

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（一）

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-02-24 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/10.14945/00009994

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 (一)

川岸 伸

はじめに

一九九三年五月に国連安全保障理事会(安保理)によって設立された旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所(ICTY)は、二〇一七年に、すべての作業を終了し、閉廷することを目標として掲げている。この点に関して、現在、ICTY裁判長を務めているAgiusは、就任早々、「私は、二〇一七年にICTY閉廷を導くという究極の責任を伴いながら、その歴史上、最も重要な時期に裁判長に選ばれたことを深く光榮に思っている」とし¹⁾、二〇一七年のICTY閉廷に向けて、その決意を明らかにしている。

当初、ICTYについては、もっと早期に閉廷するという計画があった。元々の計画は、ICTYが二〇〇四年の末までに捜査を、二〇〇八年の末までに第一審裁判部の裁判を、そして、二〇一〇年にすべての作業をそれぞれ完了し、閉

廷するといふものであった。²⁾しかし、被疑者の逮捕に遅れが生じ、さらに事案の複雑さに起因して審理に時間を要したことなどから、ICTYは、この計画を見直す必要に迫られることとなったのである。したがって、上記目標の通り、二〇一七年のICTY閉廷が実現すれば、ICTYとしては、およそ二五年間、すなわち、約四半世紀にわたって、その活動を継続していたということになる。³⁾

この間、ICTYは、計一六一名の被疑者を起訴し、量的にも、質的にも、豊富な判例を生み出してきた。殊にこのことは、「一九九一年以後旧ユーゴスラビアの領域内において行われた国際人道法に対する重大な違反について責任を有する者の訴追のための国際裁判所規程」というICTY規程の正式名称にあるように、武力紛争法⁴⁾の分野に当てはまる。「ユーゴスラビアにおいて残虐行為が始まってから国際人道法が著しく発展してきたということに関して疑いの余地はな⁵⁾く」というMeronの言葉は、ICTY裁判長を歴任した者自身が、ICTY判例に基づく武力紛争法の発展を十分に認識していることを明確に表している。

では、この発展は、ICTY判例において、どのような点に見出すことができるだろうか。そして、それらは、武力紛争法上、どのように評価することができるだろうか。

本稿は、ICTYが直面し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に焦点を当てることによって、これらの問いに関して、解答の一面面を与えることを目的としている。旧ユーゴスラビア紛争をめぐることは、ボスニア・ヘルツェゴビナの領域内において非国際的武力紛争が政府と叛徒との間に生じているところ、外国、特にセルビアとクロアチアが叛徒の側に立つて干渉したことから、どのような場合に、この非国際的武力紛争を国際的武力紛争として扱うことができるかという論点が、全面的に論じられることとなったのである。

この論点において前提事項を成すのは、武力紛争法における紛争分類の意義という点である。武力紛争法は、国家間武力紛争である国際的武力紛争と、一国の領域内において少なくとも紛争当事者の一方を非国家主体とする非国際的武力紛争とを区別し、それぞれに応じて、適用規則の内容に違いを設けるという構造に立脚している。^⑥ この帰結として、ある事態を国際的武力紛争と非国際的武力紛争のいずれのものとして分類するかという紛争分類が、武力紛争法上、極めて重要な意味を持つことになるのである。

この観点から、本稿は、「国際化 (internationalization)」という用語に関しては、次の意味において、用いるものであるということを明らかにしておきたい。すなわち、この「国際化」という用語は、非・国・際・的・武・力・紛・争・が・全・体・と・して・国・際・的・武・力・紛・争・と・見・な・さ・れ・る・こ・と・で・あ・つ・て、この結果、条約・慣習国際法の如何を問わず、(国・際・的・武・力・紛・争・に・適・用・さ・れ・る) 武力紛争法のすべての規則をここに適用することが可能となることを意味している。ある論者の言葉を借りれば、「一見したところ非国際的武力紛争に見える紛争を国際的武力紛争に変化させることであつて、このことによつて、国際的武力紛争の完全な法制度をこの紛争に適用することとなる」^⑦のである。

なお、後に詳しく検討していくように、ICTYの判決が同様に「国際化」という用語に言及する場合において、その意味するところが本稿のそれと同じであるとは限らない。^⑧ この点に関しては、例えば、ICTYの判決の関連箇所を注視することなどによつて、ICTYの判決が実質的に「国際化」という用語にどのような意味を込めているかということを変更して吟味する必要がある。このことに留保を付した上で、本稿は、すでに述べているように「国際化」という用語を使用するものであるということをお断りしておく。^⑨

第一章 予備的考察

本論に入る前に、「問題の背景」と「問題の設定」を確認することによって、本稿の問題関心について、もう少し具体的に述べておくことにしよう。

一 問題の背景

(1) ICTY判例の特徴

すでに冒頭において引用しているMeronの言葉が象徴的であるように、ICTYが設立されてから現在に至るまで、論者は、しばしば、ICTY判例に基づく武力紛争法の発展という点に言及してきた。⁽¹⁰⁾ 換言すれば、このことは、ICTY判例をめぐっては、武力紛争法の発展を導くものであったと性格付けることによって、その特徴を理解するということ⁽¹¹⁾が、一般的であったことを意味している。

実際、この点に関して、その代表的な論者の一人であるGreenwoodは、次のように述べている。すなわち、Greenwoodは、「[ICTY]判例がより一層重要なものとなってきた」ということを指摘した上で、その理由として、「[ICTY]判例が国際人道法の発展に対して永続的な影響を有するものである」ということに言及し、「おそらくこのことがICTYの最も重要な遺産となることが明らかとなるであろう」と結論付けているのである。⁽¹²⁾

このように理解されてきたICTY判例をめぐっては、もう一歩進めて、「司法立法」にまで相当するものであったと評価されることがある。⁽¹³⁾ とりわけ、一九九三年から一九九七年にかけてICTY裁判長を務めていたCasseseを念頭に置

いた上で、この時代のICTY判例に関しては、「司法積極主義 (judicial activism)⁽¹⁵⁾」に基づき、「裁判官によって作られる法 (judge-made law)⁽¹⁶⁾」であったという評価を下している論者が見られるのである。⁽¹⁵⁾

本稿の問題関心からは、ICTY判例が「司法立法」にまで相当しているかどうかにかかわらず、少なくとも一般的に言って、ICTY判例をめぐっては、武力紛争法の発展を導くものとして理解されてきたということが重要である。ICTY判例に関しては、このように武力紛争法の分野に貢献をもたらすものであるという理解が、論者の間において、基本的に共有されてきたということを確認しておく必要がある。

(II) ICTY判例の検証——その機運の高まり

このように評価されてきたICTY判例をめぐっては、近い将来に閉廷する計画の下にあるという事実と相俟って、近年、その内容について、改めて検証するという機運の高まりを見せている。この機運は、約四半世紀の期間において、ICTYが何を残したか、要するに、ICTYの「遺産」が何であったかを再確認するという営為に他ならないのであって、⁽¹⁷⁾実務上と学術上の双方から、一定の注目を集めるものとなっている。

一方で、実務上に関して言えば、ICTYは、裁判所のアウトリーチ活動の一環として、二〇一〇年（ハーグ）、二〇一一年（ハーグ）、二〇一二年（サラエボ・ザグレブ）、二〇一三年（サラエボ）の各年に、「遺産会議 (legacy conferences)」と呼ばれる会議を開催してきた。この会議は、ICTY判例の検証も然ることながら、裁判所に関連する様々なテーマを対象として、多様な意見を共有していくための場所となっている。⁽¹⁸⁾

他方で、学術上に関して言えば、米国国際法学会は、二〇一六年、その機関誌である米国国際法雑誌において、シ

ンポジウムを開催し、この点について論じる機会を設けている。¹⁹⁾このシンポジウムの編者は、「ICTYの設立、運用、さらに判例を再検討し、かつ、それらの影響についてのいくらかの評価を行うための絶好の瞬間である」とし、ICTY判例を検証するという目的から、時宜を得たものであると捉えている。

おそらくICTYが質・量ともに充実した判例を蓄積してきたことに異論を唱える者は少ないだろう。このことは、国際的武力紛争と非国際的武力紛争の概念、国際的武力紛争と非国際的武力紛争の時間的・地理的範囲、国際的武力紛争と非国際的武力紛争の適用規則、さらに非国際的武力紛争における戦争犯罪など、武力紛争法の分野において、多岐に亘っている。そして、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も、その例外ではないのである。²¹⁾

二 問題の設定

(一) タジッチ定式の確立

この「問題の背景」を受けて、従来、論争の中心にあったのは、外国が非国際的武力紛争に干渉するとして、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論点であった。この論点は、一九九九年のコソボ空爆、二〇〇一年のアフガニスタン戦争、二〇〇八年の南オセチア紛争、そして、二〇一一年のリビア戦争などに見られたように、殊に外国が叛徒の側に立っている状況に関連して、顕在化する傾向にあった。

この点に関して、注意すべきは、これらの個別の事例を評価するにあたって、一般的に、論者が、ICTY判例に依拠した上で、それぞれの持論を展開しているということである。²²⁾そして、非国際的武力紛争の国際化に関するICTY判例

の内容を把握するという観点から、議論の出発点となってきたのが、次に引用するように、一九九九年七月一五日のTadić事件上訴裁判部判決における一節であったと言えよう。

「国内的武力紛争が一国の領域内に発生するとして、次の場合に、それは国際的武力紛争となる（または、状況に応じて、国内的武力紛争と並行してその性質上国際的武力紛争となる）。

- (i) 他国が自国の軍隊を通じて当該紛争に干渉する場合、または代替的に
- (ii) 国内的武力紛争の一部の当事者が他国のために行動する場合。⁽²³⁾

本稿は、便宜上、この一節をタジツチ定式と呼称することにした。⁽²⁴⁾ このタジツチ定式は、Tadić事件上訴裁判部判決の後のいくつかの判決（二〇〇〇年三月三日のBlaškić事件第一審裁判部判決⁽²⁵⁾、二〇〇一年二月二六日のKordić and Čerkez事件第一審裁判部判決⁽²⁶⁾、そして、二〇〇三年三月三十一日のNalečić事件第一審裁判部判決⁽²⁷⁾）において、ICTYによって、引用されている。この意味において、このタジツチ定式は、ICTY判例上、定着している。

さらに、この点に関して、注目に値するのは、タジツチ定式は、国際刑事裁判所（ICC）によっても、その判決において、基本的に継承されているものであるということである。ICCは、二〇〇七年一月二九日のLubanga事件予審裁判部判決⁽²⁸⁾、さらに二〇一二年三月一四日のLubanga事件第一審裁判部判決⁽²⁹⁾において、次に引用するように、このタジツチ定式とほとんど同じ一節を提示するに至っているのである。

「二国の領域内に発生する国内的武力紛争は、次の場合に、国際的武力紛争となる（または、状況に応じて、国内的武力紛争と並行してその性質上国際的武力紛争となる）。

- (i) 他国が自国の軍隊を通じて当該紛争に干渉する場合（直接干渉）、または
- (ii) 国内的武力紛争の一部の当事者が他国のために行動する場合（間接干渉）。」

ICTYとICCの各一節を比較すると、ICCに関しては、「(i)他国が自国の軍隊を通じて当該紛争に干渉する場合」を「直接干渉 (direct intervention)」として、「(ii)国内的武力紛争の一部の当事者が他国のために行動する場合」を「間接干渉 (indirect intervention)」として、それぞれ命名していることを除けば、両者の間にほとんど違いはない。実際、ICCは、上記一節を提示するにあたって、判決脚注において、タジツチ定式の関連箇所を挙げて⁽³⁰⁾いる。

勿論、ICTYとICCがほとんど同じ一節を提示しているからといって、ICTYとICCにおけるそれぞれの運用がまったく同じであるとは限らない。この点に関しては、各裁判所において、どのように用いられているかという問題を慎重に検討し、両者の異同を見極める必要がある。しかし、少なくともこの点に関して強調しておくべきは、このタジツチ定式をめぐっては、定式それ自体としては、裁判実践において、ほぼ確立しているものであるということである。

(二) タジツチ定式への評価の相違

(1) 一般論として

したがって、タジツチ定式をめぐっては、非国際的武力紛争の国際化に関して、どのような基準を設けているかと

いうことを探求する必要が出てくる。もっとも、この点に関して、注意を要するのは、論者の間において、必ずしも評価の一致がある訳ではないということである。言い換えれば、このタジッチ定式をめぐっては、いくつかの解釈が存在するのであって、この意味において、評価の相違が見られるのである。

第一の立場は、非国際的武力紛争の国際化に関して、タジッチ定式が、二つの基準を設けていると評価するものである。この立場に立っている論者として、Stewart⁽³¹⁾、Kolb⁽³²⁾、Hoffman⁽³³⁾、さらにGray⁽³⁴⁾を挙げることができる。後三者がStewartの学説に拠って立っていることから、ここではそれを見ておくことにしたい。

まず、Stewartは、「Tadic事件上訴裁判部判決に含まれる考慮すべき命題」として、「すでに生じている内戦が外国干渉によって国際化される」ということを指摘している⁽³⁵⁾。Stewartによれば、ここに言う「外国干渉」は、「軍を派遣する」⁽³⁶⁾ことを意味している。したがって、この命題によれば、外国軍の介入によって、非国際的武力紛争は、国際的武力紛争として扱われることとなる。タジッチ定式に即せば、(i)に相当するものである。

次に、Stewartは、「Tadic事件上訴裁判部判決に明確に示される基準」として、「叛徒が外国のために行動する場合、紛争は国際化する」ということを主張している⁽³⁷⁾。この点に関して、Stewartは、「全般的支配」に言及している⁽³⁸⁾ことから、外国が「全般的支配」を叛徒に及ぼしていれば、非国際的武力紛争が国際的武力紛争として扱われることとなる。タジッチ定式に従うと、(ii)に当たるものである。

このように、Stewartは、タジッチ定式をめぐっては、非国際的武力紛争の国際化に関して、二つの基準を示している⁽³⁹⁾と評価しているのである。すなわち、タジッチ定式の解釈としては、「(i)他国が自国の軍隊を通じて当該紛争に干渉する場合」と「(ii)国内的武力紛争の一部の当事者が他国のために行動する場合」の双方ともに、「それは国際的武

力紛争となる」という柱書の箇所に係っていると理解しているのである。⁴⁰⁾

これに対して、第二の立場は、この解釈と異なるそれを提示しているように見える。この立場によれば、タジツチ定式に関しては、二つの基準ではなく、あくまでも一つの基準を示しているものに過ぎない。その代表的な論者の一人であるMettrauxは、次のように述べることによって、このことを言い表している。

まず、Mettrauxは、「武力紛争を国際的武力紛争と見なすことができる」場合として、タジツチ定式の二つ、すなわち、「(i)他国が自国の軍隊を通じて当該紛争に干渉する場合、または代替的に(ii)国内的武力紛争の一部の当事者が他国のために行動する場合」を挙げている。⁴¹⁾ この説明箇所だけからすると、一見すると、Stewartと同様、タジツチ定式が二つの基準を示しているという立場に立っているように考えられる。

しかし、続けて、Mettrauxは、次のように説明している。すなわち、「武力紛争が『国際的』であるかどうか、または『国際的』であったかどうかを決定するために二つの場合において適用される基準は、外国が紛争の一部の当事者に対して『全般的支配』を及ぼしているかどうかということである」と。⁴²⁾ この説明箇所は、非国際的武力紛争が国際的武力紛争として扱われるにあたっては、外国が「全般的支配」を二部の当事者(叛徒)に及ぼす必要があるのである、結局のところ、一つの基準しかないということを示している。

このように、タジツチ定式をめぐっては、非国際的武力紛争の国際化に関して、それ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ところにおいて、必ずしも評価が一致している訳ではない。そして、この評価の相違は、次に見るように、個別の事例をめぐっても、同様に見て取ることができる。その最たる例の一つが、二〇一一年のリビア戦争に対する各論者の取り扱いである。

（2）個別の事例をめぐって

リビア戦争は、二〇一一年二月にリビアの領域内において、政府（カダフィ政権）と叛徒（リビア国民評議会）との間において、非国際的武力紛争が生じたことを発端とするものである。というのも、この事態への対応として、同年三月、米国、イギリス、フランスを中心とする多国籍軍は、安保理決議一九七三に基づき、非国際的武力紛争に干渉することとなったからである⁽⁴⁴⁾。最終的に、多国籍軍は、政府を打倒するまでに至ったことから、この事例において、外国は、叛徒の側に立っていたこととなる。

このリビア戦争をめぐっては、武力紛争法の観点から、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問題が、やはり、大きく論じられることとなった⁽⁴⁵⁾。この点に関して、興味深いことは、主としてこの問題を論じている二つの論考を比較すると、すでに紹介しているStewartとMettrauxの評価の相違と同様に、ICTY判例に対して、それぞれ対照的な評価を行っているということである。

一方で、Johnstonは、「政府と対立している叛徒のための外国干渉は、非国際的武力紛争から国際的武力紛争に紛争を変化させることになる」とし⁽⁴⁶⁾、「Tadic事件上訴裁判部判決において、ICTYが国際化の基準を提示した」ことを指摘している⁽⁴⁷⁾。その上で、「紛争が国際的武力紛争となる場合」として、第一に「他国が自国の軍隊を通じて当該紛争に干渉する場合」を、第二に「国内的武力紛争の一部の当事者が他国のために行動する場合」をそれぞれ挙げている⁽⁴⁸⁾。

これらの二つがタジッチ定式の(i)と(ii)に該当するものであることは明らかである。Johnstonは、「ここに言う「国際化」という用語に関して、「すでに生じている非国際的武力紛争が国際的武力紛争に全体として変化すること」であると慎重に述べていることから、タジッチ定式の(i)と(ii)の両方について、非国際的武力紛争が国際的武力紛争として扱

われるものと評価している。要するに、Johnstonは、Stewartと同様、タジッチ定式に関しては、二つの基準を設けるものであると理解しているのである。

他方で、MacákとZamirは、「外国と叛徒との間の」協力は、あらゆる状況において国際的武力紛争の法を適用することを可能にするものとなるだろうか」と自問し⁽⁹⁾、「ICTYのTadic事件判決によれば、非国際的武力紛争は、非国家集団が外国のために行動している場合に、「国際化するものである」と答えている⁽¹⁰⁾。その上で、MacákとZamirは、「上訴裁判部は、組織的武装集団の行為を国家に帰属するために関連する基準が、『全般的支配』の基準であるということを決定した」と説明している⁽¹¹⁾。

このMacákとZamirによれば、ICTY判例に従うと、叛徒が外国のために行動している（叛徒が外国の「全般的支配」の下に行動している）場合に非国際的武力紛争が国際的武力紛争として扱われることとなる。このことは、Johnstonとの比較を言えば、ICTY判例をめぐっては、一つの基準を設けるものであると評価していることを意味している。要するに、MacákとZamirの評価は、Mettrauxのそれに類似するものであると理解することができるのである。

このように、タジッチ定式については、一般論としても、さらに、個別の事例をめぐっても、評価に違いが見られている。このことは、非国際的武力紛争に関するICTY判例については、そもそも、その内容の把握という観点から、論者の間において、必ずしも統一的な見方が共有されている訳ではないということを示しているのである。言い換えれば、ICTY判例に関しては、ある種の混乱があるものと述べるのが許されよう。

これらを受けて、本稿は、ICTYが設立されるに至った経緯を考慮に入れつつ、ICTYの判決を素材とすることによって、非国際的武力紛争の国際化に関するICTY判例の内実を説明するものである。この作業を通じて、ICTY判例に基

づく武力紛争法の発展が、どのような点にあると理解することができるか、さらに、それらが、武力紛争法上、どのような位置にあると評価することができるかという問題に対して、僅かではあるものの、接近することが可能であると期待しているのがある。

では、本章の「予備的考察」を踏まえた上で、次章から、本論に関して、順に検討を開始し、論を進めていくことにしよう。

〈注〉

(1) Address to the U.N. Security Council, Judge Carmel Agius, President, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 9 December 2015, at http://www.icty.org/x/file/Press/Statements%20and%20Speeches/President/151209_president_agius_un_sc_en.pdf (as of December 20, 2016).

(2) この計画は、「完了戦略 (completion strategy)」と名付けられた。Letter dated 10 June 2002 from the President of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia addressed to the Secretary-General, Enclosure: Report on the Judicial Status of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Prospects for referring Certain Cases to National Courts, S/2002/678, paras. 75, 83-86. この計画は、ICTY閉廷を促進するために、ボスニア・ヘルツェゴビナ、セルビア、クロアチアなどの国内裁判所に対して、「一定の事件を委託することも想定するもの」であった。Ninth 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, A/57/379-S/2002/985, para. 6. この点に関しては、例えば、二〇〇三年に、セルビア戦争犯罪裁判部 (Serbian War Crimes Chamber) などによって地方裁判所の中に設立されるに至っている。R. Cryer, H. Friman, D. Robinson, E. Wiemshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge U.P., 2014), p. 197. ついでに、戦争犯罪裁判部の詳細については、次の論考を参照せよ。S. Weill, *The Role of National Courts in Applying International Humanitarian Law* (Oxford U.P., 2014), pp. 46-67.
- (3) 二〇一〇年二月、安保理は、決議一九六六において、新しいアド・ホックな機関である「刑事裁判所のための国際残余メカニズム (International Residual Mechanism for Criminal Tribunals)」¹ 通称IRMCTを設立することを決定した。IRMCTは、ICTY閉廷後も、引き続き活動を続けることとなる。この機関の設立経緯については、T. Pitman, “The Road to the Establishment of the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals: From Completion to Continuation,” *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9 (2011), pp. 799-809.
- (4) 本稿においては、「戦争法」「武力紛争法」そして「国際人道法」の用語を互換的に用いていることを記しておきたい。それぞれの用語の間のニュアンスの違いについては、R. Kolb, *Ius in bello: Le droit international des conflits armés* (Helbing Lichtenhahn, Bâle and Bruylant, Bruxelles, 2009), pp. 11-15.
- (5) T. Meron, “The Hague Tribunal: Working to Clarify International Humanitarian Law,” *American University International Law Review*, Vol. 13 (1998), p. 1512.
- (6) 確かに、特に一九九〇年代以降、論者の中には、国際的武力紛争と非国際的武力紛争との間の区別を失くすべきであるということを唱える者が見られた。その代表的な論者として、G. McDonald, “The Eleventh Annual Waldemar A. Solf Lecture: the Changing Nature of the Laws of War,” *Military Law Review*, Vol. 156 (1998), pp. 30-51; J. Stewart, “Towards a single definition of armed conflict

in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict.” *International Review of the Red Cross*, Vol. 85 (2003), pp. 313-350; D. Willmott, “Removing the Distinction between International and Non-International Armed Conflict in the Rome Statute of the International Criminal Court.” *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 5 (2004), pp. 196-219; L. Moir, “Towards the Unification of International Humanitarian Law?,” in R. Burchill, N. White and J. Morris (eds.), *International Conflict and Security Law: Essays in Memory of Hilare McCoubrey* (Cambridge U.P., 2005), pp. 108-128; E. Crawford, “Unequal before the Law: The Case for the Elimination of the Distinction between International and Non-international Armed Conflicts.” *Leiden Journal of International Law*, Vol. 20 (2007), pp. 441-465; A. Duxbury, “Drawing Lines in the Sand: Characterising Conflicts for the Purpose of Teaching International Humanitarian Law.” *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 8 (2007), pp. 259-272. こゝに、本稿にならば詳述を省くべきであらう。例へば、戦闘員の資格とその他の特権に顕著であるように、国際的武力紛争と非国際的武力紛争との間の区別の完全な消失を妨げる要素は、存在し得る。この点に関して、簡潔でありつつ、要領を得る説明として、C. Byron, “Armed Conflicts: International or Non-International?,” *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 6 (2001), pp. 63-66.

(7) M. Milanovic and V. Hadzi-Vidanovic, “A Taxonomy of Armed Conflict,” in N. White and C. Henderson (eds.), *Research Handbook on International Conflict and Security Law: Jus ad Bellum, Jus in Bello and Jus post Bellum* (Edward Elgar, 2013), p. 292.

(8) 事実、この点に関しては、政府と外国との間に国際的武力紛争が生じることのみをもって、非国際的武力紛争の「国際化」に言及されるべきである。例へば、S. Vite, “Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 91 (2009), p. 86. この用語法に従えば、あくまでも非国際的武力紛争と自らを「そのまゝの性格を維持する」となるから、この間に本稿の用語法との間に違いがあるというべきとなる。

(9) この点に関して、伝統的に、赤十字国際委員会 (ICRC) は「国際化された国内的武力紛争 (internationalized internal armed conflict)」

- という用語を使用してきたところ、この用語の意味をめぐっては、いくつかの理解が見られたことから、現在、ICRCと「介入」の用語を使用しないという方針に立っている。T. Ferraro, “The ICRC’s legal position on the notion of armed conflict involving foreign intervention and on determining the IHL applicable to this type of conflict,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 97 (2015), pp. 1251-1252.
- (10) 例えば、その代表的な論者として、W. Fenrick, “The Development of the Law of Armed Conflict through the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia,” *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 3 (1998), p. 197; C. Greenwood, “The Development of International Humanitarian Law by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia,” *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 97 (1998), pp. 98-99; F. Harhoff, “It is all in the Process: Reflections on the Relation between International Criminal Trials and International Humanitarian Law,” *Nordic Journal of International Law*, Vol. 78 (2010), pp. 469-470.
- (11) Greenwood, *supra* note 10, pp. 98-99.
- (12) 例えば、その代表的な論者として、A. Dannen, “When Courts Make Law: How the International Criminal Tribunals Recast the Laws of War,” *Vanderbilt Law Review*, Vol. 59 (2006), pp. 37-46; T. Hoffman, “The Gentle Humanizer of Humanitarian Law: Antonio Cassese and the Creation of the Customary Law of Non-International Armed Conflicts,” in C. Stahn and L. van den Herik (eds.) *Future Perspectives on International Criminal Justice* (T.M.C. Asser Press, 2010), p. 68.
- (13) M. Milanovic, “The Impact of the ICTY on the Former Yugoslavia: An Anticipatory Postmortem,” *The American Journal of International Law*, Vol. 110 (2016), p. 234.
- (14) M. Milanovic, “On Realistic Utopias and Other Oxymorons: An Essay on Antonio Cassese’s Last Book,” *The European Journal of International Law*, Vol. 23 (2012), pp. 1041-1042.

- (15) しかし、この評価に対して、Cassese本人は「裁判所に対しては国際人道法の分野において新しい法を創造する権限は付与されていない」として反論している。A. Cassese, “The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and the Implementation of International Humanitarian Law,” in L. Condorelli, A. La Rosa and S. Scherrer (eds.), *Les Nations Unies et le droit international humanitaire: actes du colloque international à l’occasion du cinquantième anniversaire de l’ONU* (Genève-19, 20 et 21 octobre 1995) (Pedone, 1996), p. 231. このことは、ICTYを含め、国際刑事裁判に関しては「罪刑法定主義（*nullum crimen sine lege*）」の原則が妥当するところ前提からすれば、至極、当然のものであると言えよう。実際、ICTYを設立するにあたり、国連事務総長は、罪刑法定主義の要請を強調している。すなわち、「罪刑法定主義の適用は、明らかに慣習法の一部となっている国際人道法の規則を国際裁判所が適用すべきであるところを要求するものである」と。The Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), S/25704, para. 34. かつ、時と場合、Casseseは、ICTYに関しては「司法立法」も厭わなものであると、こうスタンスに立っていることを垣間見させることがあった。と、いうのも、幾人かの裁判官との対話において、Casseseは、「今日、国際的な刑事裁判所は隙間であらうほどの法領域に直面している」として、「何もならぬところから、我々は、新しい法を創造しなければならぬのであって、新しいことを言わなければならぬ」と率直に述べているからである。R. Badinter and S. Breyer (eds.), *Judges in Contemporary Democracy: An International Conversation* (New York University Press, 2004), p. 214. ① 巻言の「評価」として、S. Darcy, *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law* (Cambridge UP, 2014), pp. 12-13.
- (16) 確かに、「司法立法はほとんどすべての裁判実践の不可欠の要素である」として、「司法立法」が判例にほとんど必然的に伴うという立場は、ある。A. von Bogdandy and I. Venzke, “Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers,” in A. von Bogdandy and I. Venzke (eds.), *International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance* (Springer,

- 2012), p. 7. しかし、ICTY判例に限らず、一般論として、ある判例が「司法立法」にまで相当するかどうかは、容易に判断することの困難な問題である。この問題に正面から答えるためには、それまでの実定法、とりわけ、慣習国際法の内容を正確に特定し、それを判例の内容とを慎重に比較検討することが求められるからである。この難しさに気づいた Hoffmann, *supra* note 12, p. 74.
- (17) この点に関して、Alvarez は、ICTY 設立後の比較的早い時期から、ICTY の「遺産」が何にあるかという問題を意識しつつあった。J. Alvarez, “Nuremberg Revisited: The Tadic Case,” *The European Journal of International Law*, Vol. 7 (1996), p. 261.
- (18) この会議の詳細に関しては、ICTY のホームページの関連箇所を参照せよ。Legacy Conferences, at <http://www.icty.org/en/outreach/legacy-conferences> (as of January 9, 2017).
- (19) このシンポジウムは、「旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所とルワンダ国際刑事裁判所に関するシンポジウム」と題して、ICTY に留まらず、ルワンダ国際刑事裁判所 (ICTR) も対象として、さらに武力紛争法のみならず、国際刑事法もカバーするものとなっている。これらの諸点に関しては、*The American Journal of International Law*, Vol. 110 (2016) (Symposium on the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda) 所収の各論者を参照せよ。
- (20) M. Matheson and N. Reid, “Editors’ Introduction,” *The American Journal of International Law*, Vol. 110 (2016), p. 172.
- (21) 実際、この点に関して、Robinson と MacNeil は「裁判所が多くの貢献を行ってきた」ことの例の一つとして「武力紛争を国際化するにあたっての外国軍の役割」に明確に言及している。D. Robinson and G. MacNeil, “The Tribunals and the Renaissance of International Criminal Law: Three Themes,” *The American Journal of International Law*, Vol. 110 (2016), p. 199.
- (22) コソボ空爆(紛争当事者：政府＝ロシア、ベッチ政権、叛徒＝コソボ解放軍、外国＝米国を中心とする多国籍軍) に関しては、C. Greenwood, “The Applicability of International Humanitarian Law and the Law of Neutrality to the Kosovo Campaign,” in A. Wall (ed.), *Legal and Ethical Lessons of NATO’s Kosovo Campaign* (Naval War College, 2002), pp. 44-46; H. Fujita, “The Kosovo Conflict in Light

of U.N. Law (Jus Contra Bellum and Jus In Bello).” in C. Charnodiy, Y. Iwasawa and S. Rhodes (eds.), *Trilateral Perspectives on International Legal Issues: Conflict and Coherence* (The American Society of International Law, 2003), pp. 252-261. トンガニスタン戦争 (紛争当事者：政府＝タリバン政権、叛徒＝北部同盟、外国＝米国を中心とする多国籍軍) に関しつは、R. Cryer, “The Fine Art of Friendship: *Jus in Bello* in Afghanistan,” *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 7 (2002), pp. 41-47. 南オセチヤ紛争 (紛争当事者：政府＝サーカシウイリ政権、叛徒＝南オセチヤ共和国、外国＝ロシア) に関しつは、P. Leach, “South Ossetia (2008).” in E. Wilmshurst (ed.), *International Law and the Classification of Conflicts* (Oxford U.P., 2012), pp. 330-342. リビア戦争 (紛争当事者：政府＝カダフィ政権、叛徒＝リビア国民評議会、外国＝米国を中心とする多国籍軍) に関しつは、K. Macák and N. Zamir, “The Applicability of International Humanitarian Law to the Conflict in Libya,” *International Community Law Review*, Vol. 14 (2012), pp. 411-423; K. Johnston, “Transformations of Conflict Status in Libya,” *Journal of Conflict and Security Law*, Vol. 17 (2012), pp. 95-106.

(23) ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Judgement, Appeals Chamber, para. 84.

(24) この点に関して、周知のことは、ICTYが、一九九五年二月二日のTadić事件上訴裁判部中間判決において、次の一節を提示した点とである。すなわち、「武力紛争は、国家間において武力の行使があり、または、一国内において政府当局と組織的武装集団との間もしくは組織的武装集団相互の間に長期化する暴力がある場合に常に存在する」と、ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, para. 70. この一節は「武力紛争」の概念、すなわち、国際的武力紛争と非国際的武力紛争のそれぞれの概念についての定義を示すものとして、非常に著名である。タジツチ基準と呼ばれるこの一節の詳細に関しては、浅田正彦「国際法における『武力紛争』の概念——国際的武力紛争における武力紛争法適用の敷居をめぐって——」松田竹男・田中則夫・栗師寺公夫・坂元茂樹(編)『現代国際法の思想と構造Ⅱ』(東信堂、二〇一二年)二八七—三〇三頁。本稿は、あくまでもこのタジツチ基準と区別するという趣旨から、本文に引用する一節については、タジツチ定式という別の用語

を充へるいよにちいひ、駒を進めるいよにたつ。

- (25) ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, Judgement, Trial Chamber, para. 76.
- (26) ICTY, *Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Judgement, Trial Chamber, para. 66.
- (27) ICTY, *Prosecutor v. Nalentic*, Judgement, Trial Chamber, para. 182.
- (28) ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the confirmation of charges, Pre-Trial Chamber I, para. 209.
- (29) ICC, *Prosecutor v. Lubanga*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Trial Chamber I, para. 541.
- (30) 『空襲ご闘ごいひ』 *supra* note 28, n. 278; *supra* note 29, n. 1645.
- (31) J. Stewart, “Fragmented Armed Conflicts: ‘Internationalized’ Internal Armed Conflicts and ‘Internalized’ International Armed Conflicts,” *Proceedings of the Bruges Colloquium, Armed Conflicts and Parties to Armed Conflicts under IHL: Confronting Legal Categories to Contemporary Realities*, 10th *Bruges Colloquium*, 22-23 October 2009, pp. 52-53.
- (32) Kolb, *supra* note 4, pp. 183-192.
- (33) T. Hoffmann, “Squaring the Circle?: International Humanitarian Law and Transnational Armed Conflicts,” in M. Matheson and D. Montaz (eds.), *Les règles et institutions du droit international humanitaire à l’épreuve des conflits armés récents* (Nijhoff, 2010), pp. 230-238.
- (34) C. Gray, “The Meaning of Armed Conflict: Non-International Armed Conflict,” in M. Ellen O’Connell (ed.), *What is War? An Investigation in the Wake of 9/11* (Nijhoff, 2012), pp. 81-85.
- (35) Stewart, *supra* note 31, p. 53.
- (36) *Ibid.*, p. 53.
- (37) *Ibid.*, p. 53.

- (38) *Ibid.*, p. 54.
- (39) もっとも、Stewartは「タジツチ定式の内容の理解は別にして、これらの二つの基準に関しては、いずれも否定的な態度を取っていない。」*Ibid.*, pp. 53-54.
- (40) この前提として、Stewartは「国際的武力紛争をめぐっては、非国際的武力紛争と並行して、併存することができる」とし、タジツチ定式の内容として、「国際的武力紛争と非国際的武力紛争の併存を是認するものであると理解してゐる。」*Ibid.*, p. 53.
- (41) G. Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals* (Oxford U.P., 2005), p. 56.
- (42) *Ibid.*, p. 56.
- (43) 一般的に、非国際的武力紛争の存在に関しては、「烈度と組織性の二つの要件が求められていることは周知のことであろう。本稿においてはこの点についての検討は省略するものの、この非国際的武力紛争の二つの要件に関するICTY判例の検討として、さしあたり、次の論考を参照せよ。A. Cullen, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law* (Cambridge U.P., 2010), pp. 117-139. リビアにおける政府と叛徒との間の紛争をめぐっては、「二〇一一年の二月下旬あたりに、これら二つの要件を満たすこととなったと理解されている。この点に関しては、例えば、ICC検察局は、「二月の終わり以降、リビアにおいて武力紛争が存在しつづいた」と判断しつづき⁸⁰。First Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to United Nations Security Council Resolution 1970 (2011), 4 May 2011, para. 37.
- (44) 二〇一一年二月における非国際的武力紛争の発生から同年三月にかけての多国籍軍の干渉をめぐって、その事実の詳細については、例えば、Report of the International Commission of Inquiry to Investigate all Alleged Violations of International Human Rights Law in the Libyan Arab Jamahiriya, A/HRC/17/44, paras. 36-45.
- (45) リビア戦争をめぐっては、「北大西洋条約機構（NATO）が関与したことから、本文に述べた問題に加えて、いわゆる国際機構への

武力紛争法の適用可能性に関する問題が惹起されている。本稿はこの問題については触れない。国際機構への武力紛争法適用問題
に関する「R. Kolb, *Droit humanitaire et opérations de paix internationales: les modalités d'application du droit international
humanitaire dans les opérations de maintien ou de rétablissement de la paix auxquelles concourt une organisation internationale (en
particulier les Nations Unies)* (Helbing Lichtenhahn, Genève, Bâle, Munich and Bruylant, Bruxelles, 2002), pp. 7-110.

(46) Johnston, *supra* note 22, p. 96.

(47) *Ibid.*, p. 96.

(48) *Ibid.*, p. 96.

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

(50) Macák and Zamir, *supra* note 22, p. 419.

(51) *Ibid.*, p. 419.

(52) *Ibid.*, p. 419. 「MacákとZamirは「ICTY判例の内容の理解から離れて、「全般的支配」よりも緩やかな支配の程度であって
も、非国際的武力紛争の国際化を導くことが可能であるとする主張が唱えられてきたことに言及している。」 *Ibid.*, pp. 419-420.