

The Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia on Internationalization of Non-International Armed Conflict (5)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2019-06-11 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 川岸, 伸 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00026662

論説

非国際的武力紛争の国際化に関するICTY判例の形成と展開（五）・完

川 岸 伸

第四章 武力紛争法におけるICTY判例の再定位

前章は、非国際的武力紛争の国際化に関して、ICTY判例が、干渉と支配という二つの基準を設けていることを確認するものであった。では、このICTY判例をめぐっては、どのような点に武力紛争法の発展が見出され、そして、それらはどうのように武力紛争法上位置付けられるのか。この問題に答えるため、まず、武力紛争法の適用に関する基本体系を検討し、それを踏まえた上で、次に、ICTY判例に基づく武力紛争法の発展を分析することにする。

一 武力紛争法の適用に関する基本体系

（一）「武力紛争」の概念上の区分

ジュネーブ諸条約が成立する前の時代において、戦争法と呼ばれる法規則群は、国家のいわゆる交戦意思に基づく「法上の戦争」によって適用を開始させるという制度の下に置かれていた。この制度において、戦争法がある事態に適用されるかどうかという問題は、結局、国家の主観が決定することになる。たとえば大規模な暴力行為の応酬が国家間に存在したとしても、国家が交戦意思さえ表明しなければ、戦争法が当該事態に適用されることはない。

この反省を受けて、ジュネーブ諸条約が成立した後の武力紛争法は、「法上の戦争」に代わって「武力紛争」に基づき適用を開始させるという制度を作ることになった⁽⁹⁸⁾。この結果、武力紛争法がある事態に適用されるかどうかという問題は、交戦意思という国家の主観ではなく、あくまでも「武力紛争」という客観的な事実によって決定されることになった⁽⁹⁹⁾。武力紛争法の適用方式が「事実主義」と呼称されてきたのは、このことに求められる⁽¹⁰⁰⁾。

この「事実主義」を土台とする武力紛争法に関しては、適用条件となる「武力紛争」の概念に二つの区分があることを確認する必要がある。このうち、一つが国際的武力紛争であり、もう一つが非国際的武力紛争である。国際的武力紛争の概念は、国家間武力紛争、民族解放紛争、交戦団体承認が与えられる紛争から構成されるのに対し、非国際的武力紛争の概念は、一国の領域内に生じ、少なくとも紛争当事者の一方を叛徒とする紛争から構成される⁽¹⁰¹⁾。

この国際的武力紛争と非国際的武力紛争は、紛争当事者の性格の違いから、区別されるものである。国際的武力紛争においては、紛争当事者は双方とも交戦資格を有しているのに対し、非国際的武力紛争においては、そうではない(少なくとも叛徒は交戦資格を有していない)。この観点から、国際的武力紛争に関しては、対等な者が対立する状況として、非国際的武力紛争に関しては、対等でない者が対立する状況として、それぞれ形容されてきた⁽¹⁰²⁾。

この紛争当事者の性格の違いを基調とする「武力紛争」の概念上の区分は、武力紛争法の適用に関する基本体系を

理解するための前提的な事柄であると捉えられることになる⁽¹⁰⁾。というのも、次に確認するように、紛争当事者が対等な者であるか、それとも対等でない者であるかという差異は、国際的武力紛争と非国際的武力紛争の各々における暴力行為を規律する原理をめぐって、大きな相違をもたらすことになると把握することができからである。

（二）暴力行為を規律する原理の違い

では、紛争当事者が対等な者であるか、それとも対等でない者であるかによって、国際的武力紛争と非国際的武力紛争のそれぞれに関して、暴力行為を規律する原理は、どのように異なってくるのだろうか⁽¹¹⁾。一方で、対等な者が対立する状況である国際的武力紛争をめぐっては、次のことを指摘しなければならない。

まず、最も重要なのは、国際的武力紛争においては、いずれの紛争当事者についても、暴力行為を実施することが相互に許容されているということである。特定して述べれば、国際的武力紛争においては、すべての紛争当事者の軍隊構成員、すなわち、戦闘員に対して、敵対行為に直接参加する権利が認められている⁽¹²⁾。

この結果、国際的武力紛争において、暴力行為は、軍事的必要性に立脚する「敵対行為型」⁽¹³⁾として性格付けられ、戦闘員に関しては、相手紛争当事者の合法的軍事目標を攻撃することが互いに許されることになる⁽¹⁴⁾。さらに、このことから、戦闘員をめぐっては、二つの特権・免除を享受することが互いに認められることになる⁽¹⁵⁾。

このうち、一つが戦闘員免責であり、もう一つが捕虜地位獲得である。前者によると、戦闘員は、武力紛争法に従って戦闘している限りにおいて、敵対行為への直接参加を理由として、いかなる責任も負うことはない。そして、後者によると、戦闘員は、相手紛争当事者の権力内に陥った場合、捕虜の地位を得ることによって、武力紛争法上、保護

を受けることになる。

このように、国際的武力紛争をめぐることは、紛争当事者の対等性に由来して、暴力行為を規律する原理が「敵対行為型」であることから、幾つかの規範的な事柄が相互に認められることになると言える。しかし、他方で、対等でない者が対立する状況である非国際的武力紛争をめぐることは、事情が大きく異なってくることに注意しなければならぬ。

というのも、非国際的武力紛争において、少なくとも叛徒に関しては、通常、暴力行為を実施することそれ自体が領域国の国内法上、禁止されるものであるからである。反乱は、政府の側からすると、例えば、内乱罪に代表されるように、すべて国内法の違反を構成する犯罪行為と見なされることになる。要するに、叛徒は、犯罪者に他ならない。このことは、犯罪者を取り締まるために、政府として、叛徒を自由に制圧することが可能であることを示している。⁽⁴⁶⁾ 実際、共通第三条四項⁽⁴⁷⁾、さらに第二追加議定書第三条一項⁽⁴⁸⁾は、叛徒を鎮圧する政府の権利を制限するものではないという趣旨の規定を置くことによって、このことを改めて確認していると言える。

このように、非国際的武力紛争において、暴力行為は、一方の紛争当事者(政府)がもう一方の紛争当事者(叛徒)を鎮圧するという構造を持つことから、基本的に比例性の原則と必要性の原則に立脚する「法執行型」⁽⁴⁹⁾として性格付けられることになる。このことは、本質的に、叛徒をめぐることは、戦闘員となり得ないこと、そして、この点に伴って、戦闘員免責と捕虜地位獲得という二つの特権・免除も享受し得ないことを指し示している。

さらに付言すれば、この「法執行型」という性格は、武力紛争法の実体的な規則のうち、武力紛争の犠牲者保護に関する規則(ジュネーブ法)は問題ないにしても、戦闘手段・方法の規制に関する規則(ハーグ法)をめぐることは、

一定程度、非国際的武力紛争において適用することが困難となることを根拠付けるものになると考えられるのである。⁽³²⁾
このように、国際的武力紛争とは対照的に、非国際的武力紛争に関しては、紛争当事者の非対等性から派生して、暴力行為を規律する原理が「法執行型」であることから、幾つかの規範的な事柄を見出すことが、困難を極めることになる。国際的武力紛争と非国際的武力紛争との間の最大の相違は、このことにあると述べることができるのである。

二 ICTY判例に基づく武力紛争法の発展——その意義と限界

(一) 国際化の二つのメカニズム

では、この武力紛争法の適用に関する基本体系を念頭に置いて、(非国際的武力紛争の国際化に関する) ICTY判例に基づく武力紛争法の発展は、どのように見定められるのか。この論点を考察するにあたっては、国際化のメカニズムを解明する必要がある。潜在的に言うならば、この国際化のメカニズムについては二つのものがあると考えられる。

第一は、政府対叛徒の紛争を従来の国際的武力紛争の概念に還元することによって、非国際的武力紛争の国際化を導出するというメカニズムである。従来、国際的武力紛争の概念が国家間武力紛争、民族解放紛争、さらに交戦団体承認の關係する紛争から構成されるということは確認した通りである。このメカニズムに従えば、政府対叛徒の紛争を従来の国際的武力紛争の概念、すなわち、国家間武力紛争、民族解放紛争、交戦団体承認の關係する紛争のいずれかと捉え直すことによって、非国際的武力紛争の国際化を導き出すことになる。

もっとも、この第一のメカニズムに関して、注意を要するのは、ICTY判例においては、政府対叛徒の紛争を国家間武力紛争以外の紛争と捉え直すことは難しいことである。というのも、ICTY判例の対象とする紛争をめぐっては、第

一追加議定書第一条四項と第九六条三項における民族解放紛争の要件⁽⁸⁵⁾、さらに慣習国際法における交戦団体承認の要件を満たすものであると理解することはおよそ考えられないからである。⁽⁸⁶⁾むしろ、ICTY判例が処理した紛争は、一国の領域内において政府と叛徒が対立する最中に外国が叛徒の側に立って干渉するという構図を有していた。この点に鑑みると、この第一のメカニズムに関して、ICTY判例においては、政府対叛徒の紛争を国家間武力紛争と捉え直すことが想定され得る。

これに対して、第二は、政府対叛徒の紛争を従来の国際的武力紛争の概念に還元するのではなく、政府対叛徒の紛争それ自体を新たに国際的武力紛争として認識することによって、非国際的武力紛争の国際化を導出するというメカニズムである。すでに確認したように、これまで、政府対叛徒の紛争は、非国際的武力紛争として性格付けられてきた。しかし、このメカニズムは、政府対叛徒の紛争それ自体を新たに国際的武力紛争と再認識し捉え直し、この結果として、非国際的武力紛争の国際化を導き出すものであると言うことができる。

この点に関して、重要なのは、この第二のメカニズムが国際的武力紛争の概念拡大をもたらすものであるという点である。というのも、従来の国際的武力紛争の概念が、国家間武力紛争、民族解放紛争、交戦団体承認の關係する紛争から構成された一方、この第二のメカニズムは、政府対叛徒の紛争を新たに同概念に取り込むものに他ならないからである。このことは、武力紛争法の適用に関する基本体系を修正することになる。武力紛争法の適用に関する基本体系は「武力紛争」の概念上の区分に立脚した(国際的武力紛争と非国際的武力紛争に二元化された)ものの、仮にこの国際的武力紛争の概念拡大がもたらされれば、この「武力紛争」の概念上の区分は消滅することになる(国際的武力紛争に一元化されることになる)。

これらを整理すると、潜在的に言うならば、国際化のメカニズムとしては、第一に、政府対叛徒の紛争を国家間武力紛争と捉え直すというメカニズム、第二に、政府対叛徒の紛争それ自体を新たに国際的武力紛争として認識するというメカニズムがあると考えられる。⁽²⁰⁾このうち、後者（第二のメカニズム）は、武力紛争法の発展という観点からは、一定の意義を持つものかもしれない。というのも、第二次世界大戦後、とりわけ、ジュネーブ諸条約成立後の武力紛争法に関する論争は、国際的武力紛争の整備された規則を、いかにして、非国際的武力紛争に適用することができるといった問いに腐心してきたからである。仮にこの国際的武力紛争の概念拡大がもたらされれば、この問いに直面して、一定の進歩を示すことができる。

では、非国際的武力紛争の国際化に関するICTY判例の二つの基準、すなわち、干渉と支配はこれらの二つのメカニズムのどちらに立脚するものであると評価することができるのだろうか。結論を先取りして言えば、ICTY判例の論理を辿っていくと、支配が第一のメカニズムに、干渉が第二のメカニズムにそれぞれ基づくものとして評価することができる。この点を考慮して、便宜的に、まず、支配を、次に、干渉を取り上げることにはしたい。

（二）国際的武力紛争の概念拡大の存否

（１）支配をめぐる

この支配に関して、ICTY判例は、分析の端緒が武力紛争法上の戦闘員資格の規則、特定して述べれば、捕虜条約第 4 条 A（二）の「紛争当事国に属する」の文言にあることを判断していた。この「紛争当事国に属する」の文言が実質的に支配から構成されるものであったところ、武力紛争法が支配の基準を持ち合わせていないことから、この支配

の基準に対しては、一般国際法、すなわち、国家責任法上の行為帰属論からアプローチすることになった。この結果、「実効的支配」が国家責任法の論理に合致しないこと、さらに裁判実行と国家実行に一致しないことに鑑みて、より緩やかな基準である「全般的支配」を提示することになったのである。

この一連のリーズニングをめぐって、重要なのは、支配を提示するために、ICTY判例が捕虜条約第四条A（二）の「紛争当事国に属する」の文言をスタートに置いていることである。このことは、政府対叛徒の紛争を、叛徒への外国の支配を通じて、領域国対叛徒が「属する」外国の紛争、言い換えれば、国家間武力紛争と捉え直すことが可能になることを意味している。本稿が対象とした紛争に即して言うならば、ボスニア・ヘルツェゴビナ政府（政府）対セルビア叛徒（叛徒）またはクロアチア叛徒（叛徒）は、セルビア（外国）またはクロアチア（外国）の叛徒への支配を通じて、ボスニア・ヘルツェゴビナ（領域国）対セルビア（外国）またはクロアチア（外国）として性格付けられることになる。

このことは、支配が、国際化の二つのメカニズムのうち、第一のメカニズムに基づくものであることを示すもの他にならない。この支配に基づき、ICTY判例は、政府対叛徒の紛争を国家間武力紛争と捉え直し、この結果として、非国際的武力紛争の国際化を導き出すこととなったのである。この帰結を作り出すにあたって、ICTY判例がスタートに据えたのが、武力紛争法上の戦闘員資格の規則の一つである捕虜条約第四条A（二）の「紛争当事国に属する」の文言であった。国際的武力紛争において紛争当事者が双方とも交戦資格を有するものであることを考慮すると、このように武力紛争法上の戦闘員資格の規則の一つをICTY判例がスタートに据えたことは一理あるものであると言えることができる。

そして、このことは、ICTY判例において、支配が武力紛争法の適用に関する基本体系を維持するものであることを示している。武力紛争法の適用に関する基本体系は、「武力紛争」の概念上の区分に立脚するものである。国際的武力紛争の概念は、国家間武力紛争、民族解放紛争、さらに交戦団体承認が関係する紛争を内容とするのに対し、非国際的武力紛争の概念は、一国の領域内に生じ、少なくとも紛争当事者の一方を叛徒とする紛争を内容とする。支配は、第一のメカニズム、すなわち、政府対叛徒の紛争を国家間武力紛争と捉え直すメカニズムに基づくものであることから、この「武力紛争」の概念上の区分をそのまま保持することが可能となる。言い換えれば、このことは、支配に基づく非国際的武力紛争の国際化に関しては、国際的武力紛争の概念拡大をもたらすものではないと評価することができることを意味している。

では、これに対して、干渉をめぐっては、どのように評価することが可能であるのだろうか。最後に、この点について、考察を行い、本章のまとめに入りたい。

（2）干渉をめぐって

この干渉に関して、ICTYは、タジツチ定式以前の判決（Rajic事件手続証拠規則六一判決）においては、重大性・継続性を備える外国軍の存在を、タジツチ定式以後の判決（Zaetiic事件第一審裁判部判決）においては、（武器の供与を中心とする）叛徒への外国の支援をそれぞれ要因とすることによって、非国際的武力紛争の国際化を導くものであった。そこで、本節は、タジツチ定式以前とタジツチ定式以後の判決の双方を考察対象とし、これらの二つの要因が国際化の二つのメカニズムのどちらに基づくものであるのかということを分析する。

この点をめぐっては、論理構成として、重大性・継続性を備える外国軍の存在、または（武器の供与を中心とする）

叛徒への外国の支援という二つの要因を捕虜条約第四条A(二)の「紛争当事国に属する」の文言に結び付けるといふ考え方を想定することができるのだろう。確かに、この論理構成が可能であるならば、重大性・継続性を備える外国軍の存在、または(武器の供与を中心とする)叛徒への外国の支援に基づき、政府対叛徒の紛争を国家間武力紛争と捉え直すことができる。しかし、問題は、この論理構成をICTYの思考の内部において想定・採用することが可能であるかどうかということにある。

第一に、重大性・継続性を備える外国軍の存在に関しては、ICTYとしては、捕虜条約第四条A(二)の「紛争当事国に属する」の文言が実質的に支配から構成されるものであると判断していたことに注意しなければならない。このことは、叛徒が捕虜条約第四条A(二)の「紛争当事国に属する」と理解されるにあたっては、叛徒と外国との間に一定の関係性が要求されることを指し示している。このことを考慮すると、外国軍の存在が重大性・継続性を備えること、言い換えれば、外国軍の存在が一定の烈度を有することそれ自体は、あくまでも捕虜条約第四条A(二)の「紛争当事国に属する」の文言とは別次元のものであると捉えることができる。(叛徒の側に立つ)外国軍の存在が重大性・継続性を持つからと言って、叛徒が捕虜条約第四条A(二)の「紛争当事国に属する」訳ではないと評価することができるのである。⁽⁸⁾

では、第二に、(武器の供与を中心とする)叛徒への外国の支援に関して言えば、どのように評価することができるのだろうか。(武器の供与を中心とする)叛徒への外国の支援は、叛徒と外国との間に一定の関係性があることを指し示すものである。この点に鑑みると、確かに、(武器の供与を中心とする)叛徒への外国の支援を捕虜条約第四条A(二)の「紛争当事国に属する」の文言に結び付けるといふ考え方は、説得力を持ち得るのかもしれない。

しかし、この点に関して、重要なのは、ICTYとしては、(武器の供与を中心とする) 叛徒への外国の支援を捕虜条約第四条A (二) の「紛争当事国に属する」の文言に結び付けることを明示していないということである。たとえ黙示に結び付けていると仮定しても、ICTYは、捕虜条約第四条A (二) の「紛争当事国に属する」の文言に対して「全般的支配」を当てはめているから、結果として、同一の文言に二つの異なる基準が混在することになる。

このことはICTYの思考の内部において一貫性を保つことが困難となることを意味するものである。というのも、叛徒への外国の支援は、主に武器の供与を内容とするものであったのに対し、「全般的支配」は、資金・武器の供与に加えて軍事行動の組織・調整・計画を内容とするものであったからである。このことは、(武器の供与を中心とする) 叛徒への外国の支援と「全般的支配」が異なる内容のものであることを示している(前者は後者と比較して緩やかである)⁽²⁸⁾。この結果、二つの異なる基準の使い分けを判決文に見出すことができない限り、同じ文言に二つの異なる基準が混在することになるため、ICTYの立場を整合的に把握することが難しくなると言える。⁽²⁹⁾ このことを考慮すると、重大性・継続性を備える外国軍の存在への評価と同様、(武器の供与を中心とする) 叛徒への外国の支援があるからと言って、叛徒が捕虜条約第四条A (二) の「紛争当事国に属する」訳ではないと評価することができるのである。⁽³⁰⁾

これらの評価に従うと、重大性・継続性を備える外国軍の存在、または(武器の供与を中心とする) 叛徒への外国の支援という二つの要因を捕虜条約第四条A (二) の「紛争当事国に属する」の文言に結び付けるという論理構成をめぐっては、ICTYの思考の内部においては、想定・採用することが難しい。少なくともICTYにおいては、これらの二つの要因に基づき、政府対叛徒の紛争を国家間武力紛争と捉え直すことは困難となる。この状況において、ICTYの判断の如く干渉に基づく非国際的武力紛争の国際化が語られるならば、政府対叛徒の紛争それ自体を、新たに国際的

武力紛争として認識する以外に方策はないことになる。このことは、ICTYにおいて、干渉が第一のメカニズムではなく第二のメカニズムに基づくものであること、この点に伴って、干渉に基づく非国際的武力紛争の国際化が国際的武力紛争の概念拡大をもたらす契機を内包するものであることを指し示しているのである。

実際、ICTYは国際的武力紛争の概念拡大を公言してはいないものの、時として、ICTY判例に対しては、「政府対叛徒の紛争に共通第二条を適用するよう」国際的武力紛争の定義を拡張するものである⁽⁸⁶⁾という評価が与えられてきた。この点に鑑みると、ICTY判例において、干渉は、政府対叛徒の紛争を新たに国際的武力紛争として認識すべく、国際的武力紛争の概念を拡大するという効果を実質的に持つものであったと捉えることができる。

このように、干渉に基づく非国際的武力紛争の国際化に関しては、国際的武力紛争の概念拡大をもたらす契機を内包するものであると評価することができるのである。では、この国際的武力紛争の概念拡大は、武力紛争法上、どのように位置付けることができるのか。この問いは、国際的武力紛争の概念拡大に対して、肯定的な態度を取るべきであるのか、それとも否定的な態度を取るべきであるのかということを我々に投げかけるものである。

伝統的に言えば、非国際的武力紛争においては、往々にして、国際的武力紛争より非人道的な状況に至ることがあるにもかかわらず、武力紛争法上、前者の規則は、後者のそれと比較して、乏しいという消極的な現実があった。しかし、これに対して、国際的武力紛争の概念拡大は、これまで非国際的武力紛争として分類された政府対叛徒の紛争それ自体を新たに国際的武力紛争として再分類するものであるから、この結果として、これまで非国際的武力紛争として分類された政府対叛徒の紛争それ自体に国際的武力紛争のすべての規則を適用することが可能となる。この点に鑑みると、確かに、国際的武力紛争の概念拡大は、この消極的な現実を克服する手段として、一定の意義を有すると

捉えることができるのかもしれない。

しかし、焦点は、国家として、この国際的武力紛争の概念拡大を受け入れることが可能であるのかどうかという点である。国家にとつての最大の障壁は、叛徒の地位に関する問題にと言える。というのも、仮にこの国際的武力紛争の概念拡大が実現し、政府対叛徒の紛争に国際的武力紛争のすべての規則を適用することが可能となれば、叛徒をめぐることは、戦闘員として戦闘員免責と捕虜地位獲得という二つの特権・免除を享受する可能性が生じることになるからである。このことは、本来、叛徒が国内法に違反する犯罪者であるにもかかわらず、国家として、叛徒を国内法に従って逮捕・訴追・処罰することが最早でなくなることの意味している。一般論として、国家が犯罪者の逮捕・訴追・処罰を自ら放棄することを容認することはとても考えられるものではない。⁽⁸⁾ このことを考慮すると、国家が国際的武力紛争の概念拡大を受け入れることをおよそ想定することはできないと言わざるを得ないのである。

国際的武力紛争の概念拡大の限界は、まさにこのことにある。確かに、国際的武力紛争の概念拡大は、一見したところ、人道保護に貢献するものであるように見受けられるのかもしれない。しかし、国際的武力紛争の概念拡大に伴う、非国際的武力紛争への国際的武力紛争のすべての規則の適用は、叛徒の地位に関する問題に顕著であるように、国家に対して難題を突き付けるものとなる。このことは、国際的武力紛争の概念拡大が、一見したところ、理想的なもののように映し出されるけれども、実際上は、人道保護の欠如を埋め合わせることが困難となることを意味するものである。国際的武力紛争の概念拡大の持つ意義よりも、むしろ、国際的武力紛争の概念拡大の持つ限界を直視しなければならいと言える。

三 まとめ

以上、本章は、武力紛争法の適用に関する基本体系を検討した上で、ICTY判例に基づく武力紛争法の発展を分析した。特定して述べれば、非国際的武力紛争の国際化に関してICTY判例が干渉と支配という二つの基準を設けていたことを受けて、どのような点に武力紛争法の発展が見出されるのか、そして、それらはどのように武力紛争法上位置付けられるのかという問題に答えることによって、武力紛争法におけるICTY判例の再定位を行った。

武力紛争法の適用に関する基本体系は、「武力紛争」の概念上の区分に立脚するものである。国際的武力紛争の概念が、国家間武力紛争、民族解放紛争、さらに交戦団体承認の關係する紛争を内容とするのに対し、非国際的武力紛争の概念は、一国の領域内に生じ、少なくとも紛争当事者の一方を叛徒とする紛争を内容とする。紛争当事者の性格の違いを理由に、国際的武力紛争においては、戦闘員資格、戦闘員免責、捕虜地位獲得という規範的な事柄が成立するのに対し、非国際的武力紛争においては、これらの規範的な事柄は成立しない。

この武力紛争法の適用に関する基本体系を念頭に置いた場合、国際化のメカニズムとしては、潜在的に二つのものが考えられる。第一のメカニズムは、政府対叛徒の紛争を従来の国際的武力紛争の概念に還元することによって、非国際的武力紛争の国際化を導くのに対し、第二のメカニズムは、政府対叛徒の紛争それ自体を新たに国際的武力紛争として認識することによって、非国際的武力紛争の国際化を導く。このうち、後者(第二のメカニズム)は、政府対叛徒の紛争それ自体を新たに国際的武力紛争の概念に取り込むべく、国際的武力紛争の概念拡大をもたらすものである。では、非国際的武力紛争の国際化に関するICTY判例の干渉と支配という二つの基準は、これらの二つのメカニズムのうち、どちらに基づくものであるのか。

この点をめぐっては、ICTY判例の論理を辿っていくと、ICTYの思考の内部においては、支配が第一のメカニズムに基づくものとして、干渉が第二のメカニズムに基づくものとして、それぞれ把握することができる。このことは、ICTY判例においては、干渉が国際的武力紛争の概念拡大をもたらし契機を内包するものであることを意味している。すでに確認しているように、確かに、このことはICTY判例に基づく武力紛争法の発展につながるのかもしれない。しかし、それ以上に、限界を併せ持つものであることに目を向ける必要がある。

というのも、国家に対して、国際的武力紛争の概念拡大を受け入れることを期待することはほとんど不可能に近いからである。最大の障害は、叛徒の地位に関する問題である。仮にこの国際的武力紛争の概念拡大がもたらされれば、従来、非国際的武力紛争として分類された政府対叛徒の紛争は新たに国際的武力紛争として再分類され、従来、非国際的武力紛争として分類された政府対叛徒の紛争に国際的武力紛争のすべての規則を適用することが可能となる。この結果、叛徒は、元来は領域国の国内法に違反する犯罪者であるにもかかわらず、戦闘員資格を持ち、この点に伴って、戦闘員免責と捕虜地位獲得という二つの特権・免除を享受する可能性が生じる。一般論として、国家がこれらの特権・免除を叛徒に与え、犯罪者の逮捕・訴追・処罰を自ら手放すことを認めることに關しては、期待することはほとんど不可能に近い。

これらを要約すると、本稿が対象とした非国際的武力紛争の国際化に関して言えば、確かに、ICTY判例に基づく武力紛争法の発展は、国際的武力紛争の概念拡大に見出すことができるのかもしれない。しかし、この国際的武力紛争の概念拡大は、一見したところ、意義を持つように見受けられるけれども、叛徒の地位に関する問題に代表されるように、武力紛争法上、限界を抱えていると捉えることができる。この限界こそ知される必要がある。

おわりに

本稿は、ICTYが対応を迫られた難問の一つである、非国際的武力紛争の国際化に関する論点を題材とすることによって、ICTY判例に基づく武力紛争法の発展がどのような点に見出されるのか、そして、それらは武力紛争法上どのように位置付けられるのかという問いに答えることを目的とするものであった。二〇一七年末にICTYは閉廷し、およそ二五年間、すなわち、約四半世紀に亘る活動に終止符を打つこととなった。

一般的に言って、ICTY判例の特徴をめぐっては、武力紛争法の発展を導くものであったという評価が共有されてきたと言える。実際、ICTY判例に基づく武力紛争法の発展を検証する機運の高まりは、実務上のみならず学術上も示されるものであった。これらを背景として、非国際的武力紛争の国際化に関する論争の中心は、どのような場合に、非国際的武力紛争の国際化が導かれるかというものであった。この論争に直面して、ICTY判例は、いわゆるタジッチ定式を提示することによって、対処するものであったと言える。しかし、この問題を複雑化したのは、タジッチ定式が二つの基準を設けているのか、それとも一つの基準を設けているのかという点をめぐって、論者の間に評価の相違が見られたことである(第一章)。

ICTYにおける(事実上の)最初の判決が主にICTY設立以前の要素を勘案することによってその後の判決の起点となる重要な判断を示したことから、本稿はICTY設立前史にまで遡った。この時代の有力説がMezonの学説である。旧ユーゴスラビア紛争に関して、Mezonは、国際的武力紛争と非国際的武力紛争という二つの「武力紛争」の併存(「混合説」)ではなく、国際的武力紛争という一つの「武力紛争」の存在(「統合説」)を提唱していた。この立場を基礎付

けるためにMeronが依拠したのが、ICTY設立にあたって中核的な役割を果たした国連の機関、すなわち、安保理、国連事務総長、国連専門家委員会の各立場に他ならなかった。しかし、これらの国連の機関に対する本稿の分析結果は、国際的武力紛争という一つの「武力紛争」の存在（「統合説」）を根拠付けるものではないものである。この点をめぐっては、曖昧な部分が残るものの、むしろ、国際的武力紛争と非国際的武力紛争という二つの「武力紛争」の併存（「混合説」）の妥当性が示唆されるものであったと言える（第二章）。

このICTY設立前史を踏まえた上で、本稿はICTY判例の検討に移った。ICTYの複数の関連判決を分析した結果、非国際的武力紛争の国際化に関するICTY判例の内実として、次のことを説明することが可能となった。それは、ICTY判例としては、国際的武力紛争と非国際的武力紛争という二つの「武力紛争」が併存することを起点とした上で、ICTY判例の全体的な傾向として言えば、外国の二つの関与、すなわち、干渉と支配に基づき、それぞれ非国際的武力紛争の国際化を導くものであったということである。このことは、非国際的武力紛争の国際化に関して、タジッチ定式が、一つの基準ではなく、あくまでも二つの基準（干渉と支配）を設けるものであることを示している。では、このように非国際的武力紛争の国際化に関するICTY判例の内実を評価することが可能であるとして、ICTY判例に基づく武力紛争法の発展をめぐっては、どのように見極めることができるのか。この問題への解答に接近する目的から、最後に本稿は、武力紛争法におけるICTY判例の再定位を行うことにした（第三章）。

武力紛争法の適用に関する基本体系は「武力紛争」の概念上の区分に立脚している。国際的武力紛争の概念は、国家間武力紛争、民族解放紛争、交戦団体承認の關係する紛争を構成要素とするのに対し、非国際的武力紛争の概念は、一国の領域内に生じ、少なくとも紛争当事者の一方を叛徒とする紛争を構成要素とする。紛争当事者の性格の違いか

ら、前者においては、戦闘員資格とそれによ来する戦闘員免責・捕虜地位獲得という規範的な事柄が認められるのに対し、後者においては、これらの規範的な事柄が認められない(第四章一)。

この武力紛争法の適用に関する基本体系を確認した上で、国際化のメカニズムを解明すると、潜在的に二つのものがある。第一のメカニズムは、政府対叛徒の紛争を従来の国際的武力紛争の概念に還元することによって、非国際的武力紛争の国際化を導き出すものであるのに対し、第二のメカニズムは、政府対叛徒の紛争それ自体を新たに国際的武力紛争として認識することによって、非国際的武力紛争の国際化を導き出すものである。この国際化の二つのメカニズムを念頭に置いた上で、非国際的武力紛争の国際化に関するICTY判例の二つの基準である干渉と支配を評価すると、支配が第一のメカニズムに、干渉が第二のメカニズムにそれぞれ基づくものとして把握することができる。このうち、後者は、国際的武力紛争の概念拡大をもたらす契機を内包するため、武力紛争法の発展につながるのかもしれない。しかし、国際的武力紛争の概念拡大が国家にとって受け入れ難い要素(叛徒の地位に関する問題)を抱えていることから、むしろ、その実現可能性の低さを見据えなければならないと言える(第四章二)。

一九九〇年代に出現したICTYが閉廷までのおよそ二五年の間に残したものは大きい。とりわけ、武力紛争法の分野において、質・量ともに充実した判例を蓄積したことに間違いはない。しかし、閉廷が完了した現在、重要なのは、ICTY判例に関しては、どのような点に武力紛争法の発展を見出すことができるのか、そして、それらは武力紛争法上どのように位置付けることができるのかということを慎重に吟味することにある。このことは、ICTY判例に基づく武力紛争法の発展をめぐる、その意義と限界を検証することを意味することにつながる。というのも、この検証作業を通じて、ICTY判例が約四半世紀の間に残したものを正確に特定し、かつ、的確に評価することができると考えられ

るからである。本稿の検討対象である、非国際的武力紛争の国際化に関する論点は、あくまでもこれらの検証作業の一側面に過ぎない。このことを自覚した上で、ICTY 判例に基づく武力紛争法の発展を包括的に検討・分析することが ICTY 閉廷後の我々にとって求められていると言うことができるだろう。

〔付記〕 本稿は、平成二九年度科学研究費（若手 B）「非国際的武力紛争の規範原理再考——その史的検証——」（課題番号：17K13616）の成果の一部である。

〈注〉

〔306〕 ジュネーブ諸条約共通第二条（共通第二条）は、次のように規定することによって、このことを端的に示している。すなわち、「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うとを問わず、適用する」と。この点については、J. Pictet (ed.), *Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War: Commentary* (ICRC, 1958), p. 20.

〔307〕 戦争法・武力紛争法の適用条件の変遷に関する素描として、T. Ferraro and L. Cameron, “Article 2: Application of the Convention,” in K. Dörmann, L. Lipzard, M. Sassoli and P. Spoerri (eds.), *ICRC Commentary on the Second Geneva Convention: Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea* (Cambridge U.P., 2017), pp. 81-84.

〔308〕 真山全「テロ行為・対テロ作戦と武力紛争法」初川満（編）『テロリズムの法的規制』（信山社、二〇〇九年）八二頁。

(309) Akande, *supra* note 286, pp. 39-56.

(310) 真山「前掲論文」(注308) 八七—八八頁。この点に関して、ICRCコメンタリーは、「非国際的武力紛争は、対立する実体の法的地位を理由として、国際的武力紛争から区別されるものである。すなわち、「非国際的武力紛争において」紛争当事者は「主権国家同士でなく、一国の政府とその領域における一または二以上の武装集団である」(Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Nijhoff, 1987), p. 1319, para. 4339) こと、さらに「非国際的武力紛争において、戦闘に関与する当事者の法的地位は、根本的に非対等なものである」(*ibid.*, p. 1351, para. 4456) ことをそれぞれ指摘し、本文に記したことに同じ趣旨のことを述べている。

(311) なお、注意を要するのは、国際的武力紛争と非国際的武力紛争は、紛争当事者の性格の違いのみならず、烈度基準の違いからも区別されるものであるということである。国際的武力紛争の存在に関しては、烈度基準が求められないのに対し、非国際的武力紛争の存在に関しては、烈度基準が求められる。この点を実証的に論証する論考として、M. Asada, “The Concept of ‘Armed Conflict’ in International Armed Conflict,” in O’Connell, *supra* note 34, pp. 51-67.

(312) 本節は、「条約上」さらに慣習国際法上、逐一どのような内容の規則が国際的武力紛争と非国際的武力紛争のそれぞれに適用可能となるかということを経緯的に検討するものではないということをおきたい。本節は、国際的武力紛争と非国際的武力紛争の各々における暴力行為を規律する原理を説明することによって、あくまでもそれぞれの適用規則の根幹を成す部分を浮き彫りにすることを目的とするものである。

(313) このことは、例えば、第一追加議定書第四三条二項の次の規定によって確認されていると言える。すなわち、「紛争当事者の軍隊の構成員(第三条約第三三条に規定する衛生要員及び宗教要員を除く)は、戦闘員であり、すなわち、敵対行為に直接参加する権利を有する」と。この点については、Sandoz, Swinarski and Zimmermann, *supra* note 310, p. 515, para. 1677.

- (314) G. Gaggioli, *The Use of Force in Armed Conflicts: Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms*, ICRC Report (2012), pp. 4-12; K. Fortin, *The Accountability of Armed Groups under Human Rights Law* (Oxford U.P., 2017), pp. 36-39.
- (315) 例えば、米州人権委員会は、「戦闘員の特権は、本質的に、敵戦闘員を殺傷し、その他の敵軍事目標を破壊することの許可である」(Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights, OEA/Ser. L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr, 22 October 2002, para. 68) とし、戦闘員に対しては、敵戦闘員・敵軍事目標の殺傷・破壊が許されることを摘示している。
- (316) 真山「前掲論文」(注 308) 八七—八八頁。
- (317) 同上。
- (318) 同上。
- (319) 共通第三条四項は、次のように定めている。すなわち、「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。同項については、「この一節がなければ、共通第三条も、同条に代わるその他のいかなる条文も、採択されることはなかったであろう」(Pictet, *supra* note 119, p. 60) と評されるほど、共通第三条の成立にとって、必要不可欠のものであった。というのも、同項は、「共通第三条の適用の事実が自国の国内法上のあらゆる手段を用いることによって反乱を鎮圧する政府の権利を決して制限するものとならない」(*ibid.*, p. 61) ということを確保することにつながったからである。
- (320) 第二追加議定書第三条一項は、「この議定書のいかなる規定も、国の主権又は、あらゆる正当な手段によって、国の法及び秩序を維持し若しくは回復し若しくは国の統一を維持し及び領土を保全するための政府の責任に影響を及ぼすことを目的として援用してはならない」と定める。同項に関しては、共通第三条四項の趣旨と同様、「法および秩序を維持し、または回復し、国家の統一および領土保全を守るために適当な措置を取る国家の権利に影響を与えるものではない」(Sandoz, Swinarski and Zimmermann, *supra* note 310, p. 1362, para. 4500) と評されている。

- (321) Gaggioli, *supra* note 314, pp. 4-12; Fortin, *supra* note 314, pp. 36-39.
- (322) 国際的武力紛争において、紛争当事者は、敵対行為に直接参加する権利が互いに認められるのに対し、非国際的武力紛争において、紛争当事者は、その権利が互いに認められない。非国際的武力紛争に関しては、そもそも、この合法的敵対行為が叛徒の側に存在しないことから、ハーグ法の適用は馴染み難いものと考えられるのである。真山全「ジュネーヴ諸条約と追加議定書」国際法学会(編)『日本と国際法の100年 第10巻』(三省堂、二〇〇一年)一七四頁。
- (323) このことは、国際的武力紛争において「法執行型」の暴力行為をまったく見出せないことを意味するものではない。というのも、第一追加議定書第五条三項が想定しているように、国際的武力紛争において、紛争当事者の軍隊構成員は、相手紛争当事者の軍隊構成員に対してではなく、「敵対行為に直接参加」する文民に対して、暴力行為に訴えることがあるからである。この暴力行為をめぐっては、対等でない者が対立する状況に近づくものであることから、「敵対行為型」として性格付けより、「法執行型」として性格付ける方が適当であるように考えられる。
- (324) 民族解放紛争の要件としては、自決権を行使する解放団体であること、人民を代表する当局の一方的宣言が行われることなどが挙げられる。この点に関しては、藤田久一『国際人道法』(有信堂、二〇〇三年)七一―七三頁。
- (325) 交戦団体承認の要件としては、敵対行為の状態を伴っていること、叛徒が一定の領域に支配を確立していること、叛徒が戦法規慣例を遵守していることなどが挙げられる。この点に関しては、H. Lauterpacht, *Recognition in International Law* (Cambridge U.P., 1948), pp. 175-176.
- (326) 一般論として言っても、これまで、ある紛争が民族解放紛争として、または交戦団体承認の関係する紛争と捉えられ、この結果、国際的武力紛争として性格付けられたという実践は極めて稀であったと評されている。Akande, *supra* note 286, pp. 49-50.
- (327) この点に関して、参照に値するのが、Milanovicの整理である。Milanovicは、「非国際的武力紛争の国際化については二つの基本的な

方法がある」とした上で、次の二つの方法を挙げている。第一の方法は、「一見したところ非国際的武力紛争である紛争が従来の共通第二条の定義の下に包摂される」（強調原文）というものであり、「言い換えれば、一見したところ政府と非国家主体との間の紛争に見えるものが、注意深く観察すると、実際上は国家間紛争である」というものである。これに対して、第二の方法は、「非国際的武力紛争が構造の観点から国際的武力紛争の再定義を通じて国際化される」（強調原文）というものであり、「結果として、条約上または慣習法上、共通第二条の定義が非国家主体を包含するように例外的に拡大される」というものである。M. Milanovic, “The Applicability of the Conventions to ‘Transnational’ and ‘Mixed’ Conflicts,” in A. Clapham, P. Gaeta and M. Sassoli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary* (Oxford U.P., 2015), p. 35. 上のMilanovicの整理は、本稿の問題関心と必ずしも一致する訳ではないものの、本文に記した国際化の二つのメカニズムに基本的にそれぞれ対応するものである。

(328) この点を指摘する論考として、Stewart, *supra* note 6, p. 330.

(329) *Ibid.*, p. 331.

(330) *Ibid.*, p. 331. この使い分けを判決文に見出すことは困難である。*Ibid.*, p. 331.

(331) なお、少なくともICRCコメンタリーは、捕虜条約第四条A（二）の「紛争当事国に属する」の文言に関しては、「事実上の関係」があれば十分であるとして（J. Picot (ed.), *Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War: Commentary* (ICRC, 1960), p. 57）「この関係をめぐっては、装備と物資の提供によって、示すことができる」（*ibid.*, p. 57, n. 24）と指摘している。この点に鑑みれば、ICRCコメンタリーの想定する「事実上の関係」は、（武器の供与を中心とする）叛徒への外国の支援によって満たされることができるのかもしれない。この「事実上の関係」の詳細については、次の論考を見よ。K. Del Mar, “The Requirement of ‘Belonging’ under International Humanitarian Law,” *The European Journal of International Law*, Vol. 21 (2010), pp. 109-113. しか、いずれにせよ、本文に記した通り、問題は、（武器の供与を中心とする）叛徒への外国の支援を捕虜条約第四条A（二）の「紛争当

事国に属する」の文言に結び付けるという考え方が「TY」の思考の内部において妥当性を持つのかどうかということである。

(332) Johnston, *supra* note 22, p. 102.

(333) 真山全「武力紛争法と人道化逆説——付随的損害の扱い——」『世界法年報』第三十六号(二〇一七年)二四頁。このことは、武力紛

争法に関する幾つかの条約の成立過程を説明することによって、より明確に窺い知ることができる。この点に関しては、例えば、共通第三条の成立過程が一つの手がかりを提供することになる。一九四九年ジュネーブ外交会議において諸国に提案されたのが、次のストックホルム案であった。すなわち、「一または二以上の締約国の領域内に生ずる国際的性質を有しない武力紛争のあらゆる場合において、各敵対者は本条約の諸規定を適用しなければならない。これらの状況における条約の適用は、どのような方法にしても紛争当事者の法的地位によって決まるものではなく、かつ、その法的地位に影響を及ぼすものではない」(傷病者条約と海上傷病者条約を対象としたテキストと捕虜条約と文民条約を対象としたテキストは微妙に違ったものの、便宜上、前者を示すことにする)。³³⁴ Document de travail établi en vue de la Conférence diplomatique pour l'élaboration de conventions internationales destinées à protéger les victimes de la guerre, Convoquée le 21 avril 1949, à Genève par le Conseil Fédéral Suisse, *Projet de convention pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne*, p. 5; Document de travail établi en vue de la Conférence diplomatique pour l'élaboration de conventions internationales destinées à protéger les victimes de la guerre, Convoquée le 21 avril 1949, à Genève par le Conseil Fédéral Suisse, *Projet de convention pour l'amélioration du sort des blessés, des malades, et des naufragés des forces armées sur mer*, pp. 4-5. このストックホルム案は、「本条約の諸規定」、言い替えば、「国際的武力紛争に適用される条約のすべての規定を」、「国際的性質を有しない武力紛争」、言い換えれば、「非国際的武力紛争に適用することを謳うものである。しかし、このストックホルム案に対して、諸国は拒否的な態度を取り、最終的に拒絶することになった。この点に関して、例えば、ギリシャの代表を務めた Pasmazoglou は、「政府に向かって武器を取る者は、政府によって捕虜として取り扱われる場合、たとえその前に国内法違反の行為を

犯しても、条約の利益を即時に享受することになる」とし、このことが「政府に向かって武器を取る権利を与えることにつながる」とし（*Conférence diplomatique 1949: sténogrammes de la Commission mixte (ICRC, 1950), Première Seance du 26 avril 1949, p. 31*）理由を述べている。この発言は、非国際的武力紛争に国際的武力紛争の規則を適用する結果、叛徒に戦闘員免責と捕虜地位獲得という特権・免除が与えられることをまさに危惧するものである。そして、この経緯は、ICRCコメントリーによって、次のように要約されている。すなわち、「国内紛争の苦しみの中にある国家の政府に対して、戦争をカバーするために明示に締結された条約のすべての規定を国内紛争に適用することを強いるならば、僅かの叛徒または山賊でしかない敵に、交戦者の地位を与え、おそらくは一定の法的承認すら与えることになるだろう」と。Pictet, *supra* note 381, p. 32. いずれにせよ、この点に関して、重要なのは、国家が犯罪者の逮捕・訴追・処罰を自ら放棄することを容認することはおよそ想定することができないということである。共通第三条の成立過程を垣間見るだけでも、このことを十分に認知することができる。

目次

はじめに

第一章 予備的考察

一 問題の背景

（一）ICTY判例の特徴

（二）ICTY判例の検証——その機運の高まり

二 問題の設定

（一）タジッチ定式の確立

（二）タジッチ定式への評価の相違

（1）一般論として

（2）個別の事例をめぐって（以上、第二一卷二号）

第二章 ICTY設立前史

一 学説の状況——Meronの見解を手がかりとして

二 国連安全保障理事会

（一）措置の概要

（二）決議の文言

三 国連事務総長

(1) ICTY 規程草案第八条の成立

(2) 「一九九一年一月一日以降」設定の意味

四 国連専門家委員会

(1) 報告書の作成

(1) Kalshoven 原案

(2) 暫定報告書

(3) 最終報告書

(2) 紛争当事者合意の内容

(1) ボスニア・ヘルツェゴビナ

① 一九九二年五月二二日協定

② 一九九二年五月二三日協定

(2) クロアチア

① 一九九一年一月二七日了解覚書

② 一九九一年一月二七日了解覚書への一九九二年五月二三日追補

(3) 小括

五 まとめ（以上、第二三卷一号）

第三章 ICTY判例の検討

一 タジッチ定式以前の判決

（1）Tadic事件上訴裁判部中間判決

（1）事案の概略

（2）判断

① 国際的武力紛争と非国際的武力紛争の併存

② その根拠

（a）国連の機関

（b）紛争当事者合意

（1）Rajic事件手続証拠規則六一判決

（1）事案の概略

（2）判断

① Tadic事件上訴裁判部中間判決への再訪

② 外国の二つの関与

（a）干渉——その内容と効果を中心として

（ア）干渉の内容

（イ）干渉の効果

(b) 支配——その内容と効果を中心として

(ア) 支配の内容

(イ) 支配の効果（以上、第二三卷一号）

二 タジッチ定式以後の判決

(1) Tadić 事件上訴裁判部判決

(1) 事案の概略

(2) 判断

① タジッチ定式の提示

② 支配

(a) 捕虜条約第四条 A (二) ——「紛争当事国に属する」の文言

(b) 国家責任法上の行為帰属論

(1) Naletilić 事件第一審裁判部判決

(1) 事案の概略

(2) 判断

① タジッチ定式の適用

② 外国の二つの関与

(a) 干渉——その内容と効果を中心として

（ア）干渉の内容

（イ）干渉の効果

（b）支配——その内容と効果を中心として

（ア）支配の内容

（イ）支配の効果

三 まとめ（以上、第二三巻二号）

第四章 武力紛争法におけるICJ判例の再定位

一 武力紛争法の適用に関する基本体系

（一）「武力紛争」の概念上の区分

（二）暴力的行為を規律する原理の違い

二 ICJ判例に基づく武力紛争法の発展——その意義と限界

（一）国際化の二つのメカニズム

（二）国際的武力紛争の概念拡大の存否

（1）支配をめぐって

（2）干渉をめぐって

三 まとめ

おわりに（以上、第二三巻三・四号）