

The Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia on Internationalization of Non-International Armed Conflict (4)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2019-03-27 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	<a href="https://doi.org/10.14945/00026346">https://doi.org/10.14945/00026346</a>

## 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 (四)

川岸 伸

### 二 タジッチ定式以後の判決

#### (一) Tadic事件上訴裁判部判決

##### (1) 事案の概略

Tadic事件当時のボスニア・ヘルツェゴビナは複雑な状況にあった。<sup>(36)</sup>一九九一年頃から、ボスニア・ヘルツェゴビナにおいては、セルビアが統制を及ぼすJNA(旧ユーゴスラビア連邦共和国政府軍)がボスニア・ヘルツェゴビナ政府軍と戦闘を続けていたため、ボスニア・ヘルツェゴビナをめぐっては、国際的武力紛争が発生していた。

しかし、その一方で、安保理が、JNAに対して、ボスニア・ヘルツェゴビナからの撤退を要請し、JNAがこの要請に応じることになった。一九九二年五月一九日にJNAは同国から正式に撤退したことから、少なくとも同日以降、一見したところ、ボスニア・ヘルツェゴビナをめぐっては、国際的武力紛争は消滅したように見受けられた。

しかし、この点に関して、注意を要するのは、JNAがボスニア・ヘルツェゴビナからの撤退に伴って二つの実体に分かれたということである。すなわち、一つが、セルビアの統制が継続するVJ(ユーゴスラビア連邦共和国政府軍)であり、いま一つが、セルビア叛徒であるVRS(スルプスカ共和国軍)である。ボスニア・ヘルツェゴビナ(領域国)にとっては、VJは外国軍として、VRSは叛徒としてそれぞれ捉えることができる。

この結果、確かに、一九九二年五月一九日を境として、外国軍はボスニア・ヘルツェゴビナから撤退することになったものの、ボスニア・ヘルツェゴビナをめぐることは、新たにボスニア・ヘルツェゴビナ政府軍とVRSが戦闘を繰り広げる紛争が出現することになった。セルビア叛徒の一員であるTadicに嫌疑がかけられた犯罪行為は、まさにこの状況において生じるものであった。Tadicの犯罪行為の多くは、ボスニア・ヘルツェゴビナの Prijedor 地区にあり、約三〇〇〇人が収容される Omarska キャンプにおいて実行されたと申し立てられた<sup>(46)</sup>。

そこで、一九九二年五月一九日以降、ボスニア・ヘルツェゴビナにおけるボスニア・ヘルツェゴビナ政府軍とVRSとの間の紛争はどのように性格付けられるかという問題が惹起されることになったのである。特定して述べれば、ICTYとしては、「一九九二年五月一九日までは、国際的武力紛争がボスニア・ヘルツェゴビナとセルビアとの間に存在することにほとんど疑いはないものの、同日以降、ボスニア政府とボスニアのセルビア叛徒との間の対立は国際的武力紛争の性格付けに値するの<sup>(47)</sup>か」という問題に直面することになったのである。

## (2) 判断

### ① タジッチ定式の提示

Tadic事件上訴裁判部判決の判断に関して、確認を要するのは、本判決が本稿の冒頭にあるタジッチ定式を提示した

ことにある。改めてここに示しておこう。

「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。」

タジッチ定式を踏まえ、本判決は、次のように述べている。すなわち、「一九九二年五月一九日以降、紛争が国際的武力紛争であり続けたか、そうではなく排他的に国内的武力紛争となったかという争点は、…ボスニアのセルビア叛徒を外国（ユーゴスラビア連邦共和国）の法上または事実上の機関と見なすことができたかどうかという争点によって決まる」(傍点引用者)と。では、叛徒を外国の（法上または事実上の）機関と見なすことができるかどうかという争点はタジッチ定式においてどのように位置付けることができるか。

この争点は、タジッチ定式に即すと、「(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」であるかどうかを見定めるものであると評価することができる。というのも、本判決は、「どのような時に、一見したところ国内である武力紛争において、兵士が外国のために行動している」と見なすことができるか、そして、それによって当該国内紛争を国際的武力紛争にすることができるかということを決定するための法的基準」(傍点引用者)と題して、この争点に対して検討を進めることを宣言しているからである。

実際、この点については、「ボスニア・ヘルツェゴビナの場合」、「タジッチ定式の」二つのシナリオの(ii)が適用可能であって、結果的に上訴裁判部は、国内的武力紛争における当事者が事実上他国のために行動していたかどうかを決定するための方法を検討した<sup>(22)</sup>と評されてきたのである。このように本判決は、叛徒を外国の機関と見なすことが「(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」に該当すること、このことに伴って非国際的武力紛争を国際的武力紛争として扱うこと、言い換えれば、非国際的武力紛争の国際化を導くことができることを判断したものと把握することができるのである<sup>(23)</sup>。

タジッチ定式の解釈に関して言えば、この判断は、「(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」が「それは国際的武力紛争となる」という柱書の箇所に係るものであると理解するものに他ならない。では、どのような条件を満たすことができれば、「(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」であると捉えることができるか。この問題についての本判決の判断を検討していくことにしたい。

## 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

注目に値するのは、本判決が叛徒への外国の支配に立脚しているということである。この点に関して、本判決は、次のように述べている。すなわち、「一見したところ国内的である武力紛争を国際的武力紛争にするために、外国としては、どのような程度の権限または支配を自国のために戦っている兵士に対して及ぼさなければならぬかということを特定することが不可欠となる<sup>(24)</sup>」(強調原文)と。この箇所は、一定の支配の関係が外国(セルビア)と叛徒(セルビア叛徒)との間に存在する必要があることを摘示している。

では、なぜ、叛徒への支配が求められるのだろうか。この点については、本判決の考え方として、あくまでも武力紛争法が分析の端緒となっていることに注意しなければならない。<sup>(26)</sup> というのも、本判決は、「この検討の出発点は、一九四九年ジュネーブ第三条約に規定される合法戦闘員のための基準によって与えられる」(傍点引用者)とし、分析の端緒が武力紛争法上の戦闘員資格の規則にあることを言い表しているからである。

中でも、本判決が依拠するのが、捕虜条約第四条A(二)における「紛争当事国に属する」の文言である。この点に関して、本判決は、「ジュネーブ第三条約上、義勇兵または準軍事的な集団若しくは部隊は、∴『紛争当事国』に『属する』場合(第四条A(二))∴合法戦闘員と見なすことができる」(傍点引用者)とし、捕虜条約第四条A(二)における「紛争当事国に属する」の文言に依拠するものであることを指摘している。

そして、この捕虜条約第四条A(二)における「紛争当事国に属する」の文言を実質的に構成するのが叛徒への支配である。実際、本判決は、「不正規兵を合法戦闘員として性格付けるために、国際規則と国家実行は、國際的武力紛争の紛争当事国の不正規兵への支配、同じく不正規兵の当該紛争当事国への依存と忠誠の関係を要求しているようである」<sup>(27)</sup>とし、「これらは『紛争当事国に属する』の文言の構成要素として捉えることができる」としている。

このように本判決は、どの程度、叛徒への支配が求められるかという論点に取り組む理由として、第一に分析の端緒が武力紛争法上の戦闘員資格の規則(捕虜条約第四条A(二))における「紛争当事国に属する」の文言)にあること、第二にこの文言が実質的に叛徒への支配から構成されることをそれぞれ挙げている。なお、叛徒が「紛争当事国に属する」ことの効果については、本判決は、「この論理的帰結の一つは、武力紛争において、準軍事的な部隊が対戦中の国家以外の国家に『属する』場合、紛争が國際的武力紛争となる∴ことにある」<sup>(28)</sup>とし、準軍事的な部隊の対戦す

る紛争(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、言い換えれば、非国際的武力紛争の国際化が導かれることを確認している。

しかし、この論点に取り組むにあたって、本判決は、ある大きな障害に直面することになる。捕虜条約第四条A(二)における「紛争当事国に属する」の文言に関しては、支配の基準を武力紛争法それ自体から引き出すことが極めて困難であるということが判明したのである。事実、本判決は、『紛争当事国に属する』という要件の内容が明確または明瞭であると言うにはまったくもってほど遠い<sup>(24)</sup>とし、このことを認識している。

この本判決の認識は、武力紛争法それ自体が支配の基準を有していないことを意味している。というのも、本判決は、「国際人道法は、どのような場合に個人集団が国家の支配の下にあるものと見なすことができるか、すなわち、事実上の国家機関として行動しているものと見なすことができるかということを決定するための基準を有していない<sup>(25)</sup>」とし、武力紛争法それ自体が支配の基準を持ち合わせていないとしているからである。

この障害に直面して、本判決は、支配の基準を武力紛争法それ自体に求めるのではなく、次のように述べて一般国際法に求めることを宣言することになる。すなわち、「結果として、個人を事実上の国家機関として行動しているものと見なすことができるかどうかということを決定する目的からは、一般国際法上、個人への国家の支配の概念を検討することが必要になる<sup>(26)</sup>」と。このことは、本判決として、支配の基準を国家責任法の規則<sup>(27)</sup>、特定して述べれば、国家責任法上の行為帰属論に見出すことにつながるようになる<sup>(28)</sup>。

#### (b) 国家責任法上の行為帰属論

実際、この点に関して、本判決は、「この「支配の」概念は、国家機関の正式の地位を有しない個人の行為を国家に

帰属させるための法的基準を定める国家責任に関する一般国際法の規則の中に見出すことができる」とし、<sup>(28)</sup> 国家責任法上の行為帰属論から支配の基準に対してアプローチすることが可能であることを摘示している。

では、この国家責任法上の行為帰属論からアプローチするという手法は、本判決に対して、どのような判断を下すことを許すことになったのだろうか。本判決の判断の範囲は、極めて多岐に亘っているものの、このうち、特に重要であると考えられるのがいわゆる「全般的支配」を提示し、その内容を定式化したことにあると言える。

本判決は、「[組織され階層的に構成される] 集団の行為が国家に帰属するためには、集団全体が国家的支配の下にあることを要求すれば十分である」(傍点引用者)とし、「全般的支配」を提示した上で、その内容を次のように定式化している。すなわち、「国家が軍事集団に資金を提供し、訓練し、装備し、または作戦上の支援を提供することに加えて、その集団の軍事行動を組織し、調整し、または計画することに役割を担うのであれば、国際法の要求する支配が存在するものと考えられる」(傍点引用者)と。ここから「全般的支配」は資金・武器の供与と軍事行動の組織・調整・計画から構成されると捉えることができる。<sup>(29)</sup>

この「全般的支配」は、本判決がいわゆる「実効的支配」への批判を通じて提示するに至ったものである。<sup>(30)</sup> 周知の通り、前者は特定の指示の存在まで求めないものであるのに対し、後者は特定の指示の存在まで求めるものである。<sup>(31)</sup> この点において「全般的支配」は「実効的支配」と比較して敷衍が低い。「実効的支配」を批判する(代わりに「全般的支配」を提示する)にあたって、本判決は次の二つを根拠としている。<sup>(32)</sup>

第一の根拠は、「実効的支配」が国家責任法の論理に合致しないことである。本判決は、「帰属に関する」規則の背景にある理論的根拠は、国家機関が実施することのできない、または実施すべきでない任務を私的な個人に実施させ



ることによって、…国家が国際責任を回避することを妨げることにある」としている<sup>(25)</sup>。この説示に従うと、「実効的支配」のように敷居が高くなればなるほど、国家は国際責任を回避することが容易になるのに対し、「全般的支配」のように敷居が低くなればなるほど、国家は国際責任を回避することが困難になる。

第二の根拠は、「実効的支配」が裁判実行と国家実行に一致しないことである。本判決は、「実効的支配」は国際的な裁判実行と国家実行に一致しない」とした上で、「これらの実行は『実効的支配』より緩やかな程度の支配が行使された状況において国家責任を想定するものであった」としている<sup>(26)</sup>。実際のところ、本判決が列挙するのは、米国・メキシコ一般請求権委員会の Stephens 事件判決、イラン・米国請求権裁判所の Yeager 事件判決、欧州人権裁判所の Loizidou 事件判決、デュッセルドルフ高等裁判所の Joost 事件判決などである<sup>(27)</sup>。

これらの二つの根拠に基づき、本判決は、「実効的支配」を批判するとともに「全般的支配」を提示している。ただし、これらの二つの根拠のうち、第二の根拠に対しては、学説上、異論が少なくない。そもそも、本判決の列挙する実行を「全般的支配」を支持する先例として取り扱うことが可能であるかどうかが疑問視されている。確かに、例えば、イラン・米国請求権裁判所の Yeager 事件判決に関して言えば、「全般的支配」に基づき帰属が認定された事例ではなく、欧州人権裁判所の Loizidou 事件に関して言えば、国家責任法上の行為帰属論が問題となった事例ではない。これらの二つの事例を僅かに取り上げただけでも、本判決の列挙する実行の中に、その先例性に対して疑義の生じるものがあることに気付くことができる<sup>(28)</sup>。

しかし、いずれにせよ、あくまでも本判決の判断としては、国家責任法上の行為帰属論から支配の基準にアプローチし、「全般的支配」を提示し、それに基づき事案の処理を図っている<sup>(29)</sup>。「全般的支配」が外国(セルビア)と叛徒(セ

ルビア叛徒」との間に存在したことを立証するにあたって、本判決が依拠したのは、外国軍と叛徒との間に構成員の移動があったこと、外国軍が叛徒に対して給与を支払っていたこと、類似の軍事的な目標・戦略が外国軍と叛徒によって共有されていたこと、叛徒が外国軍と同一の階級制を持っていたこと、外国軍が資金その他の後方支援を超えて叛徒を監督していたことなどの複数の事実関係である<sup>(28)</sup>。

これらの一連の判断から、本判決は、「上訴裁判部としては、本件の関連時期（一九九二年）にスルブスカ共和国軍がユーゴスラビア連邦共和国の全般的支配の下に同国のために行動したものと見なすことができた結論付ける」とし<sup>(29)</sup>、次のことを宣言している。すなわち、「それ故、一九九二年五月一九日以降でさえ、ボスニア・ヘルツェゴビナにおけるボスニアのセルビア叛徒とボスニア・ヘルツェゴビナ中央当局との間の武力紛争は、国際的武力紛争として分類されなければならない」と<sup>(30)</sup>。このことは、叛徒への外国の支配（「全般的支配」）の結果として、政府と叛徒との間の紛争（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、言い換えれば、非国際的武力紛争の国際化が導かれることを示すものである。

以上、「Tadić事件」上訴裁判部判決を検討してきた。本判決の判断は、タジッチ定式の中でも、「(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」に訴えることによって、非国際的武力紛争の国際化を導くものであった。「(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」においては、支配が関連性を持つこととなる。この支配についての本判決のリーズニングは、武力紛争法上の戦闘員資格の規則（捕虜条約第四条A（二）における「紛争当事国に属する」の文言）を分析の端緒とした上で、国家責任法上の行為帰属論からアプローチするという手法に立脚するものであったと要約することができる。

これらの諸点に鑑みると、本判決の判断は、タジツチ定式をめぐることは、非国際的武力紛争の国際化に関して、あくまでも一つの基準「(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」(支配)を設けるものであることを示しているようである。<sup>(83)</sup>このことは、タジツチ定式以前の判決であるRajc事件手続証拠規則六一判決が外国の二つの関与、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いたのとは対照的であると言える。では、本判決に後続する判決は、どのようにタジツチ定式を運用しているのだろうか。この問題に答えるため、次に本判決に後続する判決を検討することにした。

## (二) Naletic事件第一審裁判部判決

### (1) 事案の概略

被告であるNaleticとMartinovicは、ボスニア・ヘルツェゴビナにおけるHVO(クロアチア防衛評議会)というクロアチア叛徒の指揮下にあった(通称Convicts Battalionと呼ばれる)武装部隊の構成員であった。このうち、前者は、当該武装部隊の指揮官を務めていたのに対し、後者は、当該武装部隊の下部組織の指揮官を務めていた。<sup>(84)</sup>

NaleticとMartinovicに嫌疑がかけられた犯罪行為の多くは、ボスニア・ヘルツェゴビナの都市の一つであるMostarにおいて発生したものである。検察側が提出した起訴状は、HV(クロアチア共和国政府軍)、さらにHVOがMostarとその近郊のムスリム系住民に対して大規模な攻撃を開始し、ABiH(ボスニア・ヘルツェゴビナ政府軍)との間に武力紛争を惹起したことを申し立てている。<sup>(85)</sup>殺人、拷問、財産の破壊などの犯罪行為がムスリム系住民に対して実行されたことから、両名は、その首謀者と考えられたのである。<sup>(86)</sup>

ICTY規程第一条に基づく訴追にあたっては、これらの一連の犯罪行為が国際的武力紛争の文脈において実行されるものであったかどうかということが争点となった。実際、口頭弁論において、検察側は、「[NaticicとMarinovicの実行した]すべての犯罪行為が国際的武力紛争の文脈において発生した犯罪行為である」と主張したのに対し、弁護側は、「弁護側としては、「被告が」国際的武力紛争の文脈において実行したことを認容することができない」と主張した。この点に関して、弁護側は、「国内的武力紛争が被告の関係した紛争であった」こと、「非国際的武力紛争の性格を表した」ことを主張し、むしろ、犯罪行為が非国際的武力紛争の文脈において実行されるものであったという見方を示している。

なお、Naticic事件第一審裁判部判決に先立つものの、これとほぼ同じ時期に、Blaskic事件第一審裁判部判決とKordic and Cerkez事件第一審裁判部判決が下されている。これらの二つの判決の事案の概略としては、ボスニア・ヘルツェゴビナにおいてクロアチア叛徒であるHVOのメンバーが犯罪行為を実行したこと、そして、これらの被告に対してICTY規程第二条に基づく訴追が行われたことを指摘することができる。少なくともこれらの諸点に限って見れば、これらの二つの判決は、本判決と共通の側面を有していることから、（細かい事実関係に違いはあるもの）本判決に類似するものであると捉えることができる。

## （２）判断

### ①タジツチ定式の適用

結論から述べると、本判決の判断は、検察側の主張を支持し、犯罪行為の関連する紛争が国際的武力紛争として性格付けられることを容認するものであった。

重要なのは、本判決がタジツチ定式を適用し、タジツチ定式に従って判断を行っていることである。この点をめぐって、本判決は、次のことを確認している。すなわち、「上訴裁判部としては、国内紛争は『他国が自国の軍隊を通じて当該紛争に干渉する…または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』場合に国際的武力紛争と見なすことができることを判断するものであった」(傍点引用者)と。この箇所は、タジツチ定式のうち、「(i) 他国が自国の軍隊を通じて当該紛争に干渉する場合」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」をそのまま言い表しているものに他ならない。

この点を踏まえた上で、注目すべきは、本判決が二つの表題の下にそれぞれ審理を進めていることである。第一は「クロアチア共和国軍(HV)」の直接的な干渉であるのに対し、第二は「クロアチア共和国がHVOに対して及ぼした全般的支配」である。このことは、本判決が干渉と支配という外国の二つの関与に基づき判断するものであることを如実に表している。では、本判決は、外国の二つの関与(干渉と支配)から、どのような判断を示しているのだろうか。この干渉と支配を内容と効果を中心にそれぞれ考察することにした。

## 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

まず、干渉の内容を確認することにした。本判決は、「問題は、関連の時期の間、とりわけ、起訴状によってカバーされる地域、すなわち、『Mostarとボスニア・ヘルツェゴビナのその他の地方自治体において』クロアチア共和国(HV)がHVOとABiHとの間の紛争に干渉したかどうかをめぐって生じることになる」としている。

第一に、注目すべきは、本判決が領域国（ボスニア・ヘルツェゴビナ）において外国軍（クロアチア政府軍）が存在したことを指摘していることである。例えば、本判決は、「裁判部としては、HVとABiHとの間の紛争の文脈においてボスニア・ヘルツェゴビナ領域内にHVO戦闘者と部隊が存在したことを示す数多くの証言を聞いた」（傍点引用者）こと、「さらに裁判部としては、当該地域「ボスニア・ヘルツェゴビナのMostar」においてHV軍が存在したことを非難する数多くの国連文書に注意を払っている」（傍点引用者）ことを挙げている。このことは、本判決が領域国（ボスニア・ヘルツェゴビナ）において外国軍（クロアチア政府軍）が存在したことを摘示するものであると把握することができる。<sup>(38)</sup>

しかし、この点を踏まえた上で、注意を要するのは、本判決としては、この外国軍の存在のみを取り上げている訳ではないということである。第二に、本判決は、外国（クロアチア）が叛徒（クロアチア叛徒）を支援してきたことを指摘している。この点に関して、本判決は、「クロアチア共和国がHVOに支援を提供してきた」とし、とりわけ、次のように述べている。すなわち、「クロアチア軍（HV）は、長きにわたって、人員、装備および兵器の観点から、HVOを直接に支援してきた」（傍点引用者）と。この箇所は、武器の供与を中心として、領域国（ボスニア・ヘルツェゴビナ）において外国（クロアチア）が叛徒（クロアチア叛徒）を支援してきたことを摘示するものであると把握することができる。

このように本判決は二つの事項に言及するものであると捉えることができる。第一は領域国における外国軍の存在であるのに対し、第二は領域国における（武器の供与を中心とする）叛徒への外国の支援である。このことは、本判決において、干渉の内容が二つの事項から構成されるものであったことを意味していると言うことができる。

## (イ) 干渉の効果

次に、干渉の効果を確認することにした。注目すべきは、本判決が次の一節を以って干渉についての審理を終えていることである。すなわち、「裁判部は、ボスニア・ヘルツェゴビナにおけるHVOとABiHとの間の紛争が当該紛争へのクロアチア共和国軍の干渉によって国際化されるものであったと判断する」(傍点引用者)と。この一節は、干渉の結果、政府対叛徒の紛争(非国際的武力紛争)が「国際化」したことを判断するものである。

しかし、問題は、本判決における「国際化」という用語の意味が本稿の用語法に沿うものであるのかどうかということである。というのも、従来、「国際化」という用語は、様々な意味において用いられるものであったからである。<sup>(16)</sup> 本判決における「国際化」という用語の意味を解析するため、さしあたり、次の二つの用語法を参照することにした。<sup>(17)</sup>

第一の用語法は、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る。この第一の用語法に従うと、非国際的武力紛争は最早そのままの性格を維持することができず、国際的武力紛争として性格付けられることになる。本稿の冒頭において説明しているように、少なくとも本稿は、この第一の用語法に立脚するものである。<sup>(18)</sup>

第二の用語法は、非国際的武力紛争の他に国際的武力紛争が生じることを示すものである。この第二の用語法に従うと、非国際的武力紛争はあくまでもそのままの性格を維持する(国際的武力紛争として性格付けられない)ことになる。この第二の用語法の本旨は、外国と領域国との間に国際的武力紛争が発生することだけを示すことにある。<sup>(19)</sup>

では、これらの二つの用語法を念頭に置き、本判決における「国際化」という用語の意味はどちらの用語法に立つものであると理解することができるか。

この点をめぐって、貴重な手がかりを提供するのが、本判決における次の一節に他ならない。すなわち、「ABHとHVOとの間の紛争は、全体として見られなければならない。クロアチア軍（HV）の参加によって、その性格上国際的武力紛争であることが判明すれば、ICTY規程第二条が紛争の全領域に適用されることになる」（傍点引用者）と。この一節は看過し得ない意義を有している。というのも、この一節は、政府対叛徒の紛争（非国際的武力紛争）を全体として捉えること、さらに干渉の結果として、ここにICTY規程第二条を適用することが可能となることを是認するものであると言うことができるからである。<sup>(26)</sup>

このことは、学説上の評価がほとんど一致しているように、政府対叛徒の紛争（非国際的武力紛争）が国際的武力紛争に変化するものであることを意味している。<sup>(26)</sup> この点を考慮すると、本判決における「国際化」という用語は、第二の用語法ではなく、第一の用語法に立つものであると理解することができる。言い換えれば、本判決における「国際化」という用語の意味は、本稿の用語法に沿うものであると捉えることができるのである。

では、本判決において、どのような要因が非国際的武力紛争の国際化を導いたと述べることができるのだろうか。しばしば、「一定の側面が不確かなままにされてきた」と評されてきたように、この点についての本判決の論旨は曖昧である。このことを断った上で、敢えて本判決の論旨の分析を試みるならば、次の解釈があるものと考えられる。

一つの解釈は、領域国における外国軍の存在が要因になったというものである。<sup>(26)</sup> 確かに、本判決は、非国際的武力紛争の国際化を導くにあたって、「クロアチア共和国軍（HV）の直接的な干渉」という表題の下、ボスニア・ヘルツェゴビナにおいてクロアチア軍が存在していたという事項を摘示している。<sup>(26)</sup> このことは、領域国における外国軍の存在が非国際的武力紛争の国際化を導いたことを示唆するものである。しかし、領域国における外国軍の存在を要因とす



ることはICTYの起点と齟齬をきたすことになることを看過してはならない。

理由は、領域国における外国軍の存在を要因とすることが、ICTYの起点、すなわち、国際的武力紛争と非国際的武力紛争の併存と合致しないことにある。確かに、領域国における外国軍の存在は国際的武力紛争を引き起こす。しかし、このことはあくまでも外国と領域国との間に当てはまることである。ICTYの起点は領域国における外国軍の存在(国際的武力紛争の発生)が非国際的武力紛争の存在に影響を与える訳ではないということにあった。

この点をめぐっては、Rajic事件手続証拠規則六一判決への検討を想起する必要がある。というのも、Rajic事件手続証拠規則六一判決に対して、前節は、原則として、外国軍の存在は非国際的武力紛争の国際化を導かないものの、例外として、外国軍の存在の規模が重大である場合などに非国際的武力紛争の国際化を導くという推論を提示するものに他ならなかったからである。問題は、この推論を本判決に対して使用することができるかどうかということにある。この点に関して、注意を要するのは、Rajic事件手続証拠規則六一判決においては、「重大かつ継続的な軍事干渉」という文言が置かれていたのに対し、本判決においては、この文言(またはこれに類似する文言)は最早繰り返されてはいないということである。<sup>(28)</sup> このことは、この推論を本判決に対して使用することが困難であることを意味するものであると言える。

このように、領域国における外国軍の存在が要因になったという解釈に対しては、必ずしも説得力のあるものと述べることはできない。しかし、その一方で、注目に値するのは、本判決が、この領域国における外国軍の存在という事項に加えて、領域国における(武器の供与を中心とする)叛徒への外国の支援という事項を摘示していることである。<sup>(29)</sup>

いま一つの解釈は、この領域国における（武器の供与を中心とする）叛徒への外国の支援が要因になったというものである。<sup>(20)</sup>この点に関して、「ほとんどは干渉国と非国家武装集団との間の関係によって決まる」（傍点引用者）と評されてきたのは、この解釈を反映している。実際、この視点から判決文を見直すと、本判決は、「人員、装備および兵器」の観点から外国（クロアチア）が叛徒（クロアチア叛徒）を支援してきたことを摘示している。<sup>(21)</sup>このことは、武器の供与を中心として、領域国において外国が叛徒を支援してきたことを示している。

一般的に、武器の供与を中心とする支援は、国連憲章（憲章）第二条四項の「武力による威嚇又は武力の行使」を構成するものと捉えられている。<sup>(22)</sup>この点に鑑みると、この解釈がもし正しいとすれば、非国際的武力紛争の国際化を導くために、本判決は、憲章第二条四項の「武力による威嚇又は武力の行使」、すなわち、*jus ad bellum* (*jus contra bellum*) における武力行使に実質的に相当するものに依拠していたことになるかと把握することができる。

この点に関して、興味深いのは、武力行使（＝武器の供与を中心とする支援）に基づき非国際的武力紛争の国際化を導くという考え方が、実際に唱えられるものであったということである。ある論者は、「非国家集団への外国の支援が「国内」紛争を国際的武力紛争に変化させるものであるかどうかを検討するにあたって、取り組むべき問題は、外国が他国に対して武力行使に訴えたかどうかである」とした上で、次のように主張している。すなわち、「国家は：非国家集団に武器を供与し訓練する場合であつても他国に対して武力行使に訴えたものと考えられる」と。<sup>(23)</sup>この見解は、非国際的武力紛争の国際化を導くために、武力行使（＝武器の供与を中心とする支援）を援用することが可能であることを指し示すものであると言える。<sup>(24)</sup>

このように、本判決において、どのような要因が非国際的武力紛争の国際化を導いたかという争点をめぐっては、

判決文上、二つの解釈があった。しかし、あくまでも前者(領域国における外国軍の存在が要因になったという解釈)に難点が見出されたことに鑑みると、少なくとも後者(領域国における叛徒への外国の支援が要因になったという解釈)に相対的な正しさを看取することができると言える。曖昧さは残るものの、Baskic事件第一審裁判部判決<sup>(28)</sup>とKordic and Cerkez事件第一審裁判部判決<sup>(29)</sup>に対しても、同様に評価することができる。なお、本判決は、もう一つの外国の関与を審理している。支配がこれに当たる。

(b) 支配——その内容と効果を中心として

(ア) 支配の内容

まず、支配の内容を明らかにすることにした。この点に関して、本判決は、「裁判部としては、網羅性への配慮から、第二のテストが本件において満たされるかどうか、すなわち、クロアチア共和国が紛争の過程においてHVOに対して**全般的支配**を及ぼしたかどうかということを検討する」(傍点引用者)とし、「**全般的支配**」が外国(クロアチア)と叛徒(クロアチア叛徒)との間に存在したかどうかということを審理している。

「**全般的支配**」が資金・武器の供与と軍事行動の組織・調整・計画から構成されるものであることは確認した通りである。この点を反映して、本判決は、二段階審査を通じて「**全般的支配**」の存否を判断することを宣言している。このうち、第一審査は「**資金のおよび訓練上の援助、軍事装備、作戦上の支援を提供した**」かどうかということであった<sup>(30)</sup>のに対し、第二審査は「**軍事行動の組織、調整または計画に参加した**」かどうかということであった<sup>(31)</sup>。

第一審査に関して言えば、本判決は、「クロアチア共和国がABiHとの紛争の過程においてHVOに対して資金を供与し、軍事装備を提供するものであったことに裁判部は満足している」と判断している<sup>(32)</sup>。この点に関して、一例を挙げ

れば、本判決は、「実際に、非常に多くのHVOの車両と兵器の存在が数多く報告されたため、事実上、後方支援がクロアチア共和国から来たことが証明されることになった」とし、第一審査の充足を肯定している。

これに対して、第二審査に関して言えば、本判決は、「さらに裁判部としては、クロアチア共和国がHVOとABiHとの間の紛争において実施された軍事行動の組織、計画または調整に参加したことに満足している」と判断している。<sup>(28)</sup> この第二審査の充足を肯定するにあたって、例えば、本判決は、「クロアチア指導者はHVO指揮命令系統の最も高い地位にHVOメンバーを任命することによってHVOへの支配を確保することになった」としている。<sup>(29)</sup>

これらの二段階審査の結果として、本判決は、次のように結論付けている。すなわち、「上記の理由から、裁判部としては、クロアチア共和国が本件の関連する紛争の過程においてHVOに対して全般的支配を及ぼしたということを判断するものである」と。<sup>(30)</sup> このように、本判決は、もう一つの外国の関与である支配に基づき審理し、「全般的支配」が外国（クロアチア）と叛徒（クロアチア叛徒）との間に存在するものであったことを結論付けている。

#### （イ）支配の効果

次に、支配の効果を明らかにすることにした。本判決は、「問題は国家機関の地位を有しない個人の行為の国家への帰属のための基準を確立することにある」とした上で、次のように述べている。すなわち、「一方で、これらの行為は、ある国家に帰属する場合、当該国の国際責任を発生させるものになるのに対し、他方で、武力紛争が国際的武力紛争として分類されなければならないことを確保するものになる」<sup>(31)</sup>（傍点引用者）と。

この箇所は、支配（全般的支配）が国家責任法上の行為帰属論に関連付けられること、そして、この結果として、非国際的武力紛争を国際的武力紛争として扱うこと、言い換えれば、非国際的武力紛争の国際化を導くことが可能と

なることを示すものである。このように、本判決において、支配の効果は、国家責任法上の行為帰属論からのアプローチに伴って、非国際的武力紛争の国際化にあるものであったと理解することができる。

なお、注意すべきは、「全般的支配」を適用するにあたっては、本判決がその他の判決と比べて柔軟に運用しているように見受けられるということである。というのも、「全般的支配」の充足を立証するために、「Tadic事件上訴裁判部判決は、外国軍と叛徒との間に構成員の移動があったこと、外国軍が叛徒に対して給与を支払ったこと、類似の軍事的な目標・戦略が外国軍と叛徒によって共有されたこと、叛徒が外国軍と同一の階級制を持ったこと、外国軍が資金その他の後方支援を超えて叛徒を監督したことなどの複数の事実関係を摘示したのに対し、本判決は、外国軍が資金の構成員に資金・武器などの後方支援を提供したこと以外で言えば、外国軍が叛徒の構成員に任命を行ったことなどを摘示するのみであったからである。本判決は、比較的容易に「全般的支配」の充足を立証するものであったと言える。

この点に関して、想起すべきは、Blaskic事件第一審裁判部判決とKordic and Cerkez事件第一審裁判部判決の次の一節である。すなわち、「問題の支配国が、紛争発生国に対して領域的な野心を有する隣国であり、その支配国が、自国の支配する軍隊を通じて、自国の領域的拡張を達成することを企てている場合は、敷居を立証することがより容易なものとなるだろう」(傍点引用者)と。この一節は、外国が領域的な野心を抱く隣国である場合において、「全般的支配」の立証責任を軽減することが可能なることを示している。

実際、本判決は、「クロアチア共和国とヘルツェグボスナ・クロアチア共和国が同じ究極の目標、すなわち、ボスニア・ヘルツェグビナのクロアチア地区のクロアチア国家への編入を追求したことに疑いはない」とし、クロアチアが

領域的な野心を抱く隣国であることを認めている。これらの諸点を総合して考えると、本判決は、この立証責任軽減論と呼ぶことのできる方法を用いて事案を処理したものであったと捉えることができる。<sup>(30)</sup>

このように、確かに「全般的支配」は一般的に定式化されているものの、あくまでも立証責任をめぐっては、事件のそれぞれの状況に応じて、変動し得るものとして把握されていると言いうことができる。「全般的支配」に対して、しばしば、「現場における状況の大きな多様性に適応することを可能ならしめているのは」「全般的支配」という「基準の柔軟性にある」<sup>(31)</sup>という評価が与えられているのは、このことを言い当てるものである。

以上、Naticic事件第一審裁判部判決の判断を検討してきた。このように、本判決の判断は、タジッチ定式のうち、「(i) 他国が自国の軍隊を通じて当該紛争に干渉する場合」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」のそれぞれに訴えることによつて、非国際的武力紛争の国際化を導くものであったと捉えることができる。そして、このことは、本判決の判断が、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、「Tadic事件上訴裁判部判決の判断とは異なつて」二つの基準「(i) 他国が自国の軍隊を通じて当該紛争に干渉する場合」<sup>(32)</sup>「干渉／(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」<sup>(33)</sup>「支配」を設けるものであることを意味していると言える。

### 三 まとめ

以上、本章は、ICTY判例を検討してきた。非国際的武力紛争の国際化に関するICTY判例の内実を解明するにあつては、複数の関連判決があつた。

まず、Tadic事件上訴裁判部中間判決の判断は、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」が併存することを基礎付けるものであった。この判断を導くために本判決が根拠としたのが、ICTY設立以前の要素である国連の機関（安保理と国連事務総長の各立場）と紛争当事者合意である。この国際的武力紛争と非国際的武力紛争の併存という判断は、その後のICTYの起点になったという意味において重要である。因みに、本判決の判断は、ICTY設立前史を考察対象とした前章の検討と基本的に軌を一にする。

次に、Rajic事件手続証拠規則六一判決の判断は、Tadic事件上訴裁判部中間判決に再び立ち戻った上で、外国の二つの関与がある状況に関しては、(国際的武力紛争と非国際的武力紛争の併存ではなく)非国際的武力紛争の国際化を導くことが可能であることを肯定するものであった。本判決は、外国の二つの関与として、干渉と支配を挙げている。このように、本判決の判断は、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ことが可能であることを内容とするものであったと言える。

これに対して、Tadic事件上訴裁判部判決の判断は、タジツチ定式を提示した上で、支配に基づき、非国際的武力紛争の国際化を導くものであった。そして、この支配の法的性質を一層深化させることを本旨とするものであった。特定して述べれば、捕虜条約第四条A(二)における「紛争当事国に属する」の文言が分析の端緒となること、さらに国家責任法上の行為帰属論からアプローチする必要があることを宣言した上で、「全般的支配」に依拠して非国際的武力紛争の国際化を導くことを確認するものであったと言いうことができる。

後続する判決の一つであるNaticic事件第一審裁判部判決の判断は、タジツチ定式を適用し、干渉と支配という外国の二つの関与に基づき、それぞれ非国際的武力紛争の国際化を導くことが可能であることを骨子とするものであ

た。このように本判決と同様、タジッチ定式を適用し、干渉と支配という外国の二つの関与に基づき、それぞれ非国際的武力紛争の国際化を導くことが可能であるという判断は、曖昧な部分はあるものの、*Blaskic*事件第一審裁判部判決と*Kordic and Cerkez*事件第一審裁判部判決からも看取することができる。

これらの諸判決の判断を考慮すると、非国際的武力紛争の国際化に関するICTY判例をめぐっては、次のように評価することができるものと考えられる。

ICTY判例の全体的な傾向として言えば、国際的武力紛争と非国際的武力紛争の併存を起点とした上で、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。確かに、支配のみに基づき、非国際的武力紛争の国際化を導く判断は見られた（*Tadic*事件上訴裁判部判決）。しかし、これに対して、あくまでもタジッチ定式以前と以後の双方において、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判断が見られた（*Rajic*事件手続証拠規則六一判決／*Naladic*事件第一審裁判部判決など）。ことに鑑みると、むしろ、この判断がICTY判例の全体的な傾向であったと捉えることができる。結局、この判断はICTY最後の判決によっても踏襲されたのである。<sup>86)</sup>

このことは、タジッチ定式のうち、「(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」のみが「それは国際的武力紛争となる」という柱書の箇所に係るという解釈が一面的なものであることを意味している。本章の検討を踏まえれば、「(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「それは国際的武力紛争となる」という柱書の箇所に係るという解釈の方がICTY判例の全体的な傾向に沿うものであると評価することができる。このことは、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、(一つの基準ではなく、むしろ)二つの基準を設けるものであることを示していると言えるのである。

では、非国際的武力紛争の国際化に関するICTY判例の内実をこのように評価することが可能であるとして、どのような点に武力紛争法の発展があると理解することができるのだろうか。さらに、それらは武力紛争法上どのように位置付けられるのだろうか。次章は、これらの問題に検討を加え、武力紛争法におけるICTY判例の再定位を試みる。

〈注〉

(216) Tadic事件当時のボスニア・ヘルツェゴビナの状況に関して要領を得た説明として、A. de Hoogh, “Articles 4 and 8 of the 2001 ICC Articles on State Responsibility: the Tadic Case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia,” *British Year Book of International Law*, Vol. 72 (2002), pp. 258-260.

(217) 検察側が提出した起訴状は、Tadicの犯罪行為について、非セルビア系住民(ムスリム系住民とクロアチア系住民)に対する殺人、強姦、拷問、非人道的待遇などを挙げづつた。Indictment, the Prosecutor of the Tribunal against Tadic, 13 February 1995, Tadic Case No. IT-94-1-I.

(218) F. Dopagne, “La Responsabilité de l’État du Fait des Particuliers: les Causes d’Imputation revistées par les Articles sur la Responsabilité de l’État pour Fait internationalement illicite,” *Revue Belge de Droit International*, Vol. 34 (2001), p. 501.

(219) *Supra* note 23, para. 84.

- (220) *Ibid.*, para. 87.
- (221) *Ibid.*, para. 87.
- (222) *Shababas*, *supra* note 67, p. 243.
- (223) この判断はすでにTadić事件上訴裁判部中間判決によって示唆されるものであったと言える。というのも、本判決は、「ボスニアのセルビア叛徒が国家を構成することを主張することはできないため、おそらく、「ボスニアのセルビア叛徒とボスニア・ヘルツェゴビナ中央当局との間の紛争を国際的武力紛争と性格付けするという」分類は、ボスニアのセルビア叛徒が反乱団体として行動しているのではなく、他国、すなわち、ユーゴスラビア連邦共和国（セルビア）の機関または政府職員として行動しているという黙示の想定に基づくこととなる」とし（*supra* note 24, para. 76）、類似の判断を示していたからである。
- (224) *Supra* note 23, para. 97.
- (225) この点に関して、本判決は、「検討すべき問題に対する法的な解決策は、この問題に直接に関連する法集合である国際人道法の中に見出すことができるかもしれない」（*ibid.*, para. 90）こと、さらに「国際人道法の規則と原則の集合は、どのような場合に、一見したところ国内的である武力紛争において戦っている兵士が、たとえ外国の機関の地位を正式に持たないとしても、当該外国のために行動していると思ふことができるかということを決定するための法的基準を有している」（*ibid.*, para. 90）ことを指摘することによって、本判決の前提として、あくまでも武力紛争法が分析の端緒となつていることを確認している。
- (226) *Ibid.*, para. 92.
- (227) *Ibid.*, para. 92.
- (228) *Ibid.*, para. 94.
- (229) *Ibid.*, para. 94. 同様の観点から、本判決は、「上訴裁判部は、『紛争当事国に属する』の要件を

定めることによつて、黙示的に支配の基準に言及するものであると判断する」としてゐる。*Ibid.*, para. 95.

(230) *Ibid.*, para. 92.

(231) *Ibid.*, para. 93.

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

(233) *Ibid.*, para. 98. 本判決が「支配の概念——個人が事実上の国家機関として行動していると見なすための基準に関する一般国際規則によつて国際人道法を補充する必要性」と題した上で、検討を進めているのは、このことを示している。

(234) 本判決は、「国家責任に関する一般規則によつて決定される基準に依拠しなければならない」(*ibid.*, para. 105)とし、国家責任法の規則に依拠することを確認している。

(235) 良く知られているように、国家責任法上の行為帰属論に関しては、邦語・欧語を問わず、これまで非常に数多くの論考が発表されてきた。そこで、国家責任法上の行為帰属論の詳細については、それらの論考に委ねることとし、本稿は、あくまでも本稿の問題関心に照らして必要と考えられる最小限度のことを記述することにした。さしあたり、国家責任法上の行為帰属論を一般的に論じた代表的な論考として、次のものを記しておく。L. Condorelli, “L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances,” *Revue des Cours*, Vol. 189 (1984), pp. 9-222; C. Kress, “L'organe de facto en droit international public: réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents,” *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 105 (2001), pp. 93-144; 葉師寺公夫「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)『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』(東信堂、二〇〇三年)二六一—三二二頁; 兼原敦子「行為帰属論の展開にみる国家責任法の動向」『立教法学』第七四号(二〇〇七年)一—四一頁; 浅田正彦「非国家主体の行為の国家への帰属——包括的帰属関係と個別的帰属関係をめぐって——」『国際法外交雑誌』第一一一巻二号(二〇一二年)一—二八

頁。

(236) *Supra* note 23, para. 98.

(237) *Ibid.*, para. 120.

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

(239) 本判決は判決文の様々な箇所において「全般的支配」を説明している。例えば、本文に記した箇所の他に、本判決は、「軍事的または準軍事的な集団の行為を国家に帰属させるためには、当該国が集団に対して、装備し、資金を提供することだけでなく、その軍事活動を調整し、またはその一般的な計画を支援することによって全般的支配を及ぼしていることを証明しなければならない」ということ。 *Ibid.*, para. 131.

(240) この点に関して、一点注意を要するのは、本判決としては、あくまでも「実効的支配」をあらゆる状況に当てはめることに反対しているのであって、状況に応じて「実効的支配」が当てはまる余地を認めていることである。この点についての本判決の判断をまとめると、次のように整理することができる。第一に、非組織集団が問題となる状況をめぐっては、「実効的支配」が (*ibid.*, paras. 118-119) 第二に、組織集団が問題となる状況をめぐっては、「全般的支配」が (*ibid.*, paras. 120-123) 第三に、国家の組織内の個人が問題となる状況をめぐっては、「国家の組織内における実際上の行動」が (*ibid.*, para. 141) それぞれとして当てはまることになる。本判決の判断を把握するにあたっては、このように本判決が「実効的支配」の当てはまる余地を残していることに留意しておかなければならないだろう。

(241) 実際、「全般的支配」を説明するにあたって、本判決は、「国家が集団の長または構成員のいずれかに対して国際法に反する特定の行為の実行のための指示を出すべきことまでは必要でない」 (*ibid.*, para. 131) など、「この「全般的支配」要件は国家が特定の命令、または個々の活動についての指揮を出すことまで含むものではない」 (*ibid.*, para. 137) ことを指摘し、特定の指示・命令・指揮まで

求めるものではないことを強調している。

(242) 補足的に述べると、本判決は「実効的支配」の妥当性を退けるに先立って二つの前提的な問題に取り組んでいる。一つの問題は、帰属のための条件が国家責任と個人の刑事責任とで区別されるかどうかというものである。この点に関して、本判決は、「論理的にこの条件は本件において双方とも同じでなければならぬ」(*ibid.*, para. 104) とし、次のように述べている。すなわち、「(i) 個人の実施する行為が国家に帰属するかどうかを決定することに裁判所の任務がある場合、それによって、当該国の国際責任が生じるのに対し、(ii) 個人が事実上の国家機関として行動しているかどうかを裁判所が決定しなければならない場合、それによって、紛争が国際的武力紛争となり、『重大な違反』制度を適用するために必要な前提条件が満たされる」(*ibid.*, para. 104) と。その上で、本判決は、「双方の場合において国家責任と個人の刑事責任との間の区別は問題とならない」(*ibid.*, para. 104) とし、帰属のための条件が国家責任と個人の刑事責任とで区別されるものではないと判断している。これに対して、もう一つの問題は、「実効的支配」を提示したNicaragua事件本案判決の判決文の解釈に関係するものである。Nicaragua事件本案判決が「実効的支配」を提示するにあたって「依存と支配」に言及したことを受けて、本判決は、「実効的支配」と「依存と支配」が異なるものであったかどうかという問題に答えている。この点に関して、本判決は、「確かに、Nicaragua事件本案判決の第一一五項において『実効的支配』は言及されるものの、ICJが第一〇九項において先に提示した『依存と支配』と異なるテストとして『実効的支配』を提示しているのか、そうではなく同一のテストの要件を詳述しているのかは不明確である」(*ibid.*, para. 112) と断った上で、「上訴裁判部としては、後者が正しい解釈であると考える」(*ibid.*, para. 112) とし、Nicaragua事件本案判決が「実効的支配」と「依存と支配」を同一のものとして提示したと判断している。しかし、これらの二つの前提的な問題に対する本判決の各判断をめぐっては、判事がそれぞれ反論を提起している。前者の問題をめぐっては、Shahabuddeen判事が (Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, ICJY, *Prosecutor v. Tadić*, Judgement, Appeals Chamber, paras. 17-18) 後者の問題をめぐっては、(Tadić事件第一審裁判部判決なおらべ) McDonald判事が (Separate and

Dissenting Opinion of Judge McDonald Regarding the Applicability of Article 2 of the Statute, ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Judgement, Trial Chamber, pp. 295-296) それぞれ異論を提起したことは良く知られている。なお、少なくとも後者の問題に関して言えば、後に Genocide 条約適用事件本案判決が Nicaragua 事件本案判決を取り上げ、「実効的支配」と「依存と支配」をそれぞれ別個のものとして提示したことを確認している (ICJ Reports 2007, pp. 202-211, paras. 385-407) ことから、本判決の解釈ではなく、それと反対の立場に立つ McDonald 判事の解釈が正しかったことになる。この Genocide 条約適用事件本案判決への詳細な検討として、次の論考を参照せよ。葉師寺公夫「シエノサイド条約適用事件 [CJ] 本案判決——行為の帰属と国の防止義務再論——」坂元茂樹（編）『国際立法の最前線（藤田久一先生古稀記念）』（有信堂、二〇〇九年）三二七—三三七頁。

(243) *Supra* note 23, para. 117.

(244) *Ibid.*, para. 124.

(245) *Ibid.*, paras. 125-129.

(246) この先例的価値に対する疑問は、例えば、次の論考によっても鋭く指摘された。M. Sassoli and L. Olson, “The judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadić case: New horizons for international humanitarian and criminal law?”, *International Review of the Red Cross*, Vol. 82 (2000), pp. 3-4; M. Milanovic, “State Responsibility for Genocide,” *The European Journal of International Law*, Vol. 17 (2006), pp. 586-587. それに対して反論を試みる論考として、A. Cassese, “The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia,” *The European Journal of International Law*, Vol. 18 (2007), p. 658, n. 17.

(247) この結果、Tadić 事件第一審裁判部判決の判断は、本判決によって覆われることになった。Tadić 事件第一審裁判部判決は、「スルブスカ共和国軍、そして、スルブスカ共和国全体は、少なくとも一九九二年五月一九日以降、ユーゴスラビア連邦共和国（セルビア）政府からは別個の法実体であった」(ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Judgement, Trial Chamber, para. 584) とした上で、次のように述

べている。すなわち、「仮に本件の目的から、またはより一般的に、スルブスカ共和国軍がユーゴスラビア連邦共和国(セルビア)の事実上の機関として行動していたならば、本件において、スルブスカ共和国軍の行為は、ボスニア・ヘルツェゴビナ共和国の国民ではあるものの、Pitjeđa地区に関連して一九九二年五月一九日以降は、ユーゴスラビア連邦共和国(セルビア)に帰属することになる」(*Ibid.*, para. 584)と。このことは、「Tadic事件第一審裁判部判決が(本判決と同じく)国家責任法上の行為帰属論からアプローチするという手法に立つことを示すものである。しかし、その一方で、「Tadic事件第一審裁判部判決は、(本判決と異なり)「実効的支配」に依拠することを宣言している。というのも、「Tadic事件第一審裁判部判決は、「ICJは、米国に対して、必要な支配の程度を決めるにあたっては極めて高い敷居の基準を設定した」とした上で、「コントラの」行為が米国の法的責任を発生させる目的からは、嫌疑ある違反の行われた過程において米国が軍事的または準軍事的活動に対して実効的支配を及ぼしたことが原則として証明されなければならぬ」とし、「実効的支配」に立脚することを明言しているからである。*Ibid.*, para. 585. このようにTadic事件第一審裁判部判決は「実効的支配」に依拠するものであったのに対し、本判決は「実効的支配」を批判し「全般的支配」に依拠するものであったと整理することができる。少なくともこの限りにおいて、本判決は、「Tadic事件第一審裁判部判決と正反対の判断を示したと捉えることができる。Tadic事件第一審裁判部判決の紹介とそれに対する簡潔な批評として、次の論考を参照せよ。M. Scharf, “International Decisions: Prosecutor v. Tadic Case No. IT-94-I-T. International Criminal Tribunal for former Yugoslavia, May 7, 1997.” *The American Journal of International Law*, Vol. 91 (1997), pp. 718-721; T. Meron, “Classification of Armed Conflict in the Former Yugoslavia: Nicaragua’s Fallout,” *The American Journal of International Law*, Vol. 92 (1998), pp. 236-239.

(248) *Supra* note 23, paras. 150-151. 本判決における「全般的支配」を立証する事実関係については、R. Kolb, “The Jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on their Jurisdiction and on International Crimes,” *British Year Book of International Law*, Vol. 71 (2000), p. 276, n. 77.

- (249) *Supra* note 23, para. 162.
- (250) *Ibid.*, para. 162.
- (251) このことは、おそらへ、二〇〇〇年三月二十四日のAleksowski事件上訴裁判部判決によっても踏襲されているように考えられる。というのも、本判決は、Tadic事件上訴裁判部判決の提示した支配に基づき審理を進め、「全般的支配」が外国（クロアチア）と叛徒（クロアチア叛徒）との間に存在したことを結論付けるものであったからである。本判決の関連箇所を読む限り、Tadic事件上訴裁判部判決の判断と同様、本判決の判断は、叛徒への外国の支配（「全般的支配」）のみによって、非国際的武力紛争の国際化を導いていゝるように見受けられる。ICTY, *Prosecutor v. Aleksowski*, Judgement, Appeals Chamber, paras. 120-146. この点に鑑みると、本判決は「タジツチ定式を適用してはいないものの、実質的にタジツチ定式の「(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」に相当するものに訴えることよつて、非国際的武力紛争の国際化を導いているようである。そして、このことは、タジツチ定式をめぐつては、非国際的武力紛争の国際化に関して、あくまでも一つの基準を設けるものであることを示している。
- (252) C. Hofer, “Nalietic and Martinovic,” in Cassese, *supra* note 146, pp. 836-838.
- (253) Indictment, the Prosecutor of the Tribunal against Nalietic and Martinovic, 18 December 1998, Nalietic Case No. IT-98-34-I, para. 10.
- (254) *Ibid.*, paras. 25-58.
- (255) ICTY, *Prosecutor v. Nalietic*, Transcript, Trial Chamber, 28th October 2002, p. 16638.
- (256) ICTY, *Prosecutor v. Nalietic*, Transcript, Trial Chamber, 30th October 2002, p. 16761.
- (257) *Ibid.*, p. 16754.
- (258) *Ibid.*, p. 16749.
- (259) 因みに、本文に記した検察側と弁護側のそれぞれの立場は、検察側と弁護側の双方がICTYに提出した意見書において繰り返し確認



られるに至っている。Prosecutor's Pre-Trial Brief, 11th October 2000, Naletilic Case No. IT-98-34-P.T, pp. 36-38; Final Brief of the Accused Naletilic, 23th October 2002, Naletilic Case No. IT-98-34-T, pp. 110-134; Final Brief of the Accused Martinovic, 18th November 2002, Naletilic Case No. IT-98-34-T, pp. 18-26.

(260) B. Bonafé, "Blaskić," in Cassese, *supra* note 146, pp. 610-612; B. Bonafé, "Kordić and Čerkez," in Cassese, *supra* note 146, pp. 763-766. 正確に言うくと、Kordićは、ヘルツェグボスナ・クロアチア共和国の指導的な政治リーダーの一人であった。Ibid., p. 763.

(261) *Supra* note 27, para. 182.

(262) 同様の観点から、この二つの表題を提示する前に、本判決は、二つの手順に従って審理を進めることを宣言している。第一は、「クロアチア共和国軍がABH「ボスニア・ヘルツェゴビナ政府軍」と対立するHVO「クロアチア防衛評議会」の側に立ってボスニア・ヘルツェゴビナ領域に直接に干渉したことを合理的な疑いを超えて証明する十分な証拠があるかどうかを決定する」(Ibid., para. 188) ことであるのに対し、第二は、「二つのテストが代替的なものであることに注意を払いつつ、クロアチア共和国がHVO「クロアチア防衛評議会」に対して全般的支配を及ぼしたかどうかについての決定を下す」(Ibid., para. 188) ことである。これらの二つの手順は二つの表題にそれぞれ対応するものであると言える。

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

(264) *Ibid.*, para. 191.

(265) *Ibid.*, para. 192.

(266) 本文に記したこと以外で言うならば、本判決は、「事実上、ボスニア・ヘルツェゴビナに存在するHV「クロアチア共和国政府軍」戦闘者は、その大多数がクロアチア共和国において戦うためにボスニア・ヘルツェゴビナから来て自国「クロアチア」を守るために戻ることになった、義勇兵であった」(Ibid., para. 195) という弁護側の証言に付言しながら、「裁判部としては、これらの事実関係を

受け入れるものではなら」（*ibid.*, para. 195）と断じている。その上で、本判決は、「確かに、義勇兵はボスニア・ヘルツェゴビナに存在するEYV「クロアチア共和国政府軍」戦闘者を構成したものの、義勇兵の大多数を派遣することを実際に組織したのはクロアチア共和国である」（*ibid.*, para. 195）と判断している。このように本判決は、弁護側の主張、すなわち、義勇兵がボスニア・ヘルツェゴビナに存在したという主張を退け、クロアチア政府軍がボスニア・ヘルツェゴビナに存在したという判断を示している。いずれにせよ、本判決は、領域国（ボスニア・ヘルツェゴビナ）における外国軍（クロアチア政府軍）の存在を摘示している。

(267) *Ibid.*, para. 192.

(268) *Ibid.*, para. 192.

(269) *Ibid.*, para. 196.

(270) 「国際化」という用語の意味の多様性については、次の論考が紹介している。K. Mačák, *Internationalized Armed Conflicts in International Law* (Oxford U.P., 2018), pp. 24-28.

(271) 第一の用語法に基づき、「国際化」という用語を使用している論考として、例えば、Milanovic and Hadzi-Vidanovic, *supra* note 7, p. 292; N. Zanti, *Classification of Conflicts in International Humanitarian Law: The Legal Impact of Foreign Intervention in Civil Wars* (Edward Elgar, 2017), p. 8.

(272) 第二の用語法に基づき、「国際化」という用語を使用している論考として、例えば、Vité, *supra* note 8, p. 86; D. Schindler, “The Different Types of Armed Conflicts according to the Geneva Conventions and Protocols,” *Recueil des Cours*, Vol. 163 (1979), p. 150.

(273) *Supra* note 27, para. 194.

(274) E. David, *Principes de droit des conflits armés* (Bruylant, 2008), p. 175.

(275) Stewart, *supra* note 6, pp. 328-329; Kolb, *supra* note 4, pp. 186-187; Hoffmann, *supra* note 33, pp. 231-232; Gray, *supra* note 34, pp. 81-

- (276) このことは、本判決の次の一節からも窺い知ることができる。すなわち、「ボスニア・ヘルツェゴビナにおけるHVO「クロアチア防衛評議会」とABiH「ボスニア・ヘルツェゴビナ政府軍」との間の紛争へのHV「クロアチア共和国政府軍」の直接的な干渉の証拠があれば、当該紛争がその性格上国際的武力紛争であることを証明するのに十分である」と。*Supra* note 27, para. 197. この一節は、もう一つの外国の関与である支配の審理を待たなくとも、干渉の結果として、政府対叛徒の紛争が（非国際的武力紛争ではなく）国際的武力紛争として性格付けられたことを示している。実際、本判決は、上記一節に続けて、「裁判部としては、網羅性への配慮から（in the interest of completeness/dans un souci d'exhaustivité）第二のテストが本件において満たされるかどうか、すなわち、クロアチア共和国が紛争の過程においてHVO「クロアチア防衛評議会」に対して全般的支配を及ぼしたかどうかということを検討する」としている。*Ibid.*, para. 197.
- (277) *Cryer, supra* note 22, p. 44.
- (278) この解釈の可能性を探る論考として、Stewart, *supra* note 6, pp. 328-331.
- (279) *Supra* note 27, paras. 191, 192, 195.
- (280) この文言（またはこれに類似する文言）が本判決において繰り返されていらないことを慎重に指摘する論考として、Stewart, *supra* note 6, p. 329.
- (281) *Supra* note 27, para. 192.
- (282) この解釈の可能性を探る論考として、Stewart, *supra* note 6, pp. 328-331.
- (283) S. Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict* (Oxford UP, 2012), p. 224.
- (284) *Supra* note 27, para. 192.

(285) Nicaragua事件本案判決が「兵器または兵站支援もしくはその他の支援の形態における援助」を（慣習国際法上ではあるものの、実質的に）憲章第二条四項の「武力による威嚇又は武力の行使」に当たると判断した（*ICJ Reports 1986*, p. 104, para. 195）ことは周知の通りである。

(286) D. Akande, “Classification of Armed Conflicts: Relevant Legal Concepts,” in Wilmshurst, *supra* note 22, p. 61.

(287) *Ibid.*, p. 62.

(288) 本文に記した論者はAkandeである。Akandeは、必ずしも詳細に論拠を示してはくれないものの、「Tadić事件「上訴裁判部判決」の個別意見においてShahabuddeen判事が用いた基準」を用いることができるとし（*ibid.*, pp. 61-62）、同判事の意見を根拠の一つとしてゐる。しかし、このAkandeの見解をめぐっては、同判事の意見を正確に理解するものではないと考えられる。確かに、Tadić事件上訴裁判部判決の個別意見において、同判事は、「武力紛争は武力行使を伴う」とし、「ユーゴスラビア連邦共和国とボスニア・ヘルツェゴビナとの間に武力紛争があったかどうかという問題は、ユーゴスラビア連邦共和国が、ボスニアのセルビア叛徒（VRS）を用いて、ボスニア・ヘルツェゴビナに対して武力を行使したかどうかによって決まるものであった」（*supra* note 242, para. 7）と説くことによって、国際的武力紛争の存否を武力行使の基準に左右させるものであった。しかし、それと同時にBasic事件第一審裁判部判決における個別意見において同判事が次のことを指摘していることを看過してはならない。すなわち、「外国干渉を原因として、継続中の国内的武力紛争が突然に、かつ、必然的にその性格を失うべきである」ということの理由を見出すことは困難である」（Declaration of Judge Shahabuddeen, *ICTY, Prosecutor v. Blaskic, Judgement, Trial Chamber, p. 5*）と。続けて、同判事は、「外国干渉は、当然に国内的武力紛争から、その国内的性格を完全に奪うものではない」（*ibid.*, p. 6）と結論付けてゐる。このように、Tadić事件上訴裁判部判決とBasic事件第一審裁判部判決のそれぞれにおける個別意見を総合して評価するならば、確かに、同判事は、武器の供与を中心として、叛徒への外国の支援（武力行使）が、国家对国家の紛争を惹起し、国際的武力紛争を発生させるものであることを是

認しているものの、このことは、外国と領域国との関係に当てはまるのであって、あくまでも非国際的武力紛争の性格そのものは変わらないと言える。この点についての同判事の意見に関する説明として、Byron, *supra* note 6, pp. 76-78. のように見ていると、Akandeの見解の当否をめぐっては、少なくとも同判事の意見を正確に理解するものではないという限りにおいて、必ずしも説得力を帯びるべきではなると評価することができる。

- (289) *Supra* note 25, paras. 83-94.
- (290) *Supra* note 26, paras. 108-110.
- (291) *Supra* note 27, para. 197.
- (292) *Ibid.*, para. 198.
- (293) *Ibid.*, para. 199.
- (294) *Ibid.*, para. 199.
- (295) *Ibid.*, para. 200.
- (296) *Ibid.*, para. 201.
- (297) *Ibid.*, para. 202.
- (298) *Ibid.*, para. 185. この箇所を提示するにあたって、本判決は、Tadic事件上訴裁判部判決の一節をそのまま引用している。
- (299) *Supra* note 23, paras. 150-151.
- (300) *Supra* note 27, paras. 199-201.
- (301) *Supra* note 25, para. 121; *supra* note 26, para. 143.
- (302) *Supra* note 27, para. 200.

(303) この点に関して、興味深いのは、ICTYが、立証責任軽減論以外に、立証責任転換論と呼ぶことのできる方法を用いて事案を処理していることである。Delalic事件第一審裁判部判決は、次のように述べている。すなわち、「一定の地域における紛争が独立の国内紛争であり、より広範な国際的武力紛争と無関係であったことが示されない限り、もしボスニア・ヘルツェゴビナにおける紛争が国際的武力紛争であるならば、国際人道法の関連規範は、敵対行為の全般的終了まで、領域すべてに適用されることになる」と。ICTY, *Prosecutor v. Delalic*, Judgment, Trial Chamber, para. 209. この判断は、もし非国際的武力紛争が国際的武力紛争から「独立」・「無関係」であることが立証されなければ、国際的武力紛争だけが全体として存在することを結論付けるものである。Aleksovski事件第一審裁判部判決の反対意見においてRodrigues判事が解説しているように、「このことは、叛徒への外国の支配をめぐっては、その「立証責任を転換した」(Dissenting Opinion of Judge Rodrigues, ICTY, *Prosecutor v. Aleksovski*, Judgment, Trial Chamber, para. 20) ことを意味している。確かに、この立証責任転換論を用いることができれば、立証責任軽減論と同様に、より容易に、非国際的武力紛争の国際化を導くことが可能となるだろう。しかし、この立証責任転換論は、その後の判決において、踏襲されていないため、判例としては確立していないと言える。さらに、この立証責任転換論を用いるためには、叛徒が元々外国に属していたという「推定」を行う必要がある (Byron, *supra* note 6, p. 71) から、旧ユーゴスラビア紛争ならばともかく、一般論として、この方法を用いることは難しいように考えられるのである。

(304) M. Bennouna, “The Characterisation of the Armed Conflict in the Practice of the ICTY,” in May, Tolbert, Hocking, Roberts, Jia, Mundis and Oosthuizenp, *supra* note 159, p. 61.

(305) ICTY, *Prosecutor v. Prlic*, Judgment, Trial Chamber, paras. 517-568; ICTY, *Prosecutor v. Prlic*, Judgment, Appeals Chamber, paras. 229-297.