらかの手段により、自己を文民たる住民から区別し、そして本議定書の諸規定に従う戦闘員は、敵の権力内に陥った後、それらの者が敵対行為に参加したという理由あるいは軍隊の構成員であったという理由だけで刑事訴追の対象となる場合においては、死刑によって処罰されないものとする。<sup>(10) (11)</sup>

この第2回政府専門家会議において ICRC の専門家は、反徒を法外におくことは彼らによってとらえられた戦闘員の権利を尊重させるように彼らを促すことには決してならない、と主張した<sup>(12)</sup>。若干の専門家は敵対行為への参加のみを理由として死刑を科されない原則を支持する提案を示した<sup>(13)</sup>。しかし死刑の不適用に関する条文の原則そのものが若干の専門家によって反対された<sup>(14)</sup>。

ある専門家は、非国際的武力紛争の場合のような緊急状態の生じる可能性が、まさに、諸国をして死刑をデタラントとして維持させるよう促している、と述べたのであった<sup>(15)</sup>。

以上のような第1回及び第2回の政府専門家会議の検討を経てICRCによって外交会議の条約草案が作成された。この草案においては、この敵対行為への参加のみを理由として処罰される者についての保障は、きわめて後退した内容のものとなっている。すなわち草案第10条第5項において、「敵対行為に参加したことのみを理由として訴追を行う場合には、裁判所は、刑を決定するに当たって、被告人が本議定書の規定を遵守した事実を可能な限り最大限に考慮しなければならない。<sup>(16)</sup>」と規定されるのみである<sup>(17)</sup>。本項のコメンタリーにおいてICRCは次の説明を行っている。「本草案は敵対行為に参加したことについて戦闘員に対していかなる刑の免除をも与えていないが、しかし他方それらの戦闘員に対してそれらの戦闘員が敵の軍隊に対し及び文民たる住民に対して満たさなければならない若干の義務を課している。戦闘員に対してなされるであろう刑事訴追にもかかわらず、それらの戦闘員をしてこの議定書を遵守することを促すために、ICRCは、裁判所に対し、その判決を下す際に、その被告人がこの議定書の諸規定を遵守したことを考慮に入れることを求めることが適切であると判断した。<sup>(18)</sup>」と。ところで本草案は、第5条で明確に、「本議定書に基づく紛争当事者の権利及び義務は、それらの者に平等に妥当する。<sup>(19)</sup>」と規定している。そしてその理由として本条のコメンタリーでは「国家の行なった約束は政府のみならず諸当局及びその国家領域内にいる私人に対しても拘束し、従ってそれらに対して若干の義務が課される。<sup>(20)</sup>」との説明がなされている。この説明に対して竹本正幸は、「このような考え方は、今日の国際法学説で一般的な支持をうけているわけではない。条約によって拘束されるのは、国家そのものであり、それを代表する政府である。個々の国民が条約によって直接に拘束されることはない。その意味で、この説明は、一つのフィクションを持ち込むことになり、妥当なものとは言えない<sup>(21)</sup>」と評する。筆者はさきに、もし反徒が当該条約規定に従う限り内乱の罪で処罰される際にこのことが考慮され、最小限死刑を免れることが保障されるならば、当該条約に対する反徒の同意の推定により、反徒がこれに拘束されることを認めうる、と述べた。本草案の第10条第5項の「可能な限り最大限に考慮しなければならない」という表現が正確にどのような意味を持つのかは明確ではない。これが単なる勧告にすぎないのであれば、反徒に対する本草案の拘束性は引き出せないと思われる。

(1) 共通第3条の有する欠点について、Georges Abi-Saab, "Conflits armés

non internationaux", *Les Dimensions internationales du Droit humanitaire* (UNESCO, 1986) pp. 256-259. 参照。

(2) 藤田久一「内戦と一九四九年ジュネーブ条約——捕えられた戦闘員の法的保護を中心に——」『国際法外交雑誌』第71巻第2号54—58頁、田畑茂二郎「内乱と国際法（現代国際法の諸問題12）——その一、その三——」『法学セミナー』1973年1月号及び4月号、竹本正幸「国際人道法の問題状況」『法律時報』1971年10月号97—100頁参照。

(3) ICRCの準備作業は、民族解放戦争も内戦の一部類であるとの前提に基づいて進められた。しかしスイス政府が主催した外交会議においては、民族解放戦争は国際紛争の一部類に含められた（第一議定書第1条第4項）。

(4) ICRC, *V Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts*, CE/5b, Geneva, 1971, Annex XII p. 021.

(5) *Ibid.*, p. 57. また p. 65. においても同旨の提案が示されている。

(6) ICRC, *Conference of Government Experts, Report on the Work of the Conference*, Geneva, 1971, p. 46, para. 254.

(7) *Ibid.*, para. 255.

(8) *Ibid.*, para. 258.

(9) ICRC, *op. cit.*, *supra* note 4, p. 65.

(10) ICRC, *I Basic Texts*, Geneva, 1972, pp. 40-42.

(11) この第25条で述べられる「類似の待遇」とはいかなる待遇を意味するものかは、明らかでない。この草案のコメンタリーにおいて、この第25条は、「敵対行為に参加する反徒の軍隊を特権的地位に置くものではない」と述べられている(ICRC, *II Commentary part two*, Geneva, 1972, p. 51.)。しかしこの第25条で述べられる戦闘員は、敵対行為への参加のみを理由に処罰される場合、第28条で与えられる保障以上の保障を与えられるのかどうかは明らかにされていない。

(12) ICRC, *Report on the Work of the Conference*, Volume I, Geneva, 1972, p. 83, para. 2. 200.

(13) ICRC, *Report on the Work of the Conference*, Volume II (Annexes) Geneva, 1972, pp. 37-42. CE/COM II/24, 37, 39, 54.

(14) ICRC, *op. cit.*, *supra* note 12, p. 84. para. 2. 210.

(15) *Ibid.*, p. 86. para. 2. 223.

(16) 竹本正幸「一九七七年第二追加議定書の条文の変遷——原案、委員会採択条文及び本会議採択条文の対照表——」『関西大学法学論集』第29巻第3号146頁。

(17) なお第10条第3項で、「武力紛争に関する犯罪について有罪とされ

た者に死刑が宣告された場合には、その死刑は、武力紛争が終了するまで、執行してはならない。」と規定されている。(竹本正幸、同資料、145頁)

(18) ICRC, *Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949, Commentary*, Geneva, 1973, p. 143.

(19) 竹本正幸、前掲資料、注(16)、136頁。

(20) ICRC, *op. cit.*, *supra* note 18, p. 135.

(21) 竹本正幸『一九四九年八月一二日のジュネーブ諸条約に対する追加議定書案について』(昭和49年3月、国連局社会課)17頁。また、Casseseによれば、このICRCの説明は、国際法と国内法の関係の誤解にもとづくものである、とされる(Antonio Cassese, "The Status of Rebels under the 1977 Geneva Protocol on Non-International Armed Conflicts", *The International and Comparative Law Quarterly* Vol. 30-2 (1981) pp. 429-430.)。

## II 外交会議における討議

ICRCによる準備作業の後、スイス政府の招請によって1974年から1977年にかけて国際人道法の再確認と発展のための外交会議が開かれた。次にこの会議における討議を分析することによって、反徒の第二追加議定書における地位、その反徒に対する拘束性、を検討しよう。はじめに委員会での審議から見てみたい。

ICRCの代表者は、草案コメンタリーでの説明と同様、会議において、反徒も第二議定書に拘束される旨くり返し主張した。その根拠は、専ら、国家によって結ばれた約束はその締約国のすべての私人を拘束し、従って反徒をも拘束する、という理論に求められた<sup>(1)</sup>。諸国の中ではソビエト代表がこの理論を支持する発言を行った<sup>(2)</sup>。他方、パキстанは、第二議定書適用の条件として、反徒がこの議定書の遵守に同意すること、を含める提案を行った<sup>(3)</sup>。イラク代表は、ICRCに対し、もし反徒が明示的に第二議定書を拒否したならば、いかにしてその遵守を確保しうるのであるか、を質問した<sup>(4)</sup>。また、アメリカ代表は、「反徒集団が国家に対する国際義務を課される立場にあるべきことを認めることは、国家にとって困難である」ことを指摘した<sup>(5)</sup>。これらの若干の国の疑問はあったものの、第二議定書に反徒も拘束されるとするICRCの主張は、しかしながら、委員会ではあまり強く反対されなかった。この問題それ自体が外交会議においてあまり議論されなかったようである<sup>(6)</sup><sup>(7)</sup>。では、反徒は第二追加議定書の適用において何らかの地位ないし権限を認められたのであろうか。内乱の罪による処罰の減免及びICRCの役務の受入れの二点について、委員会の議論を見てみ

よう。まず前者について。スウェーデン代表は、敵対行為への参加のみを理由として処罰してはならない旨の提案を行った<sup>(8)</sup>。しかしこのような提案——反徒の団体の構成員に戦闘員の地位を与えるような提案——が受け入れられる見込みは、はじめからなかった。若干の国は草案第10条第3項<sup>(9)</sup>(武力紛争終了までの死刑執行の停止)についてすら反対した<sup>(10)</sup>。草案第10条第5項<sup>(11)</sup>(敵対行為への参加のみを理由として訴追を行う場合に、裁判所は、被告人が議定書の規定を遵守したことを考慮に入れる)については、ほとんど論議されなかった。このICRC草案第10条第3項及び第5項は若干修正された後、第一委員会ではコンセンサスにより採択された(新第10条第5項)<sup>(12)</sup>。

次に反徒によるICRCの役務提供の受け入れについて。ICRCの草案第39条は次のように規定していた。「紛争当事者は、赤十字国際委員会のような公平性及び有効性についてすべての保障をする団体に、本議定書の諸規定の遵守について協力するよう要請することができる。そのような団体も、その役務を、紛争当事者に提供できる。<sup>(13)</sup>」本条に関して次のような疑問が表明された。すなわち、反徒が政府の同意なく、あるいは政府の反対にもかかわらず、ICRCの協力を要請しうるのであるか、という疑問である<sup>(14)</sup>。この点について発言した国は、そのような反徒の権限を否定するものであった<sup>(15)</sup>。ICRCの代表は、本条が当事者に何らの義務も課するものではないことを強調する一方、明示的に両紛争当事者の合意を条件とする提案<sup>(16)</sup>はICRCの活動を實際上不可能にするものである、と述べた<sup>(17)</sup>。結局、「赤十字国際委員会はその役務を紛争当事者に提供できる。」とのみ規定する修正案が第一委員会では採択されたのである<sup>(18)</sup>。以上の委員会での議論をまとめれば、反徒に対しても第二議定書の義務を課することを旨としながらも、反徒に対し何らかの明確な地位を認める規定は退けられた、と言えよう。

さて、両議定書の採択のための本会議は1977年(第四会期)の5月23日に開始された。第二議定書の各条文の採択は、第一議定書の各条文の採択のあとに行われた<sup>(19)</sup>。この本会議においてパキстанは、委員会では採択された第二議定書案全体を簡略なものにする提案を行なった<sup>(20)</sup>。多くの国が第二議定書はあまりにも詳細なものになるすぎていると考えており、このままでは第二議定書の採択・批准が危ぶまれるので、これをすべての国に受け入れられるものにする必要がある、ということがその理由であった<sup>(21)</sup>。そしてこのパキстанの簡略案が基づいている原理の一つとして、「この議定書のいかなるものも反徒が法的に反徒以外のものとして扱われなければならないことを示唆するものでないこと<sup>(22)</sup>」があげられていた。このパキстан簡略案——手続き上は各条の修正案であったが——どおり、さきの第10条第5項<sup>(23)</sup>も、第39条<sup>(24)</sup>も、本会議では削除されてしまった。また、第5条(「この議定書から生じる

権利及び義務は、すべての紛争当事者に平等に適用される。)も削除された<sup>(25)</sup>他、「紛争当事者」の語は第二議定書からすべて取除かれた<sup>(26)</sup>。その一方で、反徒が責任ある指揮の下に軍事行動を履行し、この議定書を実施するのを可能ならしめるような支配を領域の一部に対して行使することという適用条件——これは ICRC 草案よりもきびしいものである——は、委員会採択条文のまま、最終条文において残されている。しかしこの条文は反徒に何らかの地位を与えるものではない。保護の実体的規定において反徒の法的地位を少しでも認める、あるいは認めると思われるかもしれない規定は、すべて削除された。反徒がこの議定書の実施を可能ならしめるような領域支配を求める本条は、若干の代表団の主張——この議定書が適用されるためには当該国家の政府(及び反徒)による紛争の存在の承認がなければならない<sup>(27)</sup>——を妥協に導くために必要とされたのである<sup>(28)</sup>。そしてこれが本会議において維持されたのは、その高い適用のしきいをそのままにする(すなわちこの第二議定書がなるべく適用されないようにする)ためであったと思われる<sup>(29)</sup>。このように第二議定書の最終条文は、反徒の地位を認めないという点で徹底しているものと考えざるをえない。

(1) CDDH/I/SR. 24, para. 55, CDDH/I/SR. 58, paras. 54, 60, CDDH/I/SR. 59, paras. 19-21.

(2) CDDH/III/SR. 32, paras. 22, 24.

(3) CDDH/I/26 (*Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974-1977)*), 1978——以下 *Official Records* と略す——Vol. IV p. 6.) CDDH/I/SR. 23, para. 58.

(4) CDDH/I/SR. 58, para. 63. これに対し ICRC は反徒への拘束性についての従来どおりの説明をくり返した(CDDH/I/SR. 59, paras. 19-21)が、イラク代表はこの説明に満足しなかった(*ibid.*, para. 26.)。

(5) CDDH/III/SR. 32, para. 16.

(6) Cf. David P. Forsythe, "Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-International Armed Conflicts", *A. J. I. L.* Vol. 72 (1978) p. 292.

(7) なお、本会議においてコロンビアは、「この議定書は署名国のみを拘束するものである。というのは反徒軍隊あるいは組織的武装集団に義務を課する何らの実際的方法もないからである。」と述べている(CDDH/SR. 49, Annex, *Official Records* Vol. VII, p. 79.)。

(8) CDDH/I/261 (*Official Records* Vol. IV, p. 35), CDDH/I/SR. 34, para. 15.

(9) 「武力紛争に関する犯罪について有罪とされた者に死刑が宣告された場合には、その死刑は、武力紛争が終了するまで、執行してはならない。」竹本正幸「一九七七年第二追加議定書の条文の変遷——原案、委員会採択条文及び本会議採択条文の対照表——」『関西大学法学論集』第29巻第3号145頁

(10) パキスタン(CDDH/I/SR. 34, para. 18)、ナイジェリア(*ibid.*, para. 21)、イラン(*ibid.*, para. 32)、モンゴル(*ibid.*, para. 34)

(11) 竹本正幸、前掲資料、注(9)参照。

(12) CDDH/I/SR. 63, paras. 71, 75, CDDH/234/Rev. 1, (*Official Records*, Vol. X p. 132.)

(13) ICRC, *Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949, Commentary*, Geneva, 1973, p. 170.

(14) 韓国(CDDH/I/SR. 59, para. 76)

(15) メキシコ(*ibid.*, para. 75)、ブラジル(*ibid.*, para. 78)、カナダ(*ibid.*, para. 80)、キューバ(*ibid.*, para. 85)、オーストラリア(*ibid.*, para. 89)

(16) 作業部会Bによって作成されたかつこつきの条文(CDDH/I/323/Rev. 1, *Official Records* Vol. X p. 158.)。

(17) CDDH/I/SR. 63, paras. 13-15.

(18) *Ibid.*, 37-38. 以上の経過を見る限り、反徒が政府の明確な反対にもかかわらず、ICRCなどの外部機関の役務の受け入れ主体となりうる、という解釈をとることは困難である。本条は最終的に削除されたが、同様の規定は共通第3条に含まれている。共通第3条の起草時にはこのような議論はなかった。しかし、おそらく共通第3条についても、同様に解さざるをえないであろう。

(19) この本会議の開始に先立ち、「第一議定書案の各条文の採択を完了した後、第二議定書案の各条文の採択を行うという意見(第一案)」と「第一議定書案の一定の条文を審議・採択した後、これに対応する第二議定書案の条文グループの審議・採択に移行する方式を採用するという意見(第二案)」が対立した。第一案を支持する「アジア、アフリカ、ラ米グループは、委員会で採択された第二議定書案の各条文があまりに詳細な規定となったばかりでなく、条文の数も過大となったことに不満をもち、また、国家主権に対する脅威を感じた国が多く、本案の採用を強力に主張した。これらの諸国の中には、第二議定書案の多くの条文につき結束して反対票を投ずることにより、第二議定書全体を単純化しようとする動きを示し、或いは、第二議定書全体の採択に反対することによりこれを葬り去ろうとする動きを示す国も多数にのぼった。」(外務省国際連合局社会課「国際人道法の再確認と発展に関する外交会議第4会期」報告書)

(1978年12月) 192—193頁参照。上記引用部分は192頁)

(20) CDDH/427 and Corr. 1.

(21) CDDH/SR. 49, paras. 10-11, 竹本正幸「一九四九年ジュネーブ諸条約に追加される二つの議定書について(二・完)」『国際法外交雑誌』第77巻第3号65頁。

(22) CDDH/SR. 49, para. 11.

(23) CDDH/SR. 50, para. 86.

(24) CDDH/SR. 53. (*Official Records* Vol. VII, p. 151.)

(25) CDDH/SR. 50, (*ibid.*, p. 86)

(26) 竹本正幸、前掲論文、注(21)、66頁。なお委員会採択条文と最終条の対比について、竹本正幸、前掲資料、注(9)、参照。

(27) ルーマニア(CDDH/I/30, *Official Records* Vol. IV, p. 7.)、ブラジル(CDDH/I/79, *ibid.*, p. 12.)、インド(CDDH/I/SR. 29, para. 15.)、インドネシア(*ibid.*, para. 20)、イラン(*ibid.*, para. 36)

(28) ブラジル(CDDH/I/SR. 29, paras. 6-7)及びルーマニア(*ibid.*, para. 9)の発言参照。

(29) 本会議での第1条の採択の後、若干の国が投票説明を行った。ノルウェー代表はこの第1条の適用のしきいが不必要に高いものである旨主張した(CDDH/SR. 49, para. 68)。カナダも同旨の投票説明を行った(*ibid.*, Annex, *Official Records* Vol. VII, p. 77.)。他方、サウジアラビア、インドネシア、チリ及びブラジルの諸国は、このように高い第1条の適用条件すら不十分であり、外国からの介入を懸念する旨の説明を行った(*ibid.*, pp. 70-76.)。さらにインド代表は第二議定書そのものに反対する発言を述べた(CDDH/SR. 49, para. 76.)。反徒の第二議定書の実施能力を適用条件とするこの第1条は、反徒の地位を認めるためのものではなく、第二議定書の採択に消極的な諸国を妥協に導くために、第二議定書の適用の範囲を狭くするものなのである。

### III 第二議定書についての学説——Casseseの所説を中心に——

以上の過程を経て作成された第二議定書において反徒はいかなる地位を有するか。はたして、反徒はこの議定書によって拘束される、と言えるのであろうか。若干の学説<sup>(1)</sup>はこれを肯定している。ここでは、この第二議定書の反徒への拘束性についてきわめて詳細な分析を行っているCasseseの議論<sup>(2)</sup>を中心に検討したい。

まずCasseseは次の見解を批判する。それは、この議定書は各締約国が反徒

に対して議定書の諸規定を一方的に守ることを他の締約国に対して約束するものである、という見解である。この見解は外交会議においてイタリアによってとられたものであり、決して理論的に支持されないものではないことを彼は認める<sup>(3)</sup><sup>(4)</sup>。しかしこのような主張は現実の事態をまったく無視しているものである、と言う。すなわち、「このような主張は、諸国が人道的考慮によってのみ動機づけられ、無留保で国際義務に従う用意があり、そしてその国際義務を無視する他の国に対しては、断固として圧力をかける、というようなゆがめられた背景にてらして議定書を見るものである。しかしながら、国際社会は決してこのようなモデルを反映していない。実際には反徒は自らが受け入れていない国際基準に従おうとはしない。より重要なことは、国内的武力紛争に従事する国は、その国内闘争が国際規則の適用を求めているということ容易に認めない、ということである。」「従ってもしさきの主張が広まるならば、この議定書は死文化することとなろう。これは解釈原則——諸国が無意味な国際立法を行ったとは推定されない——に反するとしか考えられないものと思われる。」「もし反徒が議定書の受益者であり、名宛人であるとみなされるならば、このことは、反徒が既存の政府にこの議定書の完全な適用を求めることを許されることを意味する。<sup>(5)</sup>」Casseseは以上のように論じる。そして彼は、反徒に対してもこの議定書の権利義務が認められるとする彼の主張を、次の理論に基づかせる。すなわち、この第二議定書は、この条約の第三者(反徒)に対する法的効果を作り出すことを意図するものであり、そして各内戦における反徒のこれに対する同意により、反徒と政府の間に合意が生じる<sup>(6)</sup>、という理論である。議定書がこのような意図を有する根拠をCasseseは三つあげる。すなわち、(一)共通第3条が反徒に対して拘束し、反徒に権利を与えていることは疑われていないのであるから、第二議定書も反徒を拘束するものであることがその作成者によって予定された、という結論は避け難い<sup>(7)</sup>。(二)第1条第1項において議定書の適用条件として反徒が議定書を履行しうる能力を有することを求めており、なおかつ反徒が何らの権利義務も有しない、ということにはばかっている。(三)第6条第5項は内戦に勝利した反徒にも義務を課す規定である、と<sup>(8)</sup>。

ではCasseseはこの反徒に対しても「拘束する」ということの法的意味をどのように考えているのであろうか。Casseseはこの法的帰結として三点をあげる。すなわち、(一)相手の違反に対し「復讐」を行使しうる。(二)他の締約国は反徒に対し議定書の遵守を求めうる。(三)反徒はこの議定書を廃棄できない、と<sup>(9)</sup>。まず第三点について言えば、反徒もこの議定書に拘束される、という前提に立てば、その第25条によっても拘束されることになり、武力紛争中には廃棄の効果が生じない、ということになるであろう。しかしこのことは反徒に対する拘束性——逆に言えば、その違反に対してどのような法的効果もたらさ

れるか——を説明するものではない。次に、第二点——他の締約国が他国の内戦について人道的見地から議定書を遵守するよう働きかける、という想定——は、現実とはかけ離れているとして、自ら退けた議論である。明らかに Cassese の主張の最重要点は第一点にある。従ってこの点についての彼の議論を少しくわしく紹介したい。彼は、以下の旨、主張する。「政府が議定書の適用を拒否し、そして他の締約国がその政府に議定書を適用するよう懲罰しない場合、反徒は ICRC に対しその政府にアプローチして、政府に議定書に従って行動するよう要望することを求める。もしこれらすべての措置が効を奏しない場合、反徒は議定書の若干の規定を無視しうる。」従って、逆に反徒の側がこれを守らない時には、政府は反徒をしてこれを守らせる手段として議定書の特定の規定の適用を停止しうる、と主張する<sup>(10)</sup>。そして彼は、その場合に、適用を停止しうる条項と停止できない条項とを区別する。すなわち、議定書の文言上、「すべての状況において」適用することを求める条項は停止できない、と言う<sup>(11)</sup>。従って、たとえば、刑事訴追に関する第 6 条は「いかなる状況においても」という文言を含まないので、他方の違反に対してその適用を停止しうることを認める<sup>(12)</sup>。しかしながらこのような「復仇」の行使は、復仇の行使に関する慣習法によって定められた条件に従ってのみなされうる、とする<sup>(13)</sup>。以上が Cassese の議論の要点である。この Cassese の主張をごく簡単に要約するならば、議定書の適用を紛争当事国たる締約国とその他の締約国との関係の問題ととらえれば、議定書は死文化してしまうので、反徒を議定書の当事者とするにより、政府と反徒の義務の相互性によって、議定書の実効性を確保することが必要である、ということであろう。この Cassese の議論に対する筆者の見解を次に述べたい。

まず、この議定書が反徒に権利義務を与えるよう意図するものである、との主張は、きわめて疑わしい。共通第 3 条が反徒に対して拘束するものであること自体、明白とは言えない<sup>(14)</sup>。そして、第二議定書が反徒の地位を認めないことで一貫していることは、その起草過程から明らかである<sup>(15)</sup>。また、第 1 条第 1 項の規定——反徒が議定書を実施しうる能力を有することを議定書の適用の条件とする——が反徒の地位の何らかの承認を意味しないことは、すでに見たとおりである<sup>(16)</sup>。さらに、第 6 条第 5 項について言えば、「反徒」が「政府」となれば「政府」としての義務を負うのであり、このことから逆に、政府となるかもしれない反徒に対して義務が課される、という結論を引き出すことはできないと思われる。従って、この議定書が反徒に権利義務を与えるよう意図している、との Cassese の主張には賛成できない。Cassese の議論でより重要な点は、政府と反徒の間の議定書の適用の相互性によってその実効性を確保すべきだ、との主張である。はたしてこのような手段によって議定書の実効性が確保

できるであろうか。そしてそのような手段が内戦の犠牲者の保護という望ましい結果を得られるであろうか。つまり筆者が問題とするのは、そもそもこの議定書において、反徒はこの議定書を守る動機（インセンティブ）を与えられているか、という点である。政府は反徒を敵対行為への参加のみを理由として処罰しうる。この処罰に関しては何らの制限も課されておらず、従って死刑を科すことも妨げられない。たとえ反徒が議定書を遵守したとしても、それゆえに減刑しなければならないという義務も課されていないのである。この点についての Bugnion の次の説明は要を得ている。「現行の、非国際的武力紛争に適用される国際人道法は、しかしながら、その規定に従う動機を戦争当事者にあまり与えていないことは、否定できない。実際、戦闘員が敵対行為に参加したことのみによって最も厳しい刑罰を受ける可能性があるときに、それらの者に戦争の法規及び慣習を守るよう促すものを見出すことは困難である。<sup>(17)</sup>」

共通第 3 条そして第二議定書において禁止される行為には、国内刑法の下で処罰可能なものがある。暴行、傷害、拷問、殺人等である。共通第 3 条や第二議定書が適用される武力紛争の有無にかかわらず、それらの行為は処罰可能であり、政府側に属しようとして反徒側に属しようとして個人はそれらの禁止規範に拘束される——違反に対して刑事処罰が加えられる——ともいえる。このかぎりにおいて、共通第 3 条や第二議定書の適用性、そして、反徒に対する拘束性を語る意味はない。なぜなら、共通第 3 条や第二議定書が適用されなくても、それらの行為は当該領域国の国内刑法で処罰されうるからである。そして、このような刑事処罰が行われるとしても、それによる国際人道法履行誘導効果は疑問である。さらに、共通第 3 条には「正規に構成された裁判所で文明国民が不可欠と認めるすべての裁判上の保障を与えるものの裁判によらない判決の言渡及び刑の執行」の禁止があり、第二議定書では第 6 条でより具体的な刑事訴追・処罰の手続きが規定されており、また、第 5 条で自由を奪われた者についてその保護が定められている。これらの規定は政府のみを拘束するものであると考えれば問題は生じないが、もし反徒をも拘束するものであると考えるならば、その反徒による違反に対してどのような法的帰結が生じるのであろうか。ICC 規程や諸国の国内法では、この「正規に構成された裁判所で文明国民が不可欠と認めるすべての裁判上の保障を与えるものの裁判によらない判決の言渡及び刑の執行」をも個人の犯罪行為として位置づけている<sup>(18)</sup>が、これは個人の犯罪行為というよりも当該組織が法制度・裁判制度・法執行制度を備える国家あるいは国家類似の組織であることを前提としており、テロ組織に属する個人に対してでも適用できる暴行、傷害、拷問、殺人等の犯罪とは根本的に異なるものである。

Cassese は「復仇」により、つまり議定書の規定に違反する措置によってその

遵守のインセンティブを作ろうとしているようであるが、はたしてこれが可能であろうか<sup>(19)</sup>。政府と反徒の間の人道法適用の相互性によってこの実効性を高めようとする Cassese の基本的な主張自体は、筆者も反対ではない。しかし、政府と反徒の間の人道法適用の相互性が機能するためには、ある程度の反徒の地位の承認が必要である。例えば、第二回政府専門家会議の ICRC 案第 28 条において述べられていた原則、すなわち、反徒は、人道法に従って行動しているならば、敵対行為への参加のみを理由として処罰される際、少なくとも死刑は免れる、という原則である。しかし、このように限定的にせよ反徒の地位を承認する原則を条約に置くことは、諸政府にとって受け入れ難いことであった。確かに Cassese の言うとおりに、この議定書はその適用を確保するための何らの実施機関をも有しておらず、締約国間の約束としてとらえるならば、その有効性に疑問も生じうる。しかし、第二議定書が政府と反徒の間の法的な対等性を全く前提としていないならば、つまり、反徒の団体を単なる犯罪者の集団として位置づけているかぎり、相手側の違反に対する復讐行為（あるいはその威嚇）により遵守を確保することは困難である。条約という事前の法的に正式の合意としての共通第 3 条および第二議定書は、反徒を犯罪者の集団とは異なる「公的な団体」と位置づけることができなかった。ここに共通第 3 条および第二議定書の大きな限界がある。近年、内戦における国際人道法の重要性が認識され、その違反に対する処罰を行くことによる残虐行為の防止が強調される。しかし、国内刑法によっても処罰可能な行為について個人が処罰されることと、反徒が団体として共通第 3 条や第二議定書に拘束されることとは大きな違いがある。反徒の団体が政府に対抗しうる勢力を持つに至った場合には、事実上、交戦資格を認められたものとして扱われざるを得ないであろう。また、政府と反徒が人道法適用についての特別な合意を結ぶことも考えられる<sup>(20)</sup>。しかし、このような事後の方策と、共通第 3 条や第二議定書等の条約規定という事前かつ公式の法解釈は、区別して考えられなければならない<sup>(21)</sup>。

(1) たとえば、すでに述べたように、Bothé は、共通第 3 条が反徒をも拘束する根拠として「国家によってなされた批准の効果をその国の領域に、たとえ暫定的ではあっても、存立している新たな法主体に及ぼす慣習規則の存在」をあげた。そして第二議定書についても条約の有効な解釈の原則から、同じことが言える、とする (Michael Bothé, "Conflits armés internes et droit international humanitaire", *Revue Générale de Droit International public* Tome LXXXII (1978) pp. 91-93.)。Rosemary ABI-SAAB 及び Georges ABI-SAAS は、いったん政府が国際的にこの議定書を受け入れれば、この議定書はその国

の国内法の一部となり、従って反徒もこの議定書に拘束される、という説を支持する (Rosemary ABI-SAAB, *Droit humanitaire et Conflits internes, origines et évolution de la réglementation internationale* (Pedone, 1986) p. 159.; Georges Abi-Saab, "Conflits armés non internationaux", *Les Dimensions internationales du Droit humanitaire* (UNESCO, 1986) p. 269.)。また ICRC の発行する追加議定書のコメンタリーにおいても、ICRC の従来の説明と同様、この説が述べられている。すなわち、「国家によってなされた約束は政府に適用されるのみならず、その国の国家領域内にあるすべての確立された当局及び私人にもまた適用される。従ってある種の義務がそれらに課されるのである。従って私人の権利及び義務の範囲は、国家の権利及び義務の範囲と同じである。」と。(なお、以上の記述について、「この主張は時おり法律文献において疑問視されてきたが、反徒に課される義務の有効性は決して争われてこなかった。」とある。)(ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, (Geneva, 1987) p. 1345, para. 4444.) しかしこれらの論者のいずれも反徒に対する「拘束」性の法的意味を明らかにしていない。(なお Géza Herczegh のこの点に関する見解とそれに対する批判については、拙稿「[紹介] ヘルツェーグ著『国際人道法の発展』『関西大学大学院法学ジャーナル』第 43 号 52 頁参照。)

(2) Antonio Cassese, "The Status of Rebels under the 1977 Geneva Protocol on Non-International Armed Conflicts", *The International and Comparative Law Quarterly* Vol. 30-2 (1981) pp. 416-439.

(3) *Ibid.*, pp. 420-421.

(4) 第二議定書が反徒を拘束せず締約国のみを拘束する、と解する説として、G. I. A. D. Draper, "Humanitarian Law and Human Rights", *Acta Juridica* (Cape Town) 1979, p. 202. 竹本正幸「一九四九年ジュネーブ諸条約に追加される二つの議定書について (二・完)」『国際法外交雑誌』第 77 巻第 3 号 66 頁。

(5) Cassese, *op. cit.*, *supra* note 2. pp. 426-427. (傍点の部分は原文ではイタリック)

(6) *Ibid.*, pp. 428-429.

(7) 外交会議においてベルギーが同様の見解を示している (CDDH/SR. 49. Annex, *Official Records* Vol. VII, p. 76.)。

(8) Cassese, *op. cit.*, *supra* note 2. pp. 423-428.

(9) *Ibid.*, pp. 430-432.

(10) *Ibid.*, pp. 430-431.

(11) *Ibid.*, pp. 434-435.

(12) *Ibid.*, p. 437.



(13) *Ibid.*, pp. 437-439.

(14) 本章第一節 I 参照。

(15) 本章第二節 II 参照。

(16) 本章第二節 II 参照。

(17) François Bugnion, "Jus ad Bellum, Jus in Bello and Non-International Armed Conflicts", *Yearbook of International Humanitarian Law* Vol.6 (2003) p.194.

(18) ICC 規程第 8 条第 2 項 (c) (iv)、ドイツ国際刑法典第 8 条第 1 項 7、オランダ国際犯罪法第 6 条 1 項 (d)、ベルギー 2003 年刑法改正第 136 条の 4 第 2 項など (ドイツ国際刑法典、ベルギー 2003 年刑法改正及びオランダ国際犯罪法について、本稿第 6 章参照)。

(19) 外交会議においてソビエト代表がここでの Cassese の主張とよく似た見解を述べていた。すなわち、この議定書の規定に違反した者は第二議定書の保護をうばわれる、と。(CDDH/III/SR. 32, paras. 22, 24.)

(20) 第 6 章参照。

(21) 特定通常兵器使用禁止制限条約第 1 条の 2001 年改正において、同条約及び附属議定書の適用範囲が国際紛争のみならず共通第 3 条の事態をも含むよう拡大された。すなわち、改正第 1 条 2 項は、「この条約及びこの条約の附属議定書は、1 に規定する事態に加え、千九百四十九年八月十二日のジュネーブ諸条約のそれぞれの第三条に共通して規定する事態についても適用する。この条約及びこの条約の附属議定書は、暴動、独立の又は散発的な暴力行為その他これらに類する性質の行為等国内における騒乱及び緊張の事態については、武力紛争に当たらないものとして適用しない。」と規定し、また第 3 項は「締約国の一領域内に生ずる国際的性質を有しない武力紛争の場合には、各紛争当事者は、この条約及びこの条約の附属議定書に規定する禁止及び制限を適用しなければならない。」(『官報 号外』第 17 号 平成 16 年 1 月 30 日 21 頁)として、基本的に共通第 3 条の方式に倣っている。この改正条約の国会承認の際、「今回の条約の改正の主な点は内戦にも適用されるということでありますが、締約国内での内戦の場合に、政府軍と反政府軍という、こういう紛争の場合が多いんじゃないかと思うんですが、そうすると、政府軍の場合にはこの条約を遵守する義務がある、しかし、反政府軍の場合はこれは遵守しないおそれの方が強いんじゃないかと思うんですが、この場合には何らかの制裁というか措置は取られるんでしょうか。」との質問に対して、日本政府参考人(外務大臣官房審議官篠田研次)は「先生御指摘のとおりでございます、今回の条約によって法的に遵守をする義務を負うというのは締約国政府でございます。他方、この条約上、紛争当事者はいずれもこの条約によって禁止されている兵器の使用の禁止

あるいは制限を適用しなければならないということも定めておりました。反徒の、反政府団体、反徒の団体につきましても、これは人道的観点からこの条約及び附属議定書の遵守を強く求められるという趣旨でございます。締約国が法的義務を負うというわけでございますから、万が一反徒の団体がこの条約に規定するところと違うことを行うという場合であっても法的義務を依然として負うわけでございます、それによりましてあり得べきエスカレーションを防止するというので、もって武力紛争の惨禍を軽減するということが期待されるというふうに考えております。」と答えている(第 156 回 国会 参議院 外交防衛委員会 議録 第 13 号 平成 15 年 6 月 10 日)。いくぶん明確さを欠くが、法的には反徒の団体は拘束されることはなく政府のみが拘束される、という理解が示されている。この見解は直接的には特定通常兵器使用禁止制限条約改正第 1 条について述べられたものであるけれども、この改正第 1 条は共通第 3 条と同じ法構造を持つものであることに注意する必要がある。なお、この改正第 1 条について解説をする加藤良太は、より明確に、「国際的性質を有しない武力紛争において、反徒の団体に条約及び条約の附属議定書を遵守する法的義務が課されることはない。」と明言する(加藤良太「特定通常兵器使用禁止制限条約第 1 条の改正」『ジュリスト』No.1251(2003 年 9 月 1 日)43 頁)。

#### 第4章 内戦に適用される国際人道法の違反に対する処罰——Tadic 事件判決を中心に——

内戦に適用される国際人道法の違反者個人の処罰は、国際法上どのように位置づけられるのか。内戦に適用される国際人道法の違反者の処罰に関しては、国際人道法に関する条約中に明文の規定はなく、少なくともこれまでの内戦に関する国際人道法の条約規定において、違反者の処罰を確実にこなうことによつて履行の確保をはかるということは、考えられてこなかった。

ところが、1994年のルワンダ戦争犯罪裁判所規程では、ジュネーブ諸条約共通第3条・第二議定書の著しい違反行為を行なった者およびこれを命じた者を訴追することとした。この動きに対して、筆者は、「内戦に関する国際人道法の条約規定において個人の処罰に関して規定がないとしても、これを禁じるものでないかぎり、国内裁判としては行ないうるし、また、その国家（政府）の要請により国際裁判という形態を取ることも可能であろう。しかし、内戦における国際人道法違反による処罰という問題は、国内刑法の適用と切り離して考えることは困難である。<sup>(1)</sup>」として、若干懐疑的な見解を述べた。

他方、国連国際法委員会（ILC）は、国際刑事裁判所規程草案<sup>(2)</sup>および人類の平和と安全に対する罪の法典草案<sup>(3)</sup>において、著しい戦争法違反をそれらの対象に含めることとしたが、この戦争法違反のなかに内戦に適用される国際人道法違反が含まれるのかが議論された。さらに、旧ユーゴ国際裁判所は、被告人 Tadic についての裁判管轄権に関する判決において、内戦に適用される国際人道法違反による個人の処罰は可能と判断した<sup>(4)</sup>。そして、Meron は、この内戦に適用される国際人道法違反を国際裁判所の管轄にすべきであるのみならず、各国が普遍主義に基づいて処罰の対象とすべきことを主張している<sup>(5)</sup>。

このように、内戦に適用される国際人道法に違反した個人を処罰することが国際法において、あるいは国際社会において求められているといえるのであろうか。そして、もしそのような処罰を国際裁判所あるいは国内裁判所において行なうとすれば、どのような条件が必要とされ、また国際人道法の発展にどのような影響を与えるであろうか。

(1) 樋口一彦「内戦に適用される国際人道法——その拡大の可能性——」『琉大法学』第55号108頁

(2) A/49/10

(3) A/50/10

(4) 本章第3節参照。

(5) Theodor Meron, "INTERNATIONAL CRIMINALIZATION OF INTERNAL ATROCITIES", *American Journal of International Law* Vol.89 (1995) pp. 554-577.

#### 第1節 「人類の平和と安全に対する罪の法典草案」及び「国際刑事裁判所規程」作成における議論

ILCは、1991年に、人類の平和と安全に対する罪の第一次法典案を作成し<sup>(6)</sup>、この案についての諸政府のコメントを求めた。そのうえで、1994年および1995年の会期においてその第二次案作成のための検討を行なった<sup>(7)</sup>。また、1991年12月の国連総会決議（46/54）に基づいて、ILCは、国際刑事裁判所の設立についての検討をはじめ<sup>(8)</sup>、1992年から1994年までの検討を経てILCの最終草案を作成した<sup>(9)</sup>。これらの草案において、それぞれ、戦争犯罪（国際人道法の違反）がその対象として含まれている。それらのなかに著しい国際人道法違反を含めることについてほとんど異論はなかったが、内戦における国際人道法違反を含めるかどうかについては議論を呼んだ。ここでは、この点に絞って振り返ることとしたい。

#### I 人類の平和と安全に対する罪の法典草案

1991年のILCの第43会期において、まず起草委員会から提出された第22条案は、次のとおりである。

#### 「第22条 著しい戦争犯罪

1. 例外的に著しい戦争犯罪を行なった者あるいはその犯行を命じた者は、有罪の判決により、以下の刑に処せられる。[・・・]

2. 本法典の適用上、例外的に著しい戦争犯罪は、武力紛争に適用される国際法の原則および規則の例外的に著しい違反であつて、以下の行為のそれぞれからなる。

(a) 人間の生命、尊厳、肉体的または精神的完全性に向けられた非人道的、残酷な又は野蛮な行為 [特に、故意の殺人、拷問、身体の切断、人質行為、一般住民の追放あるいは移送、および集団的処罰]

(b) 違法な兵器の使用

(c) 自然環境に対して広範な、長期のかつ重大な損害を引きおこすことを意図された、あるいはそれが予期される戦闘の手段または方法の使用

(d) 民間財産の大規模の破壊

(e) 例外的な、宗教的歴史的または文化的価値のある物に対する意図的な攻撃<sup>(10)</sup>」

この「武力紛争に適用される国際法」という文言に関して、この起草委員会議長は、「起草委員会は、第一追加議定書第2条(b)で使われている用語である『武力紛争』を用いることを選んだ。特に、1949年ジュネーブ諸条約共通第3条が非国際的武力紛争に適用されることからすれば、何らかの解釈上の曖昧さが便利である。<sup>(11)</sup>」と説明しており、この「武力紛争」には、非国際的武力紛争が含まれることを示唆している。他方、ILC委員の一人のPelletは、「第22条は、国家間戦争のみならず、すべての形態の国際的武力紛争、言い換えれば、民族解放のための武力闘争をも含むことを意図している<sup>(12)</sup>」と述べており、間接的表現ながら、非国際的武力紛争は含まれないという理解を示している。

この起草委員会の作成した第22条草案は、若干修正されてILCの第一次案として採択された<sup>(13)</sup><sup>(14)</sup>。この第一次案として採択された第22条についてのILCのコメンタリーにおいて、「『武力紛争』ということばは、ジュネーブ諸条約第一追加議定書第1条第4項の意味での国際的武力紛争のみならず、1949年ジュネーブ四条約共通第3条によってカバーされる非国際的武力紛争をもカバーする<sup>(15)</sup>」と説明されており、非国際的紛争が含まれることがここでは明確に述べられている。

ILCは、引き続き、ILCの第二次案作成のために、1995年の会期において特別報告者の作成した第13報告書を検討した。この特別報告者によって提案された第22条草案の新条文は以下のとおりである。

#### 「第22条 戦争犯罪

例外的に著しい戦争犯罪を行なった者あるいはその犯行を命じた者は、有罪の判決により、以下の刑に処せられる。[・・・]

本法典の適用上、戦争犯罪とは次のものを意味する。

1. 1949年ジュネーブ諸条約の重大な違反行為、すなわち

(a) 殺人

(b) 拷問若しくは非人道的待遇（生物学的実験を含む）

(c) 身体若しくは健康に対して故意に重い苦痛を与え、若しくは重大な傷害を

加えること

(d) 軍事上の必要によって正当化されず、不法かつ恣意的になされる、財産の広範な破壊および徴発

(e) 捕虜あるいは文民を強制して敵国の軍隊で服務させること

(f) 公正な正式の裁判を受ける権利を捕虜・文民から故意に奪うこと

(g) 文民の不法な追放、移送、若しくは不法な拘禁

(h) 文民を人質にとること

2. 戦争の法規あるいは慣習の違反。これには以下のものが含まれるが、これらに限られない。

(a) 毒ガス兵器、あるいは不必要な苦痛を生じさせるように設計されたその他の兵器の使用

(b) 都市、町、村の恣意的な破壊、あるいは軍事的必要により正当化されない破壊

(c) 防守されない町、村、住宅、あるいは建物の攻撃または砲爆撃（手段の如何を問わない）

(d) 宗教、慈善および教育、芸術および科学のための施設、歴史的記念碑および芸術・科学の作品の強奪、破壊あるいは故意の損害

(e) 公的・私的財産の略奪<sup>(16)</sup>」

この新条文案は、戦争犯罪に関して、「1949年ジュネーブ諸条約の重大な違反行為」と「戦争の法規あるいは慣習の違反」のカテゴリーを設けることとしている点で旧ユーゴスラビア裁判所規程にきわめて類似しており、また、あとで述べる国際刑事裁判所規程草案にも近い。ILCの報告書では、この新第22条草案の検討において、非国際的武力紛争に関して、「『重大な違反行為』あるいは『戦争犯罪』」の概念の非国際的武力紛争への不適用性に留意しながらも、最近採択されたルワンダ国際裁判所規程を引用して1949年ジュネーブ諸条約共通第3条および第二追加議定書も、本項に含められるべきである、と考える委員もいた。しかしながら、この提案に反対する指摘もあった。<sup>(17)</sup>」と、ILCでの論議が要約されており、非国際的武力紛争における国際人道法の違反を含めるかどうかについては見解がわかれていることを示している。

さらに、このILCの報告書を検討した国連総会第六委員会においても、この非国際的武力紛争における国際人道法の違反を含めるかどうかについて、賛否が述べられている。たとえばスイス代表は、「第22条草案でカバーされる戦争犯罪は、1949年ジュネーブ諸条約および戦争の法規あるいは慣習への言及を含むべきであることに同意し、そして、第一追加議定書および第二追加議定書、あるいは少なくともジュネーブ諸条約共通第3条に言及することが必要である

ことを指摘」しており<sup>(18)</sup>、また、アルゼンチン代表は、「戦争犯罪は、非国際的武力紛争においてなされた犯罪を含むべきである<sup>(19)</sup>」との見解を述べている。これに対して、インド代表は、「諸国の論評・見解および武力紛争の法規および慣習を考慮に入れて、戦争犯罪の定義に関してより多くの作業がなされなければならない。本法典の範囲は狭く明確に定められるべきであり、そして、国内紛争から生じる事態を扱うべきではない。というのは、本法典は、国際の平和および安全に影響を与える犯罪を扱うためのものだからである。<sup>(20)</sup>」としている。

第13報告書についての検討の後、ILCは起草委員会に委ねる決定を行い、起草委員会による二次案が1996年に示された。この案(第18条(旧22条)戦争犯罪)<sup>(21)</sup>では、(f)項で明確に「国際的性質を有しない武力紛争において適用される国際人道法に違反してなされた行為」が含められた。この(f)項を含めることについて特に異論は述べられず、ILCで提案どおりに採択された<sup>(22)</sup>。この第18条(新第20条)をふくむ人類の平和と安全に対する罪の法典の最終草案が1996年の会期においてILCで採択された。その内容は以下の通りである。なお、本条のコメンタリーにおいて、(f)項についてILCは、「国内的武力紛争において適用される法の違反に対する個人的刑事責任の原則は旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所によって再確認された、ということに委員会は注目する。」と述べている<sup>(23)</sup>。

#### 「第20条 戦争犯罪

以下の戦争犯罪は、組織的にまたは大規模になされたときには、人類の平和と安全に対する罪を構成する。

(a) 国際人道法に違反してなされた以下の各行為

- (i) 殺人
- (ii) 拷問若しくは非人道的待遇(生物学的実験を含む)
- (iii) 身体若しくは健康に対して故意に重い苦痛を与え、若しくは重大な傷害を加えること
- (iv) 軍事上の必要によって正当化されず、不法かつ恣意的になされる、財産の広範な破壊および徴発
- (v) 捕虜あるいは他の被保護者を強制して敵国の軍隊で服務させること
- (vi) 公正な正式の裁判を受ける権利を捕虜あるいは他の被保護者から故意に奪うこと
- (vii) 被保護者の不法な追放、移送、若しくは不法な拘禁
- (viii) 人質をとること

(b) 故意に国際人道法に違反してなされ、身体若しくは健康に対して死若しくは重大な傷害をもたらす以下の各行為

- (i) 一般住民あるいは個々の文民を攻撃目標とすること
- (ii) 一般住民あるいは民用物に影響を及ぼす無差別攻撃を、そのような攻撃が過度の生命損失、文民に対する傷害、あるいは民用物に対する損害をもたらすであろうことを承知の上でおこなうこと
- (iii) 危険な威力を内蔵する工作物あるいは施設に対する攻撃を、そのような攻撃が過度の生命損失、文民に対する傷害、あるいは民用物に対する損害をもたらすであろうことを承知の上でおこなうこと
- (iv) 戦闘外にあることを承知の上でその者を攻撃目標にすること
- (v) 赤十字、赤新月、もしくは赤のライオン及び太陽の特殊標章、あるいは他の認められた保護標識の背信行為的使用

(c) 国際人道法に故意に違反してなされた以下の各行為

- (i) 占領国が、自国の一般住民の一部を、占領している領域に移送すること
- (ii) 捕虜あるいは文民の送還の不当な遅延

(d) 国際人道法に違反する個人の尊厳に対する侵害。特に、屈辱的で品位を汚す待遇、強姦、強制売淫、及びあらゆる形態のわいせつな行為

(e) 戦争の法規あるいは慣習に違反してなされた以下の各行為

- (i) 毒ガス兵器、あるいは不必要な苦痛を生じさせるように設計されたその他の兵器の使用
- (ii) 都市、町、村の恣意的な破壊あるいは軍事的必要により正当化されない破壊
- (iii) 防守されない町、村、住宅、あるいは建物の、または非武装地帯の、攻撃または砲撃(手段の如何を問わない)
- (iv) 宗教、慈善および教育、芸術および科学のための施設、歴史的記念碑および芸術・科学の作品の強奪、破壊あるいは故意の損害
- (v) 公的・私的財産の略奪

(f) 国際的性質を有しない武力紛争において適用される国際人道法に違反してなされた以下の各行為

- (i) 人の生命、健康、そして肉体的あるいは精神的福利に対する暴行。

特に、殺人、ならびに、拷問、傷害又はあらゆる形態の体罰のような虐待

(ii) 連座による処罰

(iii) 人質をとること

(iv) テロ行為

(v) 個人の尊厳に対する侵害。特に、屈辱的で品位を汚す待遇、強姦、強制売淫、及びあらゆる形態のわいせつな行為

(vi) 略奪

(vii) 一般的に不可欠と認められているすべての裁判上の保障を与える  
正規に構成された裁判所によって下される事前の判決によらない刑の言渡及び刑の執行

(g) 武力紛争の場合において、自然環境に対する広範な、長期的なかつ深刻な損害を生じさせる意図をもって軍事的必要性によって正当化されない戦闘の方法または手段を使用し、それによって住民の健康あるいは生存を重大に害し、そしてそのような損害が生じること<sup>(24)</sup>

(6) 人類の平和と安全に対する罪の法典化の作業、およびその ILC の第一次案に関して、小木曾本雄「国連による人類の平和と安全に対する罪の法典化の作業」東海法学第9号(1993)参照。

(7) A/50/10 paras. 33-37.

(8) General Assembly resolution 46/54, para. 3.

(9) A/49/10 paras. 91.

(10) YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION 1991 Volume I p. 223. para. 22.

(11) *Ibid.*, p. 224. para. 29.

(12) *Ibid.*, p. 225. para. 48.

(13) *Ibid.*, p. 240. para. 145.

(14) 第一次案として採択された第22条は次のとおりである。

「第22条 例外的に著しい戦争犯罪

1. 例外的に著しい戦争犯罪を行なった者あるいはその犯行を命じた者は、有罪の判決により、以下の刑に処せられる。[・・・]

2. 本法典の適用上、例外的に著しい戦争犯罪は、武力紛争に適用される国際法の原則および規則の例外的に著しい違反であって、以下の行為のそれぞれからなる。

(a) 人間の生命、尊厳、肉体的または精神的完全性に向けられた非人道的、残

虐なまたは野蛮な行為 [特に、故意の殺人、拷問、身体の切断、生物学的実験、人質行為、被保護者を強制して敵国の軍隊に服務させること、実際の戦闘の終了後捕虜の送還を不当に遅延させること、一般住民の追放あるいは移送、および集団的処罰]

(b) 占領地域における入植者の定住および占領地域の人口比率の変化

(c) 違法な兵器の使用

(d) 自然環境に対して広範な、長期のかつ重大な損害を引き起こすことを意図された、あるいはそれが予期される戦闘の手段または方法の使用

(e) 民間財産の大規模の破壊

(f) 例外的な、宗教的歴史的または文化的価値のある物に対する意図的な攻撃」(A/46/10 pp. 247-248.)

(15) *Ibid.*, p. 270.

(16) A/50/10 pp. 52-53.

(17) *Ibid.*, p. 54., para. 101.

(18) A/C. 6/50/SR. 14, para. 45.

(19) A/C. 6/50/SR. 15, para. 31.

(20) *Ibid.*, para. 74.

(21) Yearbook of the International Law Commission 1996 Vol. I pp. 33-34.

(22) *Ibid.*, pp. 108-109. なお、最終条文(新第20条)では、起草委員会案の(e)項に若干の修正が加えられ、(g)項についての選択肢A及びBのうちAが採択された。

(23) A/51/10 p. 119.

(24) A/51/10 pp. 110-112.

## II 国際刑事裁判所規程

国際刑事裁判所規程に関して ILC は、1994 年に ILC 最終草案を採択した<sup>(1)</sup>。その第20条は次のとおりである。

「第20条 裁判所の管轄権内の犯罪

本裁判所は、この規定にしたがって以下の犯罪に関して管轄権をもつ。

(a) 集団殺害罪

(b) 侵略の罪

(c) 武力紛争に適用される法規および慣習の著しい違反

(d) 人道に対する罪

(e) 附属書に列挙された条約規定のもとで、あるいはそれにしたがって定められた犯罪で、その申し立てられた行動に関して、国際的関心を有する例外的に著しい犯罪を構成しているもの<sup>(2)(3)</sup>」

国連総会は、この ILC の最終草案をうけて、決議 49/53 により、この ILC 草案を検討するアド・ホック委員会の設立を決定し、そして、また、この ILC 草案についての諸国からの書面での意見を求めた<sup>(4)</sup>。この求めに応じて、15 カ国から意見が寄せられた<sup>(5)</sup>。この諸国からの意見などを参考にして、1995 年にその ILC 最終草案を検討するアド・ホック委員会が国連加盟諸国の参加を得て開かれた<sup>(6)</sup>。この ILC 草案の第 20 条(c)について、アド・ホック委員会での検討において、多くの代表団が、「武力紛争に適用される法規および慣習の著しい違反が、前文に述べられた裁判所の管轄権に含められる基準に合致する」ことに同意した<sup>(7)</sup>。しかし、非国際的武力紛争に適用される国際人道法の違反が含まれるかどうかについては、ここでも、見解がわかれた。この点について、報告書では、次のように述べられている。「条約犯罪を含む、武力紛争に適用される法規および慣習が非国際的武力紛争を規律する法規および慣習、特に 1949 年ジュネーブ諸条約共通第 3 条およびその第二追加議定書、を含むべきかどうかについて異なった見解が示された。そのような規定を含めることを支持する者は、武力紛争の現在の現実、ルワンダのアド・ホック裁判所規程、及び共通第 3 条の慣習法の地位を認めた旧ユーゴスラビアのアド・ホック裁判所の最近の判決に注目する。しかしながら、他の代表団は、非国際的武力紛争をカバーする可能性に関して大きな懸念を示し、そして、そのようなアプローチが補充性の原則<sup>(8)</sup>と合致することを疑問とした。第二追加議定書に関して、この文書は全体として慣習法の地位に達しておらず、従って、その当事国に対してしか拘束力をもたない、という見解が述べられた。また、非国際的武力紛争は、共通第 3 条に関して、第二追加議定書に関しても、裁判所の管轄権内に含められるべきではない、との見解も表明された。<sup>(9)</sup>」

1996 年からは準備委員会に審議の場が移り、1998 年まで断続的に ILC 案を検討し、そして外交会議の草案を作成した<sup>(10)</sup>。やはりここでも国内的武力紛争でなされた違反を含むべきか否かについて見解がわかれた<sup>(11)</sup>。このような意見の対立を反映して、準備委員会の作成した外交会議草案は、非国際的武力紛争においてなされた戦争犯罪について含める案と含めない案が併記された<sup>(12)</sup>  
<sup>(13)</sup>

1998 年 6 月に始まった外交会議においても、もちろん、内戦における戦争犯罪を規程に含めるべきか否かで論議となった<sup>(14)</sup>。多くの代表団は肯定的な見解を述べたが、無視できない数の国が反対を主張した。内戦における戦争犯罪

の規定(c節・d節)を含めるべき理由として、「現在多くの残虐行為は内戦において生じており、もしこの裁判所がこの犯罪に対する管轄権を持たないならばその存在意義は大きく損なわれる」と指摘された<sup>(15)</sup>。他方それに反対する側からは、それらの規定が国際慣習法と合致していない<sup>(16)</sup>、裁判所の介入は国家主権を侵害する<sup>(17)</sup>、真の内戦と国内的騒擾を区別することは困難である<sup>(18)</sup>、自国は第二議定書の当事国ではないので賛成できない<sup>(19)</sup>、等の見解が述べられた。これらの委員会での議論を基にして事務局案<sup>(20)</sup>が作成された。特に d 節に対する消極的意見に配慮して、その適用の敷居として第二議定書第 1 条に近い高い敷居条項<sup>(21)</sup>が含まれた。しかし、この高い敷居に対して c 節・d 節肯定派から批判が相次いだ<sup>(22)</sup>。結局、この d 節の敷居条項について若干緩和された形で最終条文となった (ICC 規程第 8 条 2 項(f))<sup>(23)</sup>。

ローマ会議で成立した条文においては共通第 3 条の著しい違反(第 8 条 2 項(c))及びその他の著しい法規慣習違反(第 8 条 2 項(e))が含まれることとなった。その背景には「多くの残虐行為は内戦において生じており、もしその犯罪に対する管轄権を持たないならば ICC の存在意義は大きく損なわれる」との考慮のほかに、ICTY/ICTR 判例法の影響そしてその急速な慣習法化の認識があるものと思われる。

(1) A/49/10 para. 88.

(2) *Ibid.*, p. 70.

(3) 第 20 条(e)で言及されている「附属書」において、一九四九年ジュネーブ四条約および一九七七年第一追加議定書で定められる「重大な違反行為」がその中に含まれている。( *Ibid.*, pp. 141-142. )

(4) A/AC.244/1 para. 1.

(5) A/AC.244/1, A/AC.244/1/Add.1 4.

(6) A/50/22 (*Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court*) pp. 1-2. paras. 1-11.

(7) A/50/22 p. 15. para. 72.

(8) 国際刑事裁判所規程草案前文で述べられている原則で、国際刑事裁判所は国内の刑事裁判制度が機能しない場合にその国内の刑事裁判制度を補充するものである、ということの意味している。

(9) A/50/22 p. 16. para. 74.

(10) この経緯について、A/CONF.183/2 pp. 2-3. 参照。

(11) A/51/22 (*Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court Vol. 1*) p. 20. para. 78.

(12) 共通第3条の著しい違反(c節)及びその他の著しい法規慣習違反(d節)を含める(選択肢1)、d節にさらにいくつかの規定を追加する(選択肢2)、c節・d節の前に置かれる導入文——国内的騷擾・緊張の事態への不適用——を削除する(選択肢3)、d節を削除する(選択肢4)、そして、c節及びd節を削除する(選択肢5)。(A/CONF.183/2/Add.1 pp.21-24.)

(13) 7月6日付けの事務局作成の討議文書においても、c節・d節については削除する選択肢が残されていた(A/CONF.183/C.1/L.53 pp.7-9.)

(14) 「戦争犯罪の定義において最も論議を呼んだ問題が、国内的武力紛争中になされた犯罪も含まれるかどうかであった。」(Antonio Cassese, Paola Gaeta, John R. W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary Volume 1* (Oxford, 2002) p.79.)

(15) A/CONF.183/C.1/SR.25. para.8. (南アフリカ)、para.62. (トリニダード・トバゴ)、para.76. (クロアチア)、SR.26. para.40. (スイス)、para.54. (韓国)、para.66. (マリ)、para.82. (ポルトガル)、para.127. (スロバキア)、SR.27. para.34. (イスラエル)

(16) A/CONF.183/C.1/SR.25. para.36. (中国)、SR.26. para.102. (イラン)

(17) A/CONF.183/C.1/SR.5. para.115. (インド)、SR.27. para.5. (アルジェリア)、SR.28. para.88. (サウジアラビア)

(18) A/CONF.183/C.1/SR.27. para.5. (アルジェリア)

(19) A/CONF.183/C.1/SR.25. para.57. (アゼルバイジャン)、SR.27. para.73. (ネパール)

(20) A/CONF.183/C.1/L.59

(21) 「締約国の領域において、当該締約国の軍隊と反乱軍その他の組織された武装集団(持続的にかつ協同して軍事行動を行うことができるような支配を責任のある指揮の下で当該領域の一部に対して行うもの)との間に生ずる武力紛争に適用する。」(ibid., p.7.)

(22) A/CONF.183/C.1/SR.33. para.24. (アメリカ)、SR.34. para.34. (スペイン)、para.107. (オーストラリア)、SR.35. para.8. (シエラレオネ)、para.49. (タンザニア)、para.67. (カナダ)、para.68. (デンマーク)、SR.36. para.37. (コスタリカ)

(23) 大沼保昭 編集代表『国際条約集 2006年版』(有斐閣、2006年)350~351頁、松井芳郎 編集代表『ベーシック条約集 2006年版』(東信堂、2006年)802頁

## 第2節 学説——T. Meronの所説の検討を中心に——

内戦に適用される国際人道法の違反者に対して、個人的処罰を行なうのか。もしこれを行なうとすれば、いずれの国(組織)が行なうのか。可能性としては、内戦の当該国政府、反徒組織、第三国、国際裁判所、などが考えられる。

これまで、内戦に適用される国際人道法の違反者の処罰については、あまり論じられてこなかった。少なくとも、これまでの内戦に関する国際人道法の条約規定において、違反者の処罰を確実に行なうことによって履行の確保をはかるということは、考えられてこなかった<sup>(1)</sup>。しかし、この個人的処罰が法的に可能かどうかは別の問題である。

内戦における国際人道法の違反に対して、その個人的処罰を第三国が行なうことができる、行なうべきである、と主張する代表的論者が T. Meron である。以下この Meron の議論を取り上げ、検討する。

この Meron の議論の要点はふたつであり、そのひとつは1949年ジュネーブ諸条約共通第3条や第二追加議定書が個人の刑事的処罰の根拠となることであり、もうひとつは、これらの内戦に適用される国際人道法の違反に対して第三国が普遍的管轄権を行使して違反者個人を処罰しうる、ということである。

まず、前者の点に関して Meron は、以下の旨主張する。「国内紛争における残虐行為の行為者を、国際戦争にかかわった者よりも、より寛大に扱う何らの道徳的正当化もない」「陸戦の法規慣例に関する条約および捕虜の待遇に関する(ジュネーブ)条約——このどちらも違反の処罰や刑罰に関する条文を含んでいない——の違反についてニュールンベルグ諸裁判は裁判をすすめたのであるから、国際法により禁止されている個人のある行為が刑事犯罪を構成すること——たとえ特定の裁判所の管轄権の設定や量刑を定める規定がなくても——に関しては、重大な問題はない。国際法が個人的刑事責任を創設しているかどうかは、当該禁止規範——それが条約によるものであろうと慣習法によるものであろうと——が個人に向けられているか、国家に向けられているか、集団に向けられているか、その他の機関に向けられているか、そして/あるいはこれらのすべてに向けられているか、という考慮によって決まるのである。その禁止が個人に対して向けられている程度、その禁止が性質上明確なものかどうか、その行為の重大性、そして、国際社会の関心、これらすべてがさまざまな行為の犯罪性を決定する関連要素である。ある義務が政府に対して向けられているということは、個人の刑事責任に関して自由裁量的であることを意味しない——もし個人がその義務を明確に遂行しなければならないのであれば。」「ふつう、国際法規範は、国家に向けられている。国際法規範は、国家機関として行動する個人によって実施され、違反の場合には国家の国際責任を生じさせる。しか

しながら、国際法、そしてとくに戦争法は、その禁止を、国家と、そして個人および集団の両方に向けてことが、徐々に多くなってきている。現代国際人道法は、しばしば、国家の国際責任に加えて、個人に対する刑事責任を課しており、また、課すものであると認識されている。違反者を裁判する国際裁判所を作ることなく国際的関心を持つある種の活動を禁止する国際条約は、性質上、国家に対して、そのような活動を禁止し、そしてその管轄権のもとで国内法にしたがって違反に対してその自然人および法人を処罰することを義務付ける。国際規則が、普通、国内組織および国内法を適用する国内裁判所によって実施されるということは、何ら、その国際犯罪としての違反の性質を減じるものではない。<sup>(2)</sup>

また、後者の点についての Meron の主張の要点は、「ジュネーブ諸条約が重大な違反行為に関してのみ『引き渡すか裁判するか』の義務を創設しているということのみでは、ジュネーブ諸条約の他の違反はこの諸条約のいずれの当事国によっても処罰されえない、ということの意味しない。」「共通第3条のように、重大な違反行為規定に含まれないジュネーブ諸条約の違反の行為者を処罰あるいは引き渡す明確な義務が無いとしても、すべての国はそのような違反の罪のある者を処罰する権利がある。」「ニカラグア事件において、国際司法裁判所は、共通第3条によって対象とされる非国際的武力紛争に、諸条約共通第1条の適用可能性を認めた。すべての締約国は尊重し、かつ、尊重を確保しなければならない、との第1条の命令は、もちろん、違反を抑制するために刑事措置に訴えることを伴うるのである。」「訴追しあるいは引き渡す義務が不明確である場合には普遍的管轄権も認められてはならない、という理由はなく、外国において外国人によって犯罪がなされた場合にも訴追する権利は認められるのである。実際、普遍的管轄権の本来的な意味は、その犯罪者あるいは被害者との領域上、国籍上あるいはその他の関連のつながりが無い場合でも、ある種の犯罪に対していかなる国にもその法規を適用することを国際法が許すことである。国際社会によって普遍的関心を持つものとして、そして普遍的非難の対象として認められる犯罪がある。<sup>(3)</sup>

このように Meron の主張の中心は、内戦における国際人道法の違反に対して、その個人的処罰を第三国が行なうことができる、行なうべきである、とするものであるが、もちろん、国際裁判所による処罰を否定するものではない。ただ、「国際人道法の執行は国際裁判所のみ依存することはできない。国際裁判所は国内裁判所に取って代ることは決してないであろう。」ゆえに、第三国の国内裁判所による裁判を強調するのである<sup>(4)</sup>。

この Meron の立場とは逆に、内戦における国際人道法の違反に対する個人的処罰を国際裁判所（そして第三国裁判所）が行ないえない、と考えるのが Peter

ROWE である。すなわち、「共通第3条あるいは第二議定書に含まれる義務に違反する行為に対して個人が国際法のもとで刑事責任を問われうるのか（そして従って国際裁判所の管轄権に服するのか）」という問いに対して、「共通第3条および第二議定書により課せられる義務は国家のみに向けられていると考えられる。」「これらの条約の違反について国際法のもとで訴追することは、個人の刑事責任がそのような責任を予期させるような形で明確に定められていない、という主張に導きうる。つまり、刑事責任は明確で確実な表現で設定されていない。」「政府のために行動する個人が国際裁判所においてであれ、（普遍的管轄権を根拠として）他の締約国の裁判所においてであれ、第二議定書の違反について訴追されうることを示唆するものはない。<sup>(5)</sup>

ROWE は、このように国際裁判所あるいは他国の裁判所による処罰を否定するが、その内戦の当該国内での処罰の可能性は否定しない。つまり、内戦においても国家の刑法は適用され、反徒は犯罪者として扱われるであろうが、反徒が一定の領域を支配するようになると政府と反徒それぞれがそれぞれの刑法をその支配地域で適用することとなる。この刑法は、通常の刑法の違反と共通第3条あるいは第二議定書の違反を区別するだろうが、その責任はどちらも国内法上のものである、と<sup>(6)</sup>。

共通第3条や第二議定書で禁止されている行為の多くはいずれの国の刑法でも禁止されているものであり（特に、生命及び身体に対する暴行、殺人、拷問、強姦、など<sup>(7)</sup>）、これらの行為に対する刑事的処罰は、国際法のうえでは問題ないと思われる。ただし、条約規定や国際慣習法を刑事罰の根拠とすることの問題があるかもしれないが、それは当該国の国内法の問題である。第三国の国内裁判所が刑事裁判権を持ちうるか、という問題に関しても、この問題の国際社会における関心の高まりから、第三国裁判所が普遍的管轄権により裁判管轄権を行使することそのものは、国際法違反とはいえないであろう。国際裁判所による裁判についても、すくなくとも、内戦の当事国が同意している場合は問題がないであろう。しかし、当事国の同意のない場合、国際裁判所の国内裁判所に対する優越原則は、当然には認められない。国際刑事裁判所においても「補完性の原則」がとられており、しかも、この国際刑事裁判所において非国際紛争に適用される国際人道法の違反を管轄内に含めるべきかどうかに関して反対論もあったことは、すでにみたとおりである（本章第一節）。

ここでの一番の問題は、このように共通第3条や第二議定書で禁止されている行為により、違反者の個人的処罰を行なう場合に、当該行為者及びその所属する団体がどのような法的地位を有するものと解されるのか、ということである。「内戦に適用される国際人道法」と「国際紛争に適用される国際人道法」との基本的相違である。内戦における反徒は戦闘員の資格を認められてはおらず、



敵の軍事目標の破壊、敵兵力の殺傷を行なう権利を持たない。国際紛争においてであれば合法的な「戦闘行為」でも、内戦においては単なる「殺人」として扱われる。国際紛争においては、通常の刑法は適用されず、国際紛争に適用される国際人道法において合法とされる行為については、たとえそれが当該国の刑法に違反する行為であってもその行為者個人を処罰してはならない。しかし、内戦においてはこのような制限は、国際法上はない。通常の刑法をそのまま適用してもかまわない。実際に適用するかどうかはその国のその時の政策次第である。内戦の当事国内において、国内刑法や国際人道法の違反処罰をどのように適用しても、国際法の問題とはならない——被疑者の人権に関する国際法の規定が満たされる限りにおいて。共通第3条や第二議定書の履行を確保するために違反者の個人的処罰を行なう義務までは、締約国は負っていないと考えられる<sup>(6)</sup>。しかし、第三国の国内裁判所や国際裁判所は、国際紛争であれば合法的な「戦闘行為」による破壊・殺人について、そのような行為の行為者を処罰することは可能なのであろうか。共通第3条や第二議定書で明確に禁止されているのは、敵対行為に参加しない者に対する殺害・傷害その他の残虐行為ではある。第三国裁判所や国際裁判所はこのような行為に対する処罰を行ないうるけれども、合法的敵対行為については処罰できないのであろうか。第二議定書第13条第2項や第15条は部分的に「ハーグ法」を取り入れた規定であるが、敵対行為そのものは合法的であるという国際紛争に適用される国際人道法の原則に基づくものではない。紛争当事国の政府は、敵対行為への参加それ自体によって、反徒の構成員を国内刑法の適用により処罰できる。しかし、第三国裁判所や国際裁判所は、敵対行為への参加それ自体によって処罰することはできず、共通第3条や第二議定書の規定に違反したかぎりでのみ違反者を処罰できる、ということであろうか。つまり、第三国裁判所や国際裁判所においては、反徒の戦闘員はあたかも「合法的戦闘員」として扱われなければならないのであろうか。

(1) 樋口一彦「内戦に適用される国際人道法——その拡大の可能性——」『珙大法学』第55号106頁

(2) Theodor Meron, "INTERNATIONAL CRIMINALIZATION OF INTERNAL ATROCITIES", *American Journal of International Law* Vol.89 (1995) pp. 561-563.

(3) *Ibid.*, pp. 569-570. 同様の見解として、Michael Bothe, "WAR CRIMES IN NON-INTERNATIONAL ARMED CONFLICTS", Yoram Dinstein and Mala Tabory (eds.) *War Crimes in International Law* (Nijhoff, 1996) pp. 299-300.

(4) Theodor Meron, *op. cit.*, *supra* note 2, pp. 555-556.

(5) Peter ROWE, "War Crimes and Former Yugoslavia", *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre* XXXII-4 (1993) pp. 331-333.

(6) Peter ROWE, "Liability for «War Crimes» during a Non-International Armed Conflict", *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre* XXXIV-1-2-3-4 (1995) pp. 154-155.

(7) ジュネーブ諸条約共通第3条(1)(a)、第二追加議定書第4条2項(a)、(e)

(8) Cf. MICHAEL BOTHE (ed.) *National Implementation of International Humanitarian Law* (Nijhoff, 1990) p. 99. (Ronzitti), p. 111. (Penna)

### 第3節 Tadic 事件判決

内戦に適用される国際人道法の違反に対する刑事的処罰に関して、きわめて注目すべき判決が1995年に下された。被告人 Tadic (Dusko Tadic) に対する旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所(ICTY)の管轄権に関する第一審裁判部及び上訴裁判部の判決である。

Tadic は、1992年に旧ユーゴスラビアのボスニア・ヘルツェゴビナのオマルスカ(Omarska)において、ドイツ連邦共和国法に反して、ジェノサイド行為をけしかけ、他の人に殺人を強制し、そして抑留されているイスラム教徒を暴行・拷問したとして、1994年2月14日にドイツ連邦共和国政府により逮捕され拘束されていた<sup>(1)</sup>。ICTYは、このTadicに対する裁判管轄を委譲する要請をドイツに対して行なうことを決定し<sup>(2)</sup>、これにドイツが応じることにより、Tadicの身柄がICTYに引き渡された<sup>(3)</sup>。1995年6月23日にTadic側は、手続き及び証拠規則73の(A)項(i)に基づき予審申請を提出した<sup>(4)</sup>。この申請は被告人を裁くICTYの権限を三項目から争うものであった。すなわち、ICTYの不適当な設立、ICTYの優越性の不適当な是認、そしてICTYの事項的管轄権に対する異議である<sup>(5)</sup>。この被告人の予審申請についての第一審裁判部による判決が1995年8月10日に下され<sup>(6)</sup>、そして、上訴裁判部による判決が1995年10月2日に示された<sup>(7)</sup>。以下でこれらの判決の分析を行ないたいが、ICTY設置の合法性に関する問題についてはここでは検討の対象とはしない。また、ICTYの国内裁判所に対する優越性については必要最小限で触れるにとどめ、国際人道法上の問題——すなわち当該武力紛争の性質、そして、非国際的武力紛争に適用される国際人道法の違反に対する刑事的処罰の問題——に重点をおいて検討を行ないたい。

## I 第一審裁判部の判決（管轄権に関する抗弁申請についての判決）

まず、被告人側が、ICTY の国内裁判所に対する優越原則は国際法違反であるとした点について、第一審裁判部はいくつかの論拠によりこれを退けている。その論拠のなかで、「ICTY が審理することを求められている犯罪は、純粋に国内的性質の犯罪ではない」「それらは、実際、本質上普遍的であり、国際法において国際人道法の著しい違反行為と認められており、一国家の利益を超えるものである。そのような状況において、国家の主権的権利は適切に行動する国際社会の権利に優先できずまた優先すべきでない——というのは、それらの犯罪は人類全体に影響し、世界のすべての国の良心に衝撃を与えるものであるから——、ということに第一審裁判部は同意する。したがって、適切に構成された ICTY が国際社会のためにこれらの犯罪を審理することに反対する理由はありえない。」<sup>(8)</sup>と述べている点が注目される。

次に被告人側が裁判所の管轄権を否定する論拠として、裁判所の事項的管轄権に対する異議がある。つまり、国際人道法違反者の訴追を定める裁判所規程第 2 条及び第 3 条は、国際的武力紛争においてのみ適用されるものであり、本件においてはその国際的武力紛争は存在していない、という主張である。（なお、裁判所の事項的管轄権の問題で、裁判所規程第 5 条の「人道に対する罪」に関する被告人側の異議があるが、この点は本稿の対象外であるので、検討から除外する）

裁判所規程第 2 条は、1949 年ジュネーヴ諸条約に対する重大な違反行為に関する裁判所の権限を規定している。第一審裁判部は、この規程第 2 条の適用において国際的武力紛争の存在は必要ではない、と判断した。「第 2 条のいかなる文言も国際紛争の存在を明示的に求めている。」<sup>(9)</sup>「国際性の要素は、裁判所規程第 2 条により作られた犯罪の裁判管轄上の基準とはならない。もしそうなるとすれば、第一審裁判部の大量の資料のなかにその起訴状で申し立てられた行為が、実際、国際的武力紛争のなかで行なわれたことを明らかに示すものはある。しかしながら、この資料は、そこから裁判所による確知を引き出しうるものではほとんどない。そしてそれらのいずれも証拠の形をとるものではなく、また、証拠として提出されたものでもない。このような状況において第一審裁判部は、当該武力紛争の性質に関して何らの認定をも行なわない。」<sup>(10)</sup>このように、第一審裁判部は、この紛争の性質に関しての判断を避けながら、第 2 条は当該紛争の性質にかかわらず適用されうる、とした。なお検察側から本件においてジュネーヴ諸条約の重大な違反行為規定が適用される別の根拠として、紛争当事者間の合意<sup>(11)</sup>の存在があげられていたが、第一審裁判部は、この当事者間の合意という追加的根拠に関してなんらかの結論を示す必要はない、と

した<sup>(12)</sup>。規程第 2 条が紛争の性質にかかわらず適用される、との第一審裁判部の認定は、上訴裁判部によって否定されている。（この点については、あとでもう一度検討する。）

次に、裁判所規程第 3 条では「国際裁判所は、戦争の法規または慣習に違反した者を訴追する権限を有する」と規定される。弁護側は、この第 3 条は、国際紛争に適用される条約に基づくものであり、本件において国際紛争は存在しておらず、したがって規程第 3 条は適用されないと主張した。第一審裁判部は、この点について次のように判示する。「規程第 3 条の文言のなかに国際紛争の存在を明示的に要求するものはない」「たとえ規程第 3 条に述べられた行為がハーグ条約に由来するとしても、『戦争の法規または慣習』ということばは国際紛争に限定されるべきものではない。戦争の法規または慣習は国際的武力紛争及び国内的武力紛争の両方でなされた行為の禁止を含む。実際、共通第 3 条は、慣習国際法が、国内的武力紛争における敵対行為を制限している明らかな証拠である。」<sup>(13)</sup>第一審裁判部は、このように、規程第 3 条の「戦争の法規または慣習」は、国内的武力紛争でなされた行為を含むと考えるが、その具体的内容は 1949 年ジュネーヴ諸条約共通第 3 条<sup>(14)</sup>のみを考えているようである。そして、つぎにこの共通第 3 条がその違反者の処罰を根拠づける刑事規定であることを第一審裁判部は認める。すなわち「共通第 3 条によって禁止された行為が国際法上の刑事犯罪を構成する、ということは、共通第 3 条の行為が本質上刑事的である、ということからも明らかである」<sup>(15)</sup>と。

以上の第一審裁判部の判断には、多くの理論的問題が含まれている。

まず、この第一審裁判部の判決は、当該武力紛争が国際紛争であるか非国際紛争であるかを判断していない。この旧ユーゴ紛争はきわめて複雑な経過を経ており、その紛争の性格づけは容易ではない<sup>(16)</sup>。しかし、起訴された行為が国際紛争・国内紛争いずれの局面でなされたかを裁判所として認定する必要があると思われる。国際紛争に適用される国際人道法と非国際紛争に適用される国際人道法がその内容において異なるからである。

次に、第一審裁判部は、規程第 2 条に関して、これが国際紛争・非国際紛争のいずれにも適用されるとしているが、この点についてはかなり無理がある。規程第 2 条は明確に「1949 年ジュネーヴ諸条約に対する重大な違反行為」と述べているのであり、非国際紛争に適用される共通第 3 条にはこの重大な違反行為についての規定がなく、ジュネーヴ諸条約に対する重大な違反行為は、条約上、国際紛争にのみ適用されるからである。（もっとも、このジュネーヴ諸条約に対する重大な違反行為規定が非国際紛争にも適用されるということが国際慣習法上確立しているというのであれば別であるが、そのような記述は判決文にはない。）

そして、規程第 3 条の「戦争の法規または慣習」の違反に関して、この中に非国際紛争に適用される国際人道法が含まれる、とする根拠として示される理由が、かなり弱い。ILC の人類の平和と安全に対する罪の法典草案においても例外的に著しい戦争犯罪の概念は国際紛争においてなされたか非国際紛争においてなされたかで区別していない、という点が指摘される<sup>(17)</sup>が、すでに見たように<sup>(18)</sup>この点はまさに議論されている問題であって、少なくとも当然視できることではない。また、アメリカ南北戦争の際のリーバー・コードに言及すること<sup>(19)</sup>も適切とは思われない。アメリカ南北戦争は、国際紛争に適用される国際人道法が適用されたきわめて稀なケースだからである。

さらに、ジュネーヴ諸条約共通第 3 条の違反が刑事的処罰をとまう、という点に関する論証も十分とはいえない。例としてあげられる<sup>(20)</sup>アメリカ軍のマニュアルやドイツ軍のマニュアルも、このことを明確に述べているわけではない(なお、判決のこの部分の記述は、本章第 2 節で検討した T. Meron の著作<sup>(21)</sup>に大きく依拠している)。アメリカ陸軍のマニュアルでは、この点に関して、「『戦争犯罪』という用語は、軍人文民を問わずあらゆる人による戦争法の違反の専門的表現である。すべての戦争法の違反は戦争犯罪である。<sup>(22)</sup>」と述べられているだけで、非国際紛争に適用される戦争法に直接言及しているわけではない<sup>(23)</sup>。また、ドイツのマニュアルにおいては、「各国は、以下の国際人道法の重大な違反行為の処罰及び訴追がなされるようにしなければならない」として、ジュネーヴ諸条約及び第一追加議定書の重大な違反行為に関する条項が引用されるが、同時に、これらの重大な違反行為の内容と同様の内容の共通第 3 条及び第二追加議定書の条項にも言及されている。(たとえば、公正かつ正規の裁判を受ける権利を奪うこと(共通第 3 条(1)(d)項、第一追加議定書第 85 条 4(e)項)や、危険な威力を内蔵する工作物又は施設に対して攻撃を加えること(第二追加議定書第 15 条、第一追加議定書第 85 条 3(c)項)など。<sup>(24)</sup>しかし、非国際紛争に適用される共通第 3 条や第二追加議定書については締約国としての訴追処罰の義務がないことは明らかであり、ドイツが国内制度としてこれらの「重大な違反行為」に該当する非国際紛争における違反行為を訴追・処罰する、という意味なのかもしれない。この点に関して、このドイツのマニュアルの解説部分(Wolfrum 担当)において、危険な威力を内蔵する工作物又は施設に対して攻撃を加えることについて、第一追加議定書第 85 条 3(c)項と同様の規定が第二追加議定書第 15 条にもあるが、「しかしながら、第二追加議定書は、重大な違反行為の概念を認めていないので、違反行為の訴追は国内刑法による」と述べられている<sup>(25)</sup>。

(1) *International Law Reports* Volume 101, p. 3. (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber I In The Matter of Tadic (Application For a Formal Request For Deferral))

(2) *Ibid.*

(3) 「1995 年 3 月 31 日にドイツ議会は国際裁判所との協力に関する立法を行ない、これによりドイツは国際裁判所の管轄権に委譲し、Tadic を 1995 年 4 月 24 日にハーグに移送することが可能となった。」(A/50/365 S/1995/728 *SECOND ANNUAL REPORT OF THE INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE PROSECUTION OF PERSONS RESPONSIBLE FOR SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED IN THE TERRITORY OF THE FORMER YUGOSLAVIA SINCE 1991* p. 8., para. 13.)

(4) 旧ユーゴ国際刑事裁判所の手続き及び証拠規則については、*International Legal Materials* Volume 33 No. 2 (1994) pp. 484-545.

(5) Case No. IT-94-1-T (10 August 1995), DECISION (*International Law Reports* Volume 105, p. 427. et seq.)

(6) *Ibid.*

(7) Case No. IT-94-1-AR72 (*International Legal Materials* Vol. 35, No. 1 (1996) pp. 32-74.

(8) *Op. cit.*, supra note 5, para. 42.

(9) *Ibid.*, para. 50.

(10) *Ibid.*, para. 53.

(11) この「紛争当事者間の合意」に関しては、本稿第 6 章参照。

(12) *Op. cit.*, supra note 5, paras. 54-56.

(13) *Ibid.*, paras. 59-60.

(14) *Ibid.*, para. 65.

(15) *Ibid.*, para. 68.

(16) この問題に関しては、樋口一彦「内戦に適用される国際人道法——その拡大の可能性——」『琉大法学』第 55 号 131 頁～135 頁参照。

(17) *Op. cit.*, supra note 5, para. 63.

(18) 本章第 1 節参照。

(19) *Op. cit.*, supra note 5, para. 63.

(20) *Ibid.*, para. 69.

(21) Theodor Meron, "INTERNATIONAL CRIMINALIZATION OF INTERNAL ATROCITIES" *American Journal of International Law*. Vol. 89 (1995) pp. 564-565.

(22) *FM 27-10-THE LAW OF LAND WARFARE-1956* para. 499.

(23) アメリカの国内法(戦争犯罪法 War Crimes Act)において共通第3条などの内戦に適用される国際人道法違反を「戦争犯罪」として明確に位置づけたのは、1996年戦争犯罪法の1997年における改正によってである。(1996年戦争犯罪法及びその1997年改正について、*Yearbook of International Humanitarian Law* Vol.1 (1998) pp.518-519, 643-644. 参照。)

(24) DIETER FLECK (ed.) *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts* (1995) para.1209. pp.531-540.

(25) *Ibid.*, p.537., para.28.

## II 上訴裁判部の判決

上訴裁判部の判決においては、被告人側の異議に対してより詳細に検討がなされている。この上訴裁判部判決において、まず、この当該紛争の性格づけがどのようになされたか、そして次に、内戦に適用される人道法の違反に対する処罰についてどのように判断がなされたかを分析していきたい。

### <1> 当該紛争の性格づけの問題

被告人側は、裁判所規程第2条、3条、5条の下での事項的管轄権が国際的武力紛争の状況下でなされた犯罪に限られる旨の主張に加えて、上訴裁判部においては、その犯罪がなされたと申し立てられる地域においては武力紛争そのものが存在しなかったという追加的主張を行なった<sup>(1)</sup>。上訴裁判部は、旧ユーゴスラビア内での戦闘が、1991年に始まり、その申し立てられた犯罪がなされたとされる1992年の夏を通して継続していたこと、そして、国際人道法の適用は、紛争当事国の全領域に及ぶものであって、実際の戦闘が当該地域で生じているかないかは関係がない、と判断した<sup>(2)</sup>。では、この、旧ユーゴスラビア紛争は、国際的武力紛争として位置づけられるのか、それとも国内的武力紛争として位置づけられるのか。この点に関する上訴裁判部の判断は、必ずしも明確ではない。しかし、旧ユーゴスラビア紛争全体と、ボスニア・ヘルツェゴビナ紛争(被告人が行なったとされる犯罪はこのなかでなされた)とを区別しているように思われる。以下この点について判決を詳しく見てみよう。

#### (a) 旧ユーゴスラビア紛争全体の位置づけ

まず、上訴裁判部は、この裁判所規程を採択した国連安全保障理事会(以下

「安保理」という)における認識に注目する。そして、安保理は、旧ユーゴスラビアにおける紛争を国際的とも国内的とも判断することなく、旧ユーゴスラビア紛争における人道法違反者を処罰し、それによって将来の違反を防止し、そしてこの地域の平和の回復に役立てるという目的で決議827により国際裁判所を設置した、とする<sup>(3)</sup>。そして、結論として、「旧ユーゴスラビアの紛争は、国内的側面と国際的側面の両方を有する<sup>(4)</sup>」とした。この「国内的側面と国際的側面の両方を有する」という意味は、旧ユーゴスラビア紛争全体が「国際的かつ国内的」ということではなくて、その具体的側面において、国際的武力紛争としてとらえるべき場合と、国内的武力紛争としてとらえるべき場合がある、ということであろう。

#### (b) ボスニア・ヘルツェゴビナ紛争の位置づけ

上訴裁判部は、いくぶん不明確ながら、ボスニア・ヘルツェゴビナ紛争(この中で、本件タジッチの犯罪行為がなされたと申し立てられている)については国内的紛争であったと解している、とも見られる<sup>(5)</sup>。すなわち、「旧ユーゴスラビア紛争は、ボスニア・ヘルツェゴビナにおけるクロアチア軍の関わりによって、そしてクロアチア及びボスニア・ヘルツェゴビナ(少なくとも1992年5月19日のその公式の撤退まで)における敵対行為への旧ユーゴスラビア連邦軍(JNA)の関わりによって、国際化されていた」としながら、「その紛争がボスニア・ヘルツェゴビナにおけるボスニア政府軍とボスニアのセルビア人反徒軍の間の衝突・・・に限定されているかぎりにおいて、それらの紛争は国内的であった」としている<sup>(6)</sup>。そしてさらに、「ボスニア・ヘルツェゴビナ共和国内のさまざまな紛争当事者間で1992年5月22日に締結された協定は、この紛争の国内的側面を反映している」と述べ、そして、赤十字国際委員会(ICRC)も、この協定が国内的紛争であることを前提として結ばれたことを黙示的に認めている、としている<sup>(7)</sup>。

この紛争の性格づけに関しては、Li判事の個別意見のなかで判決とは異なった見解が示されている。Li判事が正しく指摘しているように「慣習国際法上、戦争犯罪に関する事項的管轄権及び適用法に関して、当該犯罪がなされた武力紛争が国際的か国内的かによって別個に扱われている。したがって、これらの問題の解決にあたって、その武力紛争の性格を決定することはきわめて重要な問題である<sup>(8)</sup>。そのうえでLi判事は、「旧ユーゴスラビアにおける紛争を全体としてとらえ、そしてこれを国際的性質のものとする検察側の主張が正しい」とする<sup>(9)</sup>。しかし、このLi判事の説明は十分なものとは言えない。Li判事が述べるように、ボスニア紛争のなかの旧ユーゴ連邦(SFRY)(そしてその後

の新ユーゴ (FRY) とボスニアとの戦闘に関しては、国際紛争として性格づけることができるだろう。しかし、ボスニア・ヘルツェゴビナの紛争すべてをこのようにとらえることは無理であると思われる。さらに Li 判事は、旧ユーゴ紛争における国際人道法違反に関する専門家委員会が旧ユーゴスラビア紛争全体を国際紛争としてとらえる立場を示していたことを指摘しているが、この専門家委員会の見解自体不十分なものである<sup>(10)</sup>。確かに、Li 判事が指摘しているように<sup>(11)</sup>、本事件が国際的武力紛争においてなされたものか国内的武力紛争においてなされたものかについての判決の判断は明確さを欠き、その結果、裁判所規程第 2 条の下での管轄権が本事件において適用されるのかどうかについての判断が明らかにされていない、という欠点を有する。但し、この判決においては、この事件が国内的紛争においてなされたと認識していることを黙示的示しているところがある。事実関係の認定において、判決では、「起訴状においては、1992 年にボスニアのセルビア人が Opstina of Prijedor を支配し、Omarska に収容所を設置した、と述べられている。さらに、犯罪は、Omarska 収容所の内外で文民に対してなされたが、それはボスニア領に対する支配を獲得するためのより大きなボスニアのセルビア人の軍事的戦闘の一部としての性質を持つ、Prijedor 地区における権力のボスニアのセルビア人による支配確立の一部としてのものであった、と起訴状は述べている。上訴人は何ら反対の証拠を提出していない。むしろ口頭の主張において、Prijedor 地区においてボスニア・ヘルツェゴビナの中央当局によってではなくボスニアのセルビア人によって運営される収容所があったことを認めている。<sup>(12)</sup>」と述べられている。つまり、被告人 (Tadic) の行為は「ボスニアのセルビア人の軍事的戦闘の一部としての性質を持つ」ものであって、いずれかの国家の戦闘行為として性格づけられるものではないと。

以上のように、上訴裁判部判決は、旧ユーゴスラビア紛争全体を国際的武力紛争として性格づけるべきとする検察側の主張を否定し、旧ユーゴスラビア紛争は、国際的側面の部分と国内的側面の部分があるとし、そして、黙示的ではあるが、本件犯罪行為がその国内紛争としての側面においてなされたと解していたと考えることもできる<sup>(13)</sup>。この判断は、妥当なものと思われる。すなわち、現行慣習国際法上、内戦に外国が介入することなどによって「国際化」されたとしても、その紛争全体が「国際化」するとは考えられていない。国際人道法の適用関係は複雑であるけれども、内戦と国際紛争が同時に存在するという関係としてとらえられている<sup>(14)</sup>。この旧ユーゴスラビア紛争においても、紛争当事者の法的地位ごとに、国内紛争としての側面と国際紛争としての側面にわけて国際人道法の適用関係を考えていかざるをえないのである。

- (1) Case No. IT-94-1-AR72 (*International Legal Materials* Vol. 35, No. 1 (1996) para. 65.
- (2) *Ibid.*, para. 70.
- (3) *Ibid.*, paras. 72-75.
- (4) *Ibid.*, para. 77.
- (5) Aldrich も、上訴裁判部がボスニア政府とボスニアのセルビア人との間の紛争について国内的武力紛争であると判断している、と解する。しかし、Aldrich はこのような上訴裁判部の見解に批判的であり、旧ユーゴスラビア紛争全体が国際紛争と性格づけられるべきと考えているようである。(George H. Aldrich, "EDITORIAL COMMENTS: Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *American Journal of International Law* Vol. 90, No. 1 (1996) pp. 67-69.)
- (6) *Op. cit.*, *supra* note 1, para. 72.
- (7) *Ibid.*, para. 73.
- (8) Separate Opinion of Judge Li on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, para. 6., *INTERNATIONAL LAW REPORTS* Vol. 105 pp. 528-529.
- (9) *Ibid.*, para. 17.
- (10) この委員会の見解及びそれに対する批判について、本稿第 6 章参照。
- (11) *Op. cit.*, *supra* note 8, para. 20.
- (12) *Op. cit.*, *supra* note 1, para. 70. (傍点は筆者)
- (13) もっとも、この管轄権段階では具体的判断を避けたとも考えうる。
- (14) この点に関しては、本稿第 5 章参照。

## <2> 内戦に適用される国際人道法の違反に対する処罰

上訴裁判部は、旧ユーゴスラビア紛争全体が国際的武力紛争であるとする検察側主張を退け、国際的側面の部分と国内的側面の部分があるとした。そうすると次に、国際裁判所規程第 2 条及び第 3 条が国内紛争に適用されるのかという問題、そして、国内紛争に適用される国際人道法とは何かという問題、さらに、その国内紛争に適用される国際人道法の違反に対する処罰が可能であるかという問題、に取り組む必要がでてくる。この点に関する上訴裁判部の見解を次に検討しよう。

(a) 裁判所規程第2条、第3条の国内紛争への適用可能性

① 裁判所規程第2条の国内紛争への適用可能性

裁判所規程第2条は、ジュネーヴ諸条約に対する重大な違反行為を行なった者（又は行なうことを命令した者）を訴追する権限を規定している。この第2条が内戦においても適用可能かどうかについて、第一審裁判部は、この第2条が紛争の性質にかかわらず適用されるとし、このことを肯定した。しかし、上訴裁判部は、規程第2条は国際的武力紛争においてなされた犯罪にのみ適用される、としてこの第一審裁判部の見解を退けた<sup>(1)</sup>。この理由について上訴裁判部は次のように説明する。「第一審裁判部は、第2条の一文（「当該ジュネーヴ諸条約の規定の下で保護される人あるいは物」）に含まれるジュネーヴ諸条約への言及を誤解している。・・・この言及は、第2条に列挙された犯罪が諸条約自体により定められた厳密な条件の下で諸条約によって『保護された』と考えられる人や物に対してなされた時においてのみ訴追されうる、ということを明白に示すことを意図している。『保護された人や物』の概念への第2条におけるこの言及は、必然的に、・・・（諸条約の各関連条文）で言及された者をカバーすることとなる。明らかに、ジュネーヴ諸条約のこれらの条項は、国際的武力紛争においてあてはまる限りにおいてのみ、被保護者・物に適用される。これに対して、それらの条項は、ジュネーヴ四条約共通第3条の範囲内の人や物を含まない。」と<sup>(2)</sup>。この上訴裁判部の見解はきわめて妥当なものと思われる<sup>(3)</sup>。

② 裁判所規程第三条の国内紛争への適用可能性

旧ユーゴスラビア紛争の性格づけと、裁判所規程が裁判所に管轄権を認めている紛争の性格づけとは、理論上別個の問題である。つまり、旧ユーゴスラビア紛争が国際紛争であるかそれとも国内紛争であるかということと、裁判所規程が国際紛争に適用されるのかそれとも国内紛争に適用されるのかということは、別の問題である。したがって、上訴裁判部は、旧ユーゴスラビア紛争には国際紛争の側面と国内紛争の側面があるが、規程第2条は国際紛争の側面においてのみ適用される、としたのである。裁判所規程第2条とは違って、規程第3条については、条文の構造から直ちに明確な答えを導くことはできない。また、規程第5条のように、「国際的性質の武力紛争においてであろうと国内的性質の武力紛争においてであろうと」国際裁判所が権限を有する、という表現は、規程第3条には含まれていない。規程第3条は、「国際裁判所は戦争の法規あるいは慣習に違反した者を訴追する権限を有する。その違反には次のことが含まれ

るが、それらに限定されない。」として、(a)項から(e)項まで戦争法違反行為を列挙するのみである<sup>(4)</sup>。そこで、上訴裁判部は、この裁判所規程を採択した安保理での討議を検討し、その結果、この規程第3条は内戦に適用される国際人道法をも含む、と解釈した。この上訴裁判部の解釈には、多くの問題点が含まれる。判決の議論を少し詳しくたどりたい。

上記のように、規程第3条における国際人道法への言及は一般的・抽象的で、「国際人道法の著しい違反をすべてカバーする（ただし規程第2条に含まれるものは第3条から除かれる）」と解釈することは、この裁判所設置の目的からしても、十分に可能であると思われる。しかし、内戦に適用される国際人道法も含まれるということは、少なくとも当然視することはできない。現行国際法上（慣習法上も、ジュネーヴ諸条約・追加議定書上も）国際紛争に適用される国際人道法と内戦に適用される国際人道法を区別しているからである<sup>(5)</sup>。上訴裁判部の判決においては、このことを論証するために安保理におけるアメリカ、イギリス、フランスそしてハンガリーの代表の発言を引用する。しかし内戦に適用される国際人道法に直接言及しているのはアメリカの発言だけであり、その他の諸国の発言は、有効な国際条約も含まれることを述べるにとどまっている<sup>(6)</sup>。また、判決では、他の諸国の代表からこれらの発言に対する反対がなかったことから、この解釈（とくにアメリカの解釈）が規程第3条の「有権的解釈」であるとするが<sup>(7)</sup>、この裁判所規程そのものについて慎重な見解を述べる諸国もあったのである<sup>(8)</sup>。

この判決が指摘しているように、安保理自体はこの旧ユーゴスラビア紛争の性格づけをしていない。しかし、旧ユーゴ領域内でなされた国際人道法違反に関する情報を検討する専門委員会の報告書において「旧ユーゴ領域における武力紛争全体に、国際的武力紛争に適用される法を適用するアプローチが正当化される」と述べられたのであり、この委員会の提言を受けて安保理が国際裁判所の設置を決定し、この決定に基づいて事務総長が裁判所規程草案を作成し、その草案が安保理において修正なく採択されたのであった<sup>(9)</sup>。この専門家委員会のアプローチ、すなわち、「旧ユーゴ領域における武力紛争全体に、国際的武力紛争に適用される法を適用するアプローチ」の問題性についてはすでに指摘した<sup>(10)</sup>。しかし、基本的に、裁判所規程はこのアプローチを黙示的に前提としており、したがって、内戦に適用される国際人道法の適用はこの第3条に含まれることを想定されていない、とも思われる<sup>(11)</sup>。ところが、上訴裁判部の厳密な法的分析ではこのアプローチをとることができない。しかし、だからといって、旧ユーゴスラビア紛争の中の内戦においてはこの第3条は適用されない、ということではこの裁判所設置の目的のかなりの部分が失われてしまうことになる。そこで上訴裁判部は、この規程第3条が内戦に適用される国際人道

法をも含むとする解釈を、やや強引に導いたものと思われる。実際、判決の中で上訴裁判部は、この規程第3条のなかに国際的武力紛争の要件を読み込むことは「安保理事会の目的を阻止することとなろう。・・・そのような解釈は国際的武力紛争におけるある種の行動を訴追し処罰することを国際裁判所に認める一方で、国内的武力紛争におけるまさに同じ行動に対しては目をつぶるものである<sup>(12)</sup>」と述べているのである。

(1) Case No. IT-94-I-AR72, para. 84.

(2) *Ibid.*, para. 81.

(3) このTadic事件判決に対する諸学者の論評においても、この規程第2条は国際紛争にのみ適用されるという解釈がなされている。たとえば、Geoffrey R. Watson, "The Humanitarian Law of the Yugoslavia War Crimes Tribunal: Jurisdiction in Prosecutor v. Tadic" *Virginia Journal of International Law* Vol. 36 No. 3 (1996) pp. 708-709., Marco SASS LI, "LA PREMIERE D CISION DE LA CHAMBRE D'APPEL DU TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE:TADIC (COMPETENCE)", *Revue Générale de Droit International Public* Tome 100-1 (1996) pp. 122-124.

(4) S/25704, p. 37.

(5) このこと自体はこの判決においても認められている。しかし、同時にこの判決では、このような二分法が徐々に取りさらされる傾向にあることが強調される。(Case No. IT-94-I-AR72, paras. 96-97.)

(6) *Ibid.*, para. 87.

(7) *Ibid.*

(8) 樋口一彦「内戦に適用される国際人道法——その拡大の可能性——」『琉大法学』第55号135頁参照。また、Watsonも、同様に、この裁判所規程採択時の安保理での議論は決定的なものではないとする。(Geoffrey R. Watson *op. cit.*, *supra* note 3 pp. 711-713.)

(9) この経緯に関しては、樋口、前掲論文、注(8)、132-135頁参照。

(10) 樋口、前掲論文、注(8)、132-133頁。

(11) ただし、裁判所規程の事務総長コメンタリーでは「時間的管轄権に関して、安全保障理事会決議808(1993)は、国際裁判所の管轄権を、『1991年以後』になされた違反に及ぼしている。事務総長はこれを1991年1月1日以後の時間を意味するものと解釈する。これはいかなる特定の事件にもつながらない特性のない日付であり、そして、明らかに、この紛争の国際的な性質あるいは国内的性質についてのいかなる判断もなされることはない、という考えを示

すことを意図されている」(S/25704 para. 62.)と述べられており、必ずしも専門委員会の見解と同じではない。

(12) Case No. IT-94-I-AR72, para. 78.

#### (b) 内戦に適用される国際人道法の内容

上訴裁判部判決は、規程第3条の「戦争の法規又は慣習」に、内戦に適用される国際人道法が含まれると解釈した。では、その具体的な内容はどのようなものと考えられたのか。上訴裁判部は、この判決のなかのかなりの部分を、内戦に適用される慣習国際人道法規則の発見に費やしている。他方で、条約あるいは紛争当事者間の協定に関しては、判決の最後でごく簡単に触れられているにすぎない。上訴裁判部は、「一般論として、そのような協定は規程第3条の下で我々の管轄権の中にはいる」としながらも、「本件において被告人は、いずれの特定の協定の違反によっても告訴されていないので、いずれかの特定の協定がその申し立てられた犯罪に対する管轄権を国際裁判所に与えるかどうかについて判断することは必要ない」とした<sup>(1)</sup>。

まず、上訴裁判部は、条約規則の「慣習法化」についてどのように判断したか。国際人道法に関する多数国間条約規定で、内戦に関するものとしては、判決時において1949年ジュネーブ諸条約共通第3条および1977年ジュネーブ諸条約第二追加議定書の他、1954年ユネスコ条約第19条<sup>(2)</sup>がある。この内、共通第3条については、ニカラグア事件ICJ判決<sup>(3)</sup>にも言及しながら、慣習法であることを認めている<sup>(4)</sup>。第二追加議定書に関しては、「第二追加議定書の中心部分<sup>(5)</sup>」が慣習法化していると述べており、また、別の箇所では、「この議定書の多くの規定は、現行規則の宣言として考えられるか、あるいは慣習法の生じつつある規則を結晶化しているものとしてか、あるいは一般原則としてのその発展を強力に推し進めているものとして考えられうる。<sup>(6)</sup>」との判断を示している。ユネスコ条約第19条については、ごく簡単に触れられているだけであるが<sup>(7)</sup>、これも慣習法であるととらえられている。

これらの条約規定の慣習法化だけでなく、その他の慣習法、とくに「ハーグ法」分野の慣習法の存在について上訴裁判部は詳しく検討している。そして、軍事目標主義の原則及び害敵手段の制限の原則について、内戦においても同様に適用されることを述べる。判決では、一方で、過去の内戦での実例をあげて国際的実行の積み重ねを示し、他方で理論的にも「実際、人道性及び常識の基本的考慮からすれば、国家間の武力紛争において禁止されている兵器の国家の使用が、その自国領域内において自国民による反乱を制圧するために使用される場合には許される、というのはいはばかけている。国際戦争において非人道的な

ものであって、それゆえ禁止されているものが、内戦においては非人道的ではなく許される、ということはない。<sup>(6)</sup>」と述べる。ただし、これらの内戦に関する人道法規則の出現によって内戦がすべての側面で一般国際法によって規律されるというわけではなく、国際紛争を規律する本質的な原則——細則ではなく——が徐々に内戦に拡大してきている、としている<sup>(9)</sup>。

このように、上訴裁判部判決は、戦争の手段・方法の制限に関する原則が内戦にも適用される慣習法であることをかなり詳細に議論している。これは、規程第3条で例示列挙されている違反行為がこれらの戦争の手段・方法の制限に関するものであるために、これらの規程第3条の中心となる部分が内戦においても適用されることを示す必要があったのかもしれない。しかし、本件被告人Tadicに対する犯罪容疑は収容所における殺人、暴行、傷害、虐待、拷問などの残虐行為であり、違法な兵器の使用とか軍事目標主義原則の違反は含まれていない<sup>(10)</sup>。Marco SASSLÒIは、「上訴裁判部によってなされたこの詳細な分析は、さらに、Tadicに対する訴訟手続のこの段階で不可欠なものであるかどうか分からないだけに、それだけますます国際人道法の発展に関して称賛に値するものである。」として、この不必要とも思われる分析を上訴裁判部が行なっていることを積極的に評価する<sup>(11)</sup>。他方、Li判事は、裁判所規程第3条(a)～(e)に列挙された戦争法違反について、たとえそれらが国内的武力紛争においてなされた場合においても訴追され処罰されるという点に関して、反対する個別意見を表明している<sup>(12)</sup>。この判決の踏み込みはICTY/ICTR判例法のその後の展開に大きな影響力を与えることになる。

(1) Case No. IT-94-1-AR72, para. 144.

(2) このユネスコ条約第19条については、本稿第3章参照。

(3) 樋口一彦「内戦に適用される国際人道法——その拡大の可能性——」『琉大法学』第55号122-126頁参照。

(4) Case No. IT-94-1-AR72, paras. 98, 102.

(5) *Ibid.*, para. 98.

(6) *Ibid.*, para. 117.

(7) *Ibid.*, para. 98.

(8) *Ibid.*, para. 119.

(9) *Ibid.*, para. 126.

(10) 被告人Tadicに対する起訴状参照。(International Legal Materials Vol. XXXIV No. 4 (1995) pp. 1028-1044.)

(11) Marco SASSLÒI, "LA PREMIERE DÉCISION DE LA CHAMBRE D'APPEL DU

TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE: TADIC (COMPETENCE)", *Revue Générale de Droit International Public* Tome 100-1 (1996) p. 128.

(12) Separate Opinion of Judge Li on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, paras. 10-13.

### (c) 内戦に適用される国際人道法の違反に対する処罰

上訴裁判部は、最後の詰めとして、「たとえ慣習国際法は国内的武力紛争及び国際的武力紛争の両方に適用されるいくつかの基本原則を含むとしても、違反行為が国内的武力紛争においてなされた場合には、そのような禁止は個人的刑事責任をもたらさない<sup>(1)</sup>」とする被告人側の主張に答える議論を展開する。まず、個人の行為が国際法上の刑事責任をもたらすための条件として、ニュールンベルグ裁判での基準を引用して、「国際法における戦争規則の明確かつ明白な承認、その禁止を犯罪化する意思を示す国家実行——政府当局者及び国際組織の声明を含む——、及び国内裁判所及び軍事裁判所による違反の処罰」をあげ、「これらの条件が満たされる場合には個人は刑事的に責任があるものとされなければならない。」とする<sup>(2)</sup>。そして、「以上の基準をここで問題となっている違反に適用すれば、その違反が国内的武力紛争においてなされようと国際的武力紛争においてなされようとにかかわらず、その違反が個人的刑事責任をもたらす、ということに何ら疑いはない<sup>(3)</sup>」と判示する。このことを証明するために判決は具体的な実行をあげていく。判決の中で示されている国家実行は、ナイジェリアの裁判所判決、ドイツ、ニュージーランド、アメリカ、イギリスの各国の軍マニユアル、旧ユーゴスラビア刑法、ベルギー法、そしてソマリア内戦に関する二つの安保理決議である。これらの「証拠」が適切なものかどうかについて以下で検討しよう。なお、判決は、この他に、この当該犯罪が旧ユーゴスラビア法及びボスニア・ヘルツェゴビナ法の下でも処罰可能であり、また、ボスニア紛争の紛争当事者間の協定によっても処罰可能であることを付け加えている。しかし、このことは本件とは直接の関係はない。本裁判所はあくまでも国際法に基づいて裁判を行なうものであって、旧ユーゴスラビアなどの国内刑法を適用する裁判所ではないからであり、また、紛争当事者間の協定については裁判所自ら本件において適用法とはしないことを述べているからである。

上訴裁判部は、まずナイジェリアの内戦における実行を例に出す。判決のパラグラフ106でナイジェリア軍の士官が文民殺害で、そしてまた反徒兵士殺害で処刑されたという事例が紹介されている。これらの事例については、“New Nigerian”および“Daily Times-Nigeria”を引用するもので、判決文からの引用



ではない。これらの士官が内戦に適用される国際人道法違反で処刑されたものかどうかはわからない。他方、判決のパラグラフ 125 で引用される事例は判例集で確認することができる。上訴裁判部はこの事例を「戦争の方法に関する分野においても国内的武力紛争に関して慣習国際法の一般原則が生じている、ということを実行が示している。戦場における文民に対する攻撃禁止に関してすでに述べたことに加えて、背信行為の禁止について言及することができる。たとえば、ナイジェリア裁判所に持ち出された事件において、ナイジェリア最高裁判所は、反徒は軍事作戦に従事している間、文民の地位を装ってはならない、と判示した」と紹介している<sup>(4)</sup>。しかし、この上訴裁判部の紹介は不正確であるように思われる。この事件は、ナイジェリア内戦の際に、反徒の団体（自由戦士ピアフラ組織）に属する被告人が、同じ組織に属する者を、この組織の金を不正に使用したことに対する懲罰として殺害した、というものである。その殺害の際に被告人は反徒軍の制服を着用せず平和的市民を装った、ということであった。この事件に対してナイジェリア最高裁判所は、「この被告人のように、反徒士官のいずれかの者が刑法（Criminal Code）のもとでの犯罪を行なったならば、その者は処罰される。」「本件のように、連邦領域内で平和的に生活している非武装の者を故意に殺害することは人道に対する犯罪であり、たとえ内戦中になされたとしてもこの国の国内法の違反であり、処罰されなければならない」と述べているのである<sup>(5)</sup>。確かに、文民の地位を装ったということが考慮されてはいるが、しかし、国際人道法の違反に対する処罰というより殺人に対する国内刑法適用の事例であるようにも思われる<sup>(6)</sup>。

次に上訴裁判部はいくつかの国の軍マニュアルを引用する。このうちドイツのマニュアルとアメリカのマニュアルを引用することの疑問点に関しては、すでに第一審裁判部判決の検討のところで指摘している<sup>(7)</sup>。また、ニュージーランドのマニュアルでは、判決の引用によると、「非適用〔すなわち、共通第3条の違反行為〕によって、その責任のある者は、『戦争犯罪』のための裁判にかけられることとなると思われるが、裁判は国内刑法の下でなされることとなるだろう。なぜならいかなる『戦争』も存在しないから。」と記述されている<sup>(8)</sup>。ここでも、当該犯罪行為が国際人道法違反で処罰されるのか国内刑法で処罰されるのかは不明確である。

上訴裁判部は、さらに、旧ユーゴスラビアの国内法（及びそれを引き継いだボスニア・ヘルツェゴビナの国内法）とベルギーの国内法を引用する。判決では、1990年の旧ユーゴ刑法の第142条（文民たる住民に対する戦争犯罪）及び第143条（傷者・病者に対する戦争犯罪）は「戦争、武力紛争あるいは占領の時に」適用されるのであり、「これは、これらの条文が国内的武力紛争にも適用されることを暗に示しているように思われる。（would seem to imply）」と述べ

られている<sup>(9)</sup>。しかし、この判決の引用だけでは確実な議論はできない。これに対して1993年のベルギー法は、内戦における国際人道法の著しい違反行為についてベルギー裁判所が普遍的管轄権を行使して処罰することを明確に規定している。このベルギー法のもとで政府草案では国際的武力紛争においてなされたジュネーブ諸条約及び第一追加議定書の重大な違反行為のみが対象とされていたが、近年内戦において人道法違反が繰り返されている状況に鑑みて内戦にも適用されるように修正されたのである<sup>(10)</sup>。このベルギー法ではその第1条でジュネーブ諸条約及び第一追加議定書での重大な違反行為を忠実に犯罪行為として列挙して、それらが内戦においてなされた場合でも適用の対象とする、という構造になっている。そしてこれらの犯罪が「国際法の犯罪」として明示されている<sup>(11)</sup>。

上訴裁判部は、最後にソマリアに関する二つの安保理事会決議を引用している。その決議794の第5項では、「文民たる住民の生存に不可欠の食料医薬品の輸送の故意の妨害を特に含む、ソマリアにおいて生じている国際人道法のすべての違反を強く非難し、そしてそのような行為を行なった者あるいはその実行を命じた者はそのような行為に関して個人的に責任をとらされるであろうことを確認する。<sup>(12)</sup>」と表現されており、決議814の第13項においては「運動団体及び党派を含むすべてのソマリアの関係団体はただちにすべての国際人道法の違反行為を停止すべしとの要求を繰り返し、そして、そのような行為に責任のある者は個人的に責任を求められることを再確認する。<sup>(13)</sup>」と述べられている。この「個人的に責任を求められる」ということは、もちろん、裁判による刑事処罰を意味すると解釈できるが、どの機関がどのように行なうかについては明確にはされていない。

以上の国家実行から上訴裁判部は、「共通第3条——国内的武力紛争の犠牲者の保護に関する他の一般的原則及び規則によって補完される——の著しい違反に対して、及び、内戦における戦闘の手段及び方法に関する若干の基本的原則及び規則の違反行為に対して、慣習国際法上刑事責任が課せられる、ということが確認される」と結論づけた<sup>(14)</sup>。このように上訴裁判部は、国内刑法を介在させずに、「内戦に適用される国際人道法」の違反を根拠に個人の処罰を行なうことを肯定した。しかし、すでにその国際慣習法が成立していたという上訴裁判部の論証は、かなり不十分であるように思われる。裁判所が引用する国家実行のなかで、このTadicの犯罪行為時以前のものについてはその慣習法の成立の要素としての価値がかなり疑わしく、その他のものはこの犯罪行為時以後のものである。

- (1) Case No. IT-94-1-AR72, para128.  
 (2) *Ibid.*  
 (3) *Ibid.*, para. 129.  
 (4) *Ibid.*, para. 125.  
 (5) Pius Nwaoga v. The State, *International Law Reports* Vol. 52, pp. 494-497.  
 (6) Greenwood もこのケースの引用について疑問を示す。(Christopher Greenwood, "The Development of International Humanitarian Law by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Max Planck Yearbook of United Nations Law* Vol. 2 (1998) p. 129.)  
 (7) 本章第3節I参照。  
 (8) *Op. cit.*, *supra* note 1, para131.  
 (9) *Ibid.*, para. 132.  
 (10) Eric DAVID, "LA LOI BELGE SUR LES CRIMES DE GUERRE", *Revue belge de droit international* Vol. XXVIII (1995-2) pp. 668-671.  
 (11) *Ibid.* pp. 680-682.  
 (12) S/RES/794 (3 December 1992)  
 (13) S/RES/814 (26 March 1993)  
 (14) *Op. cit.*, *supra* note 1, para. 134. (傍点は筆者)

#### 4章のまとめ

「内戦に適用される国際人道法」の違反に対する個人の処罰が、近年、特に旧ユーゴスラビア紛争及びルワンダ紛争をきっかけとして、国際法の分野で注目されるようになった。すでに1949年のジュネーブ諸条約共通第3条が内戦を対象に含むようになり、1977年の第二追加議定書でその拡充がなされていたが、違反者の処罰を確実にこなすことにより履行の確保をはかり、それにより内戦における残虐行為を防止する、ということは、少なくともこれまであまり考えられてこなかった。「内戦に適用される国際人道法」の条約作成自体に消極的な姿勢もみられた<sup>(1)</sup>。しかし、旧ユーゴスラビアやルワンダでの残虐行為を目のあたりにした国際社会は、この行為を防止する手段として「内戦に適用される国際人道法」の違反に対する処罰に注目することとなった。

内戦においてなされた残虐行為を処罰する方法としてはいくつかのものがあろう。まず、適用法規としては、国内刑法、国際人道法、人道に対する罪を禁止する国際法、ジェノサイド行為を禁止する国際法、などがある。訴追・処

罰を行なう機関としては、当該領域国裁判所、第三国裁判所、国際裁判所などがありうる。このなかで、通常であれば、当該領域国裁判所がその国の国内刑法を適用する、という方法がとられるであろう。しかし、内戦が生じており、その国の秩序そのものが破壊されている状況では、この方法によることが必ずしもできない。そこで第三国裁判所が、普遍的管轄権を根拠にしてその自国の国内刑法を、たまたま自国内で発見された容疑者に適用して裁判する、という方法が次に考えられる。ただ、この場合の自国刑法であるが、外国の内戦においてなされた残虐行為であるということを考慮した内容のものであるべきである。その点で、普遍的な承認を得ている「内戦に適用される国際人道法」を国内刑法化した規定であることが望ましいであろう。さらには、国際裁判所が「内戦に適用される国際人道法」を直接適用する、ということも考えられている。

すでに述べたように、「内戦に適用される国際人道法」の違反を根拠に個人の処罰を行なうのかについてTadic事件上訴裁判所はこれを肯定したが、Tadicの犯罪行為時にその慣習法が成立していたがどうかは疑わしい。ICRCは、旧ユーゴ裁判所設置を決定した安保理決議808のすぐ後に作成した文書において、「現行の国際人道法においては、戦争犯罪の概念は国際的武力紛争の事態に限られる、ということをICRCは強調したい。」と述べている<sup>(2)</sup>。また、カルスホーベン委員会最終報告書(1994年5月)において、「戦争犯罪の概念を含む、国内的武力紛争に適用される慣習国際法が存在するとは思われない。」<sup>(3)</sup>、「国際裁判所規程第3条に言及される戦争法規慣習違反は、国際的武力紛争においてなされた犯罪であって国内的武力紛争においてなされたものではない。」<sup>(4)</sup>と記述されている。しかし、このTadic事件判決が罪刑法定主義の原則に反しているかどうかは別として<sup>(5)</sup>、諸国の国内実行及び国際社会において「内戦に適用される国際人道法」違反に対する処罰を行なう制度づくりをしようとする傾向が高まってきていることは、否定できない。このTadic事件1995年上訴裁判部判決自体がその大きな先例となったのである<sup>(6)</sup>。その後のICTY/ICTR判例法においても、共通第3条が個人的刑事責任を課していることについて、このTadic事件1995年上訴裁判部判決を踏襲している<sup>(7)</sup>。内戦に適用される国際人道法の履行を確保するという点から、このような傾向は歓迎されるべきである。ただ、現在の議論においてはあまりにも国際紛争に適用される国際人道法と内戦に適用される国際人道法との本質的相違が意識されていない。この面からの問題点を指摘して本章を締め括りたい。

国際紛争に適用される国際人道法では、敵対行為そのものは合法であるということが前提とされる。ところが、内戦に適用される国際人道法においてはそのような前提はない。従って、内戦における反徒は国際人道法にしたがって戦闘行為を行なっているとしても、秩序破壊、殺人、財産の破壊などにより処罰されう

る。内戦においては「正当な戦闘行為」と「違法な残虐行為」とは法律上区別されていないのである。他方、第三国国内裁判所や国際裁判所が「内戦に適用される国際人道法」を適用する場合、内戦の反徒には「交戦資格」が認められるような扱いになる可能性が高い。第三国国内裁判所や国際裁判所が秩序破壊や戦闘行為そのものにより個人を処罰する、ということは考えられていないからである。ただし、第三国国内裁判所や国際裁判所で罪に問われなくても、本国で秩序破壊の敵対行為に参加したこと自体について罪に問われる可能性は、排除されない。Rowe は、この上訴裁判部の判決が「非国際的武力紛争における反徒は、当該の戦争の法規又は慣習違反の責任を逃れるためには、ジュネーヴ第三条約第 4 条(2) の要件を満たさなければならないこと」を示唆している、としたうえで、「その反徒が戦争の法規又は慣習に従って行動した時には、その反徒はその本国の国内法から免除される『合法的戦闘員』として認められるのだろうか」との疑問を述べている<sup>(8)</sup>。この上訴裁判部の判決のなかにそのような反徒の交戦資格を直接認めるような記述はない。しかし、その反徒の本国ではない第三国の裁判所や国際裁判所が内戦に適用される国際人道法違反で個人を処罰しようとする場合には、国際紛争であれば合法的と考えられる戦闘行為についてはその処罰の対象とはしないのであろうと思われる。ただし、このことが判決において明言されているわけではない。

(1) この点に関して、本稿第 3 章参照。

(2) SOME PRELIMINARY REMARKS BY THE INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS ON THE SETTING-UP OF AN INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE PROSECUTION OF PERSONS RESPONSIBLE FOR SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED ON THE TERRITORY OF THE FORMER YUGOSLAVIA , DDM/JUR/422b, 25 March 1993, para. 4. (Virginia Morris & Michael P. Scharf, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Volume 2 (Transnational Publishers, 1995) p. 392.)

(3) S/1994/674, para. 52.

(4) *Ibid.* para. 54. なお、カルスホーベン委員会について、本稿第 6 章第 2 節参照。

(5) Watson は、内戦における国際人道違反により個人的刑事責任を追求することは慣習国際法上確立しておらず、事後法の適用である、とする。ただし、将来的にこのような国際法規則の形成は望ましいとも述べている。(Geoffrey R. Watson, "The Humanitarian Law of the Yugoslavia War Crimes Tribunal: Jurisdiction in Prosecutor v. Tadic" *Virginia Journal of International Law*

Vol. 36 No. 3 (1996) pp. 715-718.)

(6) 「本タジッチ事件においては、最終的に当該犯罪行為には国際紛争に適用される国際人道法が適用された。しかし、この内戦に適用される国際人道法の違反を国際法上の戦争犯罪として性質づけることにおいて、管轄権段階の上訴裁判部判決が大きな影響力を与えたことは否定できない」(樋口一彦「旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所タジッチ事件」『琉大法学』第 65 号 191 頁)

(7) PROSECUTOR V. Zejnil DELALIĆ , Zdravko MUCIĆ (aka "PAVO" ), Hazim DELIĆ and Esad LANDŽ O (aka "ZENGA" ) ( "Č ELEBIĆ I Case" ) (20 February 2001) (IT-96-21-A) paras. 153-174. (André Klip and Göran Sluiter (eds.), *The international criminal tribunal for the former Yugoslavia 2000-2001 (Annotated leading cases of international criminal tribunals; v. 5)* (Intersentia, 2003) pp. 402-406.), The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Judgement of 1 June 2001 (ICTR-96-4-A) paras. 437-438. ([www.ictt.org/](http://www.ictt.org/))

(8) Colin Warbrick and Peter Rowe, "THE INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR YUGOSLAVIA: THE DECISION OF THE APPEALS CHAMBER ON THE INTERLOCUTORY APPEAL ON JURISDICTION IN THE TADIC CASE", *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 45, Part 3 (1996) p. 700.

## 第5章 内戦の国際化と国際人道法

冷戦終結後の今日、世界の多くの所で内戦が繰り広げられている。そして、その内戦に外国が介入することにより国際化することもめずらしくない。その介入する外国にとって都合のよい政府を作るために、あるいはその外国と同じ民族の地域を独立させたり自国の領域に吸収するために、その国の反徒を支持し、さらには直接に軍隊を送って支援する。これは冷戦時代から、そして冷戦後の今日においても世界の各地に見られる現象である。このような外国の介入そのものが国際法に違反する武力の行使、あるいは外国の内政への違法な干渉になる可能性がある。しかし、本章で分析するのは、この武力行使の禁止原則あるいは不干渉義務という側面ではなく、このように国際化された内戦において適用される国際人道法は何か、内戦の国際化基準は何か、という問題である。国際人道法の構造において、基本的に国際紛争に適用される国際人道法と内戦において適用される国際人道法は異なっている。そうすると、内戦が「国際化」するならば、いかなる法制度が適用されるのか。そして、その内戦がいかなる場合に国際化されるのであろうか。国際人道法が、今日頻発する内戦の国際化現象において適用されなければならない限り、この問題を避けて通ることはできない。

### 第1節 国際化された内戦に対して「国際紛争に適用される国際人道法」を適用する試み

内戦に「国際紛争に適用される国際人道法」を適用することができないか。伝統的な理論では、既存の政府による交戦団体の承認により、国際紛争に適用される国際人道法（たる慣習国際法）が適用される、とされてきた。しかし、この交戦団体承認制度<sup>(1)</sup>が実際には用いられない<sup>(2)</sup>ことから、その他の方法が模索されてきたともいえる。

内戦に対して国際紛争に適用されるものと同じ国際人道法の条約規定を適用するという試みは、1949年の外交会議の際に失敗した<sup>(3)</sup>。しかし、1949年ジュネーブ諸条約の追加議定書作成のための準備作業のなかで、赤十字国際委員会（ICRC）は、ある特定の形態の内戦に対して、すなわち、外国軍の軍事介入によって国際化された内戦において、国際紛争に適用される国際人道法の適用を義務づけることを試みた。この試みについて少し詳しく跡付けてみよう。

(1) 交戦団体承認制度について、田畑茂二郎『国際法Ⅰ』〔新版〕（有斐閣、法律学全集55）281～302頁、林久茂「交戦団体承認についての一考察」『法学論叢』第61巻6号、立作太郎『内乱と国際法』（日本大学、明治45年初版、大正3年再版）21～92頁、Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, (Cambridge University Press, 2002) pp. 4-21. 参照。

(2) 田畑茂二郎『国際法Ⅰ』〔新版〕289～290頁、Moir, *The Law of Internal Armed Conflict*, pp. 10, 18-20. 参照。

(3) 第3章第1節参照。

### I 1971～1972年政府専門家会議

1949年のジュネーブ諸条約を発展させる試みは、実質的に1969年の赤十字国際会議から始まった。この試みのなかで内戦における犠牲者保護の問題はその主たる課題のひとつであったが、しかし、国際化された内戦に適用される人道法の問題は極めて困難なものだった。1977年のジュネーブ諸条約追加議定書作成のための外交会議に至るまで、この試みを終始リードしたのはICRCであった。

「国際化された内戦に適用される人道法」の問題とは、すなわち、内戦当事者である合法政府または反徒に対して外国政府が軍隊派遣による援助を行なった場合にいかなる人道法規が適用されるかという問題であり、反徒の地位にかかわる問題ゆえに、はじめから困難が予想された。ICRCとしては、国際人道法の適用拡大が犠牲者保護につながるので、このような国際化された内戦においては国際人道法全体が適用されるべきことを主張した。そして、このICRCの見解について、1969年および1970年に国際人道法の専門家と協議したところ、その専門家の見解はかなりICRCの考えに近いものであった<sup>(1)</sup>。このICRCの諮問を受けた専門家の積極的な反応に力を得たICRCは、1971年と1972年に開かれた政府派遣専門家会議の議題にこの問題をのせた。

1971年の会議においては、ICRCは特に条文草案を準備しておらず、個々の問題について各国派遣の専門家と討議するという形で会議が進められた。まずICRCの代表がこの問題について、以下のようなICRCの提案を述べた。「非国際的武力紛争の場合において、一方または双方の当事者が第三国によって与えられる実戦部隊の援助を受けるとき、紛争当事者は、国際的武力紛争に適用される国際人道法全体を適用するものとする。『国際人道法全体』には、ジュネーブ諸条約だけでなく、ハーグ諸条約やその他の文書が含まれる。・・・ICRCは、戦争犠牲者のよりよい保護のために、この事態にできるかぎり国際人道法を拡大することのみを試みている。<sup>(2)</sup>」このICRCの提案に対する政府派遣専門家の反

応は、かなり消極的であった。たとえば、「既存の当局と反徒の関係は、基本的な人道的保障に従うものの、国内刑法によってカバーされる<sup>(3)</sup>」「既存の当局と戦う者が外国の援助を受けているということは、その紛争の非国際的性質を変化させない<sup>(4)</sup>」という見解が述べられた。また、若干の専門家は、ICRCの提案を受け入れることによって以下のような危険性が生じるとした。すなわち、「もし ICRC 提案が受け入れられれば、ある外国が反徒を助けるために国境を越えて軍隊を送り、まずはじめにその隣国の領域権を侵害するや否や、その侵略を受けた国がその自国の反徒を捕虜として、そしてその地域住民を占領地住民として取り扱わなければならないこととなる。従って反徒の活動を合法化し、これらの者を捕虜と資格づけるためには、ただ、反徒の活動と同時に外国が行動をおこし、その少しの軍隊を国境を越えて派兵すればよいことになってしまう。このことを受け入れられる政府はない。・・・従って、外国が介入するかしないかにかかわらず、反徒と合法政府との関係は引き続き第 3 条に従わなければならない、もちろん、政府軍と外国軍との関係には第 2 条が適用される。」また合法的当局の側への外国の介入についても、「政府軍を増強する外国軍の到着は、何ら、合法政府と反徒との間の関係の性質を変化させるものではない。そのような関係は引き続き第 3 条に従うものであり、捕らえられた反徒は、捕虜に与えられる免除を享有しない。」と述べられた<sup>(5)</sup>。このように多くの専門家は、ICRC の提案とは反対に、外国によるいずれの側への介入の場合であっても、反徒に地位を与えることは拒否されるべきと結論づけた<sup>(6)</sup>。このように 1971 年の政府専門家会議では ICRC の提案に対して強い難色が示された。

この 1971 年会議での論議をふまえて、翌年の 1972 年に第 2 回目の政府派遣専門家会議が開催されることとなった。この 1972 年の会議では、ICRC が作成した条文草案について討議するという形がとられた。この国際化された内戦についての条文は、「1949 年 8 月 12 日のジュネーヴ四条約共通第 3 条の追加議定書草案」第 35 条および附属規則において規定された。

「1949 年 8 月 12 日のジュネーヴ四条約共通第 3 条の追加議定書草案

#### 第 35 条 (「規則」)

国際的性質を有しない武力紛争の特別の場合に関する規則 (以下「規則」という) は、本議定書の構成部分をなすものとする。本議定書が適用される手続きは、「規則」に関しても有効である。

附属書

#### 国際的性質を有しない武力紛争の特別の場合に関する規則

#### 第 2 条 (国際的性質を有しない武力紛争における外部の援助)

締約国の一国の領域内の国際的性質を有しない武力紛争の場合に、他国軍隊が敵対行為に直接参加するとき、紛争当事者間の関係は以下のように規律されるものとする。

(a) 既存の当局と、既存の当局に対立する当事者を援助する国との間の関係は、1949 年 8 月 12 日のジュネーヴ四条約およびその追加議定書によって規律されるものとする。既存の当局を援助する国と、既存の当局に対立する当事者を援助する国との間の関係にも、同じ条約が適用されるものとする。

(b) 既存の当局と、その当局に対立する当事者との関係は、少なくとも、共通第 3 条および本議定書の諸規定によって規律されるものとする。さらに、以下の場合には、紛争当事者は、すべての捕らえられた戦闘員に、1949 年 8 月 12 日の捕虜の待遇に関するジュネーヴ条約に定められた捕虜の待遇を与えるものとし、そして、文民には、ジュネーヴ諸条約追加議定書の文民たる住民に関する第 4 部の諸規定を適用するものとする。

(1) 既存の当局のみが他国の援助を得ている場合

(2) 既存の当局とそれに対立する当事者の両方が他国の援助を得ている場合

(c) (省略)

(7)

この ICRC の作成した条文草案は、1971 年会議における提案からはかなり後退し、伝統的図式に近いものとなっている。すなわち、ある内戦の当事者となった国家間において「国際的武力紛争に適用される人道法」が適用されることは、あまり異論がなく、また伝統的規則でも支持されている。問題は、外国軍が介入することによって内戦当事者たる反徒の地位が変わるのか、ということである。この点についてこの ICRC 草案では、既存の当局のみが他国の援助を得ている場合と、既存の当局とそれに対立する当事者の両方が他国の援助を得ている場合 (逆に言えば反徒のみが外国の援助を得ている場合は除かれる) には、捕らえられた反徒側の戦闘員は、「捕虜の待遇に関するジュネーヴ条約に定められた捕虜の待遇」が与えられ、(また、文民には、ジュネーヴ諸条約追加議定書の文民たる住民に関する第 4 部の諸規定が適用される)、としている。この「捕虜の待遇に関するジュネーヴ条約に定められた捕虜の待遇」とは何を意味するのかがあまり明確ではない。捕虜条約に従った人道的取り扱いが含まれること

は明らかであるが、「捕虜の地位」が含まれるのかどうかはこの規定では明確ではないのである<sup>(8)</sup>。この ICRC の草案に対して、この 1972 年会議においても専門家から批判が相次いだ。その批判は反徒の地位についてであった。すなわち、「外国の介入があったがゆえに政府が反徒に捕虜の地位を与えなければならない理由はない<sup>(9)</sup>」、「『規則』第 2 条で提案されている方式は、それが反徒により有利な保護措置をもたらすものであるという理由だけで、反徒が外国の援助を求めることを明らかに裏から促進するものである<sup>(10)</sup>」、また、反徒に有利な待遇を与えることは、外国の介入を間接的に正当化・合法化することにつながりうることを懸念する見解も述べられた<sup>(11)</sup>。その他、外国の介入の時期・程度を考慮することなく抽象的に考えることはできない、という意見もあった<sup>(12)</sup>。結局、この 1972 年の会議で政府派遣専門家の多くによって支持された原則は、従来の伝統的原則であった。すなわち、「外国が既存の当局に援助を行なう場合、当局と戦う当事者は、もっぱら、非国際的武力紛争に関する共通第 3 条および作られるべき第二議定書によってカバーされ続ける。外国政府が反徒当事者を支援する場合、これにより敵対する国家間の関係は、国際的武力紛争の場合に適用される規定によって規律され、そして、既存の当局とこれに対立する当事者との間の関係は、共通第 3 条と作られるべき第二議定書によって規律される。最後に、既存の当局とこれに対立する当事者の双方が外国から援助を受けた場合、そのふたつのシステムが同時に適用される。<sup>(13)</sup>」結局、多くの専門家は、この ICRC 草案の第 35 条と附属書の「規則」の削除を支持した<sup>(14)</sup>。

この 1971 年および 1972 年の会議での討議から示されることは、一方で ICRC が人道法の適用をできるだけ拡大しようとしたのに対し、政府派遣の専門家は反徒の地位の承認につながる提案に強く反対した、ということである。ICRC としては、戦争犠牲者のより良い保護のために、外国軍の介入によって内戦が国際化された場合には、この紛争全体が国際紛争となったのであり、その紛争全体に、つまりその紛争当事者のすべての関係において国際的武力紛争に適用される国際人道法、つまり人道法全体、が適用されるべきことをまず提案した。この方式は、戦争犠牲者保護が拡大するのみならず適用される人道法が当事者間によって異なるという不都合が生じない点できわめて望ましいものであった。しかしこの方式は、反徒団体に交戦資格 (*facultas bellandi*) を認めるものであり、とうてい諸国政府の受け入れることのできないものである。政府はたとえ実効的能力を持つ反徒団体に対してでも義務的な交戦団体承認を拒否してきたのであり、さらに、外国軍隊の介入を促進する結果となるような規定を受け入れる用意はまったくない。1971 年会議で政府派遣専門家の強い反対に直面した ICRC は、1972 年の会議に提出した草案ではこの点についてかなり後退させ、既存の当局のみが他国の援助を得ている場合と、既存の当局とこれに対立する

当事者の両方が他国の援助を得ている場合のみにおいて、捕らえられた反徒の戦闘員に「捕虜の待遇」を与えることとした。この「捕虜の待遇」の意味が明確でなかったことが残念であるが、もしこれが「戦闘員の地位」を含むものであるならば諸国に受け入れられる可能性はない。このことは、この会議の討議から明らかである。しかしこれが「戦闘員の地位」を含まず、従って敵対行為への参加のみによって処罰されうることを明確にしたうえで、ただ待遇面において第三条約が適用されるものであることを明確にすれば、もうすこし反応は違ったかもしれない。

(1) ICRC, *Reaffirmation and Development* (1969) pp.100-101. ICRC, *Document V* (CE/5b) pp.19-21. Conference of Red Cross Experts (1-6 March 1971) *Report on the Work of the Conference* pp.44-45.

(2) Conference of Government Experts, *1971 Report on the Work of the Conference* p.50. paras.290-291.

(3) *Ibid.*, para.294.

(4) *Ibid.*, para.296.

(5) *Ibid.*, paras.300-301.

(6) *Ibid.*, para.302.

(7) ICRC, Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts Geneva, 3 May-3 June 1972 (second session) *I BASIC TEXTS* pp.43,46.

(8) ICRC のコメンタリーではこの点について、「『捕虜の待遇』という表現は第三条約の名称と同じ意味を持つものと理解される。」とあるが、その意味は明らかでない。ICRC, Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts Geneva, 3 May-3 June 1972 (second session) *II COMMENTARY part two* p.89.

(9) Conference of Government Experts, *1972 Report on the Work of the Conference* Vol.1, p.98. para.2.345.

(10) *Ibid.*, para.2.345.

(11) *Ibid.*, para.2.342.

(12) *Ibid.*, para.2.344.

(13) *Ibid.*, para.2.347.

(14) *Ibid.*, paras.2.351-2.353.

## II 学説

国際化された内戦における国際人道法の適用関係についての最近の学説は、先に検討した政府専門家会議での議論を受けて、伝統的原則を支持するものが多い。たとえば、D. Schindler は、「今日我々は、国際化された内戦において、国際的要素と非国際的要素との間で区別がなされなければならない、という観点から出発しなければならない。<sup>(1)</sup>」としたうえで、内戦の両当事者に援助して介入する外国軍間の関係、および、反徒を支援する外国と既存の政府の関係が国際的であり、反徒と政府との関係、および反徒と政府を支援する外国との関係が国内的な関係であるとする<sup>(2)</sup>。同様の見解をとる論者として、Hans-Peter Gasser<sup>(3)</sup>、Bierzanek<sup>(4)</sup>、Rosas<sup>(5)</sup>、Wilhelm<sup>(6)</sup>、ÉRIC DAVID<sup>(7)</sup>などがあげられる。ただし、これらの論者も現行法としてはこのような区別をせざるをえないが、決して望ましい方式ではなく、立法論としてより良い方法を考えなければならない、ということにほぼ一致している。たとえば、Bierzanek は、「この問題は、*de lege lata*としては解決されておらず、1974~1977年の外交会議中には議論すらされなかったものであり、この問題はどのようにして *de lege ferenda* としての解決に達しうるかを考えなければならない。<sup>(8)</sup>」として、いくつかの可能性を検討する。それは、国際化された内戦のための条約作成、共通第3条・第二議定書の強化、そして、国際化された内戦を国際紛争であるとして明確に認めること——民族解放戦争が第一議定書第1条第4項によってどのように認められたのと同様の方法で——である。ただし、このように国際化された内戦を通常の内戦と異なって扱うためには、その両者の区別がなされなければならないが、しかし、個々の紛争の国際化の多様性からすると、この区別には困難が伴う。この困難を乗り越える方法のひとつが、当該紛争の国際性を国連安保理が認定する、という方法である、と<sup>(9)</sup>。この Bierzanek の提案は、もちろん、立法論として示されており、現行法上安保理がそのような認定を行なうと述べているのではないことに注意しなければならない。

(1) Dietrich Schindler, "INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND INTERNATIONALIZED ARMED CONFLICTS", *International Review of the Red Cross* No. 230, (1982) p. 258.

(2) *Ibid.*, pp. 258-261. および Dietrich Schindler, "THE DIFFERENT TYPES OF ARMED CONFLICTS ACCORDING TO THE GENEVA CONVENTIONS AND

PROTOCOLS", *RECUEIL DES COURS* Tome 163 (1979 II) p. 150.

(3) Hans-Peter Gasser, "INTERNATIONALIZED NON-INTERNATIONAL ARMED CONFLICTS: CASE STUDIES OF AFGHANISTAN, KAMPUCHEA, AND LEBANON", *American University Law Review* Vol. 33, No. 1, (1983) p. 147. ただし、この見解は多くの国際法学者の見解として述べられており、Gasser 自身もこの見解に与するのかがどうかはあまり明確ではない。むしろ、Gasser は、ICRC が紛争の分類をせずに紛争当事者に国際人道法の諸原則の尊重を求めてきたことを強調する。この諸原則というのは条約で定義されておらず、このような諸原則に言及することは人道法を弱めることになるかもしれないが、しかし、正確な分類が紛争当事者の対立を大きくし、また ICRC の活動の妨げとなるような状況においては、唯一の選択なのである、と。(*Ibid.*, p. 159.)

(4) Remigiusz BIERZANEK, "Quelques remarques sur l'applicabilité du droit international humanitaire des conflits armés aux conflits internes internationalisés", Christophe Swinarski (ed.) *Studies and essays on international humanitarian law and Red Cross principles in honour of JEAN PICTET* (Nijhoff, 1984) pp. 282-286.

(5) ALLAN ROSAS, *THE LEGAL STATUS OF PRISONERS OF WAR* (Helsinki, 1976) pp. 285-286.

(6) RENÉ-JEAN WILHELM, "PROBLÈMES RELATIFS A LA PROTECTION DE LA PERSONNE HUMAINE PAR LE DROIT INTERNATIONAL DANS LES CONFLITS ARMÉS NE PRÉSENTANT PAS UN CARACTÈRE INTERNATIONAL", *RECUEIL DES COURS* Tome 137 (1972 III) pp. 357-359.

(7) ÉRIC DAVID, *PRINCIPES DE DROIT DES CONFLITS ARMÉS (Troisième édition)* (Bruylant, 2002) pp. 146-153.

(8) BIERZANEK, *op. cit.*, *supra* note (4), p. 286.

(9) *Ibid.*, pp. 287-289.

## 第2節 反徒の「外国軍化」による国際化

### I 内戦の国際化についての現行国際人道法とニカラグア事件

国際化された内戦にいかなる国際人道法が適用されるか。この点についての現行法は、比較的明確である。すなわち、政府（およびそれを支援する外国政府）と反徒の間においては「内戦に適用される国際人道法」が適用され、政府と外国政府（そして外国政府と外国政府）の間には「国際紛争に適用される

国際人道法」が適用されるのである。この伝統的原則は、1986年の国際司法裁判所（ICJ）ニカラグア事件本案判決でも踏襲されている。ここでは、本節の主題である「どのような場合に反徒が外国の機関と考えられるようになるのか」についてのICJの判断に的を絞って検討したい。

このニカラグア事件は、1979年7月のニカラグアのソモサ政権の崩壊に続く事態、そしてその時以後のアメリカ政府の活動に関するものである。ソモサ政権の崩壊後政権を掌握したサンディニスタ民族解放戦線（FSLN）を中心とする政府に対し、アメリカは当初好意的であったが、1981年1月に成立したレーガン政権は、ニカラグア政府によるエルサルバドルのゲリラへの支援を理由にニカラグアへの援助を停止した。そして、コントラと呼ばれるニカラグアの反徒に対してアメリカは公然と援助を与えるようになる。ニカラグアの主張によれば、コントラは、無差別な文民の殺害、拷問、強姦、誘拐などを行ない、そして、このコントラに対して有効な支配をアメリカが行っていた、とされた。また、ニカラグアは、アメリカが直接にニカラグアの港への機雷敷設、港、石油施設、海軍基地などへの攻撃を行なった、と主張した。これらのアメリカの行為を国際法違反としてニカラグアは1984年4月にICJに訴え、その本案判決は1986年6月27日に下された<sup>(1)</sup>。

この事件において、このコントラがアメリカの「機関」として認められるのか、という点が争点の一つとなった。ニカラグアの主張によれば、コントラはアメリカ政府により組織され、給与を支払われ、そして指揮されるアメリカの軍隊である、とされた<sup>(2)</sup>。もしこのことが認められれば、この紛争は内戦ではなくてニカラグアとアメリカの間の国際紛争となり、コントラが行なったとされるすべての人道法違反行為について当然にアメリカに直接責任が帰属することとなる。しかし、裁判所は、結論として、このニカラグアの主張を認めなかった。

まず裁判所は次のように述べる。「裁判所が入手した証拠・資料から、裁判所は、コントラ軍によってなされたすべての活動が、その紛争のすべての段階において、アメリカによって完全に考案された戦略・戦術を反映していた、とは考えられない。しかし、裁判所の見解では、コントラの活動のためのアメリカ当局の支援は、数年の間に多様な形態——兵站支援、サンディニスタ軍の位置や動きについての情報の提供、コミュニケーションの高度な手段の使用、戦場放送ネットワークの展開、レーダー到達範囲など——をとったことが証明される。<sup>(3)</sup>」「裁判所が分析した大量の文書による証拠および証言にもかかわらず、裁判所は、被告国がニカラグアにおけるコントラ軍を『創設した』』ということを確認することができなかった。・・・また、アメリカが、『直接的かつ決定的な戦闘支援』——少なくともこのことばの表現が、この支援がアメリカの戦闘

部隊による直接の介入と同義のことを意味する、と解されるならば——を与えたり、あるいはすべてのコントラの活動がアメリカによって完全に考案された戦略・戦術を反映している、という認定を証拠は示していない。他方、アメリカ当局がFDNに対する財政、訓練、装備、武器そして組織化について大幅の援助を行なったことは明確である、と裁判所は考える。<sup>(4)</sup>」「ここで裁判所が判断しなければならないことは、コントラのアメリカ政府に対する関係が一方の側の従属・他方の側の支配の関係であって、それゆえ、法上、コントラをアメリカ政府の機関と同一視したりあるいはアメリカ政府のために行動していると考えることが正しいかどうか、である。・・・しかし、アメリカによってコントラに提供された多くの援助及びその他の支援にもかかわらず、コントラをアメリカのために行動していたものとして扱うことを正当化するようなすべての分野での支配の程度をアメリカが実際に行使していた、という明らかな証拠はない。<sup>(5)</sup>」「要するに、裁判所の入手した証拠によれば、アメリカによってコントラに対して与えられたさまざまな形態の援助は、そのコントラの活動の遂行にとって決定的なものであったが、アメリカの援助へのその完全な従属を示すには不十分である、ということが示される。・・・コントラが、法上、アメリカ軍と同一視できる、と判断することはなおさらできない。<sup>(6)</sup>」「コントラ軍の指導者たちの選定、就任、そして給与支払いの問題は、単に、その軍の従属性の程度のある一つの側面にすぎない。<sup>(7)</sup>」

裁判所はこのように述べて、コントラ軍全体がアメリカに属する軍隊であるというニカラグアの主張を退け、したがってコントラ軍による人道法違反のすべてが当然にアメリカに帰属するということを否定した。ただし、裁判所は、コントラ軍の兵士による人道法違反の責任が一切アメリカに帰属しない、ということはずしとも言えないのであり、そのコントラ軍兵士による個々の違反行為についてアメリカが具体的に関与しているならば、その限りでその個別のケースについてアメリカに責任が帰属することを断っている。すなわち、「コントラの財政援助、組織化、訓練、供給及び装備、その軍事的・準軍事的目標の選定、そしてその活動全体の計画におけるアメリカの参加は、——たとえそれが圧倒的であり、あるいは決定的であるとしても——ニカラグアにおけるコントラの軍事的・準軍事的活動中にコントラによってなされた行為をアメリカに帰属させるためには、裁判所の有する証拠によれば、なお、それ自体不十分なものである、という見解を裁判所は述べた。上記のすべての形態のアメリカの参加、さらには被告国家による高度の従属性での軍隊に対する一般的支配（general control）ですら、さらなる証拠がなければ、それ自体では、アメリカが原告国によって主張される人権及び人道法に反する行為の実行を命じたり



あるいは強制したりしたことを意味するものではない。そのような行為はアメリカの支配がなくてもコントラの構成員によってなされることである。この行動がアメリカの法的責任を生じさせるためには、原則として、その主張される違反がなされる過程においてその国がその軍事的・準軍事的活動の実効的支配 (effective control) を有していたことが証明されなければならないのである。<sup>(8)</sup>」と裁判所は論じている。このように判決は、コントラ全体がアメリカの軍隊として認定できるかどうかという問題と、コントラの兵士による個々の人道法の違反行為についてアメリカ政府に責任が帰属するかという問題を区別している、とも解される<sup>(9)</sup>が、このような区別は必ずしも明確ではない。

(1) 樋口一彦「内戦に適用される国際人道法——その拡大の可能性——」『珙大法学』第55号123頁。

(2) CASE CONCERNING MILITARY AND PARAMILITARY ACTIVITIES IN AND AGAINST NICARAGUA (NICARAGUA v. UNITED STATES OF AMERICA), MERITS, *International Law Reports* Vol. 76 p. 398. para. 114.

(3) *Ibid.*, p. 395. para. 106.

(4) *Ibid.*, pp. 395-396. para. 108. なお、このFDNとは、コントラを構成する二つの主要なグループのうちの一つで、主にホンデュラス国境付近で活動した。(ibid., p. 355. para. 20.)

(5) *Ibid.*, p. 396. para. 109. (傍点は筆者)

(6) *Ibid.*, pp. 396-397. para. 110.

(7) *Ibid.*, p. 397. para. 112.

(8) *Ibid.*, pp. 398-399. para. 115. (傍点は筆者)

(9) ICTY タジッチ事件 1997年第一審裁判部判決における McDonald 判事の個別・反対意見 (*International Law Reports* Vol. 112 pp. 270-272. paras. 22-25.)

## II 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所判例

1991年6月のクロアチア共和国及びスロベニア共和国によるユーゴスラビアからの分離独立の宣言、そしてそれにつづくユーゴスラビア連邦軍とスロベニア共和国国防衛隊との間の軍事衝突、さらにユーゴスラビア連邦軍とクロアチアとの間の戦闘の勃発から「旧ユーゴスラビア紛争」は始まった。そして翌92年3月のボスニア・ヘルツェゴビナの独立宣言をきっかけに、ボスニア・ヘルツェ

ゴビナにおいても武力紛争が発生した<sup>(1)</sup>。この旧ユーゴスラビア紛争においてなされた数多くの残虐行為が世界の耳目を集め、その対応として国際連合安全保障理事会(以下「国連安保理」あるいは「安保理」という)は、その紛争において国際人道法違反行為を行なった者を訴追するためにアド・ホックの国際裁判所を設置することを1993年5月25日に決定した<sup>(2)</sup>。この国際裁判所設置にいたる経緯については後述したい<sup>(3)</sup>。ただ、ここで次のことを指摘しておきたい。すなわち、1993年1月26日の暫定報告書<sup>(4)</sup>および1994年5月27日の最終報告書<sup>(5)</sup>において「安全保障理事会決議780(1992)に基づいて設置された専門家委員会」は、「当該武力紛争の性格と複雑さ、および当事者が相互に結んだ人道的問題に関する一連の協定によって、旧ユーゴスラビア領域における武力紛争全体に、国際的武力紛争に適用される法を適用するというアプローチが正当化される、ということが委員会の見解である」と述べていたこと<sup>(6)</sup>、他方、国連事務総長報告書においては、規程草案のコメンタリーとして「時間的管轄権に関して、安全保障理事会決議808(1993)は、国際裁判所の管轄権を、『1991年以後』になされた違反に及ぼしている。事務総長はこれを1991年1月1日以後の時間を意味するものと解釈する。これはいかなる特定の事件にもつながらない特性のない日付(neutral date)であり、そして、明らかに、この紛争の国際的な性質あるいは国内的性質についてのいかなる判断もなされることはない、という考えを示すことを意図されている。<sup>(7)</sup>」と解説されたことである。つまり、専門家委員会は、旧ユーゴ紛争全体に国際的武力紛争に適用される国際人道法を適用されると考えたが<sup>(8)</sup>事務総長のコメンタリーではこの点に関しては「判断しない」としているのである。そして、この裁判所設置を決定した安保理の議事録<sup>(9)</sup>からは、この旧ユーゴ紛争の性格について安保理としての判断があったとは思われぬ<sup>(10)</sup>。しかし、専門家委員会の暫定報告書のなかで明確に「旧ユーゴ紛争全体にたいして国際的武力紛争に適用される国際人道法が適用される」と述べられていたのであり、これを明確には支持せずこの点についての明言を避けたことは、この問題を裁判所の判断に委ねたと解することもできよう。

(1) 高瀬尚一「ユーゴスラビアの崩壊」『レファレンス』543号(1996年4月)11~17頁

(2) S/RES/827(1993)

(3) 第6章第2節参照。

(4) S/25274

(5) S/1994/674

- (6) S/25274, Annex I para. 45. S/1994/674, Annex para. 44.  
(7) S/25704 para. 62.  
(8) このアプローチについての理論的な批判として、第6章第2節参照。  
(9) S/PV. 3217  
(10) この点について Christopher Greenwood, "The Development of International Humanitarian Law by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Max Planck Yearbook of United Nations Law* Volume 2 (1998) pp. 116-117. 参照。

#### (1) Tadic 事件

旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所が個別の事件の裁判を行う上で、この旧ユーゴスラビア紛争の性格づけの問題は避けて通れない重要な課題となった。刑事裁判において被告人に適用される法規を明確にしなければならないことは当然であり、そして国際人道法において国際紛争に適用される法と内戦に適用される法が異なっているのであるから、当該紛争の性格づけは当該裁判の大前提となるのである。この旧ユーゴスラビア紛争の性格づけについて一連の裁判所判決の先例となっているのがこの Tadic 事件に関する諸判決である<sup>(1)</sup>。

管轄権に関する第一審裁判部判決では、裁判所規程第2条(1949年ジュネーブ諸条約に対する重大な違反行為)についても、規程第3条(戦争の法規または慣習の違反)についても、その適用において国際的武力紛争の存在は必要ではない、と判断した。そして第一審裁判部は、当該武力紛争の性質に関して何らの認定も行なわなかった。しかし、管轄権に関する上訴裁判部判決では、旧ユーゴスラビア紛争全体を国際的武力紛争として性格づけるべきとする検察側の主張を否定し、旧ユーゴスラビア紛争は、国際的側面の部分と国内的側面の部分があったとした<sup>(2)</sup>。この管轄権判決に続く、Tadic の有罪を認める第一審裁判部の判決(1997年判決)では、Tadic の犯罪行為が国内的武力紛争下においてなされたことについて詳しく述べられている。そして、特に Republika Srpska (ボスニア・ヘルツェゴビナのセルビア人の団体)の軍隊である VRS が、新ユーゴスラビア(セルビア及びモンテネグロから成るユーゴスラビア連邦共和国)の軍隊として考えられるかどうかを詳細に検討している。以下この点についてこの第一審裁判部判決(1997年判決)を分析しよう。

##### (a) 1997年第一審裁判部判決

この1997年判決での一つの中心的論点は、裁判所規程第2条の適用に関連して、ボスニア紛争におけるボスニアの反徒が外国の軍隊として位置付けられることによって、当該紛争が国際的武力紛争と認められるか、であった。すなわち、すでに上訴裁判部の判決において旧ユーゴ紛争全体を国際紛争として位置付けるアプローチは退けられており、ボスニア紛争がボスニア政府とボスニアの反徒団体との間の紛争に限定される限りにおいては国内的紛争であると判断されているので、ボスニア紛争(このなかで被告人 Tadic の犯罪行為が行なわれた)が国際的紛争として考えられる最後の可能性としてボスニアのセルビア人組織が新ユーゴの軍隊として考えることができるかどうかについて検討しているのである<sup>(3)</sup>。まず、この判決が認定している事実関係を整理しよう。

犯罪行為の行なわれた opstina Prijedor 地区(Omarska はこの中にある<sup>(4)</sup>)における紛争当事者であり、そしてボスニア・ヘルツェゴビナ紛争全体の主たる紛争当事者であるのが、ボスニア政府とボスニアのセルビア人である。前者はボスニア・ヘルツェゴビナ共和国の法上の(*de jure*)政府である。そして後者は Republika Srpska の旗印のもとで領域を支配し、そして少なくとも1992年5月19日以前には JNA(旧ユーゴスラビア連邦軍)の支援を受け、あるいはその指揮下にあったが、この5月19日以後 VRS(かつて JNA の一部であったもので、新ユーゴによって Republika Srpska に移された軍隊)を保持した<sup>(5)</sup>。被告人 Tadic は、1992年5月23日ごろから12月31日ごろまでの間における犯罪行為について起訴されているが<sup>(6)</sup>、この5月19日までに新ユーゴはボスニア・ヘルツェゴビナから撤退し、この日以後 Republika Srpska は VJ(新ユーゴ軍)及び新ユーゴ政府からは区別される法的実体となった<sup>(7)</sup>。このように安保理決議752<sup>(8)</sup>に対応し、1992年5月19日を境として JNA はボスニアから公式に撤退するとともに、JNA は新ユーゴ軍としての VJ と Republika Srpska 軍としての VRS に分離されたのである。こうして形式上はこの日以後ボスニア紛争はボスニア政府とボスニアのセルビア人(Republika Srpska)との間の「内戦」となるのであるが、しかしなおこの VRS が新ユーゴの軍隊であり、したがってこの日以後もボスニア政府と新ユーゴ政府の間の国際的武力紛争が継続している、と言えないかどうかという問題が残る。このことを判断するためにこの1997年判決は、この VRS と VJ(あるいは新ユーゴ政府)との間の関係について詳細に分析する。

ここで裁判所は、この問題が、「たとえ一方の側に大きな依存関係があったとしても、本件について言えば opstina Prijedor の占領を含む VRS の行為が新ユーゴに帰属するというような、他方に対する支配の関係があるのかどうか」であるとし、そしてその「支配の関係」というのは VRS が戦争必需品について VJ 及び新ユーゴに依存しているということだけではなく「VJ 及び新ユーゴがそ

の依存関係に内在する支配の潜在的な力を行使したこと、あるいはもしそのような関係でなければ新ユーゴ政府の支配下に自らを置くという選択を行なっていたであろう」と言えるかどうかであると整理する<sup>(9)</sup>。

そして裁判所は、まず、VRS と新ユーゴとの指揮関係に注目する。opstina Prijedor における 1992 年 5 月 19 日以後の事件について VRS 部隊の指揮を執っていたのは Talic 中將（クライナ第一軍（1st Krajina Corps）司令官）であるが、このクライナ第一軍は、VRS 幕僚本部（Main Staff）の指揮下にあり、この VRS 幕僚本部の指揮を執っていたのは Mladic であった。そして新ユーゴ政府がこの Mladic あるいは VRS 幕僚本部を指揮・支配していたことの十分な直接的証拠は示されなかったとしたうえで、裁判所は、新ユーゴが VRS の軍事行動を実効的に支配していたと推論すべきかどうかについて、次の二つの要因から検討する。第一の要因は、ボスニアのセルビア人系でない旧 JNA の士官たちを VRS 部隊にそのまま移行させたことである。しかし、これらの士官が新ユーゴ政府から直接に指示を受けていた証拠はなく、クライナ第一軍司令官 Talic の指揮下で行動していたとしか考えられない。したがって裁判所は、これらの士官が新ユーゴのために行動していた、と言うことはできない。第二の要因は、1992 年 5 月 19 日以後もクライナ第一軍のすべての士官の俸給が新ユーゴによって引き続き支払われており、そして給与だけでなく新ユーゴは VRS の予算について責任を負っていたことである。しかし、裁判所は、そのような資金調達もたらさず依存関係は、組織の支配そのものと同じではなく「支配の可能性」をもたらすにすぎないとした<sup>(10)</sup>。

このように、VRS が直接新ユーゴの指揮の下にあったと言うことができないとしたうえで、新ユーゴが VRS をその指揮下に置く必要が無かったことについて、この 1997 年判決は以下のように説明する。すなわち、Republika Srpska の政治指導者たちは新ユーゴと合体して旧ユーゴスラビアのセルビア人地域を統合するという目的を公言しており、新ユーゴ（そして VJ）にとって VRS に対して調整とは異なるなんらかの現実の支配を行使しようと試みることはほとんど必要ではなかった。Republika Srpska（そして VRS）が、新ユーゴ（そして VJ）と同じ戦争目的を保持しつづけるかぎり、そして VRS と VJ がその活動の調整を行ないうるかぎり、新ユーゴ（そして VJ）にとって VRS に戦争遂行上の支援を与えることで十分であった。つまり同盟軍としての活動の調整以上のものではなかった。「従って、新ユーゴは、VJ による物資供給への VRS の依存を通して、VRS に大きな影響力——そしておそらく支配すらも——を及ぼす能力を持っていたと言えるけれども、新ユーゴ及び VJ が VRS の実際の軍事行動を指揮したり、その指揮を試みる必要性を感じていたと、本裁判部が結論を下す証拠はない。」新ユーゴがその依存に内在する支配の可能性を利用したり、VRS に対する実効的支

配を行なった、という証拠は不十分である。要するに Republika Srpska は、大セルビアを達成するという同じ目的を持つ新ユーゴの単なる同盟国であった。従って VRS は、opstina Prijedor においてもまたより一般的にも新ユーゴ政府の事実上の機関として考えることはできない、と裁判所は判断した<sup>(11)</sup>。

この第一審裁判部判決（1997 年判決）における規程第 2 条の適用に関して McDonald 判事が個別及び反対意見を述べている。McDonald 判事の主張は、この当該武力紛争は国際的紛争であったというもので、その根拠は、VRS は新ユーゴの軍隊として認識できる、というものである。この McDonald 判事の主張は二段構えのものであり、まず、新ユーゴは実効的に VRS を支配していたがゆえに VRS は新ユーゴの軍隊であったということを述べ、そしてさらに、VRS を新ユーゴの軍隊と認識するためには「実効的支配」の要件までは必要ではなく、「一方の依存・他方の支配」の関係があれば十分だ、とする。McDonald 判事の基本的な認識として VRS の創設は「擬制」<sup>(12)</sup> あるいは「奇計」<sup>(13)</sup> であり、1992 年 5 月 19 日を境とする JNA から VRS 及び VJ への組織の変更も何ら実質を伴うものではなく、依然として VRS は新ユーゴの軍隊であり続けた。従って新ユーゴがこの日以後も VRS を実効的に支配していたのだが、しかし VRS が新ユーゴの軍隊であるというためにはこの「実効的支配」の基準ではなく、「依存と支配」の関係で足りるということがニカラグア事件の ICJ 判決の正しい読み方である、という<sup>(14)</sup>。

このように判決（多数意見）と McDonald 判事の結論は異なるが、事実関係の認識にずれはみられない。その評価において見解の相違がみられるのである。すなわち、McDonald 判事も「VRS が 1992 年 5 月 19 日以後公式にベオグラード（新ユーゴ政府）の指揮下にあったことを示す証拠はほとんどない<sup>(15)</sup>」ことを認めているし、他方多数意見も「1992 年 5 月 19 日ごろの JNA 及び新ユーゴ政府の行動は、Republika Srpska 軍（VRS）の行動から生じる直接的な法的責任を回避するために必要な客観的要素を冷静かつ意図的に作り出すものに他ならない」と考えることも可能である、と述べている<sup>(16)</sup>。しかし、この両者の関係を「一方の他方への依存度の高い同盟国の関係」ととらえるか、「依存と支配の関係を通しての機関の関係」ととらえるかの評価の違いとなっている。多数意見と McDonald 判事の意見との相違の第二の点は、多数意見が VRS を新ユーゴの軍隊として考えること、つまり新ユーゴの機関として認識するための基準として「実効的支配」に言及している<sup>(17)</sup> のに対して、McDonald 判事は、この「実効的支配」の基準はニカラグア ICJ 判決において機関の認定ではなく私人の行為の国家への帰属について述べられたものであって、機関の関係において必要な基準は「依存と支配」の関係である、と論じていること<sup>(18)</sup> である。このように McDonald 判事は多数意見についてニカラグア ICJ 判決を誤って理解し、別

の基準を適用したと批判する。ニカラグア ICJ 判決を McDonald 判事が言うように理解すべきかどうかは、難問である。この判決文は必ずしも明確ではないからである。

- (1) Tadic 事件の経緯について、本稿第 4 章第 3 節参照。
- (2) 本稿第 4 章第 3 節参照。
- (3) この 1997 年判決においては、直接的には犯罪行為の犠牲者が 1949 年ジュネーヴ第四条約第 4 条に規定される「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」に該当するか、という点でこの問題を考えているが (Case No. IT-94-1-T Prosecutor v. Tadic (Judgment) (*International Law Reports* Vol. 112 pp. 184-185. para. 578)、これは結局この犯罪行為が国際紛争の状況下でなされたかどうかにかかってくるのであり、もしこれが肯定されれば、裁判所規程第 3 条の適用にも影響するのである。
- (4) Case No. IT-94-1-AR72 (*International Law Reports* Vol. 105 p. 489.) para. 70. 千田 善『ユーゴ紛争』(講談社現代新書) (1993 年) 52 頁
- (5) *Op. cit.*, supra note 3 paras. 563-564.
- (6) *Ibid.*, paras. 1, 3, 5.
- (7) *Ibid.*, paras. 582, 584.
- (8) 1992 年 5 月 15 日採択。この決議のなかで安保理は、JNA によるボスニア・ヘルツェゴビナの外部からの介入の停止 (第 3 項)、及びボスニア・ヘルツェゴビナ内の JNA 部隊を撤退させること、またはボスニア・ヘルツェゴビナ政府の支配下に置くこと、または解隊・武装解除させること (第 4 項)、を求めている。
- (9) *Op. cit.*, supra note 3 para. 588.
- (10) *Ibid.*, paras. 589-602.
- (11) *Ibid.*, paras. 603-607.
- (12) SEPARATE AND DISSENTING OPINION OF JUDGE MCDONALD REGARDING THE APPLICABILITY OF ARTICLE 2 OF THE STATUTE para. 7. (*International Law Reports* Vol. 112 p. 264.)
- (13) *Ibid.*, para. 10.
- (14) *Ibid.*, paras. 4, 16, 25. 及び Gabrielle Kirk McDonald, "THE ELEVENTH ANNUAL WALDEMAR A. SOLF LECTURE: THE CHANGING NATURE OF THE LAWS OF WAR", *MILITARY LAW REVIEW* Vol. 156 (1998) p. 42.
- (15) *Op. cit.*, supra note 12 para. 8.

- (16) *Op. cit.*, supra note 3 para. 606.
- (17) *Ibid.*, paras. 595, 600, 605.
- (18) *Op. cit.*, supra note 12 paras. 16, 19, 22-25.

(b) 1999 年上訴裁判部判決

第一審裁判部判決に対して Tadic 側からは、公正な裁判がなされていないこと、および犯罪の立証において不十分な部分があることを理由として上訴がなされた。検察側からは、本件においてジュネーヴ諸条約の重大な違反行為が成立すること、犯罪の立証が十分でないと言われた部分についての第一審裁判部判決は誤りであること、そして人道に対する罪の成立の要件に関する第一審裁判部の解釈は誤りであること、を理由に上訴がなされた。

まずジュネーヴ諸条約の重大な違反行為成立の前提として当該紛争が国際紛争でなければならないことを確認<sup>(1)</sup>した後、上訴裁判部は、「1992 年 5 月 19 日以後この紛争が引き続き国際的であるかあるいは専ら国内的なものとなったのか」という問題は、ボスニアのセルビア軍——本件のボスニアの犠牲者はこの権力内にあった——が外国すなわち FRY (新ユーゴ) の法上あるいは事実上の機関と考えられるかどうかという点に帰着する<sup>(2)</sup> ことをおさえる。そしてこの反徒が外国の機関化 (外国軍化) する場合の国際法上の仕組・要件の理論的整理を行なう。第一に、国際法上個人が国家の事実上の機関と見做される場合に関して、それによる国家責任の帰属の問題とその紛争の国際化の問題は同一の条件である、ということ<sup>(3)</sup>。つまり、反徒が外国軍化することによる外国への国家責任の帰属と反徒が外国軍化することによる紛争の国際化は同一の条件で論じることができる、ということである。第二に、外国の事実上の機関と見做される場合において、単なる個人や組織化されない集団と、反徒などの軍組織をなす団体 (に属する個人) とを区別する必要がある、ということ<sup>(4)</sup>。そして「単一の私人あるいは軍事的に組織されていない集団が、ある特定の行為を行なう際に、事実上の国家機関として行動していたかどうか、が問題である場合には、その特定の行為の遂行に関する具体的な指令が当該個人あるいは集団に対してその国家によって出されていたかどうかを確かめる必要がある。・・・他方、所属する軍隊あるいは民兵あるいは準軍事組織に対する国家の支配は一般的な性格のものでよい。・・・ある国 (あるいは武力紛争の文脈においては、紛争当事国) が、軍事団体に対する財政・訓練・装備の提供あるいは作戦上の支援に加えて、その団体の軍事行動の組織化・調整あるいは計画において、一定の役割をはたす場合に、国際法上求められる支配が存在すると考えられる。

そのような団体あるいは構成員によってなされた行為は、それらの個々の行為の遂行に関してのその支配国によるなんらかの具体的な指令の有無にかかわらず、事実上の国家機関の行為と見做されうる。<sup>(5)</sup>とする。なおここで、「ニカラグア事件の場合のように、その支配国がその領域国——その中で武力衝突が生じていたり、あるいはいずれにせよその武装組織がその活動を行なっている——ではないならば、その国がそれらの組織・集団への財政・装備の提供のみならず、一般的な指揮あるいはその活動計画の援助によって、本当にその組織・集団を支配していることを示すためには、より広範かつ圧倒的な証拠が必要とされる。<sup>(6)</sup>」が、他方、「当該支配国がその紛争の生じている国に対する領域的野望を有する隣接国であり、そしてその支配国がその支配する軍隊を通してその領域的拡大を達成しようとしている場合には、その基準を満たすことはより容易になるであろう。<sup>(7)</sup>」と述べ、その状況を考慮する必要に言及する。そして理論上の結論として「本件において、ボスニアのセルビア人軍隊が『軍事組織』を成しているとするれば、その武力紛争が国際的であると考えられるために国際法上求められるそれらの軍隊に対するFRY(新ユーゴ)当局の支配は、それらの軍隊への単なる財政・装備の提供より以上で軍事行動の計画・監督への参加をも含む、全般的な支配である。これに対して、そのような支配が単一の軍事行動——そのような行動が国際人道法に反していようといまいと——に関する個別の命令あるいは指令の発出にまで及ぶべきことを、国際規則は要求していない。<sup>(8)</sup>」

そこでこのボスニアのセルビア人軍隊と新ユーゴとの関係について、上訴裁判部は第一審裁判部によってなされた事実認定に依拠しながら<sup>(9)</sup>、「VRSとVJは、1992年5月以後、いかなる意味においてもふたつの別個の軍隊を構成するものではなかった<sup>(10)</sup>」「VJとVRSとの関係は政治的軍事的活動を単に調整する関係であると性格づけられえない。増大する国際的監視に対応して、たとえ軍事的活動に対してより目立たない形態の指揮が採用され実行されたとしても、VJとVRSとの間のつながりは同盟国間の単なる調整・協力を明らかにするに超えるものであり、実際、改名されたボスニアのセルビア人軍隊はなおベオグラードのVJの参謀本部の指揮下にある一軍隊を構成していた<sup>(11)</sup>」とすることにより、「従って、上訴裁判部は、本件に関連する時期(1992年)において、Republica Srpskaの軍隊はFRY(新ユーゴ)の全般的な支配下にあり、FRY(新ユーゴ)のために行動していたと考えられなければならない、と結論する。それゆえに1992年5月19日以後においてもボスニアのセルビア人とボスニア・ヘルツェゴビナの中央当局との間でのボスニア・ヘルツェゴビナにおける武力紛争は国際的武力紛争として分類されなければならない<sup>(12)</sup>」と判示した。

(1) Prosecutor v. Tadić (Case IT-94-1-A) *International Law Reports* Vol. 124 p. 96. paras. 80, 83.

(2) *Ibid.*, para. 87.

(3) *Ibid.*, para. 104.

(4) *Ibid.*, paras. 120, 122.

(5) *Ibid.*, para. 137.

(6) *Ibid.*, para. 138.

(7) *Ibid.*, para. 140.

(8) *Ibid.*, para. 145.

(9) *Ibid.*, para. 148.

(10) *Ibid.*, para. 151.

(11) *Ibid.*, para. 152.

(12) *Ibid.*, para. 162.

## (2) Tadic 事件判決以後の ICTY 諸判例

Čelebić i 事件第一審裁判部判決(1998年11月16日)において、第一審裁判部は、Tadic 事件1997年第一審裁判部判決におけるMcDonald 判事の反対意見と同じ考えに立ち、「少なくとも1992年4月以後ボスニア・ヘルツェゴビナにおいて国際的武力紛争が生じており、その年を通して継続した。・・・ボスニア国民ではないJNA部隊の撤退、そしてVRS及びVJの創設は、その紛争へのFRYの継続的関与を隠すための意図的試みであり、実際、FRY政府はボスニアのセルビア人の背後で支配力を保持し続けた。戦略レベルから人員・兵站レベルまでJNAの活動は変化せず、ただ名前だけが変わったに過ぎない。<sup>(1)</sup>」とした。この判決の後に、Tadic 上訴裁判部判決(1999年7月15日)とAleksovzki 事件上訴裁判部判決(2000年3月24日)が下された。Čelebić i 事件上訴裁判部判決(2001年2月20日)では先行するこの両上訴裁判部判決に沿った判断がなされ、当該紛争が国際紛争であるとの第一審裁判部判決を支持して、上訴人たちの主張を退けた<sup>(2)</sup>。

Tadic 事件・Čelebić i 事件は、VRSをFRY(新ユーゴ)の軍隊として認識することができるか、そしてその結果当該紛争をボスニア・ヘルツェゴビナと新ユーゴとの間の国際的武力紛争と性質づけることが可能であるかが問われたものである。これらとは別に、ボスニアのクロアチア人勢力とムスリム人のボスニア政府との間の紛争において、前者がクロアチア政府軍の支配のもとにあると

してその紛争をクロアチアとボスニア・ヘルツェゴビナとの間の国際的武力紛争と位置付けることができるか、を争点とする事件が存在する。この種の事件で1997年のTadic事件第一審よりも時間的に前のものとしてRajic事件の決定(1996年7月5日、9月13日)<sup>(3)</sup>がある。しかしこれは手続き証拠規則61における決定であって、犯罪の認定ではない。すなわち、ここで第一審裁判部が行なう唯一の判断は、被告人が起訴状で告訴された犯罪を行なったと信じる合理的な根拠があるかどうかだけであり、この判断の一部として、被告人の行為がこの裁判部の事項的裁判管轄権内にあるものかどうかを検討しているのである。但し、後に述べる(III<1>)のように、この決定において国家責任の帰属の問題と国際人道法の適用の問題を区別して捉えている点は重要である。

その後、いくつかの事件の判決において上述の争点についての判断が示されることとなった。

#### (a) Blaš kić 事件第一審裁判部判決(2000年3月3日)

ボスニアのクロアチア人勢力の軍隊であるクロアチア防衛評議会(HVO)の大佐(当時)であり、中央ボスニア作戦地区司令官であったBlaš kićは、1992年5月から1994年1月までに中央ボスニアのLaš va Valley地域でボスニアのムスリム人に対してなされた攻撃に関して、ジュネーブ諸条約の重大な違反行為、戦争犯罪及び人道に対する罪で起訴された。このジュネーブ諸条約の重大な違反行為の成立には、国際的武力紛争の存在が必要である。そして、当該行為がボスニアとクロアチアとの間の国際紛争において生じたとするためには、このHVOがクロアチアの「全般的な支配(overall control)」の下に置かれていなければならない<sup>(4)</sup>。以上の点を確認した後、「ボスニアの『クロアチアの』地域を併合するとTudjimanの野望は、その紛争中継続した。<sup>(5)</sup>」「HVOとクロアチアは同じ目的を共有したと思われる。HVO及びいくつかの準軍事的または類似の軍隊はクロアチアのために戦い、『クロアチアの』人々と領域を守り、彼らがクロアチアのものだと考える領域をクロアチア共和国に併合することを望んだ。<sup>(6)</sup>」ことを指摘し、そして「クロアチアは、より具体的には元大統領Tudjimanは、ボスニアの分割を望み、全般的な支配と言うに足る支配をボスニアのクロアチア人、特にHVOに対して行使した。・・・クロアチアとそしてボスニアのクロアチア人との間の密接なつながりは、HVOの創設によっても終わらなかった。クロアチアの間接的な介入は、従って、この紛争が国際的であるとの結論を導くものである。<sup>(7)</sup>」と述べている。本判決の論理は、基本的に、Tadic上訴裁判部判決(1999年7月15日)に従うものである。

#### (b) Aleksovzki 事件

##### ① 第一審裁判部判決(1999年6月25日)

本件は、Blaš kić 事件同様、Laš va Valley 地域でボスニアのムスリム人に対してなされた行為に関する事件であるが、Blaš kić その他の被告人の裁判は分離され、あるいは起訴が撤回されて、Aleksovzki のみが本件の被告人として残った<sup>(8)</sup>。この第一審裁判部多数意見では、本件における武力紛争はボスニアのムスリム人の軍隊とボスニアのクロアチア人部隊との間の紛争であって、国際的紛争ではないとした<sup>(9)</sup>。この点について「共同多数意見」において、「起訴状での時間と場所においてHVOが、実際、ボスニア・ヘルツェゴビナに対する武力紛争を遂行する上でHV(クロアチア政府軍)の全般的な支配の下で行動していた、ということの証明責任を検察側が果さなかった。HVOがクロアチアの事実上の機関ではなく、ボスニア・ヘルツェゴビナの武力紛争へのこの国の間接的な関与はなかった、と第一審裁判部多数意見は認定する。従って、検察側は、規程第2条適用のためのその紛争の国際性を、第一審裁判部多数意見が納得するほどには、明確にできなかった。<sup>(10)</sup>」と敷衍している。

以上の多数意見に対してRodrigues判事は反対意見を示している。「ヘルツェグ・ボスナ共同体(ボスニアのクロアチア人)とクロアチア共和国は、全てのクロアチア人を単一の政治体に包含すると言う共通の政治目的を目指していた<sup>(11)</sup>。」「HVOはクロアチア軍の戦略的・戦術的指揮命令系統に組み込まれており、クロアチア軍の機関として行動した<sup>(12)</sup>。」「上記の証拠から合理的な疑いの余地なくその申し立てられた行為の時間と場所において国際的武力紛争が存在したことが証明される<sup>(13)</sup>。」「本第一審裁判部の多数意見は、Tadic事件を審理した判事多数意見の法的判断に同調し、当該起訴状に関する時間及び場所において国際的武力紛争の存在の証明はなされなかった、と判示した。私の見解では、本件に提出された事実の検討から逆の結論が導かれる<sup>(14)</sup>。」このRodrigues判事の反対意見で言及されているように、多数意見の判断において1997年Tadic事件判決の影響が大きかったのかもしれない。実際、1999年Tadic事件上訴裁判部判決の後に下された本件上訴裁判部判決では、この1999年判決を踏襲することとなった。

##### ② 上訴裁判部判決(IT-95-14/1-A)(2000年3月24日)

本上訴裁判部判決はTadic事件上訴裁判部判決(1999年7月15日)の後に下された。そこで、上訴裁判部は上訴裁判部自身のそれまでの判断を踏襲しなけ

ればならないものかについて、「上訴裁判部は自身のそれまでの判断に従うべきであるが、正義のために説得力ある理由でそれらの判断から離れることが可能である<sup>(15)</sup>。」とした。そのうえで、先例である Tadic 事件上訴裁判部判決の妥当性を確認していく。まず、「Tadic 判決は、特に、軍事集団を国家の事実上の機関として扱うことができ、その軍事集団の行為をその国に帰属させて、それゆえそれがかかわる一見したところの国内的武力紛争を国際化させる状況を決定するための法的基準に関するものである<sup>(16)</sup>。」ことを押さえた上で、Tadic 事件上訴裁判部の要点を再確認する。「Tadic 第一審裁判部判決は、ICJ ニカラグア判決で述べられた『実効的支配』基準を適用し、そしてこれを個別具体的な指令の証拠を求めるものと解釈した。Tadic 事件上訴裁判部は、二つの理由から、この『実効的支配』基準が説得的ではなく従われるべきではない、とした<sup>(17)</sup>。」「概して、『軍隊あるいは戦争や国内闘争における不正規兵の武装組織や反徒などのように組織され階層的構造を有する集団を成す個人』の場合にはニカラグア事件の実効的支配基準に従わない理由として、Tadic 事件上訴裁判部によって示された第 1 の根拠は、『通常、集団の構成員は自らの意思で行動するものではなく、その集団において通用している基準に従い、その集団の長の権威に服する。』ということである<sup>(18)</sup>。」「従って、Tadic 事件上訴裁判部の見解では、一旦その集団がある国家の『全般的な支配』の下に置かれていることが確立されれば、個別具体的な指令がその集団の構成員に対してその国によって下されたかどうかにかかわらず、その集団の活動に対してその国の責任が発生するのである<sup>(19)</sup>。」「Tadic 事件上訴裁判部がニカラグア基準を説得力のないものと判断した第二の理由は、それが判例及び国家実行と合致していない、ということである。Tadic 事件判決は、請求裁判所、国内裁判所、地域的裁判所、そして国際裁判所の多くの判例を引用しているが、それらにおいて個別具体的な指令がその集団の構成員に対してその国によって発せられたかどうかについて検討されることなく、集団の行為が特定の国に帰属されているのである<sup>(20)</sup>。」以上の諸点について本上訴裁判部は Tadic 事件判決の先例から離れる理由がないとする。「上訴裁判部は、本判決の段落 107 で述べた原則を適用し、Tadic 事件判決でのその判断に従う。というのは、慎重な分析の結果、それから離れる説得力ある理由をなんら見出すことができなかつたからである。……Tadic 事件判決で示された『全般的な支配』基準が、適用される法である<sup>(21)</sup>。」従って、本件第一審裁判部の判断は上訴裁判部として支持できないこととなる。「Aleksovzki 事件第一審裁判部判決は、『全般的な支配』に明示的に言及しているけれども、実際は全般的な支配基準を適用しなかつた、と上訴裁判部は判断する<sup>(22)</sup>。」ただし、以下の理由から被告人の量刑には影響しないとした。「上訴裁判部は第一審裁判部が第 2 条の適用の決定に際して誤った基準を適用した

と判断するけれども、以下の理由により、訴因 8 及び 9 についての無罪の判決を覆さない。……起訴内容にある上訴人の実質的行為は、訴因 8 及び 9 に関するものと、そして上訴人が有罪とされた訴因 10 に関するものと、同一である。従って、これらの訴因について有罪と認定されることにより無罪判決が覆されるとしても、上訴人の刑を増やすことは適当ではない<sup>(23)</sup>。」

この Aleksovzki 事件上訴裁判部判決以後、Aleksovzki 事件上訴裁判部判決で確認された 1999 年 Tadic 事件上訴裁判部判決の論旨が ICTY における確立した判例として踏襲されている。2001 年 2 月 26 日の Dario Kordić and Mario Čerkez 事件第一審裁判部判決<sup>(24)</sup>、2004 年 12 月 17 日の同事件上訴裁判部判決<sup>(25)</sup>、2004 年 9 月 1 日の Brđjanin 事件第一審裁判部判決<sup>(26)</sup> などである。

(1) PROSECUTOR V. ZEJNIL DELALIĆ, ZDRAVKO MUCIĆ also known as "PAVO", HAZIM DELIĆ and ESAD LANDŽO also known as "ZENGA" ("CELEBICI Case") (IT-96-21-T) paras. 233-234.) (André KLIP and Göran SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. 3 *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1997-1999* (Intersentia, 2001) p. 424. この Celebić i 事件の概要について、米田真澄「チェレビチ事件」『国際人権』第 12 号 (2001 年報) 87~89 頁参照。

(2) PROSECUTOR V. Zejnil DELALIĆ, Zdravko MUCIĆ (aka "PAVO"), Hazim DELIĆ and Esad LANDŽO (aka "ZENGA") ("CELEBIĆ I Case") (IT-96-21-A) paras. 6-51.) (André KLIP and Göran SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. 5 *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 2000-2001* (Intersentia, 2003) pp. 375-383.)

(3) 被告人 Ivica Rajic は、ヘルツェグ・ボスナ・クロアチア共同体 (HB) (ボスニア・ヘルツェゴビナ共和国のクロアチア人勢力) の軍隊であるクロアチア防衛評議会 (HVO) の司令官で、1993 年 10 月 23 日にボスニア・ヘルツェゴビナ共和国の Stupni Do 村に対する攻撃を命じたことに関して、裁判所規程第 2 条における 1949 年ジュネーヴ諸条約の「重大な違反行為」としての「殺人」および「財産の破壊」ならびに規程第 3 条における戦争の法規慣習違反としての「一般住民に対する攻撃」および「村の恣意的な破壊」のそれぞれの規定の違反または上官としての責任を問われて起訴されている (Prosecutor v. Rajic (Rule 61) (Case IT-95-12-R61) International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, 5 July 1996 and 13 September 1996

para. 1. *International Law Reports* Vol. 108 p. 147.)。被告人に対するこれらの訴因について裁判所が事項的管轄権を有するかどうかを裁判部は最初に検討する。すでに Tadic 事件上訴裁判部判決において、裁判所規程第 2 条の適用は国際的武力紛争の存在を必要とすると判断されているので、本裁判部はこのことを前提として、本件において国際的武力紛争が存在しそれ故規程第 2 条に関する訴因に対して裁判所が管轄権を持つかどうかをまず吟味する。この国際紛争の存在について裁判部はクロアチアによる直接的な軍事介入の側面と、そしてボスニアのクロアチア人のクロアチアによる支配の側面の両方から分析し、そしてその両方の側面から国際的武力紛争が存在したと判断としている。

まず、クロアチアによる直接的軍事介入について、クロアチア軍部隊は 1992 年終わりから 1994 年 3 月にかけて中央ボスニアに存在し、ボスニアのクロアチア人の軍とともにボスニア政府軍との戦闘に参加していた、として「ボスニアのクロアチア人を支援してのクロアチア軍の実質的かつ継続的な軍事介入の結果、ボスニアのクロアチア人とボスニア政府との間の中央ボスニアにおける国内紛争は国際的武力紛争となり、そして、この紛争は 1993 年の 10 月の Stupni Do 攻撃時に継続していた」と認めた (*ibid.* paras. 13-14, 19, 21.)。しかしこのことだけではクロアチア共和国とボスニア・ヘルツェゴビナ共和国との間に国際的武力紛争が存在したというにすぎない。この Stupni Do 村攻撃は HB の軍隊である HVO によりなされたのであるから、国際紛争に適用される人道法が本事件に適用されるためには、この HB あるいは HVO がクロアチアの機関であることを示す必要がある。そこで本裁判部は、このボスニアのクロアチア人 (HB) がクロアチアの機関であることを次に述べる。

ここで裁判部は ICJ ニカラグア事件判決を参照するが、しかし、本件とニカラグア事件ではその前提が異なる、とする。すなわち「ニカラグア事件において ICJ は、本件において第一審裁判部に出されている問題とはまったく異なる文脈において機関の問題を検討したことを、第一審裁判部は強調する必要があると考える。第一に、ニカラグア事件における ICJ 判決は、コントラの行動についてのアメリカの責任の最終的判断であった。これに対して本訴訟手続きは予備的性質のものであって、公判 (trial) において見なおされうるものである。第二に、ニカラグア事件においては ICJ は国際人道法違反についての国家責任の決定という任務を負った。従って、ICJ は、正当に、コントラに対するアメリカの活動上の支配に焦点を合わせ、そして『[アメリカに対する] 高度の依存度で [アメリカが] ある軍に対して全般的支配を行なうことは』その軍による違反の責任を確定する上で、十分なものではない、と判示した。これに対して本裁判部は、ボスニアのクロアチア人の行為に対するクロアチアの責任の判断を求められているのではない。そうではなくて、ジュネーヴ条約の重大な違反行

為規定の違反とされる別個の行為に対する事項的裁判管轄権を設定する上で、ボスニアのクロアチア人がクロアチアの機関として考えられうるかどうかを判断することを本裁判部は求められている。従って、その検討においては具体的な活動上の支配は重要ではない。むしろ本裁判部は、ボスニアのクロアチア人に対してクロアチアによって行使される全般的な政治的軍事的支配に焦点をおく。(*ibid.*, para. 25.)」このように述べたあと、第一審裁判部は、「1992 年秋から 1993 年春までのボスニア中南部におけるボスニア政府との衝突において、ボスニアのクロアチア人がクロアチアの機関であったと信じるに足り合理的根拠が、提出された証拠から示される。クロアチアは、アメリカがニカラグア事件においてコントラを支援したのと同じやり方でボスニアのクロアチア人を支援したことに加えて、ボスニア領内の紛争に自国軍隊を派遣し、そして、ボスニアのクロアチア人の軍組織および政治組織の両方に対し高度の支配を行使したと思われる。(*ibid.*, para. 26.)」「クロアチアはクロアチア軍人員の援助に加えて、ボスニアのクロアチア人に財政的援助——特に武器の購入——および兵器購入や軍装備提供の援助の形での兵たん支援を行っていた。(*ibid.*, para. 27.)」とし、さらに、クロアチア自身、そのボスニアのクロアチア人に対する軍事および政治的な支配を明示的にも黙示的にも認めている (*ibid.*, para. 31.) として上で、「ボスニアのクロアチア人が、本訴訟手続き上、ジュネーヴ諸条約の諸規定の重大な違反行為の違反と申し立てられている別個の行為に関して、クロアチアの機関であると考えられる (*ibid.*, para. 32.)」と結論づけた。そのうえで第一審裁判部は、次に、本事件で被害を受けた人や物がジュネーヴ第四条約において保護される人および物であることも肯定し、規程第 2 条違反についての事項的管轄権を認めた (*ibid.*, paras. 33-43.)。なお、規程第 3 条の違反に関しては、Tadic 事件上訴裁判部の判断では国際的武力紛争の存在は必要ではないとされているが、本裁判部は「本件での紛争が国際的性質のものであると結論づけるのに十分な証拠がある、と本裁判部は判示している。従って、本裁判部は規程第 3 条 b に示される恣意的な破壊の禁止が、慣習国際法の問題として、国内的武力紛争にまで及ぶかどうかを検討する必要はない」、としている (*ibid.*, para. 46.)。本裁判部はこの手続きにおいて、Rajic に対する起訴状のすべての訴因について事項的裁判管轄権を持つことを決定し、Rajic が起訴状のすべての訴因の犯罪を行なったことを信じる合理的理由があることを認め、そして、Rajic に対する国際逮捕状を発した (*ibid.*, pp. 168-169.)。

Rajic 事件の第一審裁判部判決は 2006 年 5 月 8 日に下された。Rajic は検察側と答弁についての合意 (Plea Agreement) に達し、ジュネーヴ諸条約の重大な違反行為 (規程第 2 条) に関する四つの訴因についての有罪答弁に同意した。



第一審裁判部はRajićに対して12年の拘禁刑を下した (Rajić 事件第一審裁判部判決 (IT-95-12-S) (2006年5月8日) (<http://www.un.org/icty/rajic/trialc2/judgement/raj-tj0060508e.pdf>)).

なお、このRajic事件のほかにも、この同じ手続き証拠規則61における決定で、クロアチア紛争、ボスニア・ヘルツェゴビナ紛争を国際的武力紛争と認めている事例がある。しかしこれらの決定においては、なぜ当該紛争が国際的武力紛争と考えられるのかについて、必ずしも詳細に論じられてはいない。前者のクロアチア紛争に関する例——Prosecutor v. Mrksic, Radic and Sljivancanin (Rule 61) (Case IT-95-13-R61) International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, 3 April 1996 *International Law Reports* Vol. 108 p. 53. 第一審裁判部は、本件において、すでにクロアチアは独立国となっており、セルビア共和国のために行動していた JNA の士官によってクロアチア住民に対して戦争犯罪がなされた、とした (para. 25)。後者のボスニア・ヘルツェゴビナ紛争に関する事例——Prosecutor v. Nikolic (Rule 61) (Case IT-94-2-R61) International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, 20 October 1995 *International Law Reports* Vol. 108 p. 21. 本件では第一審裁判部は一方でベオグラード政府 (新ユーゴ) の支配下にある JNA 軍がボスニア・ヘルツェゴビナの独立後に当該戦闘を行なったことを述べながら、他方で旧ユーゴ紛争全体がひとつの大きな武力紛争でその紛争に数カ国がかかわっていたことを指摘している (para. 30)。Prosecutor v. Karadzic and Mladic (Rule 61) (Case IT-95-5-R61 and IT-95-18-R61) International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, 11 July 1996 *International Law Reports* Vol. 108 p. 86. この決定において第一審裁判部は、以下の理由で、ボスニア・ヘルツェゴビナ紛争が国際的性質を有していたと一応充分に (prima facie) 考えられるとする。「ボスニア・ヘルツェゴビナにおける軍事行動の始まりを 1992 年 4 月におくことができる。この時までにはボスニア・ヘルツェゴビナはすでに独立国となっていた。その軍事行動は JNA 及び現地セルビア軍及び準軍事集団によってなされた。この時 JNA は、SFRY (ユーゴスラビア社会主義連邦共和国) 当局、その後セルビア共和国によって大部分支配される FRY (セルビア及びモンテネグロ) 当局、の支配下にあり、あるいはそれらとともに行動していた。従って第一審裁判部は、この紛争がボスニア・ヘルツェゴビナにおいて始まった時点において、この紛争は二つの異なった国すなわちボスニア・ヘルツェゴビナ共和国と SFRY、後の FRY、を含んでいた限りにおいて国際的性質であると考えられる。」「公式に撤退した後においても JNA はボスニア・ヘルツェゴビナに引き続き明らかに介入した」「ユーゴスラビア軍となった JNA は 1992 年 5 月にボス

ニアのセルビア軍設立を許した、と主張されており、そしてその後長期にわたってこの軍隊を支配し続けた。(para. 88)』

(4) Prosecutor v. Blaškić (Judgement) (Case IT-95-14-T) para. 100. (*International Law Reports* Vol. 122 p. 50.)

(5) *Ibid.*, para. 106. p. 52.

(6) *Ibid.*, para. 108. p. 53.

(7) *Ibid.*, paras. 122-123. p. 57.

(8) The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Judgement (Case No.: IT-95-14/1-T) para. 4. (André KLIP and Göran SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. 4 *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1999-2000* (Intersentia, 2002) p. 282.

(9) *Ibid.*, paras. 44-46. p. 290.

(10) Joint Opinion of the Majority, Judge Vohrah and Judge Nieto-Navia, on the Applicability of Article 2 of the Statute pursuant to paragraph 46 of the Judgement para. 27. (*ibid.*, p. 358.)

(11) Dissenting Opinion of Judge Rodrigues, Presiding Judge of the Trial Chamber para. 6. (*ibid.*, p. 337.)

(12) *Ibid.*, para. 12. (*ibid.*, p. 339.)

(13) *Ibid.*, para. 15. (*ibid.*, )

(14) *Ibid.*, para. 18. (*ibid.*, p. 340.)

(15) The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Judgement (Case No.: IT-95-14/1-A) para. 107. (André KLIP and Göran SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. 4 *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1999-2000* (Intersentia, 2002) pp. 388.)

(16) *Ibid.*, para. 129. (*ibid.*, p. 391.)

(17) *Ibid.*, para. 130. (*ibid.*)

(18) *Ibid.*, para. 131. (*ibid.*, p. 392.)

(19) *Ibid.*, para. 132. (*ibid.*)

(20) *Ibid.*, para. 133. (*ibid.*)

(21) *Ibid.*, para. 134. (*ibid.*)

(22) *Ibid.*, para. 143. (*ibid.*, p. 393.)

(23) *Ibid.*, para. 153. (*ibid.*, pp. 394-395.)

(24) Dario Kordić and Mario Čerkez 事件第一審裁判部判決 (IT-95-14/2-T) (2001年2月26日) Blaškić 事件・Aleksovski 事件同様、

Laš va Valley 地域でなされた行為に関する事件である。両被告人はボスニアのクロアチア人で、本件は主に 1992 年及び 1993 年に起きたボスニアのムスリム人とボスニアのクロアチア人との紛争の中で生じた (Judgement para. 1.)。

「Tadić 事件上訴裁判部において、国内紛争が国際化するために、軍隊・民兵あるいは准軍事組織に対して国際法上必要な支配は、次の場合に存在するものと考えられた。すなわち、国家が『その軍事集団に対する財政・訓練・装備の提供、あるいは作戦上の支援に加えて、その集団の軍事行動の組織化・調整あるいは計画において、一定の役割をはたす場合である。その集団あるいはその構成員によってなされた行為は、それらの個々の行為の遂行に関してのその支配国による個別具体的な指令の有無にかかわらず、事実上の国家機関の行為とみなされる。』」( *ibid.*, para. 114.) 「本裁判部は、Tadić 事件上訴裁判部によって示された基準が満たされているかどうかを判断するために、証拠を調べる。本質的に、その基準には二つの部分がある。(a) 財政支援及び訓練の支援、軍装備の提供及び作戦上の支援、(b) 軍事作戦の組織化・調整あるいは計画への参加、である ( *ibid.*, para. 115.)。」「以上のことから本裁判部は、クロアチアが HVO に対して財政支援及び訓練の支援、軍装備の提供及び作戦上の支援を行うことによって、そして、HVO の軍事作戦の組織化・調整あるいは計画への参加によって、クロアチアは HVO に対して全般的な支配を行使したと確信する。従って、本裁判部は、このことに基づいて、HVO と ABiH (ボスニア軍) との間の紛争は国際的になったと判断する ( *ibid.*, para. 145.)。」(Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez, Judgement, 26 February 2001; Case No. IT-95-14/2-T) (André KLIP and Göran SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. 7 *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 2001* (Intersentia, 2005) pp. 249-489.)

(25) Dario Kordić and Mario Čerkez 事件上訴裁判部判決 (IT-95-14/2-A) (2004 年 12 月 17 日) Kordić 及び Čerkez の上訴理由の中に、当該時間に国際紛争は存在していなかった、ということが挙げられた (Judgement paras. 9-10, 295.)。「Tadić 事件上訴裁判部判決は、軍隊が外国のために行動しているとみなされ、それゆえその武力紛争が国際的となりうる状況を、詳細に検討した。この事件で上訴裁判部は、そのような軍隊に対する外国の全般的な支配の諸要素を決定した。( *ibid.*, para. 306.)」「上訴裁判部は、Aleksovzki 事件においてこの理由付けを確認し、そして、ニカラグア事件で ICJ によって示された実効的支配基準が説得的なものではないことを繰り返した。上訴裁判部は、この確立した判例から離れる理由を何ら見出さない ( *ibid.*, para. 307.)。」外国の事実上の機関と見做される場合において、単なる個人や組織化されない集団と、反徒などの軍組織をなす団体 (に属する個人) とを区別する必要がある

るとする Tadić 事件上訴裁判部判決 para. 120. を引用し、本上訴裁判部はこの分析に同意する ( *ibid.*, para. 308.)。「上記の理由により、第一審裁判部は、その中央ボスニアにおける武力紛争の国際的性質の判断に際して全般的な支配の基準を適用したことにおいて、法的な誤りを犯していない ( *ibid.*, para. 313.)。」Tadić 事件上訴裁判部判決 para. 137 から第一審裁判部が定式化した二つの基準：(a) 財政支援及び訓練の支援、軍装備の提供及び作戦上の支援、(b) 軍事作戦の組織化・調整あるいは計画への参加、を確認して ( *ibid.*, para. 361.)、「上述の証拠により、事実の合理的観察者であれば、合理的な疑いの余地なく、クロアチアが当該時間に HVO に対する全般的な支配を行使していたことを認めざるをえない、と上訴裁判部は判断する ( *ibid.*, para. 369.)。」「上記の理由により、HVO (クロアチア防衛評議会) と ABiH (ボスニアのムスリム人の軍隊) との間の武力紛争が国際的性質を有するとの第一審裁判部の認定を、上訴裁判部は支持する ( *ibid.*, para. 374.)。」Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez, Judgement, 17 December 2004 (IT-95-14/2-A) (<http://www.un.org/icty/kordic/appeal/judgement/ce-ai041217e.pdf>)

(26) Brdjanin 事件第一審裁判部判決 (IT-99-36-T) (2004 年 9 月 1 日) 「国内的武力紛争は、(i) 他国がその部隊を通してその紛争に介入するか、あるいは、(ii) その国内的武力紛争の参加者の中にその他国のために行動する者がいる場合には、国際的になりうる。……国家の事実上の機関として行動する軍隊・民兵あるいは准軍事組織については、その支配の全般的な性質の確立で十分である。国際法により求められるその支配は、国家 (あるいは、武力紛争の状況では、紛争当事者) が、(i) その軍事集団の軍事作戦の組織化・調整あるいは計画において、及び、(ii) その集団への財政支援及び訓練の支援、軍装備の提供及び作戦上の支援において、一定の役割をはたす場合に存在するものと考えられる。これらの二つの要素はどちらも満たされなければならない。(Judgement para. 124.)」「1992 年 5 月 19 日以後、FRY は VRS に対して兵站、人員及び訓練の三つの主たる形態の作戦支援を提供した。第一審裁判部は、FRY が VRS に対して大量の軍装備、燃料および弾薬を提供しており、VRS がこの調達にほとんど完全に依存していた、と判断する ( *ibid.*, para. 145.)。」「従って、1992 年 5 月 19 日以後 FRY が VRS に対して行った支援は『全般的な支配』基準の第 1 の部分の要件を満たしている、と第一審裁判部は判断する ( *ibid.*, para. 148.)。」「JNA から 1992 年 5 月 19 日以後の SerBiH (ボスニア・ヘルツェゴビナ・セルビア人共和国) 軍隊、そしてその後の VRS への名称変更にもかかわらず、その結果として実際には何らの実質的な変化は生じなかった、と第一審裁判部は判断する。……JNA から独立する VRS をつくるために取られた措置は、FRY がボスニア・

ヘルツェゴビナ領域で生じている武力紛争に介入しているとの政治的非難をかわし、その紛争への全ての関与を停止せよとの国際社会の要求に対処するための単なる策略であった、と第一審裁判部は判断する (*ibid.*, para. 151.)。」「従って、第一審裁判部は、ARK(クライナ自治地区)で生じた武力紛争は本起訴状の全期間を通して国際的性質であったと結論する (*ibid.*, para. 154.)。」  
Prosecutor v. Radoslav Brdjanin, Judgement, 1 September 2004 (IT-99-36-T) (<http://www.un.org/ictv/brdjanin/trialc/judgement/brd-tj040901e.pdf>)  
「ブルグニン事件」について、本件の裁判官である多谷千香子の著作(多谷千香子著『「民族浄化」を裁く—旧ユーゴ戦犯法廷の現場から—』(2005年、岩波新書)58~126頁)参照。

### Ⅲ 内戦の国際化の一類型——反徒の「外国軍化」をめぐって——

政府と反徒の間の内戦に、外国軍隊が反徒を支援して直接介入することによって内戦が国際化するという場合がある。この場合の国際化は外国軍と政府軍との間においてだけであって、政府と反徒の間は依然として内戦である。他方、反徒が介入する外国の下部機関として位置づけられるならば、つまり反徒が「外国軍化」するならば、その内戦は政府と外国軍との間の国際紛争のみに転化する。それではこのように反徒が「外国軍化」したと認定できるためにはどのような条件が必要なのであろうか。ニカラグア事件及び Tadic 事件(そしてその後の ICTY 諸事件)において、このような反徒の「外国軍化」の可能性について検討された。しかし、これらの判決における「反徒の『外国軍化』」の意味は同じではない。ニカラグア事件においては反徒(コントラ)の行為から生じる責任が外国(アメリカ)に帰属するか、という国家責任の文脈でこのことが取り上げられたのに対して、Tadic 事件等では、国際人道法の適用の問題——つまり内戦に適用される国際人道法が適用されるのか、それとも国際紛争に適用される国際人道法が適用されるかという問題——であった。この両者の問題は区別して考えるべきなのであろうか、それとも一体なのであろうか。さらに、反徒の「外国軍化」は、あくまでも反徒集団全体として考えられるか、それとも反徒構成員の個人レベルでも考えられうるのであろうか。本節ではこれらの問題を検討することにより、国際人道法適用における反徒の「外国軍化」を分析したい。

#### 〈1〉 国家責任の帰属問題と国際人道法の適用問題

1996年のRajic事件決定においてICTY第一審裁判部はICJニカラグア事件判決に言及し、「ニカラグア事件においてICJは、本件において第一審裁判部に出されている問題とはまったく異なる文脈において機関の問題を検討したことを、第一審裁判部は強調する必要があると考える。・・・ニカラグア事件においてはICJは国際人道法違反についての国家責任の決定という任務を負った。従って、ICJは、正当に、コントラに対するアメリカの活動上の支配に焦点を合わせ、そして『[アメリカに対する]高度の依存度で[アメリカが]ある軍に対して全般的支配を行なうことは』その軍による違反の責任を確定する上で、十分なものではない、と判示した。これに対して本裁判部は、ボスニアのクロアチア人の行為に対するクロアチアの責任の判断を求められているのではない。そうではなくて、ジュネーヴ条約の重大な違反行為規定の違反とされる別個の行為に対する事後的裁判管轄権を設定する上で、ボスニアのクロアチア人がクロアチアの機関として考えられるかどうかを判断することを本裁判部は求められている。従って、その検討においては具体的な活動上の支配は重要ではない。むしろ本裁判部は、ボスニアのクロアチア人に対してクロアチアによって行使される全般的な政治的軍事的支配に焦点をおく」とした<sup>(1)</sup>。つまり第一審裁判部は国家責任の帰属の問題と国際人道法の適用の問題を区別して考え、「全般的な政治的軍事的支配」の存在が国際人道法適用上、反徒の「外国軍化」をもたらすとしている。ただ、このように両者を区別して考えなければならない根拠をこのRajic事件決定では詳しく論じていない。

このRajic事件決定の後にされたTadic事件第一審裁判部判決(1997年)においては、「ニカラグア事件は、結局のところ、特に国際人道法規則の違反についての国家責任に関するものであったのに対し、本件は究極的に人道法規違反に対する個人の責任に関するものである。しかしながらニカラグア事件において裁判所は、本件と同様、国際人道法のどの部分が当該行動に適用されるのかという媒介的問題にも取り組んでいるのである。<sup>(2)</sup>」として、この人道法違反による個人の処罰の問題と国家責任の問題との区別の必要を認めなかった。MeronはこのTadic事件第一審裁判部判決のアプローチを批判し、「明らかにそのニカラグア基準は国家責任の問題のみを対象としている。概念的にその基準はある紛争が国際的か国内的かを決定しえない<sup>(3)</sup>」「実際、国際法文献をざっと通読しても、国家責任の帰属性は、外国の介入による紛争の国際化、そして国際的性質の武力紛争を規律する国際人道法規則の適用可能性、を判断する上で一般に用いられる基準ではないことがわかる<sup>(4)</sup>」と述べる<sup>(5)</sup>。Greenwoodも国際人道法の適用問題と国家責任の帰属の問題は別であるとし、ある紛争が国際的であるためには二ヶ国以上の間に敵対行為があれば十分であるとする。そ

して国家責任の帰属問題を紛争の性質の問題に持ち込むことは、外国軍と反徒のつながりが必ずしも明確ではないために、法に不確実な要素をもたらすものであるとする<sup>(6)</sup>。

このような学説上の批判があったが、1999年上訴裁判所判決は国家責任の帰属性と武力紛争の国際化との間で基準を別ける必要を認めなかった。「問題となっていることは、……国際法上個人が国家の事実上の機関として行動しているとみなされうる条件の問題である。論理的にこれらの条件は次の両方の場合において同一である。(i)個人によってなされた行為が国家に帰属し、それによってその国の国家責任を生じさせるかどうかを判断することが、裁判所の任務である場合。(ii)個人が事実上の国家機関として行動しており、それによってその紛争が国際的となり、こうして『重大な違反行為』制度適用の前提条件が満たされるかどうかを、裁判所が判断しなければならない場合。この両方の場合において問題となるのは国家責任と個人の刑事責任の区別ではない。問題は、国家機関の地位を持っていない個人によってなされた行為の国家への法的帰属性の基準を確定することである。一方においてこれらの行為は、もし国家に帰属すると証明されれば、その国の国家責任を生じさせることとなり、他方において、その武力紛争が国際的と分類されなければならないことを示すこととなるのである。<sup>(7)</sup>」

国家責任の帰属を論じる場合でも、国際人道法適用におけるその紛争の性質を論じる場合でも、その反徒団体全体の「外国軍化」と反徒の構成員個人の個々の行動における機関化とを区別する必要がある。反徒全体が「外国軍化」すればその反徒の構成員の行動すべてについて当該外国に責任が帰属するのに対して、反徒の構成員個人の個々の行動における機関化の場合においては当該行動に関してのみ当該外国に責任が帰属すると考えられる。国際人道法の適用においても同様であると考えられ、反徒全体が「外国軍化」すれば内戦は存在しなくなるが、反徒の構成員個人の個々の行動における機関化の場合においては当該行動に関してのみ国際紛争に適用される国際人道法が適用され、その他の場合には内戦に適用される人道法が適用される。このような国家責任の帰属と国際人道法の適用とを区別して論じなければならない理論的必要性があるのだろうか。Meronの主張によれば、国家責任の帰属性の基準は国際人道法適用の基準とは異なるとされる。しかしこの両者は別個に考えられるものではなく、理論的な順序としては、反徒が「外国軍化」することから国家責任の帰属および国際紛争に適用される国際人道法の適用がもたらされるのである。その反徒の「外国軍化」を認識する上で、国家責任の帰属の問題として議論されるにすぎない。つまりそもそも反徒の行為が外国国家に帰属するのはその反徒が外国の機関(軍隊)となっているからなのであり、その逆ではない(責任が帰属す

るから外国の機関であるわけではない)。反徒が介入する外国の軍隊と認識されるならば、当然に反徒の行為から生じる国家責任が外国に帰属するし、同時に、反徒の行為は外国の行為となるから反徒と既存の政府との間には国際紛争に適用される国際人道法が適用されることになる。このように考えることが理論的にもっとも整合的であると思われる。

(1) Prosecutor v. Rajic (Rule 61) (Case IT-95-12-R61) International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber, 5 July 1996 and 13 September 1996 *International Law Reports* Vol. 108. pp. 155-156. para. 25.

(2) Prosecutor v. Tadic (Judgment) (Case IT-94-1-T) *International Law Reports* Vol. 112 p. 189. para. 585.

(3) Theodor Meron, "Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua's Fallout" *American Journal of International Law* Vol. 92, No. 2 (1998) p. 237.

(4) *Ibid.*, p. 239.

(5) 他方で Meron は、1995年10月の上訴裁判部判決——旧ユーゴ紛争には国際的側面と国内的側面があるとした——を批判し、「上訴裁判部は、司法経済の考慮を無視して、同一の紛争においてそれが国際的性質か国内的性質かによって適用されるばかげた規範の掛け布(a crazy quilt of norms)の作成をもたらしており」(*ibid.*, p. 238.)、旧ユーゴスラビアにおける諸紛争を単一の国際紛争であると考えべきことを主張する(*ibid.*, p. 241.)。この主張は、「司法経済の考慮」つまり裁判の便宜性の考慮から、反徒の「外国軍化」の基準を緩やかに解することによって、旧ユーゴにおける諸紛争を単一の国際紛争として扱うべき、とするものであろうか。(Meronは、外国の介入によって内戦が国際紛争に転化することをも指摘するが(*ibid.*, pp. 241-2.)、それは当該国とその介入外国の間においてでしかない。)しかし、刑事裁判において適用される法規を認定する際に「司法経済」を考慮すべきではないであろうし、また、現行法上確立していない原則を持ち込むことも慎むべきであろう。

(6) Christopher Greenwood, "The Development of International Humanitarian Law by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Max Planck Yearbook of United Nations Law* Volume 2 (1998) pp. 120-121.

(7) Prosecutor v. Tadić (Case IT-94-1-A) *International Law Reports* Vol. 124 p. 103. para. 104. (傍点の部分は、原文ではイタリック)

## (2) 反徒の「外国軍化」の認定条件

内戦における反徒は、それを支援する外国政府とどのような関係になったときに、その外国の軍隊と化するのであろうか。私人や私人の集団の行為が国家の行為とみなされる場合に関して、国家責任に関する国際法委員会（ILC）草案（2001年草案）の第8条及び第9条では次のように規定される。

「第8条（国により指揮されまたは命令された行為） 人または人の集団の行為は、その人または人の集団が、その行為の遂行において、ある国の指令に基づき、またはその国による指示あるいは支配の下で事実上行動していたならば、国際法上その国の行為と看做される。

第9条（正規の機関が存在しないかまたは機能しない場合に行われた行為） 人または人の集団の行為は、正規の機関が存在しないかまたは機能しない場合に、統治権能の諸要素を事実上行使しており、かつ、これらの権能の諸要素の行使を必要とするような状況においては、国際法上国の行為と看做される。<sup>(1)</sup>」

この両条文は ILC 暫定草案第8条<sup>(2)</sup>に対応するものである。この両条文において直接の対象とされているのは、あくまでも人（私人）あるいは人（私人）の集団であって、既存政府に対抗しうるほどの組織性・実効性を有する「反徒」組織ではないことに注意をする必要がある。従って、この2001年草案第8条の注釈において ICJ ニカラグア事件や ICTY Tadic 事件に言及していること<sup>(3)</sup>は、適切とは思われない。もちろん、2001年草案の作成においてニカラグア事件・Tadic 事件等の諸判例を考慮したであろうが<sup>(4)</sup>、そのことによって、本来、私人あるいは私人の集団を対象とするこの条文の性格をゆがめる結果になったと思われる。コントラについては反徒としての組織性・実効性あるいは問題があるかもしれないが、ボスニアのセルビア人勢力はボスニア政府に十分対抗しうる組織性・実効性を備えていたことは明らかである。2001年草案で反徒としての行動そのものを対象とするのは第10条である。本条は、反徒の目的が実現して新政府の樹立に成功したり、新国家樹立に成功した場合に、反徒としての行為が新政府・新国家の行為と看做される旨規定するのもであり、成功しなかった反徒自体の国際責任を扱うものではなく<sup>(5)</sup>、また、第8条・第9条と區別して、反徒自体が外国の機関となる場合を扱うものでもない。しかし、反徒の団体と私人の集団とは概念的に明確に區別される。ILC 暫定草案第14条の注釈では、「反徒団体の機関の行為」に関連して、「反乱の初期においては後に反徒団体の機関となる者の行動が私人の行動として現われることはまちがいな

い。・・・しかし反徒団体——この用語が国際法において持つ意味においての——が形成されるや否や状況が変わる。この時以後、国家と並んで、その国家の主権あるいは統治の下にある領域の一部において、自らの機構を持ち、その反徒団体自体のために行動する機関を持つ組織が存在しているのである。その反徒団体の組織を構成し、その団体のために行動する機関はその国家の機関ではない。それは暴動や大衆示威活動に参加している私人がそうでないのと同じである。しかし、反徒団体の機関は、もしその行動が反徒団体に課せられると認められる国際義務の違反を構成するならば、反徒団体の機関として、反徒団体自体に対する国際責任をもたらすべき行動を行なうことになる。<sup>(6)</sup>」と述べられていた。2001年草案第10条においても、第8条・第9条の「私人あるいは私人の集団」とは明確に區別される「反乱団体その他の運動団体」について規定されており、その反乱団体にはさまざまな形態のものがあるけれども、「1977年第二追加議定書に含まれる武力紛争法規適用のための敷居が目安（guide）となりうる」として、同議定書第1条1項・2項を引用する<sup>(7)</sup>。明らかに、ここで議論される「反乱団体その他の運動団体」は、「私人あるいは私人の集団」とは別個の存在である。

Tadic 事件 1999年上訴裁判所判決は、外国の事実上の機関と見做される場合において、単なる個人や組織化されない集団と、反徒などの軍組織をなす団体（に属する個人）とを區別する必要があることを強調する。「単一の私人あるいは軍事的に組織されていない集団が、ある特定の行為を行なう際に、事実上の国家機関として行動していたかどうか、が問題である場合には、その特定の行為の遂行に関する具体的な指令が当該個人あるいは集団に対してその国家によって出されていたかどうかを確かめる必要がある。・・・他方、所属する軍隊あるいは民兵あるいは準軍事組織に対する国家の支配は全般的な性格のものでよい。・・・ある国（あるいは武力紛争の文脈においては、紛争当事国）が、軍事団体に対する財政・訓練・装備の提供あるいは作戦上の支援に加えて、その団体の軍事行動の組織化・調整あるいは計画において、一定の役割をはたす場合に、国際法上求められる支配が存在すると考えられる。そのような団体あるいは構成員によってなされた行為は、それらの個々の行為の遂行に関してのその支配国によるなんらかの具体的な指令の有無にかかわらず、事実上の国家機関の行為と見做されうる。<sup>(8)</sup>」この基本的な考えは、以後の ICTY 上訴裁判部判決において再確認され、引き継がれている<sup>(9)</sup>。

反徒の構成員のなかの個人あるいはその複数の個人から成る集団が、反徒の団体としての行動から離れて、事実上、外国の機関として行動することはありえよう。その場合には、この ILC 草案第8条の規定が当てはまるであろう。し

かし、反徒の団体全体を「私人または私人の集団」と同視することは適切ではない。反徒の団体は、少なくとも事実上、それ自体のある程度の主体性を持ちうるからである。もちろん、その反徒の組織がどの程度のもとなった場合であるかは困難な問題である<sup>(10)</sup>、また法的にどのような地位が当然に与えられるのかも難しい問題ではある<sup>(11)</sup>。しかし、住民の支持を得て、事実上、政府と対抗しうるほどの勢力・組織を有するに至った反徒は、「私人または私人の集団」と同視され難い存在である。

それでは、どのような場合にそのような反徒の組織が丸ごと外国の軍隊と化すのであろうか。国際人道法上の軍隊の一般的な定義としては1977年ジュネーブ諸条約第一追加議定書第43条がある。これによれば「紛争当事者の軍隊は、部下の行動について当該紛争当事者に対して責任を負う司令部の下にある組織され及び武装したすべての兵力、集団及び部隊から成る（当該紛争当事者を代表する政府又は当局が敵対する紛争当事者によって承認されているか否かを問わない。）。このような軍隊は、内部規律に関する制度、特に武力紛争の際に適用される国際法の諸規則を遵守させる内部規律に関する制度に従う。<sup>(12)</sup>」と定義される。この定義は、もちろんこの「外国軍化」した反徒についても当てはめられる。この定義のなかの「紛争当事者の軍隊」の意味について、「この条件の原理は、国家又は国際法の主体たる実体に代わって行動する組織及び個人のみを承認・保護し、個人あるいは集団によってなされる私戦を排除することにある<sup>(13)</sup>」との説明は妥当である。具体的にどのようなつながりが必要であるかについては、1907年のハーグ規則以来の不正規軍についての規定<sup>(14)</sup>の解釈として、「そのつながりはその独立した軍隊がなんらかの方法でその紛争当事者に代わって行動しておれば、そしてその当事者がその集団の行動について責任を負っていれば、存在する<sup>(15)</sup>」と考えられている。ただ、外国に占領された地域において抵抗運動団体が組織され、その組織が占領軍に対して戦闘行為を行なうという場合には、その紛争当事国とのつながりは推定されやすい<sup>(16)</sup><sup>(17)</sup>。しかし外国の反徒については、そのような推定ははたらかない。したがって、実際、どの程度のつながりがあれば外国の軍隊になっていると認識できるのかが問われることとなる。

ICTY Tadic 事件上訴裁判部判決及びその後の諸判決においてこの反徒の「外国軍化」の基準として「全般的な支配<sup>(18)</sup>」が用いられ、その具体的な内容として「軍事団体に対する財政・訓練・装備の提供あるいは作戦上の支援に加えて、その団体の軍事行動の組織化・調整あるいは計画において、一定の役割を担う場合<sup>(19)</sup><sup>(20)</sup>」とされ、これが ICTY 判例法として確立した感がある<sup>(21)</sup>。しかしここで注意しなければならない要素がある。それは、ICTY Tadic 事件上訴裁判部判決が「ニカラグア事件の場合のように、その支配国がその領域国—

—その中で武力衝突が生じていたり、あるいはいずれにせよその武装組織がその活動を行なっている—ではないならば、その国がそれらの組織・集団への財政・装備の提供のみならず、一般的な指揮あるいはその活動計画の援助によって、本当にその組織・集団を支配していることを示すためには、より広範かつ圧倒的な証拠が必要とされる。<sup>(22)</sup>」が、他方、「当該支配国がその紛争の生じている国に対する領域的野望を有する隣接国であり、そしてその支配国がその支配する軍隊を通してその領域的拡大を達成しようとしている場合には、その基準を満たすことはより容易になるであろう。<sup>(23)</sup>」と述べ、その状況を考慮する必要に言及している点である<sup>(24)</sup>。ここで外国軍化が問題とされる反徒は、何度も繰り返しているように、私人や私人の集合ではなく、当該領域国の既存政府に取って代わる可能性のある団体であり、あるいは、当該領域国から分離独立して新国家を形成する際の政府となりうる団体である。すなわち、一定の住民の政治的意思を代表する団体である。そして、その外国軍化を認めることは、当該外国政府に従属することを認めることでもある。そうであるならば、反徒が戦闘遂行に必要な諸条件を当該外国に依存しているとしても、反徒自身が当該外国の軍隊であることを名乗らないかぎり、そのような認定には慎重であるべきと思われる。「依存度の高い同盟軍」として認識できるかぎりは、そのように認識すべきではなかろうか。反徒の「外国軍化」を認めることは、反徒およびそれを支持する住民の自主性・自律性を否定しかねないからである。逆に言えば、反徒自身が当該外国の軍隊であることを名乗り、既存の政府との戦闘に勝利した後は当該外国の一部となることを明確にしている時にはそのような反徒の「外国軍化」を認める条件が整っていると言えるであろう。このことは旧ユーゴ、とくにボスニア・ヘルツェゴビナ紛争の場合によくあてはまる。独立国家ボスニア・ヘルツェゴビナのなかの「反徒」であるセルビア人はユーゴスラビア連邦共和国（新ユーゴ）と、そしてクロアチア人はクロアチア共和国と極めて近い関係を持ち、それぞれ「大セルビア主義」「大クロアチア主義」<sup>(25)</sup>を実現することを願っていたともいわれている。実際、Tadic 事件第一審裁判部判決において、ボスニアのセルビア人の政治指導者たちは大セルビアの一部として新ユーゴと合体して旧ユーゴスラビアのセルビア人地域を統合するという目的を公言しており、そしてそれがボスニアのセルビア人の多数の望みでもあった、と述べられており<sup>(26)</sup>、また、Blaškić 事件第一審裁判部判決において「ボスニアの『クロアチアの』地域を併合するとの Tudjman の野望は、その紛争中継続した。<sup>(27)</sup>」HVO とクロアチアは同じ目的を共有したと思われる。HVO 及びいくつかの準軍事的または類似の軍隊はクロアチアのために戦い、『クロアチアの』人々と領域を守り、彼らがクロアチアのものだと考える領域をクロアチア共和国に併合することを望んだ。<sup>(28)</sup>」ことを指摘している<sup>(29)</sup>。この

ような場合には、ニカラグア事件のような「外国国家」が「内戦の反徒」を支援する状況とは異なり、反徒が「外国軍化」しうる側面も認められ易くなるのである。

(1) A/56/10 pp. 103, 109. なお、和訳については、大沼保昭 編集代表『国際条約集 2006 年版』(有斐閣) 94 頁、松井芳郎 編集代表『ベーシック条約集 2006 年版』(東信堂) 145 頁参照。

(2) 1974 年に国際法委員会によって暫定的に作成された草案第 8 条は次の通りである。

「第 8 条 (事実上、国に代わって行動している人の行為の国への帰属) 人または人の集団の行為もまた、次の場合には、国際法上、国の行為と看做される。

(a) そのような人または人の集団が、国に代わって事実上行動していたことが確認される場合、または、

(b) 正規の機関が存在せず、かつ、統治権能の諸要素の行使が正当化される状況において、そのような人または人の集団が統治権能の諸要素を事実上行使している場合。」(YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION 1974 Volume II Part One p. 283.) (なお和訳に際して、村瀬信也 監訳『『国家責任』に関する条文草案注釈 (一)』『立教法学』第 23 号 (189 頁)、および、田畑茂二郎、高林秀雄 編集代表『ベーシック条約集』(1998 年初版第 2 刷、東信堂) (129 頁) を参考にした。)

(3) A/56/10 pp. 105-107.

(4) この点について、薬師寺公夫「国際法委員会『国家責任条文』における私人行為の国家への帰属」山手治之、香西 茂 編集代表『21 世紀国際社会における人権と平和：国際法の新しい発展をめざして 上巻 国際社会の法構造：その歴史と現状』(2003 年、東信堂) 284 頁参照。

(5) A/56/10 p. 118.

(6) YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION 1975 Volume II pp. 91-92. (村瀬信也 監訳、前記資料、211 頁) なお、この ILC 草案の注釈の脚注において「内戦当事国の領域及び人民の一部に対する反徒政府の実効的支配によって、国際法の意味における国家に類似する実体が形成される。」との Kelsen の著述が引用されている。(ibid., p. 92.)

(7) A/56/10 p. 115.

(8) Prosecutor v. Tadić (Case IT-94-1-A) *International Law Reports* Vol. 124 pp. 118-119. para. 137. (傍点の部分は、原文ではイタリック)

(9) Aleksovski 事件 上訴裁判部判決 (IT-95-14/1-A) (2000 年 3 月 24 日)

paras. 131-132, 134., Dario Kordić and Mario Čerkez 事件 上訴裁判部判決 (IT-95-14/2-A) (2004 年 12 月 17 日) para. 308.

(10) この反徒の組織性・実効性に関して、ILC2001 年草案第 10 条の注釈では以下のように説明される。「第 10 条で用いられる『反徒の団体 (insurrectional movement)』という言葉に含まれる各種集団の包括的な定義は、反徒諸団体が実際に取りうる形態の多様性ゆえに、困難である。・・・この多様性にもかかわらず、1977 年第二追加議定書に含まれる、武力紛争法規適用のための敷居が、目安 (guide) となりうる。第 1 条第 1 項は『持続的にかつ協同して軍事行動を行うこと及びこの議定書を実施することができるような支配を責任ある指揮の下で当該国家領域の一部に対して行う反乱軍その他の組織された武装集団』と表現し、そしてそれらの集団を『暴動、独立の又は散発的な暴力行為その他これらに類する性質の行為等国内における騒乱及び緊張の事態』(第 1 条第 2 項) と対比させている。この『反乱軍』の定義は、両議定書の文脈において『反徒の団体』の本質的な概念を示すものである。(A/56/10 p. 115.)」第二議定書の適用条件としてこのように高い敷居を設けることの問題性についてはここでは触れないが、ILC 草案注釈ではこの「反徒の団体」について、このように高いレベルの組織性・実効性を備えたものを念頭においているのである。繰り返しになるが、このような「反徒の団体」が第 8 条・第 9 条で扱われる「人または人の集団」と本質的に異なることは、明らかである。

(11) ILC 暫定草案第 14 条の注釈においても、この点については回避されている (YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION 1975 Volume II p. 92. 村瀬信也 監訳、前記資料、211~212 頁)。1949 年ジュネーヴ諸条約共通第 3 条においても 1977 年第二追加議定書においても反徒の地位の承認につながる規定は排除されている。また、第二追加議定書第 1 条における反徒の要件は、あくまでも第二追加議定書の適用条件であって、そのような要件を満たした反徒団体に対してなんらかの法的地位を認めるものではない。(この点について、本稿第 3 章参照)

(12) 『官報』(号外第 196 号) (平成 16 年 9 月 3 日) 9 頁

(13) MICHAEL BOTHE, KARL JOSEF PARTSCH, WALDEMAR A. SOLF, *NEW RULES FOR VICTIMS OF ARMED CONFLICTS Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (Nijhoff, 1982) p. 237.

(14) 陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約附属書陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則第 1 条 (大沼保昭 編集代表 『国際条約集 2006 年版』(有斐閣) 626 頁)

(15) MICHAEL BOTHE, KARL JOSEF PARTSCH, WALDEMAR A. SOLF, *op. cit.*, *supra* note 13, p. 234.

(16) 1949 年ジュネーヴ捕虜条約第 4 条についての赤十字国際委員会の注

積では、この点について、以下のように説明されている。「軍隊の一部を構成しない場合の民兵隊及び義勇隊（組織的抵抗運動団体を含む。）は、もち論一般適用条件（第2条）を充たす場合に限りこの条約の利益をうける。抵抗運動団体は第2条にいう『紛争当事国』のために戦闘するものでなければならず、それ以外の場合には民兵隊及び義勇隊はそれ自身『紛争当事国』と称する資格がないから、非国際紛争に関する第3条の規定が適用される。この相互関係を樹立する方法に関しては、国際法は著しい進歩を遂げている。昔の条約文の作成者は主権者による通常は文書による明示の承認の要件を入れることに意見が一致し、これは1870年—1871年の独仏戦争の際にも同様であった。しかし、ヘグ会議以来、この条件は肝要なものと考えられていない。抵抗運動団体と戦争状態にある国際法上の主体との間に事実上の関係があることが重要であって、この相互関係が存在することで十分である。抵抗運動団体がどちらの側のために戦闘をしているか明瞭に分かるような戦闘行動であるならば、黙示の同意だけでその関係は表明されるものといえよう。」（榎本重治、足立純夫 共訳『ジュネーブ条約解説Ⅲ』（朝雲新聞社、昭和48年）59頁）

(17) もっと極端な場合としてヘグ陸戦規則第2条で規定される *levée en masse*（「群民兵」「群民蜂起」などと訳される）がある。この場合には、その状況においては、私人の行動が当該国家の行動として当然に見做されるのである。ILC2001年草案第9条の基になる原則は、この *levée en masse* の発想に幾分由来するものである、と解説される（A/56/10 p.109.）。

(18) ICTY Tadic 事件上訴裁判部判決 *International Law Reports* Vol. 124 p. 121. para. 145., Aleksovzki 事件上訴裁判部判決 para. 134. (André KLIP and Göran SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. 4 *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1999-2000* (Intersentia, 2002) pp. 392.), Dario Kordić and Mario Čerkez 事件上訴裁判部判決 paras. 313, 369. (<http://www.un.org/icty/>)

(19) Tadic 事件上訴裁判部判決 para. 137.

(20) Dario Kordić and Mario Čerkez 事件上訴裁判部判決 では、この内容を「(a) 財政支援及び訓練の支援、軍装備の提供及び作戦上の支援、(b) 軍事作戦の組織化・調整あるいは計画への参加」と再定式化している para. 361.

(21) Brdjanin 事件第一審裁判部判決 para. 124. 参照

(22) Tadic 事件上訴裁判部判決 para. 138.

(23) *Ibid.*, para. 140.

(24) Anna-Lena Sjölund もこの点を強調する。Anna-Lena Sjölund, "Criteria for Establishing an International Armed Conflict in Bosnia and Herzegovina - An Analysis of the Tadic Judgment in the

*International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*", *The Finnish Yearbook of International Law* Vol. 8 (1997), p. 304.

(25) この「大セルビア主義」「大クロアチア主義」について、千田 善『ユーゴ紛争——多民族・モザイク国家の悲劇』（1993年、講談社）195-206頁参照。

(26) Tadic 事件第一審裁判部判決 *International Law Reports* Vol. 112 p. 198. para. 603.

(27) Prosecutor v. Blaškić (Judgement) (Case IT-95-14-T) para. 106. (*International Law Reports* Vol. 122 p. 52.)

(28) *Ibid.*, para. 108. p. 53.

(29) Aleksovzki 事件第一審裁判部判決のRodrigues 判事の反対意見のなかにおいても、「ヘルツェグ・ボスナ共同体（ボスニアのクロアチア人）とクロアチア共和国は、全てのクロアチア人を単一の政治体に包含すると言う共通の政治目的を目指していた」と指摘されている。(Dissenting Opinion of Judge Rodrigues, Presiding Judge of the Trial Chamber para. 6.)

## 5章のまとめ

内戦における残虐行為に対する個人の刑事処罰に関する国際法は、ここ数年のうちに急速な展開を示している。「今日の法と五年前の法を比べれば、個人的刑事責任の分野において、明確に国際法はより大きな刑事化に向かっていることがわかる<sup>(1)</sup>」との評価は否定しがたい。国際刑事裁判所規程も採択され、その中では内戦に適用される国際人道法の違反も「戦争犯罪」の部類に入れられている。しかし、この国際刑事裁判所規程でも「国際紛争に適用される国際人道法」と「内戦に適用される国際人道法」が区別されているように、この両者は本来その性質を異にするものである。人道法の適用される当該紛争が国際的武力紛争であるのか非国際的武力紛争であるのかは、従って、依然として基本的に重要な問題である。

外国軍の直接的な介入により国際化された内戦にいかなる国際人道法が適用されるのか。この点についての現行法は、比較的明確である。すなわち、政府（およびそれを支援する外国政府）と反徒の間においては「内戦に適用される国際人道法」が適用され、政府と外国政府（そして外国政府と外国政府）との間には「国際紛争に適用される国際人道法」が適用されるのである。しかし、その反徒自体が丸ごと外国軍となる場合には、その紛争において内戦の側面が消え、国際的武力紛争のみが残ることになる。



国際的あるいは非国際的武力紛争における残虐行為を行なった者を国際裁判所あるいは国内裁判所が裁こうとするならば、第一に、当該武力紛争が国際的なものかあるいは非国際的なものであるかを判断することにより、適用法規を明確にしなければならない。現在、世界においては純粋な国内紛争よりも混合紛争あるいは国際化された内戦が多い、ともいわれる<sup>(2)</sup>。実際、本章で論じた「反徒の外国軍化による国際化」という問題は、旧ユーゴ国際刑事裁判所判例の中でのひとつの重要な論点となっている。

ICJ ニカラグア事件においてこの「反徒の外国軍化」は国家責任の帰属の問題として扱われた。他方旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所ではこの「反徒の外国軍化」が当該紛争の国際性を判断する要素となっている。しかしこの国家責任の帰属の問題と当該紛争の国際性の問題は同一問題の裏表であって、それぞれを別個の基準で別々に考えるという事はできない。この「反徒の外国軍化」を考える際に反徒は個人あるいは個人の集団と同視できるものではない。武力紛争遂行において、さらにその地域住民を代表するものとして、ある程度の主体性を事実上有していることを踏まえる必要があろう。その意味からは「反徒の外国軍化」を容易に認めることには躊躇を覚える。ただしボスニア・ヘルツェゴビナ紛争の状況においては、反徒およびその母体となる住民が介入外国と極めて密接な関係にある、という要素が考慮に入れられなければならない。

「反徒の外国軍化」による当該紛争の国際性の認定の直接的効果として、当該紛争に「国際紛争に適用される国際人道法」が適用されることとなる。しかし、そもそも国際裁判所あるいは第三国の国内裁判所が反徒の交戦資格を（黙示的に）前提とするならば<sup>(3)</sup>、「国際紛争に適用される国際人道法」と「内戦に適用される国際人道法」を区別する必要性は、本来、あまりない。しかし、現行国際法上この両者は区別されており、それゆえ当該紛争の国際性の判断も必要なものではあるが、究極的にはこの反徒の国際人道法上の法的地位をどのように位置付けるかにかかっているのである。今後の国際立法において反徒に交戦資格を明示的に認めるという可能性はきわめて低い。しかし他方で「内戦に適用される国際人道法」違反を「戦争犯罪」として処罰するという傾向が出てきている。そしてその際、国際裁判所あるいは第三国の国内裁判所が反徒の交戦資格を黙示的に前提とするとともに、「国際紛争に適用される国際人道法」と「内戦に適用される国際人道法」を量的に（質的にではなく）区別するのであろう。そうであるとするならば、当面、当該紛争の国際性を判断する要素として、「反徒の外国軍化」の可能性をも検討していかなければならないであろう。

( 1 ) Theodor Meron, "Is International Law Moving towards

Criminalization?", *European Journal of International Law* 9 (1998) p. 30.

( 2 ) *Ibid.*, p. 25.

( 3 ) この点に関して、本稿第 4 章参照。

## 第6章 政府と反徒間の人道法適用合意

内戦に国際人道法の適用を拡大する方式のひとつとして、政府と反徒の間で国際人道法の適用について合意する、という方法が考えられる。政府と反徒が国際人道法の適用について合意することは、内戦への国際人道法の適用・拡大において望ましく、また、両者が明示的に合意しているのであるから、政府のみが直接の当事者である共通第3条や第二議定書等の多数国間条約に比べて、反徒に対する拘束性についての法的困難性が少ない。この政府と反徒間の人道法適用に関する合意はいかなる法的性質を持つか。学説上、既存政府に対抗できるほどの実力を有するに至った組織である反徒は、人道法分野などの反徒としての行動に直接に関係する事項に限定されるにせよ、条約締結能力を有していると認められているように思われる<sup>(1)</sup>。Casseseの説明では、反徒は反徒との取引を望む国家と協定を締結する権限をある程度有しており、このことは共通第3条においても再確認されているのであって、その共通第3条第4段落でその特別協定の適用が紛争当事者の法的地位に影響を及ぼさないと規定されていても、「そのことは、反徒がある程度の組織を有し、領域の一部を支配しており、そして、他の国際主体がその反徒との法的処置の実施を望む限り、反徒の慣習法上の協定締結権限の再確認に関して、なんらの影響もない。<sup>(2)</sup>」とされる。しかしながら、政府と反徒の間で国際法上の協定を締結することは、たとえそれが国際人道法上の事項に限られるとしても、政府による反徒の法的地位の何らかの承認を意味せざるを得ない。交戦団体としての承認を受けた反徒であればこのような条約締結能力を持つことについてあまり異論はないと思われるが、そのような承認を政府が拒否している一般的な状況において、人道法適用の合意がどのようになされているのか、そしてその合意の法的意味は何か。

本章では具体的な事例をも取り上げながら、この政府と反徒間の人道法適用合意の意義について検討したい。

(1) この点については条約法に関するウィーン条約の ILC での草案起草段階で検討されている。まず、条約の締結能力を持つものとして国家以外にいかなるものがあるかという観点から、「反徒等のその他の国際実体」があげられた。特別報告者 Fitzmaurice の 1958 年の第三報告書において、「条約締結能力」と題される第 8 条において、国際法にしたがって条約締結能力を有するものとして、国家、国際機関等とともに「限定的にせよ一定の形態の国際的人格を有すると認められる準国家実体。例えば、交戦者の地位を有すると認められる反徒団体——特定の領域を支配する事実上の当局」が挙げられており (*Yearbook of*

*the International Law Commission 1958* Vol. II p. 24.)、その注釈では「領域を支配する事実上の当局、交戦者の権利が与えられる反徒、等については分類し難い。しかし、疑いなく、そのような実体は一定の国際的人格を有している。それらは国際法の主体であり、一定の国際的権利義務を持つ。それらの人格の範囲に含まれる限りで条約締結能力を有する。(*Ibid.*, p. 32. para. 22.)」と説明される。そして 1962 年に ILC によって暫定的に採択された草案の注釈においても反徒に言及されている。条約が国家あるいはその他の国際法主体の間で締結されるものであるという条約の定義および条約締結能力に関連して、その他の国際法主体に含まれるものとして、国際機関、ローマ教皇庁とともに「反徒のように、ある状況下において条約を締結しうるその他の国際実体 (*Yearbook of the International Law Commission 1962* Vol. II p. 161. para. 8.)」があげられ、また、「『その他の国際法主体』という文言は国際機関を対象とし、かつローマ教皇庁についての疑いを除去し、さらには、一定の承認が与えられた反徒団体のようなより特別な場合についての余地を残すことが主に意図されている。(*Ibid.*, p. 164. para. 2.)」と説明された。このような ILC の考え方を基本的に支持する論考として、Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5<sup>th</sup> edition (Oxford U.P., 1998) pp. 63-64., Sandesh Sivakumaran, "Binding Armed Opposition Groups", *International and Comparative Law Quarterly* Vol. 55, Part 2 (2006) p. 389. なお、条約の定義及び条約締結能力に関する ILC での議論について、条約法研究会「条約法条約の逐条コメンタリー (一)」(坂元茂樹「第一条」)『関西大学 法学論集』第 53 巻第 2 号参照。

(2) Antonio Cassese, *International Law*, 2<sup>nd</sup> edition (Oxford U.P., 2005) pp. 127-8.

### 第1節 共通第3条および第二議定書

内戦への国際人道法適用において、共通第3条および第二議定書のみか、あるいはジュネーヴ四条約および第一議定書(および慣習国際人道法)のすべての規定の適用か、という二者択一は、柔軟性を欠き、また、反徒側にとってもそのように幅広い義務の履行は困難であることが予想される<sup>(1)</sup>。政府と反徒の間の国際人道法適用の合意に関しては、1949年ジュネーヴ諸条約共通第3条に、次の規定が含まれている。

「紛争当事者は、また、特別の協定によって、この条約の他の規定の全部または一部を実施することに努めなければならない。」

しかし、実際にこの種の特別協定が締結されることは、これまで稀であったように思われる。後に分析する旧ユーゴスラビア紛争の際の特別協定以外には、この共通第3条の意味での「特別の協定」に該当するものはほとんど知られていない。もっとも、ICRCの働きかけによって内戦の紛争当事者とICRCとの間で国際人道法適用に関する合意がなされた、との記述を確認することはできる。例えば、アフガニスタン紛争において1982年に「アフガン抵抗運動団体と赤十字国際委員会(ICRC)との間で外国人捕虜の抑留条件に関する協定が署名され、そこで捕虜の待遇に関するジュネーヴ条約の諸規定の精神を尊重する意思をその抵抗運動団体が表明した。<sup>(2)</sup>」「五つのアフガン抵抗運動団体がジュネーヴ第三条約の精神を尊重する意思をICRCに示した。<sup>(3)</sup>」とされる。また、コンゴ内戦中の1961年2月にICRCの働きかけに応じてカタンガ州のMoïse Tshombéは人道原則に従うことを約束した<sup>(4)</sup>。1964年10月21日・22日にはコンゴ民主共和国首相となっていたTshombé(Tshombe)が、1964年9月18日のICRCのアピールに応じて、ジュネーヴ条約の自らの尊重と反徒へのその尊重の呼びかけを表明している<sup>(5)</sup>。1962年に始まるイエメン内戦においては両紛争当事者(共和国政府と王制軍)ともにICRCに対してジュネーヴ諸条約の「重要規定」あるいは「主要規則」を受け入れる宣言を行った<sup>(6)</sup>。さらに、1967年7月に勃発したナイジェリア内戦では「ナイジェリアにおける紛争の最初から、両交戦当事者は、ICRCに対して、ジュネーヴ諸条約の諸規定に従う用意があることを述べた<sup>(7)</sup>」と記される。

このような経験を基にして、「特に戦闘がある程度まで大きくなれば、協定締結はしばしば困難になる。したがって、ICRCは、紛争当事者がICRCに宛てた適切な宣言により国際人道法の他の規定——その全部又は一部——の適用を個別に約束できること、を規定するのがよいと考え<sup>(8)</sup>」、1972年の政府専門家会議において「共通第3条の追加議定書案」第36条として、次の条文案を示した。

#### 「第36条 特別の協定

紛争当事者は、特別の協定によりあるいは赤十字国際委員会に宛てた宣言によって、1949年8月12日のジュネーヴ4条約およびその追加議定書の他の規定の全部又は一部を実施することに努めなければならない。<sup>(9)</sup>

1974年から始まる外交会議に提出されたICRC草案(第38条)<sup>(10)</sup>でも、その宣言の宛先にジュネーヴ諸条約の寄託者(スイス連邦政府)が加えられた以外に、大きな変更はない<sup>(11)</sup>。ICRC代表は、本規定の提案説明において次のように述べた。「もし紛争当事者が、双方のおかれた事実上の事態を認めて、連絡・

交渉できるのであれば、両当事者は特別協定の締結を試みるであろうし、その結果をICRCが記録できる。しかしながら、紛争当事者は、しばしば直接交渉を避け、そのような協定を結ぼうとしない。第二議定書草案第3条においていかなる形態の協定の締結も紛争当事者の法的地位に影響を与えないとされていても、そのような協定締結によって敵の権威を強めることを恐れるからである。その困難性を克服するために、ジュネーヴ諸条約の寄託者またはICRCに宛てた一方的宣言によって紛争当事者がジュネーヴ諸条約あるいは第一議定書の規定の全部あるいはその一部を適用する意思を知らせることを、ICRCは提案している。もしそのような宣言が一方当事者のみからなされるならば、その紛争当事者のみを拘束するものとなる。その場合には、ICRCはそれを他方当事者に伝えることにより、同様の宣言を行うことを奨励することができる。<sup>(12)</sup>

本条文の検討は第一委員会から作業部会Bに送られ、そこで長い討議がなされた。若干の代表団はこのような規定が政治的な宣伝目的に使われないかとの懸念を表明したが、多数の代表団はこの提案条文は望ましいものであると考えた<sup>(13)</sup>。1976年の外交会議第3会期においてこの条文案は第一委員会においてコンセンサスで採択された<sup>(14)</sup>。

#### 「第38条 特別の協定

紛争当事者は、協定又は相互の宣言によって、1949年8月12日のジュネーヴ諸条約及び国際的武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書の諸規定の全部又は一部を実施することに努めなければならない。<sup>(15)</sup>

しかし、この規定は外交会議の最終段階での第二議定書の簡略化のなかで、他の諸規定とともに、削除されてしまった<sup>(16)</sup>。このことは、このような協定の締結の可能性を否定するものではなく、またこのような協定の締結を禁止するものでもなく、このような協定の締結が望ましいことには変わりがない。

もちろん、このような協定締結は、反徒の交戦資格を黙示的に承認する結果となる可能性がある。いくら、この共通第3条末文で「前記の規定の適用は、紛争当事者の法的地位に影響を及ぼすものではない」と規定されていても、ジュネーヴ諸条約のすべての規定を適用することに合意することは、反徒の交戦資格を認めないことと両立しえない。たとえば、第三条約第4条は、直接的には捕虜の資格に関する規定であるが、これは同時にA(1)(2)(3)(6)項に関しては戦闘員の資格を有する者の規定だからである<sup>(17)</sup>。しかし、自己の権力内にある者について第三条約や第四条約の人的待遇に関する規定の一部を適用することは、このような反徒の交戦資格の承認には必ずしもつながらないであろう。交戦団体承認の制度においては、反徒の交戦団体としての承認の結果とし

て、国際紛争に適用される国際人道法が適用されるものであるから、反徒の地位を認めたくない既存の政府がこのような諸条約の全面適用を行いたくないのは当然である。しかし、人道法条約規定の一部の適用の合意は、必ずしも反徒の地位の承認を意味するものではないがゆえに、少なくとも、交戦団体の承認よりは既存の政府にとって受け入れやすいものであろう。

紛争当事者と ICRC との間の協定は、「紛争当事者間の協定」ではない。しかし、上記の第二議定書委員会採択条文において「協定又は相互の宣言」と述べられていたように、ICRC が両紛争当事者と同じ内容の協定を結ぶことによって、「紛争当事者間の協定」と同じ効果をもたらさう。但し、「条約の精神」「主要規定」等の抽象的な表現では、何を法的に合意したのかが不明確であり、あるいはその点をあえて明確にはしない政治的・道義的合意なのかもしれない。その合意の正確な内容が公にされないならば、なおさらである。

(1) 国際的に民族解放団体と認められている団体やそれ以外の団体から、当該武力紛争において、国際人道法を遵守する旨の宣言がなされることがあるが、必ずしも、国際紛争に適用される国際人道法全体を遵守することを宣言するものではなく、国際人道法の基本的規則、あるいは、共通第 3 条のみ、あるいは、実際的に可能な場合には四条約・第一追加議定書の尊重に努める、などと述べられている。Denise PLATTNER, "LA PORTÉE JURIDIQUE DES DÉCLARATIONS DE RESPECT DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE QUI ÉMANENT DE MOUVEMENTS EN LUTTE DANS UN CONFLIT ARMÉ", *Revue belge de droit international* VOL. XVIII (1984-1985-1) pp. 298-320.

(2) E/CN.4/1985/21 para. 104.

(3) *Ibid.*, para. 163.

(4) 1961年2月22日に ICRC は次の「厳粛な呼びかけ」を発した。

「旧ベルギー領コンゴの領域において権限を行使するすべての者に対して、ジュネーヴの赤十字国際委員会は、すべての国により認められる人道原則を厳粛に想起させる。この原則によれば、特に、戦闘に参加しない者及び傷病や捕獲により戦闘外におかれた者はあらゆる状況において人道的に待遇されなければならない。

ICRC は、これらの当局に対して、あらゆる人質行為、即決処刑及び復仇措置を控えるよう求める。

ICRC は、犠牲者の援助のために、すべての当局に同様に役務を提供する。」

この呼びかけに対して、1961年2月27日に「Moïse Tshombé は、この呼びかけの中で述べられた諸原則に従うことを、ICRC に知らせた。」(*Revue*

*internationale de la Croix-Rouge* Vol. 43 (1961) pp. 140-141.)

(5) *American Journal of International Law* Vol. 59 (1965) pp. 615-616.

(6) Allan Rosas, *The Legal Status of Prisoners of War: A Study in International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts* (Helsinki, 1976) pp. 156-157.

(7) *The International Review of the Red Cross* 1967 p. 536. この点に関して、Rosas, *supra* note 6, pp. 196-197. 及び *Prosecutor v. Tadic* (Jurisdiction) (2 October 1995) para. 106. (*International Law Reports* Vol. 105 p. 510.) 参照。

(8) ICRC, *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts II COMMENTARY part two* (Geneva, 1972) p. 76.

(9) ICRC, *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts I BASIC TEXTS* (Geneva, 1972) p. 44.

(10) ICRC, *Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949, Commentary* (Geneva, 1973) p. 170. 竹本正幸、藤田久一 訳「一九四九年八月一二日のジュネーヴ諸条約に対する二つの追加議定書案」『国際法外交雑誌』第72巻6号98頁

(11) この外交会議草案の注釈書においても、紛争中に当事者が直接に交渉して協定を締結することの困難性が指摘されている。(ICRC, *ibid.*)

(12) CDDH/I/SR. 59. para. 48. (*Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974-1977)* Volume IX (1978) p. 245.)

(13) CDDH/I/323/Rev. 1 (*Official Records* Volume X (1978) p. 156.)

(14) CDDH/I/SR. 63. para. 9. (*Official Records* Volume IX (1978) p. 292.)

(15) CDDH/234/Rev. I para. 110. (*Official Records* Volume X (1978) p. 135.)

(16) この点については、竹本正幸「一九四九年ジュネーヴ諸条約に追加される二つの議定書について(二・完)」『国際法外交雑誌』第77巻第3号64-66頁、及び、本稿第3章参照。

(17) 樋口一彦「一九七七年ジュネーヴ諸条約第一追加議定書における戦闘員の資格(一)」『関西大学大学院 法学ジャーナル』第44号46~47頁参照。

## 第2節 旧ユーゴ紛争の性質と紛争当事者間の合意

ICTY 設置に至る準備段階において、「紛争当事者間の合意」が旧ユーゴ紛争に「国際紛争に適用される国際人道法」を適用する根拠のひとつに挙げられた。本節ではこの「紛争当事者間の合意」への言及について確認したい。

1993年5月25日に、国連安保理は、旧ユーゴスラビアの領域内で国際人道法違反行為を行なった者を訴追する国際裁判所を設置することを決定した<sup>(1)</sup>。旧ユーゴの紛争<sup>(2)</sup>に関していち早く取り組んだのはEC(EU)であるが<sup>(3)</sup>、国連安保理も1991年9月25日の決議(S/RES/713)以後、積極的にこの問題の解決に乗り出した<sup>(4)</sup>。国際人道法の違反については、決議764(S/RES/764)及び決議771(S/RES/771)<sup>(5)</sup>でジュネーヴ諸条約の重大な違反行為を行なった者は処罰されなければならない旨述べられ、そして、1992年10月6日、旧ユーゴ領域内でなされた国際人道法違反に関する情報を検討する専門家委員会の設置を事務総長に求めた<sup>(6)</sup>。カルスホーベンを議長とするこの委員会は1992年11月にその作業を開始し、1993年1月26日にその暫定報告書を事務総長に提出した<sup>(7)</sup>。この報告書において、旧ユーゴスラビア紛争の性格付けに関連して紛争当事者間の協定に言及されている。「1949年ジュネーヴ諸条約も1954年ハーグ条約も国内的武力紛争の当事者が特別の協定によってこれらの条約規定の全部又は一部を実施する可能性を残している。旧ユーゴスラビアにおける連続的武力紛争のさまざまな当事者がそのような一連の特別協定を締結している。現行法の下では、委員会が、旧ユーゴスラビア領域内のさまざまな武力紛争を国際紛争としてあるいは国内紛争として分類するためには、当該事態がそもそも武力紛争であるのかどうか、そしてそうであるとして、それが二国間あるいはそれ以上の国の間の武力紛争であるのか、それとも、一国家の領域内でなされている武力紛争であるのか、を確定する必要がある。さらに重要な要素は、その地域のいくつかの国が国家性を得たと思われる日付および当該条約がそれぞれの国に適用可能となったと考えられる日付であろう。しかしながら、当該武力紛争の性格と複雑さ、および当事者が相互に結んだ人道的問題に関する一連の協定によって、旧ユーゴスラビア領域における武力紛争全体に、国際的武力紛争に適用される法を適用するというアプローチが正当化される、ということが委員会の見解である。<sup>(8)</sup>」この「当事者が相互に結んだ人道的問題に関する一連の協定」が具体的に何をさしているかは、しかしながら、明らかにされていない。「当事者」とは誰のことなのかも不明である。この報告書の中で、1977年ジュネーヴ諸条約追加議定書に関して、「ユーゴスラビア連邦共和国は旧ユーゴスラビアの承継国であると自らを考慮しており、したがって、これらの条約に拘束される。他方、クロアチア、スロベニア、そしてボスニア・ヘルツェゴビナは、同

様に、これに拘束されることを宣言している。<sup>(9)</sup>」と述べられている。実際、クロアチア、スロベニア、およびボスニア・ヘルツェゴビナは正式に1949年ジュネーヴ諸条約および1977年追加議定書の承継を宣言している<sup>(10)</sup>。旧ユーゴスラビアから独立した諸国および新ユーゴスラビアがそれぞれ独立国であるから、これらの国の間に1949年ジュネーヴ諸条約および1977年第一追加議定書そして国際的武力紛争に適用される国際慣習人道法が適用されるということについては——その適用の始期がいつかという問題をともかくとすれば——あまり問題はなからう。しかし、一連の安保理決議で特に言及され、国際裁判所の設置にまで至ったそもそもの動機がボスニア・ヘルツェゴビナ内の「民族浄化」といわれる残虐行為であったことは、明らかである。この行為に関して国際的武力紛争に適用される国際人道法が適用可能となるには、このボスニア・ヘルツェゴビナ紛争が国際化された内戦であってそれゆえ国際人道法が全面的に適用されると説明できるか、あるいは、ボスニア・ヘルツェゴビナ紛争のそれぞれの当事者が国際紛争に適用される国際人道法の適用に同意していることが必要である。しかし、この専門家委員会の報告書においてはそのいずれも明確には示されていない。「当該武力紛争の性格と複雑さ」を理由として国際人道法が全面的に適用されるというのは、あまりにも乱暴な見解である<sup>(11)</sup>。このような法的問題を抱えながらも、専門家委員会の提言として、旧ユーゴスラビア地域での問題に対処するためにアド・ホックの国際裁判所の設置が示唆された<sup>(12)</sup>。この委員会の提言を受けて、国連安保理は、1993年2月22日に「1991年以後旧ユーゴスラビア領域内でなされた国際人道法の重大な侵害に責任のある者の訴追のために、国際裁判所が設置されること」を決定し、この問題についての報告書を安保理による検討のために提出することを事務総長に要請した<sup>(13)</sup>。この要請に答えて事務総長は、1993年5月3日に、国際裁判所の設置に伴う問題の分析、特に、裁判所規程草案とそのコメントリーを含む報告書を安保理に提出した<sup>(14)</sup>。

この裁判所規程草案を含む事務総長報告書を国連安保理が1993年5月25日に承認して、国際裁判所の設置が決定された<sup>(15)</sup>。全会一致で採択された<sup>(16)</sup>ことが示すように、裁判所の設置そのものについては強い反対はなかった。その際の安保理内での議論において、紛争当事者が相互に結んだ協定を裁判所の適用法規に含めるのかどうかについては、あまり明確ではない。フランス代表の発言では、「規程第3条で使用される『戦争の法規または慣習』という表現は、フランスの見解においては、具体的には、その犯罪がなされた時に旧ユーゴスラビア領域において効力のある人道法諸協定から生じるすべての義務をカバーする。<sup>(17)</sup>」と表現され、同様に、アメリカ代表オルブライトは、「第3条で述べられる『戦争の法規または慣習』には、1949年ジュネーヴ諸条約の共通第3

条及びその諸条約の1977年の両議定書を含む、その行為がなされた時に旧ユーゴスラビア領域内で効力を有していた人道法諸協定の下でのすべての義務が含まれる、と理解される。<sup>(18)</sup>と述べ、そしてその解釈が安保理の他の理事国によっても共有されていると理解している<sup>(19)</sup>。その「旧ユーゴスラビア領域において効力のある人道法諸協定」とはいかなるものを意味しているのかは具体的に明らかにはされていない。専門家委員会委員さらには安保理理事国が1992年5月22日協定等の具体的な当事者間協定を念頭においていたのかどうかはわからない。しかしながら、それらの諸協定をその中に含むと解釈することは可能である。

(1) S/RES/827(1993)

(2) 旧ユーゴスラビア紛争の経緯・展開については、ANTONIO TANCA, *Foreign Armed Intervention in Internal Conflict*, (1993) pp. 188-195., 千田 善『ユーゴ紛争』(講談社現代新書、1993年)、同『ユーゴ紛争はなぜ長期化したか』(勁草書房、1999年)、同『なぜ戦争は終わらないか』(みすず書房、2002年)参照。

(3) 旧ユーゴスラビア紛争に対するECの取り組みに関して、孫占坤「自決権と領土保全原則の関係 『ユーゴ問題』を素材として(一)」『名古屋大学法政論集』第153号 参照。

(4) 国連安保理の採択した決議について、孫占坤、同論文、5~7頁参照。

(5) この決議の中の「紛争のすべての当事者が国際人道法、特に、1949年8月12日のジュネーブ諸条約の下でのその義務に従わなければならない」という表現の意味について、伊藤哲雄は、「九二年七月一三日の安保理決議七六四、本文中で引用した同決議七七一及び七八〇に含まれている『全ての紛争当事者が一九四九年のジュネーブ四条約を含む国際人道法に拘束される』との規定の解釈は、(イ)ジュネーブ四条約を始めとする国際人道法の義務が未承認団体、私人等の国家以外の主体を法的に拘束することになると言えるのか、(ロ)かかる国際人道法の遵守を求めている安保理決議が国連加盟国のみならず、それら団体、私人に対しても拘束力を有するのかという国際法の理論的問題を提起する。著者の照会に対して国連法務部の関係者は、安保理諸決議は政治的ステートメントとして採択されたものであり、純粋に理論的な問題は残るが、決議の起草者たる安保理としては、ここに言う紛争当事者には明らかに承認されている国家のみならず、新ユーゴ、BHのセルビア人勢力など、全ての当事者を含めようとしていたことは明らかである旨、また安保理決議七八〇により設立された専門家委員会が国際人道法違反を調査するにあたって、違反者の国家性如何に

よる区別は行っていない旨回答している。」と解説している(伊藤哲雄「旧ユーゴ国際裁判所の法的な枠組みと問題点」『立教法学』第40号(1994)257頁)。

(6) S/RES/780(1992)

(7) S/25274

(8) S/25274 Annex paras. 43-45. なお、ICTY設置後の1994年にその「最終報告書」がしめされたが、「当該武力紛争の性格と複雑さ、および当事者が相互に結んだ人道法に関する合意の網によって、旧ユーゴスラビア領域内の武力紛争全体に、国際的武力紛争に適用される法を適用するという委員会のアプローチが正当化される」との判断はそのまま維持されている(S/1994/674 p. 13. Annex para. 44.)。

(9) S/25274 Annex, para. 38.

(10) *International Review of the Red Cross* No. 288, pp. 309, 311., No. 293, p. 182.

(11) この点に関連して藤田久一は、「ユーゴの事態に国際人道法規が十分に適用されないかも知れないという懸念から、武力紛争の性格の如何を問わず、また平時にさえ適用されうるジェノサイド罪や人道に対する罪の規定が追加されたようにも思える。」と述べる。(藤田久一「ジェノサイド・人道法の重大な違反と国際裁判」『国際人権』第4号7頁)

(12) S/25274 Annex para. 74.

(13) S/RES/808(1993)

(14) S/25704

(15) S/RES/827(1993) 国際裁判所規程草案は修正なしで採択された。

(16) S/PV. 3217, 6

(17) S/PV. 3217, 11

(18) S/PV. 3217, 15

(19) *Ibid.*

### 第3節 1992年5月22日の協定

旧ユーゴスラビアでの戦争犯罪処罰のための国際裁判所の設置は以上の経緯で実現された。先に述べたように、「専門家委員会」の見解において、裁判所がこの旧ユーゴスラビア紛争全体に国際紛争に適用される国際人道法を適用すべきこととされたのは、「当該武力紛争の性格と複雑さ、および当事者が相互に結んだ人道の問題に関する一連の協定によって」である。「当該武力紛争の性格と複雑さ」という理由は法的理由とはならない。たとえこの紛争が「国際化さ

れた内戦」であるとしても、そのことだけではその内戦全体に「国際紛争に適用される国際人道法」が適用されるということは受け入れられていない<sup>(1)</sup>。もうひとつの可能性としては、「当事者が相互に結んだ人道的問題に関する一連の協定」によるものがある。この協定は具体的にどのようなものか。Yves Sandozによれば、ICRCの後援で旧ユーゴスラビア紛争の当事者間において結ばれた協定は九つある<sup>(2)</sup>。このうちの四つについては国連文書（カナダの報告書）の中で確認できる<sup>(3)</sup>。また、1991年11月6日の協定が Michèle Mercier の著作の中に資料として入れられている<sup>(4)</sup>。さらに、「1992年8月27日にロンドンでの会議において各当事者は、同一文言の一方的宣言『人道問題アクションプログラム』に署名した。<sup>(5)</sup>」とされる。これらの諸協定（及び宣言）の中で、クロアチア紛争に関して特に重要なものが1991年11月27日の了解覚書<sup>(6)</sup>であり、ボスニア・ヘルツェゴビナ紛争についてとりわけ重要な協定が、1992年5月22日付けのもの<sup>(7)</sup>である。少し長くなるが、後者の主要部分を引用しよう。

「赤十字国際委員会の招きにおいて、

K. Trnka - ボスニア・ヘルツェゴビナ共和国大統領 Alija Izetbegovic の代理人

D. Kalinic - セルビア民主党党首 Radovan Karadzic の代理人

J. Djogo - セルビア民主党党首 Radovan Karadzic の代理人

A. Kurjak - 民主行動党党首 Alija Izetbegovic の代理人

S. Sito Coric - クロアチア民主共同体代表 Miljenko Brkic の代理人

は、ボスニア・ヘルツェゴビナ紛争の文脈における国際人道法の適用及び実施のさまざまな側面を討議し、そこから生じる人道的諸問題の解決を見つけるために、1992年5月22日にジュネーヴで会合した。その結果、

- この地域における戦闘の人道的結果を自覚し；
  - 1991年11月5日のハーグ声明を考慮し；
  - 国際人道法の諸規則を遵守しかつその遵守を確保する約束を繰り返す；
- 諸当事者は、その紛争の諸当事者の法的地位あるいは現行国際武力紛争法に何らの影響をも与えることなく、以下の諸規則を適用することに合意する。

#### 1. 一般的諸原則

諸当事者は、1949年8月12日のジュネーヴ4条約第3条を遵守しかつその遵守を確保することを約束した。この第3条は、特に、以下のことを定めている。

（共通第3条の条文の引用——省略）

#### 2. 特別協定

1949年8月12日のジュネーヴ4条約第3条にしたがって、諸当事者は、以下の諸規定の実施に合意する。

##### 2.1 傷者、病者及び難船者

傷者、病者及び難船者に与えられる待遇は、1949年8月12日のジュネーヴ第一条約及び第二条約の諸規定に従うものとする。その諸規定は、特に、

- すべての傷者、病者及び難船者は、武力紛争に参加していたかいないにかかわらず、尊重され、保護されるものとする。
- あらゆる場合に、これらの者は、人道的に扱われ、そして、彼らの状態によって求められる治療及び看護を、實際上可能な最大限まで、かつ、できるだけ遅滞なく、受けるものとする。医療上の理由以外のいかなる理由に基づく差別も、彼らの間になされてはならない。

##### 2.2 病院及びその他の衛生施設の保護

病院及びその他の衛生施設（衛生輸送手段を含む）は、いかなる状況においても、攻撃してはならない。それらは、常に、尊重され、保護されなければならない。それらは、戦闘員、軍事目標あるいは軍事行動を攻撃から掩護するために使用されてはならない。

その保護は、それらが軍事的行為に関与するように使用されない限り、停止しない。しかしながら、その保護は、軍事活動を停止させるために、適切な警告と合理的な期限の後においてのみ、停止できる。

##### 2.3 文民たる住民

文民及び文民たる住民は、1949年8月12日のジュネーヴ第四条約の第13条から第34条までによって保護される。文民たる住民及び個々の文民は、軍事行動から生じる危険に対して一般的保護を享有する。それらは、攻撃の対象とされてはならない。文民たる住民の間に恐怖を広めることを主たる目的とする暴力行為又は暴力による威嚇は、禁止する。

すべての文民は、第一追加議定書第72条から第79条までに従って、取り扱われなければならない。武力紛争に関連する理由で敵対当事者の権力内にあり、その自由を奪われている文民は、1949年8月12日のジュネーヴ第四条約で定められている被抑留者の待遇に関する規則による保護を享有する。

文民たる住民の待遇において、人種、宗教あるいは信条、又はその他の類似の何らかの基準に基づいて、不利な差別を行ってはならない。

文民たる住民の移動は、文民の安全を確保するため、あるいは、緊急の軍事的

理由により必要とされるのでないかぎり、命令されてはならない。そのような移動がなされなければならない場合には、その文民たる住民が、十分な条件において、避難所、衛生、健康、安全及び栄養を受けることができるために、すべての可能な措置をとらなければならない。

赤十字国際委員会(ICRC)は、1949年8月12日のジュネーヴ第四条約にしたがってその人道的任務を履行するために、すべての場所、特に抑留・拘留所にいる文民に自由に接触できるものとする。

#### 2.4 捕えられた戦闘員

捕えられた戦闘員は、ジュネーヴ第三条約によって規定される待遇を享有する。赤十字国際委員会(ICRC)は、1949年8月12日のジュネーヴ第三条約にしたがってその人道的任務を履行するために、すべての捕えられた戦闘員に自由に接触できるものとする。

#### 2.5 戦闘行動

戦闘は、武力紛争法規を尊重して、特に、第一追加議定書第35条から第42条まで、及び第48条から第58条まで、そして、1980年の兵器条約に附属される地雷、ブービートラップ及び他の類似の装置の使用の禁止又は制限に関する議定書に従って、なされなければならない。文民たる住民の保護を促進するために、戦闘員は、文民たる住民から自己を区別しなければならない。

#### 2.6 文民たる住民に対する援助

諸当事者は、専ら文民たる住民に対して向けられた、医薬品及び医療品、不可欠の食糧品及び衣料品のすべての貨物の自由通過を認めなければならない。諸当事者は、専ら人道的で公平でかつ非差別的な援助を文民たる住民に提供することに同意しなければならない。また、そのための活動に協力しなければならない。特にICRCに対してすべての便宜が与えられるものとする。

#### 3. 赤十字標章

赤十字標章は、尊重されなければならない。諸当事者は、衛生施設及び人員を表示するためにのみその標章を使用し、かつ、赤十字標章の使用に関する国際人道法のその他の規則に従うことを約束する。そして、諸当事者は、その標章の濫用、あるいはその保護の下にある人や物に対する攻撃を、制圧するものとする。

#### 4. 周知

諸当事者は、国際人道法の原則及び規則ならびに本協定の内容を、特に戦闘員の間に、普及させ、その尊重を促進することを約束する。これは、特に、次のことによってなされるものとする。

- その指揮、支配あるいは政治的影響の下にあるすべての部隊に、国際人道法規則に関する適切な訓令を出すことによって；
- 国際人道法尊重を呼びかけるICRCのアピールの周知を促進することによって；
- ICRCの出版物を配布することによって；

#### 5. 履行

各当事者はICRCとの連絡将校を指名することを約束する。この将校は、ICRCによって決められた交渉場所に常時滞在し、すべての必要な意思疎通手段を用いてその将校が代表するすべての武装集団と連絡をとる活動において、ICRCを援助するものとする。それらの連絡将校は、それらの武装集団のために約束し、ICRCに対してその活動の安全に関して保障を与える権限を持つものとする。各当事者は、ICRCによって決められた交渉場所に向かうそれらの連絡将校の自由通過を認めるものとする。

国際人道法の違反の申し立てが、特にICRCによって、知らされた場合には、各当事者は、早急に調査を開始し、それを誠実に追及し、そしてその申し立てられた違反を停止させ、あるいは、その再発を防止するために必要な措置をとり、そして現行法にしたがってその責任ある者を処罰することを約束する。

#### 6. 一般規定

諸当事者は、すべての状況において、本協定を尊重し、かつ尊重を確保することを約束する。すべての当事者が1992年5月26日の18時までに本協定の公式の受諾をICRCに送付すれば、本協定は、1992年5月26日の24時に発効する。

ジュネーヴ、1992年5月22日 ]

この協定に関して ROWE は次の旨の見解を述べる。「・・・紛争当事者によって結ばれた特別協定も、この紛争の法的地位を変えるものとは思われない。共通第3条はそのような協定の締結を促している。そのような協定が1992年5月22日に結ばれた。この1992年の協定は、1949年の諸条約及び第一追加議定書の限られた条項に適用される。この条項としては、傷病者、難船者、病院、文民たる住民、捕えられた戦闘員、赤十字標章、の保護が含まれる。また、第一



議定書第 35 条から第 42 条まで、第 48 条から第 58 条までの適用、及び文民たる住民のための救援物資の自由通過の許可、を認める合意もある。これらの合意には多くの法的問題が含まれている。協定 2.4 項は、『捕えられた戦闘員は、ジュネーヴ第三条約によって与えられる待遇を享有する』と規定している。しかし、第三条約第 4 条や第一議定書第 43 条の条件は、ボスニア・ヘルツェゴビナ政府軍には満たせても、ボスニアのセルビア人当局やボスニアのクロアチア人当局その他の不正規兵には満たすことができない。国際紛争における戦闘員は合法的に敵対行為を行ないうるが、内戦においてはそうではない。従って、もしボスニアのセルビア人戦闘員がボスニア政府軍によって捕えられれば、その者は、1992 年 5 月 22 日の特別協定にもかかわらず、ボスニア・ヘルツェゴビナ刑法違反行為によって裁判にかけられうる。この協定は、『ジュネーヴ第三条約によって与えられる待遇の享有』を述べているが、この条約のどこにも捕虜に対するその戦闘行為についての免除の付与が含まれていないからである。この特別協定は、諸条約あるいは第一議定書の重大な違反行為に対する個人的責任を生じさせない。このような責任を課すものとしてこれらの文書のこの部分を適用する意図があったとは思われない。この特別協定はこの武力紛争を国際的武力紛争に変えるものであろうか。安保理事会決議 780 によって設立された専門家委員会はそのように考えた。しかしその理由付けは説得力のあるものではない。諸当事者は、その協定のなかに定められた規則を適用するそれらの協定が『その紛争の諸当事者の法的地位あるいは現行国際武力紛争法に何らの影響も与えるものではない』ことを示している。協定当事者のこの意思は、この協定のなんらかの巧みな解釈よりも重要であるように思われる。<sup>(8)</sup>

このように、ROWE は、このボスニア・ヘルツェゴビナ紛争の当事者間の合意は、国際紛争に適用される国際人道法の全面的な適用の根拠としては不十分なものとしている。確かに、国際裁判所規程においてこの裁判の管轄の及ぶ時間的範囲は、これらの協定の締結時期とは関係なく設定されている。この点からすると、裁判所規程の適用上、国際紛争に適用される国際人道法が旧ユーゴスラビア紛争全体に適用される理由としてこの専門家委員会の見解を根拠にできるかどうか疑わしいし、また、もしそうであるとすると、法的一貫性を欠くこととなる。加えて、「捕虜の地位」とか「捕虜の資格」と言わずに「捕虜の待遇」という表現が用いられていることや、第一議定書の第 35 条から第 42 条まで、第 48 条から第 58 条までを適用することに合意しているということは、戦闘員の地位に関する第 43 条から第 47 条までを適用しないと解されうるし、さらに、紛争当事者の法的地位に影響を与えないことなどは、交戦資格を認めることを否定するものと解されうる。しかし、紛争当事者が国際人道法に関する条約の

かなり多くの部分の適用について合意するということが、政府側が反政府側当事者の戦闘員について国内刑法を適用して処罰することの放棄を黙示的に含んでいる、と解することもできる。

この 1992 年 5 月 22 日の協定は、クロアチア紛争に関する 1991 年 11 月 27 日の了解覚書によく似ている。両者の類似点として以下の箇所を指摘できる。

傷者、病者及び難船者を 1949 年 8 月 12 日のジュネーヴ第一条約及び第二条約の諸規定に従って待遇する規定（「1992 年 5 月 22 日の協定」2.1 項と「1991 年 11 月 27 日の了解覚書」1 項 2 項）

捕えられた戦闘員にジュネーヴ第三条約で規定される待遇を享有させる規定（前者 2.4 項、後者 3 項）

文民たる住民の保護規定（前者 2.3 項、後者 4 項 5 項）

戦闘は、第一追加議定書第 35 条から第 42 条まで、及び第 48 条から第 58 条まで、そして、1980 年地雷議定書に従ってなされなければならないとする規定（前者 2.5 項、後者 6 項）

文民たる住民に対する援助の規定（前者 2.6 項、後者 9 項）

赤十字標章の尊重確保の規定（前者 3 項、後者 10 項）

周知についての規定（前者 4 項、後者 13 項）

国際人道法違反者の処罰に関する規定（前者 5 項、後者 11 項）

当事者の法的地位の不変更に関する規定（前者前文、後者 14 項）

等である。ほとんど同じ表現が用いられている部分も多く、1991 年 11 月 27 日の了解覚書が 1992 年 5 月 22 日の協定のモデルとなっていることは容易に想像できる。しかし、いくつかの点で重要な相違がある。

第一に、「1992 年 5 月 22 日の協定」では、最初に 1949 年ジュネーヴ諸条約共通第 3 条の適用を約束し、その上でこの共通第 3 条の規定に基づく特別協定を締結することを明確にしている。すなわち、間接的にはあるが、各紛争当事者は当該紛争が共通第 3 条の適用される紛争（内戦）であると認識していた、と考えられる<sup>(9)</sup>。他方、「1991 年 11 月 27 日の了解覚書」では、これが共通第 3 条の規定に基づく特別協定の締結であることを明示していない。実際、クロアチアは 1991 年 6 月に独立を宣言し<sup>(10)</sup>、同年 10 月 8 日には旧ユーゴスラビアの承継国としてジュネーヴ諸条約及び両追加議定書に拘束される旨を明らかにしている<sup>(11)</sup>。クロアチアは当該紛争を国際紛争と考えたのである。これに対して旧ユーゴスラビアはクロアチアに法上の承認を与えず、クロアチア紛争を内戦であると考えた<sup>(12)</sup>。従ってこの「了解覚書」において、この紛争の性格付けに関しては、注意深く避けられたのである<sup>(13)</sup>。

第二に、人道法の周知に関して、「1991 年 11 月 27 日の了解覚書」においては、

「(13) 周知

諸当事者は、国際人道法の原則及び規則ならびに本協定の内容を、特に戦闘員の間、普及させ、その尊重を促進することを約束する。これは、特に、次のことによってなされるものとする。

— その指揮、支配あるいは政治的影響の下にあるすべての部隊に、並びに、公式にはその指揮、支配あるいは政治的影響の下にない準軍事的部隊又は不正規部隊に、国際人道法規則に関する適切な訓令を出すことによって；

(以下省略)<sup>(14)</sup>

と規定されている。「1992年5月22日の協定」ではこの引用部分について全く同じ文言が用いられながら、上記の傍点部分がない。この省略は意図的である<sup>(15)</sup>。伝統的な国家の正規軍同士の戦闘では「戦闘行為に参加する者(戦闘員)」と「戦闘行為に参加しない者」との区別は比較的明らかである。しかし、内戦・内戦的国際紛争においては、「正規軍」のほかに「準軍事的部隊」「不正規部隊」が戦闘に参加し、また、文民に対する残虐行為を行なうことも多い。必ずしも紛争当事者の指揮下におかれぬこれらの集団の行為に対する責任の所在は、この種の紛争において大きな問題の一つとなる。

(1) 本稿第5章I参照。なお、内戦の反徒が「外国軍化」することによる国際紛争化の可能性については、第5章II参照。

(2) 1991年11月5日の声明、1991年11月6日の協定、1991年11月27日の了解覚書、1991年11月27日の了解覚書への1992年5月23日の追加、1992年8月7日の協定、1992年5月22日の協定、1992年5月23日の協定、1992年6月6日の協定、1992年10月1日の協定(Yves Sandoz, "Réflexions sur la mise en œuvre du droit international humanitaire et sur le rôle du Comité international de la Croix-Rouge en ex-Yougoslavie", *Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen*, Tome 3 (1993.No.4) pp.464-470.)

(3) 1991年11月5日の声明、1991年11月27日の了解覚書、1992年5月22日の協定、1992年10月1日の協定(S/25392 pp.26-40.)

(4) Michèle Mercier, *Crimes Without Punishment: Humanitarian Action in Former Yugoslavia* (Pluto Press, 1995) pp.193-194.

(5) Prosecutor v. Stanislav Galić (Case No. IT-98-29-T) (5 December 2003) Trial Chamber I para.24. (*International Legal Materials* Vol.43, No.4 (2004) pp.802-803. <http://www.un.org/icty/galic/trial/judgement/gal-tj031205e.pdf>)

(6) S/25392 pp.27-29.

(7) *Ibid.*, pp.30-35.

(8) Peter ROWE, "War Crimes and the former Yugoslavia: The legal difficulties", *Revue de Droit Militaire et de Droit de la Guerre* XXXII-4(1993) pp.340-343.

(9) この協定におけるこの紛争の性格付けについてはさまざまな解釈の余地を残すものである、とも評される。(Michèle Mercier, *Crimes Without Punishment: Humanitarian Action in Former Yugoslavia* (Pluto Press, 1995) p.107.)

(10) 共同通信社 編『世界年鑑2005』(共同通信社、2005年)595頁

(11) カナダ報告書6頁(S/25392 p.6.)

(12) *Ibid.*

(13) Michèle Mercier, *Crimes Without Punishment: Humanitarian Action in Former Yugoslavia* (Pluto Press, 1995) pp.37-38. 参照。

(14) S/25392 p.29. (傍点引用者)

(15) Michèle Mercier, *Crimes Without Punishment: Humanitarian Action in Former Yugoslavia* (Pluto Press, 1995) p.107. 参照

#### 第4節 ICTY判例

ICTY設立時の議論においては前節の具体的な協定に言及されなかったのであるが、ICTY設置後の実際の事件の審理の中でこれらの具体的な協定が引用され、検討されている。この国際人道法適用に関する紛争当事者間の協定をICTYは如何に位置づけ、どのように解釈・適用しているか。直接的にこの問題を扱う判決は多くはないが、下記のGalić事件判決は注目に値する。

##### I Tadic事件判決<sup>(1)</sup>

Tadic事件(管轄権)上訴裁判部判決において、紛争当事者間の協定に言及している箇所がある。前述の1992年5月22日の協定及び1992年10月1日の協定<sup>(2)</sup>を引用して、この両協定は明らかに国内的武力紛争の状況において適用されることを意図されており、紛争当事者はこの性質の紛争における国際人道法違反行為を処罰可能にすることに合意している<sup>(3)</sup>、と解した。本判決では、一般論として、紛争当事者を拘束する国際協定が規程3条の下で裁判所の管轄権の中に入る<sup>(4)</sup>と判示しながらも、「本件において被告人はいずれの特定の協定

の違反によっても告訴されていないので、いずれかの特定の協定がその申し立てられた犯罪に対する管轄権を国際裁判所に与えるかどうかについて判断することは必要ない<sup>(5)</sup>」として、踏み込んだ検討はなされなかった。

次に、この事件の有罪の認定に関する1997年の第一審裁判部判決の中で、この1992年5月22日の協定に触れている箇所がある<sup>(6)</sup>。ICTY規程第2条の適用における「被保護者」としての地位を犠牲者が保持しているかどうかを判断する前提として当該武力紛争の正確な性質付けを行わなければならないが、その判断に関連してこの協定を参照しているのである。しかし、この協定は共通第3条に基づくものであり、そのような協定の締結は紛争当事者の法的地位に何ら影響を及ぼさないこととされているので、当該紛争の性質に関する本裁判所としての判断に何ら影響を及ぼすものではない、とされた<sup>(7)</sup>。上記の上訴裁判部判決と整合的に読むならば、紛争当事者の意図として当該紛争が国内的武力紛争であるとの理解の下に共通第3条に基づく特別協定を締結したものであるとしても、裁判所として独自に当該紛争の性質判断を妨げられるものではない、と解することができる<sup>(8)</sup>。

(1) Tadić 事件判決全体について、樋口一彦「旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所タジッチ事件」『法大法学』第65号173～194頁参照。

(2) S/25392 pp. 36-40.

(3) *International Law Reports* Vol. 105 p. 524. para. 136.

(4) *Ibid.*, pp. 502, 526. paras. 89, 144.

(5) *Ibid.*, p. 526. para. 144.

(6) *International Law Reports* Vol. 112 pp. 184-188. paras. 577-583.

(7) *Ibid.*, p. 188. para. 583.

(8) Čelebić i 事件第一審裁判部判決(1998年11月16日)においても、紛争当事者間の特別協定はその紛争の性質決定に関して決定的なものではないと解する。(PROSECUTOR V. ZEJNIL DELALIĆ, ZDRAVKO MUCIĆ also known as "PAVO", HAZIM DELIĆ and ESAD LANDŽO also known as "ZENGA" ("CELEBICI Case") (IT-96-21-T) para. 229.) (André KLIP and Göran SLUITER (eds.), *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. 3 *The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 1997-1999* (Intersentia, 2001) p. 423.)

## II Galić 事件判決

上述の1992年5月22日の協定を判決において被告人の有罪を認定する重要な根拠として位置づけるのが、Galić 事件第一審裁判部判決である<sup>(1)</sup>。本事件は、ボスニアのセルビア部隊による1992年のサラエボ市の軍事攻囲に関するもので、サラエボ地区で行動したボスニアのセルビア軍(VRS)の部隊、すなわちサラエボ・ロマニヤ部隊(SRK)の司令官 Stanislav Galić がサラエボで執拗な市民に対する狙撃・砲撃を行ったとして起訴された<sup>(2)</sup>。すなわち、被告人は、戦争の法規または慣習の違反(規程第3条)について、サラエボ市内で市民に対して行った恐怖(terror)を広める罪(訴因1)、文民に対する攻撃(訴因4, 7)、そして人道に対する罪(規程第5条)として、殺人(訴因2, 5)、非人道的行為(訴因3, 6)、に関して、その作為・不作為について個人的刑事責任を負うとして起訴されたのである。このうち、規程第3条の戦争の法規または慣習の違反に関して、紛争当事者間の協定が判決の根拠とされた。

まず、当該事件に適用される国際法規則を明らかにする上で当該紛争の性質が問題とされるが、検察は、1977年ジュネーブ諸条約第一議定書第51条及び第二議定書第13条が条約としても慣習法としても紛争当事者を拘束している、と主張した。すなわち、第一議定書第51条及び第二議定書第13条における文民攻撃の禁止は、当該犯罪行為時において国際非国際紛争を問わずすべての武力紛争に適用される国際慣習法であり、そして、当該紛争が国際紛争であるならば、第一議定書が条約として適用され、また、もし国内紛争であるならば、第二議定書が条約として適用され、さらに、1992年5月22日の協定により第一議定書の関連条項が適用される、と主張した。この理由によって、この紛争が国際的性質であるかあるいは非国際的性質であるかを明らかにする必要がない、と<sup>(3)</sup>。これに対し弁護側の最終弁論書では、その紛争が内戦であるとされ、5月22日の協定の内容の如何に関わらず、第一議定書は交戦当事者間には適用されえない——なぜなら第一議定書はその適用を国際紛争に限定されるから——と主張する。ただし、この5月22日の協定の適用性についてその最終弁論書では明確な立場は示されなかった<sup>(4)</sup>。

裁判所は、基本的にこの検察側の主張を受け入れ、「第一審裁判部はサラエボ付近の当該紛争の性質について判断する必要があるとは思わない。<sup>(5)</sup>」「第一審裁判部は、5月22日の協定によって紛争当事者は敵対行為から文民を保護する第一議定書の関連規定に拘束されることを明確に合意した、と認定する。従って、第一議定書第51条、及び第35条から第42条まで、並びに第48条から第58条までは、VRS (Republika Srpska 軍) 及び ABiH (ボスニア・ヘルツェゴビナ共和国軍) を含む紛争当事者間において、条約として疑いなく適用される。<sup>(6)</sup>」「第一議定書がその固有の適用条件(第1条)の充足によってボスニア・

ヘルツェゴビナ国においていかなる時にも効力を有するのかどうかについて、第一審裁判部多数意見は判断する必要はないと考える。本件の証拠として決定的な文書は、5月22日の協定である。<sup>(7)</sup>と判示した。

判決において「文民に対する攻撃」が「慣習国際法により、そして本件においては条約上の法(conventional law)によっても、(規程)第3条の対象となりうる。<sup>(8)</sup>」として国際慣習法違反であることをも認定しているのに対し、「恐怖を広める罪」については、「当該規則が慣習法の性質をも持つものかどうか、について明言することは求められないことを、第一審裁判部多数意見は強調する。<sup>(9)</sup>」「恐怖を広める罪が慣習法においても基礎を有するかどうかは、第一審裁判部多数意見が答えることを求められている問題ではない。<sup>(10)</sup>」として明言しなかった。従って、恐怖を広める罪が規程第3条に含まれると解する直接の根拠は、5月22日の協定のみである。なお、Nieto-Navia 判事は、その反対意見のなかで、この恐怖を広める罪が本裁判所の管轄権内にあるとする多数意見に異を唱えている<sup>(11)</sup>。Nieto-Navia 判事によれば、たとえ5月22日の協定によって恐怖を広める罪について裁判所が事項的な側面で管轄権を有するとしても、なおこの犯罪が国際慣習法上個人的な刑事責任をもたらしものであることを示さなければならないが、その証明は不十分である、とされる<sup>(12)</sup>。

この5月22日の協定後にボスニア・ヘルツェゴビナ紛争当事者間で結ばれた3協定(5月23日の協定、6月6日の協定及び10月1日の協定)と各当事者が一方的に署名した宣言(8月27日の宣言)——3協定1宣言——は、いずれもこの5月22日の協定の実施についての内容であり<sup>(13)</sup>、この点でもこの5月22日の協定は極めて重要な意味を持つ。本判決において、当該紛争の性質——国際紛争であるかそれとも国内紛争であるか——については判断されなかった。本事件の適用法規として「5月22日の協定」で十分であると考えられている。確かにこの「5月22日の協定」においては第一追加議定書第35条から第42条まで、及び第48条から第58条までの適用が合意されており、第51条2項(文民たる住民に対する攻撃を禁止し並びに恐怖を広めることを禁止する)はこの中に含まれる。さらには「文民たる住民及び個々の文民は、軍事行動から生じる危険に対して一般的保護を享有する。それらは、攻撃の対象とされてはならない。文民たる住民の間に恐怖を広めることを主たる目的とする暴力行為又は暴力による威嚇は、禁止する。」との規定も別個に含まれている(2.3項)。そうであれば、当該紛争の性質の判断という厄介な問題に立ち入ることなく、この明確に合意されている規定に従って判決を下すことができる、と裁判所は判断した。この判断において黙示的に前提にされていることがある。それは、各紛争当事者はそれぞれ交戦資格を持つ団体として認識されていること、従って、その戦闘員は「戦闘員の資格」を持つこと、である。このことは、当該協定の

別の部分——「諸当事者は、その紛争の諸当事者の法的地位あるいは現行国際武力紛争法に何らの影響をも与えることなく、以下の諸規則を適用することに合意する。」——と矛盾するものではない。各紛争当事者はそれぞれ交戦資格を持つ団体として位置づけられるのは国際裁判所(又は第三国の国内裁判所)においてのみであり、先に引用した ROWE の説明にもあるように、「もしボスニアのセルビア人戦闘員がボスニア政府軍によって捕えられれば、その者は、1992年5月22日の特別協定にもかかわらず、ボスニア・ヘルツェゴビナ刑法違反行為によって裁判にかけられうる。」という法的可能性はなお放棄されていないからである——実際にはそのようなことは行われまいであろうとしても。

なお、本判決に対して、検察及び被告人の双方が上訴している<sup>(14)</sup>。

(1) Prosecutor v. Stanislav Galić (Case No. IT-98-29-T) (5 December 2003) Trial Chamber I (*International Legal Materials* Vol.43, No.4 (2004) pp.794-879. [www.un.org/icty/galic/trialc/judgement/gal-tj031205e.pdf](http://www.un.org/icty/galic/trialc/judgement/gal-tj031205e.pdf))

(2) *Ibid.*, paras. 1-3.

(3) *Ibid.*, para. 17.

(4) *Ibid.*, para. 18.

(5) *Ibid.*, para. 22.

(6) *Ibid.*, para. 25.

(7) *Ibid.*, para. 95.

(8) *Ibid.*, para. 62.

(9) *Ibid.*, para. 97.

(10) *Ibid.*, para. 138.

(11) Prosecutor v. Stanislav Galić Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge Nieto-Navia Paras. 108-113. (*International Legal Materials* Vol.43, No.4 (2004) pp.874-875.)

(12) *Ibid.*, para. 113.

(13) *Ibid.*, para. 24.

(14) A/60/267-S/2005/532 *Twelfth annual report of ICTY* p. 30. para. 150.

## 第6章のまとめ

ボスニア・ヘルツェゴビナ紛争の性格付けについて、ボスニアのセルビア人(Republika Srpska)の軍隊(VRS)が新ユーゴスラビア(FRY)の軍隊の一部を成しているとして、ボスニア・ヘルツェゴビナと新ユーゴスラビアとの国際的武力

紛争であると捉えるアプローチがある。Tadic 事件上訴裁判部判決（1999 年）のアプローチである。このアプローチを用いる際の難点は、名目上の反徒軍が実質上「外国の軍隊」化していることの証明の困難さ・複雑さである。もう一つの問題は、当該紛争が国際的武力紛争であるとしても、その紛争に適用される実質的な人道法規則は何かを明らかにしなければならないことである。1949 年のジュネーヴ 4 条約については、それが国際慣習法化していることにほとんど異論がない。しかし、1977 年第一追加議定書については必ずしもそうではない。ICTY/ICTR 判例法でも第一追加議定書全体が慣習法化しているとは明言していない<sup>(1)</sup>。とすれば、条約として 1977 年第一追加議定書が紛争当事者間において適用されるための条件を満たしていることを確認する必要が生じる。

ボスニア・ヘルツェゴビナ紛争において適用される国際人道法を明らかにするもう一つの方法として、紛争当事者——ボスニア政府・ムスリム人勢力、ボスニアのセルビア人勢力、ボスニアのクロアチア人勢力——間の協定を用いるアプローチがある。この手法によれば上記の難点を回避することができるが、他方、捕らえられた戦闘員（捕虜）の地位が紛争当事者の地位に直結するため、その明確化が避けられる。その結果、国際人道法の適用において重要な意味を持つ戦闘員資格が明確にされず、戦闘行為そのものについての処罰からの免除の存否が不明確となり、戦闘員及び捕虜の保護が安定しない懸念が生じる。また、協定中で合意されたもの以外の「国際的武力紛争に適用される国際慣習法」は適用されないことになる。

共通第 3 条に基づいて紛争当事者間で国際人道法の適用に関する特別協定が結ばれ、その協定の正確な内容が公表され、さらには、国際裁判所でその違反が認定され、違反者が刑事処罰を受ける、という例はおそらく始めてである。国際裁判所だけでなく国内裁判所によるものを含めても、そのような例は知られていないと思われる。ICTY 規程第 3 条は裁判所が管轄権を有する対象犯罪として「戦争の法規または慣習の違反」全体であるために、このような紛争当事者間の特別協定違反も裁判の対象とすることができた。しかし、ICC 規程（国際刑事裁判所に関するローマ規程）では、そのような違反自体は対象とされない。対象となる犯罪行為を具体的にかつ限定的に列挙する方式をとっているからである。ベルギー法<sup>(2)</sup>やドイツ法<sup>(3)</sup>も同様である。他方、2003 年のオランダ法は、戦争犯罪となる具体的行為を列挙しながらも、「その他の戦争の法規及び慣習の違反」を包括的に含める規定を置いている<sup>(4)</sup>。

ICC 規程の内戦に関する戦争犯罪規定が慣習法であるとしても、あるいは今後慣習法化するとしても、国際人道法全体の一部のみをカバーするに過ぎない。その意味では、ジュネーヴ諸条約・追加議定書、さらにはその他の人道法条約規定の全部または一部の適用について紛争当事者間で（特に政府と反徒間

において）特別協定を締結することの望ましさは変わらない。最近のスーダンのダルフール地方での紛争においてスーダン政府と反徒（「スーダン解放運動団体・軍（SLM/A）」、「正義と平等運動団体（JEM）」との間で国際人道法適用に関する協定が結ばれている、との指摘がある<sup>(5)</sup>。この協定も、これまでのいくつかの協定同様、抽象的文言による法的内容の不明確さを免れない可能性が高い<sup>(6)</sup>。しかし、もしこの政府と反徒間の人道法適用合意が明確な法的内容を伴うならば、その違反が戦争犯罪として刑事処罰を伴うことを認めた本事例（Galie 事件）の意義は大きい。内戦における人道法実施の可能性の一つとして検討に値するものであろう<sup>(7) (8)</sup>。しかしながら、このような事例が今後多く生じてくるであろうとは思われない。

国際人道法の適用について政府と反徒の間で何らかの合意に達することがあるとしても、その内容が公表されることはほとんどなかった。この「5 月 22 日の協定」についても、その仲介をしている赤十字国際委員会は公表をしていない<sup>(9)</sup>。既存政府としては、たとえ国際人道法の事項に限定されとしても、反徒との間で協定を締結することは、すくなくともその合意事項に限り、反徒を対等な当事者として認めていることを意味する。たとえ共通第 3 条の中でそのような特別協定の適用が「紛争当事者の法的地位に影響を及ぼすものではない」と規定されていても、法的政治的な影響力を排除する力はない。法的にはその合意事項に関して反徒を対等な当事者として認めていることを意味し、政治的には反徒が政府と対抗しうる勢力を有していることを政府自身が認めることを意味するのである。これまで、ICRC の働きかけによって内戦の紛争当事者と ICRC との間で国際人道法適用に関する合意がなされた例をいくつか確認することができるが、このような形態をとることによってようやく可能となったのであり、この経験が 1976 年の外交会議第 3 会期採択条文に反映されたといえる。政府と反徒との間の協定として公表されるものは、ほとんど、停戦協定・和平協定である<sup>(10)</sup>。すでに政治的軍事的に決着のついた紛争の事後処理としての性格を持つこの種の合意においては、もはや反徒の地位について神経質になる必要がないのである<sup>(11)</sup>。しかし、武力紛争が継続している段階で法的な内容を有する協定を締結することに大きく期待することは困難である。それでも、それが単に理論的な可能性にとどまるものではないこと、そしてその法的意味が分析され、そして実際に適用されたことは、内戦における国際人道法の適用を確保し拡大する可能性を示したものとして、意義あるものと思われる。

(1) 樋口一彦「一九七七年ジュネーヴ諸条約追加議定書の「普遍化」——作成から二五年後の評価——」『琉大法学』第 69 号 427～434 頁参照。

(2) ベルギー法 (2003 年の刑法改正一第 136 条の 4) (*International Legal Materials* Vol.42, No.5 (2003) pp.1260-1263,1272-1277.)

(3) ドイツ法 (2002 年の国際刑法典第 8 条から第 12 条まで) (*Yearbook of International Humanitarian Law* Vol.5, 2002 pp.793-796.)

(4) 国際人道法の著しい違反に関する規則を含む 2003 年 6 月 19 日法 (国際犯罪法) 第 7 条第 1 項 ([http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straffdocs/natstraf\\_nl.pdf](http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straffdocs/natstraf_nl.pdf))。このオランダ法について、*Yearbook of International Humanitarian Law* Vol.6 (2003) pp.545-547,750-761。松葉真美「国際刑事裁判所規程履行のための各国の国内法的措置」『レファレンス』640 号 (2004 年 5 月) 45-46、49 頁、新倉修「国際刑事裁判所 (ICC) 実施のためのオランダ王国関連法」『青山法学論集』第 47 巻第 2 号参照。

(5) S/2005/60 paras. 76, 155, 166, 168-169, 174.

(6) 2004 年 4 月 8 日に署名された、「ダルフールにおける人道援助の樹立に関する議定書」第 10 条 2 項においてスーダン政府と反徒の二団体は、次の諸原則の尊重を約束した、とされる。「ダルフールにおける人道援助の概念及び実施は、それが信頼性のある、率直な、かつ包括的なものとなることを保証するために、特に次の国際的諸原則に合致しなければならない：1949 年ジュネーブ諸条約及びその二つの追加議定書、1948 年の世界人権宣言、1966 年の自由権規約、1952 年の難民条約、国内避難民に関する指導原則 (Deng 原則)、そして総会決議 46/182 の諸規定。」(なお、この第 10 条 2 項で言及される文書の名称等について、不正確な箇所がいくつかある。) さらに 2004 年 11 月 9 日の「N'Djamena 協定に従いダルフールの安全状況を向上させることに関する議定書」前文第三段落において、「文民に対するすべての暴力行為及び人権・国際人道法の違反」をこの三当事者は非難する、と述べられる。これらの規定を引用するダルフール調査国際委員会報告書は、「両議定書への言及は、明らかに、協定当事者が少なくともこれらの議定書の定める一般原則を受け入れるという意思を示すものである。」と解し、そして、これらの諸原則の黙示的承認は、上記の 11 月 9 日議定書の前文第三段落からも推察される、と述べている (S/2005/60 paras. 168-169.)。スーダン政府と反徒二団体との協定は六つあるとされる (*ibid.*, para. 155.) がその全体像は不明であり、本稿ではこれ以上の検討はできない。

(7) 非国家主体による人道法遵守の確保の重要性を指摘するものとして、E/CN.4/2004/90 *PROMOTION AND PROTECTION OF HUMAN RIGHTS Fundamental standards of humanity, Report of the Secretary-General* pp.5, 16., paras. 5, 53. 参照。また、この事務総長報告書の中で、紛争当事者間の特別協定締結による人道法遵守状況改善の提案が紹介されている (p.13., para. 41.)。

(8) 他方、政府と反徒間の人道法適用合意を無限定に個人の刑事処罰の根拠となしうるものなのか、との疑問も指摘される。例えば、政府と反徒が人道的援助の受け入れに合意したとして、その援助を現場で拒否する行為を「戦争犯罪」とすることの適否である。Robert Kolb は、このような「二者間戦争犯罪 (bilateral war crimes)」については、その特別協定違反を犯罪化する当事者の意図の厳密な検証が必要になるという (Robert Kolb, "The Jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their Jurisdiction and on International Crimes (2000-2004)", *The British Year Book of International Law* 2004 (Vol. 75) p. 289.)。

(9) 赤十字国際委員会発行の資料集にこの協定が入れられているが、他の文献 (Michèle Mercier, *Crimes Without Punishment: Humanitarian Action in Former Yugoslavia*) からの引用の形をとっている (Marco Sassòli and Antoine A. Bouvier, *HOW DOES LAW PROTECT IN WAR?* (ICRC, 1999) p. 1112.)。

(10) Cassese は「実際、反徒はその敵対する国家としばしば協定を締結してきた」と述べるが、その示す例は、旧ユーゴ関係のものを除けば、すべて停戦協定・和平協定である。 (Antonio Cassese, *International Law*, 2<sup>nd</sup> edition (Oxford U. P., 2005) p. 128.)

(11) 実際、これらの停戦協定・和平協定においては、反徒としての罪を赦免する条項がおかれることもある。 (Nicaragua-Nicaraguan Resistance: Preliminary Cease-Fire Agreement, 3., *International Legal Materials* Vol. 27, No. 4 (1988) p. 955., Peace Agreement between the Government of Sierra Leone and the Revolutionary United Front of Sierra Leone, Article IX, [www.sierra-leone.org/Laws/1999-3.pdf](http://www.sierra-leone.org/Laws/1999-3.pdf))

## 補章 民族解放戦争の国際化

交戦資格 (*facultas bellandi*) とは国際的武力紛争の当事者たる資格を言い<sup>(1)</sup>、この資格を有する団体は国際人道法上の権利義務の当事者となりうる。すなわち、この資格を有する団体は国際人道法の適用において相互に平等な地位に立ち、その団体の構成員は合法的な戦闘員の資格<sup>(2)</sup>を有するのである。この交戦資格は伝統的には国家及び承認された交戦団体のみが有していた。従って植民地からの独立のために戦う人民も、交戦団体として承認されない限り、この資格を認められなかった。植民地からの解放戦争は伝統的には内戦の一つの部類と考えられてきたのである。1949年のジュネーヴ諸条約の起草過程においても植民地戦争は内戦の一類型であると一般に理解されていた。植民地人民が交戦資格を有すると認められるためには民族自決権の発展を待たなければならなかったのである<sup>(3)</sup>。この国際法の新たな権利は国際法の諸側面に变革をもたらした。1968年のテヘラン人権国際会議及び1969年の第21回赤十字国際会議からはじまる国際人道法の再確認と発展の作業においても、この民族自決権の発展は影響を及ぼさずにはおかなかった。いやむしろ民族自決権の行使の一形態としての民族解放戦争における犠牲者保護の必要性が、この国際人道法の再確認と発展の作業をすすめる一つの大きなインパクトとなったのである。この作業の過程では民族解放戦争における犠牲者の保護の必要性自体は一般に認められていた。最も大きな問題となったのは民族解放戦争の性質、換言すれば民族自決権を行使する人民の交戦資格の有無である。西側諸国は、伝統的な理解に従い、その人民の交戦資格を認めず、従って解放戦争も内戦の一類型であると主張した。他方第三世界諸国及び社会主義諸国は解放戦争の国際的性質を主張したのであった。この論争の中で民族自決権を行使する人民の有する権利義務が明確にされるとともに、解放戦争の国際的性質に強く反対していた西側諸国は、イスラエルを除き、反対から棄権（あるいは賛成）に回った。このような経過で民族解放戦争を国際的武力紛争とする（すなわち民族自決権を行使する人民に交戦資格を認める）1977年ジュネーヴ諸条約第一追加議定書第1条第4項が採択されたのである。

本章では伝統的に内戦の一類型と考えられてきた「民族解放戦争」が国際的武力紛争として1977年追加議定書において位置づけられる過程を明らかにするとともに、その今日における意義を検討したい。

(1) Cf. L. Oppenheim-H. Lauterpacht, *International Law* Vol. II (Seventh

Edition) (Longman, 1952) p. 248.

(2) 戦闘員の資格については、樋口一彦「一九七七年ジュネーヴ諸条約第一追加議定書における戦闘員の資格（一）（二・完）」『関西大学大学院 法学ジャーナル』第44号・第45号参照。

(3) もっとも、民族自決権を行使する人民が国際人道法上の交戦資格を有するという点は、民族自決権の諸側面の一つにすぎない。民族自決権を行使する人民を代表する解放団体が国際法上有する権利の諸側面について、松井芳郎「民族解放団体の国際法上の地位」『国際法外交雑誌』第81巻第5号参照。

### 第1節 1949年ジュネーヴ諸条約における解放戦争の位置づけ

民族自決権の思想的な源流はかなり以前の時代まで遡ることができよう<sup>(1)</sup>。しかし民族自決権が国際法上の権利として確立するのは、第二次大戦以後においてであると思われる<sup>(2)</sup>。では第二次大戦後間もなく作成された1949年のジュネーヴ諸条約の起草過程において植民地からの解放戦争がいかに位置づけられていたか。まず本節においてはこの点を見ておきたい。1949年のジュネーヴ諸条約の作成のための準備作業は1946年の各国赤十字社予備会議にはじまる。その後1947年の政府専門家会議、1948年のストックホルム会議を経て1949年の外交会議に至るのである。外交会議以前の準備作業では、内戦にも条約全体（あるいはその諸原則）が適用される旨の草案が、作成されていた<sup>(3)</sup>。そして植民地からの解放戦争もこの内戦の一つの部類としてとらえられていたようである。すなわち、1947年の政府専門家会議の本会議で勧告された草案において、「締約国の本国領域あるいは植民地領域のいかなる部分における内戦の場合においてもこの条約の諸原則はその締約国によって等しく適用される。ただしその敵当事者もそれに従うことを条件とする。<sup>(4)</sup>」と述べられていた。そして赤十字国際委員会 (ICRC) によって1948年のストックホルム会議（第17回赤十字国際会議）に提出された草案は次のように規定していた。「またはいくつかの締約国の領域に生じる国際的性質を有しないすべての武力紛争の場合において、特に、内戦、植民地紛争あるいは宗教戦争の場合において、各敵対者は本条約の諸規定を適用しなければならない。<sup>(5)</sup>」この規定の中で「特に、内戦、植民地紛争あるいは宗教戦争の場合において」という文言はこの1948年のストックホルム会議において削除された<sup>(6)</sup>。しかしこの文言が削除されたのは、植民地紛争が内戦ではないと考えられたからではない。これらの文言が削除されたのは、ある紛争がこの規定された定義の一つにあてはまらないという口実の下にその条約が適用されない、という危険性を考慮したからであった<sup>(7)</sup>。そ

して 1949 年の外交会議においても植民地戦争は内戦の一つの部類と一般に考えられていたようである。この点に言及する発言はあまり多くないが、たとえば、ソビエト代表は、「……従って、ソビエト連邦代表団は、ここに出席しているすべての諸代表団に対し、この本質的に人道的な主張を支持し、これを植民地戦争及び内戦あるいは他のすべての国際的性質を有しない紛争において適用するよう諸代表団に促すために呼びかけを行なう。(8)」と述べており、メキシコ代表は、「メキシコ代表団は、非国際的戦争においてそれが内戦、抵抗戦あるいは解放戦争と呼ばれることはその法にまったく関係しないこと、……を主張する。(9)」と発言している。また、オーストラリアは、共通第 2 条第 4 項の修正案として、「締約国の本国あるいは植民地領域のいずれかの部分で生じる内戦の場合において、本条約（あるいはこれがゆきすぎであるならば『本条約の諸原則』）は、以下のことを条件として紛争当事者間に適用される。(以下略) (10)」とすることを提案していた。このように 1949 年のジュネーヴ諸条約の起草過程においては植民地からの解放戦争は内戦の一部類と考えられ、従ってその植民地人民に特別な地位は認められていなかったと言えよう。また学説においても 1950 年代には一般にそのように理解されていたように思われる。この点についてははっきりと言及している論者はあまり多くないが、たとえば Siotis は、1958 年の著作において、「……従って、当然に、現在実施されているさまざまな植民地制度の間での相違にもかかわらず、植民地紛争は常に非国際的性格を保持している。(11)」と論じていたのである。

(1) この点に関して、松井芳郎『現代の国際関係と自決権』（1981 年。新日本出版社）21-28 頁参照。

(2) 松井芳郎、同書、28-35 頁参照。

(3) 詳しくは、藤田久一「国際的性質を有しない武力紛争——一九四九年ジュネーヴ諸条約第三条をめぐって——(二)」『金沢法学』第 16 巻 1/2 号 70-80 頁参照。

(4) ICRC, *Report on the Work of the Conference of Government Experts for the Study of the Conventions for the Protection of War Victims* (Geneva, 1947) p.8.

(5) Frédéric Siordet, *Les Conventions de Genève et la guerre civile*, (Genève, 1950) (Extrait de la Revue internationale de la Croix-Rouge) p.17.

(6) ICRC, *Revised and New Draft Conventions for the Protection of War Victims* (Geneva, 1948) pp.10,32,51-52,114.

(7) Siordet, *op. cit.*, *supra* note 5, p.18.; また、榎本重治・足立純夫 共訳『ジ

ュネーヴ条約解説 I』(昭和 48 年、朝雲新聞社) 42 頁参照。

(8) *Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949*, Tome II-B p.322.

(9) *Ibid.*, p.328.

(10) *Ibid.*, Tome III p.27.

(11) Jean Siotis, *Le Droit de la Guerre et les Conflits armés d'un caractère non-international*, (Paris, 1958) p.50.

## 第 2 節 人道法外交会議までの準備作業

前節で見たように、1949 年のジュネーヴ外交会議においても 1950 年代の学説においても、解放戦争（あるいは植民地戦争）は内戦の一つの部類であると一般に考えられていた。しかし 1960 年代になると状況が変わってくる。1960 年には植民地独立付与宣言（国連総会決議 1514 (XV)）が採択され、植民地問題は当然に国内問題である、とは必ずしも言えなくなってくるのである<sup>(1)</sup>。しかし松井芳郎によれば「解放戦争の法的地位の問題がはじめて本格的な論争のまとなったのは、『友好関係宣言』の起草過程においてであったと思われる。<sup>(2)</sup>」とされており、そして解放戦争への人道法適用の問題が議論されるようになるのは 1968 年のテヘラン人権国際会議及び 1969 年の赤十字国際会議（イスタンブール会議）以後であるように思われる<sup>(3)</sup>。その 1968 年のテヘラン人権国際会議の決議 23 は、「人権に関する国際会議は、……国際連合の諸決定及び世界人権宣言の諸原則に従うことを拒否する少数者の人種差別的あるいは植民地体制がしばしばそのような体制に反対して闘争する者を処刑し、残虐な取扱いを行っていることにも注意し、そしてそのような者は残虐なあるいは残忍な取扱いから保護されるべきであること、及び、そのような者はもし捕えられれば国際法上の捕虜あるいは政治犯として扱われるべきであることを考慮し、……<sup>(4)</sup>」と述べている。ただこの決議 23 においては解放戦争の法的性質あるいは民族自決権を行使する人民の地位について必ずしも明らかにされていない。しかしこの 1968 年のテヘラン会議以後、国連総会において解放戦争に人道法の諸条約の適用を求める決議があいついで採択されるようになった。これらの決議における表現方式あるいは適用を求められる条約はさまざまであるが、あえて分類すれば、以下のようになる。

- ・ すべての紛争当事者に対して捕虜条約の適用を求める<sup>(5)</sup>。
- ・ すべての紛争当事者に対して人道法の諸条約の適用を求める<sup>(6)</sup>。
- ・ すべての国家による 1925 年ジュネーヴ議定書及び 1949 年ジュネーヴ



諸条約の諸原則の適用を求める<sup>(7)</sup>。

- ・ 自由の戦士を捕虜として待遇することを求める<sup>(8)</sup>。
- ・ ローデシアでの捕虜条約（及び文民条約）の適用の確保をイギリスに求める<sup>(9)</sup>。
- ・ 南アフリカ政府に捕虜条約（及び文民条約）の適用を求める<sup>(10)</sup>。
- ・ ポルトガル政府に捕虜条約（及び文民条約）の適用を求める<sup>(11)</sup>。
- ・ ナミビア理事会に捕虜条約及び文民条約の適用確保を求める<sup>(12)</sup>。
- ・ イスラエルに文民条約の適用を求める<sup>(13)</sup>。
- ・ 解放戦争は1949年ジュネーヴ諸条約の意味での国際的武力紛争である、とする<sup>(14)</sup>。

これらの国連決議において最も大きな問題点は、民族自決権を行使する人民の法的地位が不明確なことである。「すべての紛争当事者」に人道法の諸条約の適用を求める決議において、その「すべての紛争当事者」には民族自決権を行使する人民も含まれているのであろうか。イギリスや南アフリカあるいはポルトガル、ナミビア理事会、イスラエルなどに人道法の条約の適用（の確保）を求める決議は、一方的な適用を求める（すなわち民族自決権を行使する人民には適用を求めない）ものと解されうる表現を有している。自由の戦士を捕虜として待遇することを求める決議も民族自決権を行使する人民の側に対して課される義務には触れられていない。このように国連の諸決議は解放戦争を国際的武力紛争とする<sup>(15)</sup>。一方で、民族自決権を行使する人民の交戦資格あるいはその条約上の権利義務を明確にしていなかったである。

他方これらの国連の活動とは別に1969年の第21回赤十字国際会議以後ICRCによって国際人道法の再確認と発展の作業がはじめられることとなる。この1969年の赤十字国際会議は、その決議18においてICRCに対して次のことを求めた。

「決議18（非国際的武力紛争における戦闘員の地位）」

第21回赤十字国際会議は、

第20回赤十字国際会議が、ICRCに対し、非国際的武力紛争の犠牲者への赤十字の人道的援助を強化する目的でのその作業を継続するよう激励し、そしてジュネーヴ諸条約の当事国政府及び各国赤十字社に対し、それぞれの国でそれらの努力を支持することを勧告した決議31を想起し、

1949年のジュネーヴ諸条約の採択以後非国際的武力紛争が徐々に広まり、すでに多数の犠牲者を生じさせているがゆえに、

非国際的武力紛争に参加し、そして1949年8月12日のジュネーヴ第三条約第4条の諸規定に従う戦闘員及び抵抗運動団体の構成員は、捕えられた場合、

いかなる非人道性や残虐性からも保護され、その条約が捕虜のために定めている待遇に類似の待遇を受けるべきものと考え、

ICRCに対し、そのような者の法的地位の全般的研究を行ない、そしてこの事項において必要と考える行動をとることを求める。<sup>(16)</sup>」

この決議は民族解放戦争を特に問題とするのではなく、それを含む内戦一般についてその戦争に従事する戦闘員に人道的な待遇を与えるべきことに言及するにとどまる。しかし解放戦争が国際紛争であるとする主張が徐々に強まりつつあった中で、ICRCもこの解放戦争の性質について検討せざるをえなかった。この解放戦争の国際的性質について、しかしながら、ICRCは慎重な態度をとった。すなわちICRCは、1971年の第一回政府専門家会議に提出した報告書において、一方で、国際社会において自決闘争が国際的性質を有しているという考えが増大していることは否定できない、としながらも、「他方、国際社会の組織はそのような希望——広く認められてはいるけれども——がすべての関係諸国及び当事者に対して拘束的な規則と考えられうるにはいまだ至っていない。」「その紛争の性質決定、あるいは自由及び自決のためのそれらの闘争に参加する戦闘員の取扱いに関して、前述の諸決議（国連の諸決議——筆者注）はきわめて無力であることを指摘しなければならない。すなわち、これらの文書に直接かかわる諸国はそれらの闘争が国際紛争であるとは考えていないし、それらの国はそれらの戦闘員を普通法の犯罪者あるいは政治的勾留者として扱っているのである。」「企図されている規則において、さきの諸決議で言及されている南部アフリカの事態が『国際紛争』という性質決定をもたらし、あるいは少なくともすべての人道法の適用をもたらすということの規定することは、ICRCの見解では得策とは思われない。そうすることは何ら本当に実際的な結果を導かないであろう。」と述べていた<sup>(17)</sup>。また、ICRCの代表はこの1971年の会議中においても同様の発言を行っている<sup>(18)</sup>。しかしこの1971年の会議において、「この問題について発言した第二委員会の専門家のほとんどが、解放戦争は国際的武力紛争である、と考えた。<sup>(19)</sup>」このような見解を考慮してICRCは1972年の第二回政府専門家会議において「自決のための武力闘争における国際人道法の適用に関する宣言予備草案<sup>(20)</sup>」を提出した。この宣言予備草案は、ジュネーヴ諸条約及びその追加議定書並びに兵器の使用・害敵手段を制限する国際法の他の人道的規則が自決のための武力闘争に適用されるべきことを宣言する（第1項）一方、これらの諸規定の完全な適用を行わない場合においても少なくとも1949年諸条約の共通第3条及びその追加議定書の諸規則を遵守する（第2項の提案I）、あるいは少なくともこの宣言に付属される諸規則を遵守する（第2項の提案II）ことを宣言するものであった。この宣言予備草案にお

る解放戦争の性質の位置づけ、あるいは民族自決権を行使する人民の地位については、しかしながら、明確ではない。異なる見解の間での妥協をはかるために意図的にあいまいにされたのかも知れない。しかしこの折衷的な性格ゆえにこの宣言予備草案は1972年の会議において相異なる両方の立場から批判されることとなった。すなわち、一方において、自決闘争は国際的武力紛争に含まれ、従って第一議定書草案の適用対象となるためこのような宣言は不用であるとされた<sup>(21)</sup>。他方において、自決闘争はジュネーヴ諸条約共通第3条及び第二議定書草案の適用される紛争であるから他のいかなる特別な規定も必要ではない、と主張されたのである<sup>(22)</sup>。結局「圧倒的多数の専門家がこのような宣言を作成することに反対の意を示し<sup>(23)</sup>」、この問題を討議した第四委員会はこの宣言予備草案を検討する任務を起草委員会に与えなかった<sup>(24)</sup>。ICRCは、これらの第一回及び第二回の政府専門家会議での討議をふまえて、外交会議に提出される草案を作成した。この外交会議の第一議定書草案の第1条は「本議定書は、戦争犠牲者の保護に関する1949年8月12日のジュネーヴ諸条約を補完するものであって、諸条約に共通の第2条にいう事態に適用する。<sup>(25)</sup>」とのみ規定し、ただ第42条の注において「もしも、多くの政府が希望したように、外交会議が自決のための武力闘争団体の構成員を本議定書中に含めることを決定するならば、一つの解決方法は、本条中に次のような第3項を含めることであろう。『3 人民が国際連合憲章及び「国際連合憲章に従った諸国家間の友好関係と協力に関する国際法の諸原則についての宣言」によって保障された自決権を行使している武力闘争の場合には、前記の条件<sup>(26)</sup>に従う組織的解放運動団体の構成員は、抑留されている間、捕虜として待遇されなければならない。<sup>(27)</sup>』」という提案が示されていた。このICRCの作成した外交会議の草案における解放戦争の性質の位置づけはやはり明確ではない。基本的に非国際的な性質としてとらえられているとも思われるが、その戦争に従事し、一定の条件を満たす戦闘員には捕虜としての待遇を与えなければならないともされている。この場合の「捕虜として待遇」という意味の中には人民を代表する解放団体の構成員に戦闘員の地位が与えられる、ということも含まれるのであろうか（もしそうであるとすれば、基本的に解放戦争を国際的な性質のものとしてとらえていることとなる）。いずれにせよICRCとしては、この点に関する諸見解の相違にかんがみて明確な態度を示さず、外交会議に結論を委ねたものと思われる。

(1) 家正治によれば「一九六〇年段階で民族自決権は実定国際法上の権利として確立したものと確認できるであろう。」とされている。（家正治「民族自決権と内戦」『国際法外交雑誌』第73巻第3号10頁）

- (2) 松井芳郎『現代の国際関係と自決権』（1981年、新日本出版社）39頁  
(3) Cf. Allan Rosas, *The Legal Status of Prisoners of War* (Helsinki, 1976) p.264.  
(4) ICRC, *Reaffirmation and Development of the Laws and Customs applicable in armed Conflicts, D, S, 4a, b, e*, (Geneva, 1969) Annex VIII pp.024-026.  
(5) 2676(XXV)—第1項  
(6) 2677(XXV)—第1項、2852(XXVI)—第1項、2853(XXVI)—第1項  
(7) 2674(XXV)—第3項  
(8) 2396(XXIII)—第8項(c)、2446(XXIII)—第5項、2621(XXV)—第3項  
(6)(a)、2674(XXV)—第4項、2852(XXVI)—第2項、3103(XXVIII)—第4項  
(9) 2383(XXIII)—第13項、2508(XXIV)—第11項、2652(XXV)—第11項、2796(XXVI)—第10項  
(10) 2547(XXIV)—第7項、2678(XXV)—第11項、2871(XXVI)—第8項  
(11) 2395(XXIII)—第12項、2547(XXIV)—第8項、2707(XXV)—第6項、2795(XXVI)—第7項、3113(XXVIII)—第5項  
(12) 2547(XXIV)—第9項  
(13) 32/5—第3項、32/91—A節第3項  
(14) 3103(XXVIII)—第3項  
(15) この点についても明示的にこのことを述べているのは、筆者が調べた限りでは決議3103だけであり、他の諸決議ではこの点を必ずしも明らかにしていない。ICRCは、その報告書において、「この問題に関して、一連の決議において国際連合総会が南部アフリカの当局に反対して闘っている戦闘員に対して捕えられた場合捕虜に与えられる地位を求めている、ということ想起すべきである。ICRCは、総会のこの要求がこれらの戦闘員の従事する紛争の性質に関して判断を行なったことを意味すると考えられうるのかどうかを知りたく思う。」と述べ、国連諸決議における解放戦争の性質の位置づけについて若干疑念を示していた。(ICRC, *op. cit.*, *supra* note 4 p.101.)  
(16) ICRC, *V Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts*, CE/5b, (Geneva, 1971) Annex XII p.021.  
(17) *Ibid.*, pp.30-32.  
(18) ICRC, *Report on the Work of the Conference*, (Geneva, 1971) p.56, paras.345-346.  
(19) *Ibid.*, p.54, para.321. なお、ノルウェーの専門家によって提出された条文草案では、解放戦争のほか、敵対行為が一定の水準に達したすべての武力紛争にジュネーヴ諸条約全体が適用される、としている(CE/Com.II/3)。

- (20) ICRC, *II COMMENTARY* part one, (Geneva, 1972) pp.181-182.
- (21) ICRC, *Report on the Work of the Conference*, Vol.1(Geneva, 1972) p.201, para.4.219.
- (22) *Ibid.*, para.4.220.
- (23) *Ibid.*, para.4.218.
- (24) *Ibid.*, para.4.224.
- (25) 竹本正幸「一九七七年第一追加議定書の条文の変遷(一)——赤十字原案、委員会採択条文、本会議採択条文の対照表——」『関西大学法学論集』第30巻第2号116頁。
- (26) 竹本正幸、同資料、88-89頁参照。
- (27) 竹本正幸、同資料、89頁。

### 第3節 外交会議での討議

1969年の赤十字国際会議以後ICRCの主導によって国際人道法の再確認と発展の作業が続けられ、そしてその成果をふまえて1974年から1977年にかけてスイス政府の主催によって外交会議が開かれた<sup>(1)</sup>。この外交会議において解放戦争への人道法の適用問題は最も論議を生じさせるものの一つとなった。この問題は、まず、1974年の第一会期に第一委員会できりあげられた。この問題についての諸国の見解を簡単に述べるならば、第三世界諸国及び社会主義諸国は解放戦争が国際的武力紛争であることを主張し、西側諸国がこれに反対した、と言える。しかしその主張の根拠はさまざまであり、また各国家グループ内で見解が必ずしも一致していたわけではない。以下でそれぞれの主張について若干詳しくみてみたい。

まず解放戦争が国際的武力紛争であるとする主張について。多くの第三世界諸国及び社会主義諸国がこの主張を述べた。ではなぜ解放戦争が内戦ではなく国際的武力紛争であるのか。この点について中国は次のように述べた。「民族解放戦争は帝国主義者・植民主義者の支配に反対してなされる正戦である。国際連合総会は、その第28会期において、植民地支配及び外国による支配及び人種差別体制に反対する人民の闘争は1949年ジュネーヴ諸条約の意味での国際的武力紛争とみなさなければならぬ、と述べている(決議3103(XXVIII))<sup>(2)</sup>。」「中国代表団の見解によれば、民族解放戦争はジュネーヴ四条約の共通第2条の意味での国際的武力紛争であるとみなされるべきであり、そして第一議定書草案において、ジュネーヴ四条約が植民主義、外国による支配及び人種差別体制に反対する人民の武力闘争に無条件で適用されるということを明確に規定

されるべきである。<sup>(3)</sup>」またマダガスカル代表は、「第一議定書草案第1条の適用範囲は民族解放運動団体によってなされる正当な闘争を対象とするよう拡大されるべきである。<sup>(4)</sup>」と発言しており、さらに、ANC代表は、「南部アフリカにおける拡張主義者・植民主義者の体制の不正義」を述べ、「民族解放運動団体の闘争をある国家の国内問題とみなすことはもはやできないこと」を強調し、そして「そのような紛争は国際的な性質を有すると認められるべきであること」を強く主張した<sup>(5)</sup>。これらの諸代表の見解は、いくぶん不明確さはあるものの、解放戦争が正当であるがゆえに国際的な性質を有する、と主張するもののように解される。しかし解放戦争の国際的性質を主張する諸国がより主要な根拠としたのは、植民地人民は本国とは別個の法的地位を有し、その人民を代表する解放団体は国際法上の地位を有する、ということであると思われる。たとえばベネズエラは、「国際法上、植民地領域は本国の地位とは別個の自らの法的地位を有する。従ってそれらの領域において生じるいかなる武力紛争も国際的なものである。<sup>(6)</sup>」と述べ、モロッコは、「民族解放運動団体は国際法上の法的地位を有している。というのは、その自決権が国際連合憲章及び他の文書において認められているからである。<sup>(7)</sup>」と主張している。その他セネガル<sup>(8)</sup>、タンザニア<sup>(9)</sup>、シリア<sup>(10)</sup>、ルーマニア<sup>(11)</sup>、ウガンダ<sup>(12)</sup>、PAC<sup>(13)</sup>、FRELIMO<sup>(14)</sup>などが同様の見解を述べている。解放戦争が*jus ad bellum*のレベルにおいて正当な武力の行使であると言えるかどうかは論議のある点である。本稿ではこの問題には立ち入らない。解放戦争が正当な武力の行使であろうがなかろうが、そのことは国際人道法の適用とは関係がない。国際人道法の適用上ある紛争が国際的であるか非国際的であるかは、その紛争の両当事者が交戦資格を有する団体であるかどうかによるのである。従って解放戦争の国際的性質は、その正当性ではなく、民族自決権を行使する人民が交戦資格を有していることに求められるべきではない。すなわち、解放戦争が国際的性質を有するとの主張の根拠は、民族自決権を行使する人民が国際法上本国とは別個の主体性を有し、国際人道法上の交戦資格を有する、ということであると思われる<sup>(15)</sup>。

解放戦争が国際的武力紛争であるとするこれらの諸国の主張に対して、他方、西側諸国<sup>(16)</sup>は反対の意を述べた。その反対理由としては、(1) 解放戦争は本質的に内戦であり、これを国際紛争と認めることは*jus in bello*の領域に*jus ad bellum*を反映させるもの(正戦論の導入)である<sup>(17)</sup>。(2) 人民を代表する解放運動団体はジュネーヴ諸条約や追加議定書上の諸義務を履行しえない<sup>(18)</sup>。(3) 「人民」あるいは「解放戦争」の基準があいまいである<sup>(19)</sup>、ということなどがあげられた。要するに解放戦争は内戦であり、たとえ国際紛争と認めるとしてもその人民の定義が不明確であり、たとえ明確であるとしてもその人民

を代表する解放団体は実際に条約上の諸義務を履行しえない、ということであろう。しかしこのような三段構えの論法では基本的に何に反対しているのかがよくわからない。西側諸国はそもそも解放戦争が国際的性質を有すること（換言すれば国際法上の自決権の存在）に反対していたのであろうか。それとも解放戦争が国際的性質を有すること自体は認めるとしても解放戦争の定義の困難性、あるいは解放団体の条約義務履行の困難性を特に問題としていたのであろうか。いずれにせよ第一委員会での投票においては第三世界諸国及び社会主義諸国の数の上での多数により解放戦争を国際的武力紛争と認める修正案<sup>(20)</sup>が可決されることとなった（賛成 70、反対 21、棄権 13）<sup>(21)</sup>。

1974年の第一会期で解放戦争を国際的武力紛争に含める修正案が可決されたことを受けて、翌年の第二会期で、人民を代表する解放団体が諸条約及び第一議定書に拘束されるための方式を規定する新たな条項の追加が提案された。すなわち、人民を代表する解放運動団体はスイス政府に宛てた一方的宣言によってその紛争に関して諸条約及び第一議定書を適用することを約束できる、という提案である<sup>(22)</sup>。これは第一会期において、解放戦争に諸条約及び議定書が適用されるということは、解放団体とたたかう国家の側を一方的に拘束するものではないか、と問われた<sup>(23)</sup>ことについて、そうではないことを明確にするものである。ただこの条項——最終条文では第一議定書第 96 条第 3 項——の作成は主に非公式の協議でなされた<sup>(24)</sup>ため「準備作業からはこの条文の解釈の助けとなりうる資料がほとんどない<sup>(25)</sup>」のは残念である。この新条項の提案は公式的には 1977 年の外交会議第四会期においてまず第一委員会で採択され<sup>(26)</sup>、そしてこの新条項を含む第 84 条全体が第一委員会でコンセンサスで採択された<sup>(27)</sup>後に本会議で最終的に採択された<sup>(28)</sup>。他方、解放戦争を国際的武力紛争と認める条文（第 1 条）についてもこの 1977 年の外交会議第四会期の本会議で賛成 87、反対 1（イスラエル）、棄権 11（モナコ、イギリス、西独、カナダ、スペイン、アメリカ、フランス、ガテマラ、アイルランド、イタリア、日本）で採択された<sup>(29)</sup>。1974 年の第一会期で反対票を投じた国の多くは賛成（リヒテンシュタイン、ルクセンブルグ、ニュージーランド、オランダ、ポルトガル、韓国、スイス、ウルグアイ、ベルギー、デンマーク）または棄権（イタリア、日本、モナコ、イギリス、西独、カナダ、スペイン、アメリカ、フランス、）に回った<sup>(30)</sup>。このような投票行動の変化について竹本正幸は、「このように顕著な変化が生じたのは、当初反対した諸国が修正第一條をもはや覆しえないものであることを認めざるを得なかったことのほかに、委員会における採択から本会議における採択までの四年間に国際社会の状況が大きく変化したことに影響されているように思われる。東南アジアにおける武力紛争の終結、アフリカのポルトガル領植民地の独立、石油危機をめぐるアラブ産油諸国への配慮など、

さまざまな要因があげられるであろう。<sup>(31)</sup>」と説明しており、Cassese は、この間に植民地帝国が徐々になくなっていったことのほかに、この当該規則が人道法のすべての基本原則を守っているがゆえに人道法にとって危険なものではない、ということこそ西側諸国が理解するようになったことをあげている<sup>(32)</sup>。ではこれらの国は解放戦争が国際的武力紛争であることを認めたのであろうか。賛成票を投じた国についてはそのように解されうであろう。しかし投票を棄権した国については必ずしもそのように言えない。本会議での採択後の投票説明を見てもそれらの棄権の理由が明確ではないからである<sup>(33)</sup>。

さて、1977 年にジュネーヴ諸条約追加議定書が作成された後、1980 年には「過度に傷害を与え又は無差別に効果を及ぼすことがあると認められる通常兵器の使用の禁止又は制限に関する条約」（特定通常兵器使用禁止制限条約）<sup>(34)</sup>が採択された。この条約の第 1 条においてこの条約及びこの条約の附属議定書が解放戦争にも適用される旨規定されている。そして第 7 条第 4 項では、まず、この条約の締約国が 1977 年第一議定書の締約国でありかつ解放団体がその第 96 条第 3 項の下での宣言をしている場合には、解放団体がこの特定通常兵器使用禁止制限条約（及びその国が拘束されるこの条約の附属議定書）を適用することを約束することによって、この条約（及びその国が拘束されるこの条約の附属議定書）が適用される旨規定される。そして次に、この条約の締約国が 1977 年第一議定書の締約国でない場合には、解放団体は 1949 年ジュネーヴ諸条約及び特定通常兵器使用禁止制限条約（及びその国が拘束されるこの条約の附属議定書）を受諾しかつ履行することによって、当該解放戦争にこの条約（及びその国が拘束されるこの条約の附属議定書）及び 1949 年ジュネーヴ諸条約が適用されることが規定されている。これらの条項は、基本的に、1977 年の第一議定書の第 1 条及び第 96 条第 3 項の方式を踏襲したものである。これらの条項をこの条約中に入れることについては、イスラエル以外には、あまり反対はなかったようである<sup>(35)</sup>。たとえばアメリカ代表は、この 1980 年の会議の最後で解放戦争への適用問題について以下のように述べている。「アメリカ代表団は、その議定書が民族解放戦争に適用される方式に関して達した解決は受け入れられる妥協であると考え、この問題はきわめて理論的な問題である。というのは、解放運動団体と戦う国家が、その敵が 1949 年ジュネーヴ諸条約第一追加議定書に定義された運動団体であるということを認めるなどということは考え難いからである。その国はその条約を武力紛争に適用する立場にある唯一の国であり、その適用の問題が生じることを認めることすらないであろう。それにもかかわらず達せられた妥協は、その新条約のいかなる当事国も第一議定書の当事国となることを拒否できる主権的権利をそこなうことなく、国際人道法の最大限可能な適用を促進するためにうまく作られたものと思われる。<sup>(36)</sup>」またイギリス

代表はこの問題について若干の解釈上の了解のみを述べている。すなわち、「条約の本文については、イギリス政府は、戦争犠牲者の保護に関するジュネーヴ諸条約の第一追加議定書の第1条第4項に述べられた形態の武力紛争に、締約国に対して、従事する人民を真に代表する当局である団体によってなされた宣言のみが第7条第4項に述べられた効果を有しうると考える。この解釈は、イギリス政府がジュネーヴ諸条約第一追加議定書第96条第3項に関して与えた解釈と一致する。さらに、当該団体は適切な地域的組織によって承認されなければならない。さらに第7条第4項(b)によって対象とされる場合に従わなければならない手続きは、本質的に同項(a)に規定されている手続きと同一である、ということがイギリス政府の了解である。<sup>(37)</sup>」これらの発言を見る限り、アメリカにしてもイギリスにしても、解放戦争を国際的武力紛争と認めることについて積極的に反対しているとは思われない<sup>(38)</sup>。もちろん1977年第一議定書第1条第4項及び第96条第3項(及び1980年特定通常兵器使用禁止制限条約第1条及び第7条第4項)の解釈・適用上の問題は残っている。これについては次節で検討することとしたい。

(1) なお、この外交会議には人民を代表する解放団体も参加が認められた。この参加問題については、竹本正幸「一九四九年ジュネーヴ諸条約に追加される二つの議定書について(一)」『国際法外交雑誌』第77巻第2号48頁及び松井芳郎「民族解放団体の国際法上の地位」『国際法外交雑誌』第81巻第5号80-83、87-88頁参照。

- (2) CDDH/I/SR.4, para.17.
- (3) *Ibid.*, para.18.
- (4) CDDH/I/SR.2, para.56.
- (5) CDDH/I/SR.6, para.20.
- (6) CDDH/I/SR.3, para.29.
- (7) CDDH/I/SR.2, para.39.
- (8) CDDH/I/SR.6, para.12.
- (9) CDDH/I/SR.6, para.2.
- (10) CDDH/I/SR.4, para.23.
- (11) CDDH/I/SR.2, para.14.
- (12) CDDH/I/SR.5, para.30.
- (13) CDDH/I/SR.6, para.14.
- (14) CDDH/I/SR.5, para.16.
- (15) 解放戦争の正当性を主張する諸国もこのことを拒否するものではな

いと思われる。

(16) ただし西側諸国の中でもノルウェー(CDDH/I/SR.2, para.27.)やオーストラリア(CDDH/I/SR.3, para.8.)などは、解放戦争は国際的武力紛争であると主張していた。

(17) たとえばイギリス代表は次のように述べている。「1949年ジュネーヴ諸条約は国際的武力紛争と非国際的武力紛争との間の区別にもとづいて注意深く起草されている。もしこの諸条約の制度がこわされるべきとするならば諸条約すべてが改訂されなければならないこととなる。第一議定書及び第二議定書はその二つの種類の武力紛争の間の明確な区別を前提としており、民族解放闘争は第二議定書の範囲内に属するものである。」「法的人道的保護はある武力闘争に従事する者の動機によって変わるべきものではないことはジュネーヴ諸条約、ハーグ規則及びその他の文書の基本原則である。」(CDDH/I/SR.2, paras.44-45.) 同旨の発言をしている国としてスイス(CDDH/I/SR.2, para.13.)、ベルギー(CDDH/I/SR.2, para.34.)、アメリカ(CDDH/I/SR.2, para.51.)、デンマーク(CDDH/I/SR.5, para.22.)、イタリア(CDDH/I/SR.3, para.37.)などがある。

(18) アメリカ(CDDH/I/SR.4, para.4.)、オランダ(CDDH/I/SR.4, para.39.)、ベルギー(CDDH/I/SR.2, para.32.)、イタリア(CDDH/I/SR.3, para.38.)、イギリス(CDDH/I/SR.4 para.25.)

(19) この点についてアイルランド代表は、「『人民によりその自決権を行使してなされる武力闘争』という表現は、あまりにもあいまいで法文書において有用なものではない。植民地領域におけるいかなる分離運動団体、いかなる武装犯罪人集団でもその人民の自決権の推進のための武力闘争に従事していると主張できるかも知れない。」(CDDH/I/SR.4, para.10.)と述べており、また韓国代表は、「真の民族解放運動団体と他の政治的運動団体とを区別することは困難であろう」ことを指摘している(CDDH/I/SR.14, para.33.)。他にベルギー(CDDH/I/SR.2, para.35.)やイギリス(CDDH/I/SR.2, para.46.)がこの点について言及している。

(20) CDDH/I/71 (*Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts, Geneva (1974-1977)*, 1978—以下 *Official Records* と略す—Vol. III, pp.8-9.)

(21) CDDH/I/SR.13, para.42. (1974年3月22日)

(22) CDDH/I/233 and Add. 1 to 4 (*Official Records* Vol. III, p.353)

(23) たとえばオランダ代表の発言(CDDH/I/SR.4, paras.39-40.)参照。

(24) この点について Michael Bothe, Karl Josef Partsch, Waldemar A.

Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (Nijhoff, 1982) p.555. 及びノルウェー代表の発言(CDDH/ISR.67, para.61.)及びエジプト代表の発言(CDDH/ISR.36, para.69.)参照。

(25) Bothe, Partsch, Solf, *ibid.*, p.555.

(26) CDDH/ISR.67, para.71. (賛成 50、反対 0、棄権 14)

(27) CDDH/ISR.76, para.4.

(28) CDDH/ISR.46, para.75. (賛成 93、反対 1(イスラエル)、棄権 2(タイ、スペイン))

(29) CDDH/ISR.36, para.58.

(30) 第一会期で反対票を投じた国で第四会期において賛成も棄権もしなかったのは、第四会期でも反対票を投じたイスラエルと第一会期にのみ参加した南アフリカ(cf. *Official Records* Vol. II, p.30.)のみである。

(31) 竹本正幸、前掲論文、注(1)、59-60頁。

(32) Antonio Cassese, "Wars of national liberation and humanitarian law", Christophe Swinarski (ed.) *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de JEAN PICTET* (1984) p.323, *idem*, *International Law in a Divided World* (Oxford U.P., 1986) p.278.

(33) Cf. CDDH/ISR.36, paras.59-129., CDDH/ISR.36, Annex.

(34) 横田喜三郎、高野雄一、編集代表『国際条約集一九八八年版』(有斐閣) 374-378頁、及び藤田久一編『軍縮条約・資料集』(有信堂) 175-182頁参照。

(35) Cf. A/CONF.95/8, Annex II, pp.37-42., A/CONF.95/9, Annex 7 pp.3-5, A/CONF.95/9/Add.1, Annex, pp.2-4, A/CONF.95/9/SR.12, para.113. ただしこれらの条文を審議した作業部会の記録は非公開のようであり、詳細はわからない。

(36) A/CONF.95/9/SR.12, para.88.

(37) *Ibid.*, para.112.

(38) アメリカについては、この1977年の第一議定書の第1条第4項(及び第44条)の問題を主な理由としてレーガン政権はこの議定書を批准しない、とした。しかし、他方、当初解放戦争の国際的性質について反対していた西側諸国はこの議定書を受け入れており、これらの国のいずれも第1条第4項の適用を排除する留保を行っていない(Schindler and Toman (eds.) *The Laws of Armed Conflicts Fourth revised and completed edition* (Nijhoff, 2004) pp.792-818.)。

わが国は特定通常兵器使用禁止制限条約を1982年に受諾したが、この条約に

ついていずれの規定にも留保をしていない(*ibid.*, pp.216-221.)。すなわち、この条約の第7条第4項によって日本は、1949年ジュネーヴ四条約及びこの特定通常兵器使用禁止制限条約の適用上、人民を代表する解放団体を平等な紛争当事者として認めているのである。この点に関しては国会での承認の際に特に問題とされることはなかった。すなわち衆議院外務委員会において高沢委員が「第一条にはこの条約の『適用範囲』が規定されておりますが、これによりますと、『戦争犠牲者の保護に関する千九百四十九年八月十二日のジュネーヴ諸条約のそれぞれの第二条に共通して規定する事態について適用する。』それからさらに、ここに括弧をつけて、『ジュネーヴ諸条約の追加議定書I第一条4に規定する事態を含む。』こういうふうになっているわけではありますが、……わが国はジュネーヴ諸条約の議定書には加盟していない、こうお聞きしておるわけですが、そうすると、ここには括弧書きの中で議定書のことまで触れられておるときに、わが国がこの条約に加盟するとき、実際のわが国にとっての適用範囲はどういう影響を受けるのか、そのところが不明でありますから、ひとつ聞きたいと思えます。」と質問したことに対し、栗山政府委員は、「…括弧内の『ジュネーヴ諸条約の追加議定書I第一条4に規定する事態』と申しますのは、……これは一口に申し上げれば、先ほど申し上げましたような国際的な武力紛争ではない、すなわち非国際的な武力紛争のうちで、いわゆる民族解放戦争と呼ばれておるものにつきまして、追加議定書のIというものが適用になるということ述べた規定でございます。したがって括弧内の『ジュネーヴ諸条約の追加議定書I第一条4に規定する事態を含む。』という意味は、先ほど申し上げました国際的な武力紛争のほか、非国際的な武力紛争であっても、追加議定書で定義されておりますような、いわゆる民族解放戦争というものについても適用があるということでございます。追加議定書については、先ほど先生が御指摘になりましたように、わが国はいまだこれを締結するに至っておりませんけれども、わが国が当事国になっておらない条約の規定自体、それが自己完結的なものであれば、そういう規定がほかの条約に引用されることはしばしばございます。……それ自体が自己完結的な規定であれば、それが日本が入っておらない条約の規定でございまして、それを引用することは別に差し支えない、法律的には何も問題が生じないということでございます。」と答えているのみである(第九十六回国会衆議院外務委員会議録第十五号七頁)(昭和五十七年五月十四日)。

その後、日本は2004年に1977年ジュネーヴ諸条約追加議定書(第一議定書及び第二議定書)の加入書を寄託した。この加入に際して第一議定書第44条に関する解釈宣言を行っているが、これ以外の留保・宣言はない。(日本の追加議定書加入について、樋口一彦「日本の一九七七年ジュネーヴ諸条約追加議定書加入について」『琉大法学』第73号参照。)

#### 第4節 民族解放戦争への人道法条約適用の問題点

1977年ジュネーブ諸条約第一追加議定書第1条第4項において民族解放戦争は1949年ジュネーブ諸条約及び1977年第一議定書の適用される事態であることが規定された。また1980年の特定通常兵器使用禁止制限条約第1条においても民族解放戦争はこの条約及びその附属議定書の適用される事態に含められている。これらの規定は、その前提として、民族解放戦争の国際的性質を認めている——すなわち民族自決権を行使する人民の交戦資格を認めている——ことは明らかである。実際にこれらの条約が適用されるためには、もちろん、その人民を代表する解放団体とたまたかの側の国がこれらの条約の締約国であり、かつその解放団体が第一議定書の第96条第3項、あるいは特定通常兵器使用禁止制限条約第7条第4項に従った宣言を行わなければならない。しかしそのような手続きによってこれらの条約が平等に適用されるのは、民族自決権を行使する人民を国際人道法上の主体として認めているからである。前節でも述べたように、このように解放戦争が国際的性質を有すると認められたのは、民族自決権を行使する人民がその領域の施政国とは別個の地位を国際法上有することに由来するのであって、解放戦争の正当性に由来するものではない<sup>(1)</sup>。もちろんこの1977年の第一議定書の基本的な立場——すなわち民族自決権を行使する人民がその領域の施政国とは異なった、国際法上別個の存在であるということ——そのものについてなお異論があるかも知れない<sup>(2)</sup>。本稿ではこの点の当否は問わない。ここで明確にしておきたいことはこの第一議定書は解放戦争の正当性ゆえに諸条約・追加議定書の適用を認めたのではなく、民族自決権を行使する人民の国際人道法上の交戦資格を認めた、ということである。

解放戦争が国際的武力紛争であるという主張に対して西側諸国は、右の点のほか、あと二つの反対理由をあげていた。すなわち、人民を代表する解放団体はジュネーブ諸条約や追加議定書上の諸義務を履行しえない、ということと、「人民」あるいは「解放戦争」の基準があいまいである、ということである。これらの異議について第一議定書はいかなる程度回答しうであろうか。まず前者の問題について。民族自決権を行使する人民が抽象的に交戦資格を有するとしても、それだけではその人民を代表する解放団体の構成員が戦闘員の地位を有することにはならない。第一議定書第43条に定められる組織性の要件が満たされてはじめてその解放団体の構成員は戦闘員の地位を認められるのである。従ってもしその解放団体の軍組織がこの組織性の要件を欠くものであれば、たとえ当該人民が抽象的に交戦資格を有するとしても、その人民を代表する解放

団体の構成員は戦闘員の資格を有せず、敵対行為への参加のみを理由として処罰されうるのである。問題はどの程度の組織性が要求されているかであるが、第43条では必ずしも明確に規定されていない。しかしながらその組織全体としてジュネーブ諸条約及び第一議定書その他の戦争法規を一般的に遵守しう程度の組織性が必要とされていると考えられる。第43条において「武力紛争の際に適用される国際法の諸規則を遵守させる内部規律に関する制度」に言及されていることも考慮に入れられるべき要因であるが、そもそも国際人道法上組織性が軍隊の要件とされるのは、そのように組織された軍隊にはじめて国際人道法上の諸義務を履行しうからである。従ってジュネーブ諸条約及び第一議定書上の諸義務を明らかに満たしえないような解放団体の軍組織は第43条における軍隊としての資格を欠くものと言えよう<sup>(3)</sup>。しかしすべての解放団体が当然にこの要件を満たしえない、とは言いきれないのであり、このことは個々の解放団体について個別に判断されるべきものである<sup>(4)</sup>。

さて、残る問題はいかなる「人民」が交戦資格を有するか、である。換言すれば、民族自決権を行使する人民とは何か、である。この点について多くの論者によれば、解放戦争は第一議定書第1条第4項で言及されている三つの事態（植民地支配、外国による占領、人種差別体制）に限定されている、と解されている<sup>(5)</sup>。しかしAbi-Saabは、この三つの事態は例示であって限定ではないとするオーストラリア代表の発言を引用し、そのような解釈がこの議定書及び諸条約の精神により合致する、と論じる<sup>(6)</sup>。国際人道法の理念からすれば実効性を有する団体でありさえすればこれに交戦資格を認め、国際人道法全体を適用することが望ましいと言える。しかしながら現実の諸国の意識は、内戦における反徒に対しては交戦資格どころかきわめてわずかな地位すらも認めようとしないのである<sup>(7)</sup>。しかし、他方、かつて解放戦争は内戦の一部類と考えられていたけれども国際法上の民族自決権の発展により少なくとも前述の三つの事態については国際的性質を有すると考えられてきているのである。従って何が民族自決権を行使する人民であるのかについては、国際人道法の適用という側面からは何らの示唆をも与えることができないのであり、民族自決権の発展に依存するとしか言えないように思われる。また、人民を代表する解放団体が地域的（あるいは普遍的）政府間組織によって承認されなければならないかどうか<sup>(8)</sup>、ということも国際人道法の適用上の問題というよりは民族自決権を行使する人民とは何か、そしていずれの団体がこれを代表すると認められるか、という問題に還元されるものである。

(1) 山本草二はこの点について「植民地支配とか外国の占領とか人種差別

に抵抗して戦っている民族解放軍に対しては、本来はゲリラ活動として正規の戦闘員でないにかかわらず、国際的武力紛争に従事する資格をみとめ、捕虜その他の保護が受けられるようになった（一九四九年ジュネーブ条約の一九七七年追加議定書）。ふつうのゲリラ、民兵、義勇兵などと区別して、その武力闘争の目的を国際法上、評価した結果である。」とされておられる（山本草二『国際社会と法（NHK 市民大学）』（昭和57年、日本放送出版協会）40頁）。1977年の第一追加議定書において人民を代表する解放団体の構成員は「ふつうのゲリラ、民兵、義勇兵」と区別されておらず、同一の条件で戦闘員の地位（及び捕えられた場合の捕虜の地位）を認められている（第43条及び第44条）。また、人民を代表する解放団体の構成員に戦闘員の地位が認められるのは、民族自決権を行使する人民が国家と同じく交戦資格を有するからであって、その武力闘争の目的が国際法上評価された結果ではない、と筆者は考える。（なお1977年第一議定書における戦闘員の資格については、樋口一彦「一九七七年ジュネーブ諸条約第一追加議定書における戦闘員の資格（一）（二・完）」『関西大学大学院 法学ジャーナル』第44号・第45号参照）

(2) 前節でも見たとおり、この点についてイスラエルは一貫して反対している。

(3) アメリカ国務省法律顧問の Sofaer は、「……たとえグループそれ自体として（たとえば PLO）その法（戦争法——筆者注）を平気であつ組織的に無視しても、第一議定書は、そのようなグループの個々の構成員は捕虜の利益（きわめて限られた例外はあるけれども）を与えられなければならない、と規定している。このことは、実際、解放グループはその義務を満たすことなく……戦争法の利益の多くを享有しうることを意味する。」と述べている。（Abraham D. Sofaer, “The U. S. Decision not to ratify Protocol I to the Geneva Conventions on the protection of war victims”, *A. J. I. L.* Vol. 82 (1988) p.786.）しかし、本文で述べたように、組織的に戦争法を無視するような解放団体の軍組織は第一議定書第43条での軍隊の資格を有さず、従ってその構成員は戦闘員の地位が認められないのであり、捕えられた場合その敵対行為への参加のみを理由にして処罰されるのである。その場合構成員は公正な裁判を受けるなどの人道的取扱を受けるけれども、「戦争法の利益の多くを享有しうる」ことにはならない。戦闘員の戦争法上の利益の第一のものは敵対行為への参加のみによっては処罰されない、ということだからである。戦闘員の資格なく敵対行為に従事する者に対しても一定の人道的な保護を与えなければならないことは争われないことであり、1949年ジュネーブ第四条約（文民条約）でもこのことは認められている。アメリカはこの第四条約の第68条第2項を留保しているけれども、それ以外の諸規定は受け入れているのである。（なおこのアメリカの

留保については、Schindler and Toman (eds.) *The Laws of Armed Conflicts Fourth revised and completed edition* (Nijhoff, 2004) pp.680-683. 及び Claude Pilloud, “Reservations to the Geneva Conventions of 1949 (II)”, *International Review of the Red Cross* No.181 (1976) pp.184-185. 参照。）

(4) なお人民を代表する解放団体が一定の領域を支配することが諸条約・議定書適用のための条件であるかどうかについて争いがある（肯定説——Michael Bothe, Karl Josef Partsch, Waldemar A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (Nijhoff, 1982) p.46. 否定説——Georges Abi-Saab, “Wars of National Liberation in the Geneva Conventions and Protocols”, *Recueil des Cours* 1979-IV pp.409-415.）。この問題についても領域の支配そのものが条件であるかどうかではなく、諸条約・議定書の諸義務の履行の上で領域支配が不可欠であるかどうか、という観点から考えられるべきである（cf. Dietrich Schindler, “The Different Types of Armed Conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols”, *Recueil des Cours* 1979-II pp.139-140.）。

(5) たとえば、ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Nijhoff, 1987) pp.54-55. paras.111-113.; Bothe, Partsch, Solf, *op. cit.*, *supra* note 4, pp.46-52.; Dietrich Schindler, *op. cit.*, *supra* note 4, pp.137-139.

(6) Abi-Saab, *op. cit.*, *supra* note 4, p.398.

(7) 本稿第3章参照。

(8) 人道法外交会議において若干の国が地域的組織による解放団体の承認の必要性を述べた。たとえば、トルコ(CDDH/SR.36, para.121, CDDH/SR.46, Annex, *Official Records* Vol. VI p.386.)、インドネシア(CDDH/SR.36, Annex, *Official Records* Vol. VI p.63.)、モーリタニア(CDDH/SR.67, para.76, CDDH/SR.46, Annex, *Official Records* Vol. VI p.380.)、オマーン(CDDH/SR.68, para.29.)、ザイール(*ibid.*, para.30.)など。また、カナダ、アイルランド、ベルギー及び韓国はその批准の際に同旨の宣言を行っている。（イギリスは1977年追加議定書の署名の際において同趣旨の宣言を行っていたが、批准時の宣言では「適切な地域的政府間組織による承認」への言及はなされていない。）（Schindler and Toman (eds.) *supra* note 3 pp.792-818.）しかし他方、このような地域的（あるいは普遍的）政府間組織による承認は必ずしも条件ではない、と述べる論者も多い。たとえば、ICRCのコメンタリー(*op. cit.*, *supra* note 5, p.53, para.104.)、Cassese (Antonio Cassese, *International Law in a Divided World* (1986) pp.93-95.)、Abi-Saab (*op. cit.*, *supra* note 4,



pp.407-409.)、Schindler (*op. cit.*, *supra* note 4, pp.141-142.)、藤田久一 (藤田久一『新版 国際人道法〔増補〕』(2003年、有信堂)72頁)、松井芳郎 (松井芳郎「民族解放団体の国際法上の地位」『国際法外交雑誌』第81巻第5号93-94頁)など。

おわりに——アメリカの第一追加議定書の批准拒否に関連して——

今日この民族解放戦争の国際的性質について国際社会において一般に認められているのであろうか。この点に関して注目されるのは1987年にアメリカの当時のレーガン政権がこの1977年ジュネーヴ諸条約第一追加議定書の批准を行わないとした決定である。アメリカ行政部は、1987年はじめに1977年ジュネーヴ諸条約第二議定書を批准すること、及び第一議定書を批准しないこと、を決定し、そしてその第二議定書の批准についての助言と同意を求めるためこれを上院に送付した。その送付状及びそれに付された國務省の付託状の中でのこのような決定に至った理由がかなり詳しく述べられている<sup>(1)</sup>。これらの文書の中で、アメリカが第一議定書を批准しない主な理由として、民族解放戦争の問題とゲリラ兵の問題<sup>(2)</sup>があげられているのである。すなわち、前者の問題に関して、大統領の送付状の中で、「第一議定書は根本的にかつ妥協し難いほどに欠陥を有している。それは、人道法を掘りくずし、戦争において文民を危険にさらすような規定を含んでいる。たとえば、その規定の一つは、すべてのいわゆる『民族解放戦争』を自動的に国際紛争として扱っている。そのような戦争が国際的であるかあるいは非国際的であるかは、専ら客観的現実によるべきであって、各紛争の道義的性質についての誰かの見解によるべきものではない。戦争の主張された目的にもとづくそのような主観的区別に依拠することは、人道法を政治化させ、国際紛争と非国際紛争の間の区別を失わせることになる。それは『民族解放戦争』——あいまいで主観的で政治化された用語で表現された不明確な概念——に特別の地位を与えるものである。<sup>(3)</sup>」とされている。そして國務省の付託状においては「『人民がその自決の権利を行使して植民地支配及び外国による占領に抵抗して、並びに、人種差別体制に抵抗して戦っている武力紛争』に特別な地位を与えている第1条第4項のような若干の規定は、主観的で政治的に論議の多い基準を、人道法の適用性の問題に持ち込むものである。第一議定書は、また、テロを実行している自称『民族解放』集団の国際的法的地位をも高める。これは、国際法の権利及び義務は、自己の行動につき責任を有することができるような主権の要素を有し、かつその義務を履行する手段を有する実体に主として付着する、という原則を掘りくずすものである。<sup>(4)</sup>」と

述べられているのである。

(民族自決権を行使する人民を代表している)民族解放団体が遂行する民族解放戦争の国際的性質について、アメリカを含む多くの西側諸国は従来異を唱えてきた。しかし人道法外交会議での投票行動の変化にも見られるようにそれらの諸国は、イスラエルを除いて、解放戦争の国際的性質について積極的な反対をしなくなっていくた。アメリカも1977年の人道法外交会議第四会期でも1980年の会議でも関連条文に関して反対しなかったのである。従ってアメリカ行政部の1987年の決定はそれまでの態度を変更するものであった。もちろん署名を行なった条約を周到な分析の結果として批准しないと決定することはまったく自由なのであるが、問題はその理由づけである。第一議定書が解放戦争を国際的武力紛争に含めたのは、当時のレーガン大統領が言うように「戦争の主張された目的にもとづく<sup>(5)</sup>」ものではなく、民族自決権を行使する人民の国際法上の地位を認め、国際人道法上の交戦資格を認めたからである。そしてさらに、人民を代表する解放団体の構成員が戦闘員の地位を認められるためにはその解放団体の軍組織が第一議定書第43条に合致する組織性を有していなければならない。そのうえで第96条第3項にもとづく宣言を行うことによってその解放団体は諸条約と第一議定書の適用について敵の締約国政府と平等な権利義務を有することとなるのである。この第一議定書第43条で求められる組織性は諸条約及び第一議定書の諸義務を一般的に履行しう程度のものであると考えられ、その意味では現実の解放団体にとってはきわめて数居の高いものである。第一議定書で認められる戦闘員の地位はどのように高度に組織化された団体の構成員のみについて与えられうるものであって、個人あるいは十分な組織を有しない集団の構成員にはまったく与えられない。アメリカ大統領及び國務省の文書において第一議定書がテロリストを支援するものであると述べられているが、そのような主張は大きな誤解を生じさせるものである<sup>(6)</sup>。このように、第一議定書を拒否するアメリカの拒否理由は国際法的に支持され得ないものである<sup>(7)</sup>が、アメリカと外交・防衛面で緊密な関係にある諸国もすでに第一議定書へ参加しており(トルコを除くすべてのNATO加盟国や日本、韓国、オーストラリアなど)国際的な孤立もますます明白になっている。

このような最近の状況において、第一議定書(特にその第1条4項と第44条)がテロリストを利する条約である、との批判は、最近のアメリカの論議の中では目立たない。Meronは、第1条4項の民族解放戦争の問題やさまざまな軍事的な側面からの懸念は、留保・解釈宣言で対応することが望ましく、また、そうすることによってアメリカは慣習法の形成に大きな影響力を与える、とする<sup>(8)</sup>。Aldrichは、「第一議定書は、レーガン政権がテロリズムに対して強硬でありその前任政権は軟弱であった、ということを示すための犠牲にされた」<sup>(9)</sup>

と振り返っているが、このレーガン政権のような第一議定書に対する外的批判の政治的批判はやがて見直される可能性が高い。

追加議定書作成後 30 年近くが経過した今日、この民族解放戦争関連規定が公式に適用された例は知られていない。今後も適用される可能性はきわめて低い。その意味では「そもそも適用されない規定」「死文である」との評価<sup>(10)</sup>は間違っていない。1977 年追加議定書における民族解放戦争関連規定は、将来の適用を目的としたものではなく、過去の、そしてイスラエル占領地における闘争やかつての南アフリカ人種差別体制との闘争などの、民族解放戦争の国際的性質を承認するものである。このような実際に適用され難い規定は、国際人道法の体系の中では異質なものかもしれない。しかし、その国際性の承認なくしては国際人道法の再確認と発展の作業が成り立たなかったことも事実である。

(1) 樋口一彦「[資料] アメリカの行政部によるジュネーブ諸条約第二議定書の批准、及び第一議定書の批准拒否、の決定」『関西大学大学院法学ジャーナル』第 49 号参照。

(2) 本稿においてはこのゲリラ兵の問題については扱わない。この問題について詳しくは、樋口一彦「一九七七年ジュネーブ諸条約第一追加議定書における戦闘員の資格(一)(二・完)」『関西大学大学院 法学ジャーナル』第 44 号・第 45 号参照。

(3) 樋口一彦、前掲資料、注(1) 48 頁。

(4) 同資料 51-52 頁。

(5) 同資料 48 頁。

(6) 同資料、44 頁参照。

(7) 樋口一彦「一九七七年ジュネーブ諸条約追加議定書への参加をめぐる諸国の態度——フランスおよび米国の参加拒否を中心に——」藤田久一、松井芳郎、坂元茂樹 編『人権法と人道法の新世紀——竹本正幸先生追悼記念論文集——』(東信堂、2001 年) 354-359 頁。なお、1992 年 10 月の時点でアメリカ政府代表は従来の立場を繰り返していたが(A/C.6/47/SR.11 para.47.)、その後アメリカ政府の公式の態度に変化があるのかどうかについて筆者は情報を得ていない。

(8) Theodor Meron, "The Time Has Come for the United States to Ratify Geneva Protocol I", *American Journal of International Law* Vol.88 (1994) pp.682-684.

(9) George H. Aldrich, "Prospects for United States Ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions", *American Journal of*

*International Law* Vol.85 (1991) p.20.

(10) George H. Aldrich, "Progressive Development of the Laws of War: A Reply to Criticisms of the 1977 Geneva Protocol I", *Virginia Journal of International Law* Vol.26-3 (1986) pp.702-703.

国際人道法は、武力紛争において適用される「国際法」の一分野として存在している。国際法、すなわち、国際社会における法主体たる国家間の法であり、国家間の武力を行使してなされる紛争において守られるべき規範なのである。「内戦」は、一国内で生じる紛争であり、通常、単なる治安維持のための強制力の行使よりレベルの高い「武力紛争」を意味する。この内戦は「一国内の問題であるから国際法の問題ではなく国内法の問題である」と考えることができ、実際、長らくそのように考えられてきた。

ここで、「国際人道法の意義は、当該武力紛争において、その政治的目的達成に必要な破壊・殺傷を禁止することにあるのだから、その適用を国家間の紛争に限定することなく、国家間の武力紛争に類似の内戦にも適用することが不必要な破壊・殺傷をなくすために望ましいことである」との考えは、容易に思いつくものである。この考えを国際法の中に持ち込むのが「交戦団体承認制度」であった。この交戦団体承認制度は、中立法の適用に関しては、ある程度の実績が見られる。しかし、交戦法規の適用に関しては、その明示の承認はついになされることがなかった。なぜか。それは、中立法の適用に関しては第三国が承認を行うのであるが、交戦法規の適用に関しては内戦発生国の既存政府が行うものだからである。既存の政府は、たとえ交戦法規の適用に限定しても、反徒を、外国国家と同様に、自らと対等な地位に立つものと認めることはできないのである。「内戦に適用される国際人道法」は、これら二つの相反する要素のバランスの上に位置づけられることを運命付けられる。

内戦における残虐行為が伝えられ、また、それが世界のあちこちで生じている状況の中で、その一つの対処策として、「戦争における残虐行為禁止原理としての国際人道法を内戦にも適用すべき」との声が上がるのは蓋し当然であろう。国家間の国際人道法を内戦に適用しようとする場合、まず問題になるのは、その前提である内戦の存在であり、これは反徒の存在を認定する問題でもある。そしてそれは国際人道法の適用される「武力紛争」の「存在」として問われる。国家間の武力紛争に国際人道法を適用しようとする場合、その武力紛争が事実として存在すれば十分であり、その紛争のレベルは問われない。問う必要がない。国家が国家として他国に対して武力を行使しているという事実そのものから、当該両国は公式に国際人道法の適用を認めてきた。国家にとって他国は常に対等な存在であり、その他国との間の人道法の適用は、その適用を本来必要とする事実の存在だけで十分なのである。しかし、内戦においてはそうではない。まず、「内戦」に至らない低レベルの騒擾を人道法の適用外に置こうとする。次に、国家（を代表する既存政府）は、他国と自国内の反徒を同

様に位置づけようとは決してしない。自国の反徒を政府と対等な団体と位置づけることは、自身の政府の政府たる根拠を疑わしいものとし、政府の転覆や自国領域からの分離独立等の反徒の政治目的の実現可能性が高いことを示す行為だからである。

既存政府が集って「内戦に適用される国際人道法」の条約を作成する際、「内戦」に至らない低レベルの騒擾を対象外にするとともに、反徒が政府と対等な地位を持つものではないことを明確にする。すなわち、反徒が条約当事者として政府と対等な地位に立つということは否定される。その結果、条約規定は他の条約当事者たる第三国に対する約束としての性格を持つことになる。この点では人権条約に類似する。しかし、残虐行為の禁止自体は、反徒にも守ってもらう必要がある。従来、「内戦に適用される国際人道法」の違反が、「戦争犯罪」として、違反者個人の国際法上の刑事責任をもたらすものとは認識されてこなかった。共通第3条は「各紛争当事者（たる締約国政府）」が自国内戦において実施しなければならない規範であり、違反者個人の国内法による刑事処罰を行うことはその実施方法として望ましいものであるとしても、共通第3条自体が国際法上の個人の刑事処罰規定であるとは考えられていなかったのである。しかし、内戦における残虐行為の禁止の実効性確保手段として刑事処罰を行うことを、国際世論のみならず、既存政府も要求する。この内戦に適用される国際人道法違反に対する国際法上の刑事責任確立において ICTY Tadic 事件判決の果たした役割はきわめて大きい。その結果、反徒としての地位は何ら認められることなく、反徒の団体に属する個人が国際刑事法としての残虐行使の禁止規範に拘束されることとなる。そこでは、国際人道法上禁止される行為が、刑罰的に禁止され、個人処罰の根拠とされる一方で、合法的戦闘行為についての免責原理（交戦資格に付随する特権）については、明示されない。ただし、第三国の国内裁判所や（各種の）国際刑事裁判所においてはこの反徒の交戦資格を黙示的に前提にしていると解することもできるかもしれない。

今日の内戦において、外国からの介入によりその内戦が「国際化」することも珍しくない。このような「国際化された内戦」において国際人道法はどのように適用されるか。基本的に、国家を代表する政府の軍隊と他国の軍隊との間においては国際紛争に適用される人道法が適用され、政府軍と反徒間においては内戦に適用される国際人道法が適用される。同一の紛争において適用法規が相手によって異なるという二重構造になる。しかし、この反徒を支援する外国の介入の度合いが高まり、その反徒を事実上支配する程度に達するならば、その反徒は当該外国の軍隊化し、政府軍隊と外国軍隊との間の国際武力紛争のみが存在することとなる。ICTY の Tadic 判決をはじめとする諸判決は、この「反徒の外国軍化」を詳細に論じたものとして重要である。ただし、そこで述べら

れる外国軍化の諸条件を一般化するものかどうかについては疑問が残る。ボスニア・ヘルツェゴビナ紛争におけるセルビア人勢力と隣国新ユーゴスラビアとの実質的な結びつきや、同紛争のクロアチア人勢力と隣国クロアチアとの具体的な関係を前提とした上での判断だったからである。

政府軍と反徒の間において国際紛争に適用される人道法が適用されるもうひとつの可能性として、「政府と反徒間の人道法適用の合意」がある。これは共通第3条の中でも言及されている方式であるが、これまでこの方式の明確な例はほとんど知られていなかった。この点で、1992年5月22日の協定は注目に値する。さらにこの協定違反が国際刑事裁判において追及された（ICTYのGalic事件判決）ことには驚かざるを得ない。「反徒は、限定的にせよ、国際法上の主体性を持ち、条約締結権を有する」ということは以前から認められていたことであり、これまでも停戦協定・休戦協定の当事者として記録されることはあった。しかし、武力紛争中の人道法の適用合意としてその内容の詳細が明らかにされ、その上それが個人の刑事処罰の根拠規定として位置づけられたことは、きわめて稀有な例といわざるを得ない。このような事例が今後多く生じてくるであろうとは思われない。むしろ、この種の合意の有用性を示すものとしてその事実上の拘束力の向上にとってよい効果が及ぼされることを期待したい。

上述の通り、「内戦に適用される国際人道法」は、武力紛争の残虐性の緩和の要求と反徒の地位の政府による不承認との間に成り立たざるを得ないのであるが、その原則の例外が民族解放戦争の国際化、そしてそれによる（交戦資格の承認を含む）国際人道法の全面的適用である。しかし解放団体が国家と同様の交戦資格を持つ団体であると交戦相手である既存政府は認めることがないままに、この「国際化」は歴史の中に消えていくことになろう。民族自決権の原則は、確かに、ヨーロッパによる非ヨーロッパ支配を終わらせる上で大きな役割を演じた。そして、民族解放戦争の国際化はこの原則の承認の一つの結果である。しかし、既存政府が解放団体を外国国家と同様の意味での交戦資格を持つ団体と認めるならば、その時点で民族解放戦争は解放団体の勝利となって終わっているのである。実際にこの規定が公式に適用されることがない、という意味では確かに「死文」である。第一議定書第1条4項——民族自決権を認め、その結果としての国際人道法の全面的適用を規定している——は民族自決権の原則の歴史的承認としての意味を有しているのである。

「内戦に適用される国際人道法」と「国際紛争に適用される国際人道法」とを統一的に把握する見方が、現在学説の主流を占めているように思われる。本稿は、このような見方について疑問を提示する。反徒の交戦資格は当然には認められていないのであり、国家の交戦資格が当然に前提とされる制度とは必ずしも同一の枠組みで論じることができない、と考えるからである。このことは

事前の法設定、つまり条約の作成や国内法の制定においては顕著である。国内法において、政府を武力で転覆する行為や武力で分離独立を実現する行為を合法的な戦闘行為として位置づけることは、およそ考えられない。そして、既存政府の代表が作成する条約においても、反徒のそのような行為を合法的な戦闘行為として認めることもなかったし、これからもないであろう。しかし、内戦が実際に行われ、その中での残虐行為が刑事裁判において裁かれることになると、そこにおいては反徒の「交戦資格」を事実上前提とせざるを得ないことになってくる。事後的結果的には「内戦に適用される国際人道法」と「国際紛争に適用される国際人道法」の区別がなくなりうる。これまで「内戦に適用される国際人道法」が裁判において適用される例はほとんどなかった。現在ではICTY/ICTRの判例の蓄積がある。また、第三国での国内刑事裁判の実行も存在する。やがてICCの判例も出てくるであろう。これらの国際刑事裁判・第三国国内刑事裁判判例においては反徒の黙示的な交戦資格が前提とされ、結果的に「内戦に適用される国際人道法」と「国際紛争に適用される国際人道法」の区別がなくなるかもしれない。しかし、内戦の当該領域国の国内刑事裁判ではどうか。そこでは反徒の地位がどのように位置づけられるのか。

反徒の団体が、既存政府に対抗できるだけの実力・領域支配を行うようになると、単に既存政府の責任を追及するだけでは内戦の人道法による規制は困難になってくる。ところが既存政府は反徒を対等な交戦者としては公式にはあくまで認めない。そこで、法的な建前の世界と事実上の世界を切り離して、既存政府と実効的反徒の間の人道法適用は、事実上、平等対等な交戦者間の人道法適用であるけれども、公式にはそのことは確認されない、と考えるべきなのか。そしてさらに事後的な刑事裁判の場においてはこの事実上の平等対等な交戦者間の人道法適用が法的に公式の場に登場してくるのか。内戦当事国の国内刑事裁判も含めた更なる検討が必要とされる。

本稿はこれまで発表してきた以下の論文等を基にしている。

「国際人道法の適用における「武力紛争の存在」——国際的武力紛争と内戦（非国際的武力紛争）の区別の意味——」村瀬信也、真山 全 編『武力紛争の国際法』（2004年12月）

「内戦に適用される国際人道法の適用条件」『琉大法学』第64号（2000年9月）

「ジュネーブ諸条約第二追加議定書における反徒の地位」『関西大学 法学ジャーナル』第 50 号(1988 年 2 月)

「内戦に適用される国際人道法の違反に対する処罰 (一) (二)」『琉大法学』第 58 号・第 59 号(1997 年 3 月、1998 年 3 月)

「旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所タジッチ事件」『琉大法学』第 65 号(2001 年 3 月)

「内戦に適用される国際人道法」『琉大法学』第 55 号(1995 年 9 月)

「内戦の国際化と国際人道法」『琉大法学』第 62 号(1999 年 9 月)

「民族自決権を行使する人民の交戦資格」『関西大学 法学ジャーナル』第 53 号(1989 年 6 月)

樋口一彦 (琉球大学法文学部教授)

1959 年生まれ

金沢大学法文学部法学科卒業 (法学士)

関西大学大学院法学研究科博士課程前期課程修了 (法学修士)

関西大学大学院法学研究科博士課程後期課程単位修得

博士 (法学) (関西大学)

## 内戦に適用される国際人道法

関西大学審査学位論文

博士 (法学) (博第 386 号)

平成 19 年 9 月 18 日

