

# 琉球大学学術リポジトリ

## 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

メタデータ	言語: 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2007-09-14 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 樋口, 一彦, Higuchi, Kazuhiko メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/20.500.12000/1806">http://hdl.handle.net/20.500.12000/1806</a>

# 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——

## 目次

はじめに

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

II 旧ユーゴ国際刑事裁判所判例

〈1〉 Tadic 事件

〈2〉 Rajic 事件

III 内戦の国際化の一類型—反徒の「外国軍化」をめぐって—

〈1〉 国家責任の帰属問題と国際人道法の適用問題

〈2〉 反徒の「外国軍化」の認定条件

おわりに

樋口一彦

はじめに

冷戦終決後の今日において、なお、世界の多くの所で内戦が繰り返り広げられている。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つて都合のよい政府を作るため、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、あるいは直接に軍隊を送つて支援する。これは冷戦時代から、そして冷戦終了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、本稿で問題と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、という問題の側面である。前者の問題が国際法上重要であることは言うまでもないが、このような武力紛争における非人道的行為の防止という必要性から、後者の問題も見過ごされてはならない。最近作成された国際刑事裁判所規程のなかでもこの内戦に適用される国際人道法違反の処罰が規定されるに至つた(第八条2項(c)、(e))。

国際人道法は、基本的に、内戦において適用される法と、国際的武力紛争において適用される法との二元的構造を有する。<sup>1)</sup>この区別は、徐々に取り去られる傾向にあるといわれるものの<sup>2)</sup>、なお明確に存在する。すなわち、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、ある国の政府と外国政府との間には「国際的武力紛争において適用される国際人道法」が適用される。では、外国が介入して「国際化」した内戦において適用される国際人道法は何か。この国際化した内戦においては、現行国際法上、上記のふたつの国際人道法が同時並行的に適用されると考えられる。しかし、その反徒が外国政府と一体化して、その外国の「機関」と考えられるならば、その適用される国際人道法は一本化され、「国際的武力紛争において適用される国際人道法」のみが適用され

ることになる。このような仕組みは、その国際人道法の二元的性格から理論的に導かれるものであるが、しかし、実際のケースに当てはめて検証するということがこれまであまりなされてこなかった。国際人道法適用の問題として当事国間で争うということがあまりなかったからである。また、既存の政府は反徒に対してどのような国際人道法適用の関係にあるかをあまり明確にはせず、実際上の問題として処理したがる傾向にあったためでもある<sup>3)</sup>。しかし、ICJニカラグア事件判決ではこの問題に部分的に触れられ、さらに、旧ユーゴの崩壊から生じた複雑な「旧ユーゴ紛争」のなかでなされた戦争犯罪行為を裁く旧ユーゴ国際刑事裁判所では、この「国際化された内戦」に適用される国際人道法を明確に確定する必要性が生じた。裁判、特に刑事裁判である以上、適用される法を明確にしなければならぬことは当然だからである。本稿では、この外国の介入により国際化された内戦に適用される国際人道法の問題、特に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を、ICJニカラグア事件判決および旧ユーゴ国際刑事裁判所の判例を通して検討し、国際化された内戦に適用される国際人道法の一面を明らかにすることを目的とする。

- (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』第五五号一〇一一—一〇三頁参照。
- (2) Case No. IT-94-1-AR72 Prosecutor V. Tadic (Jurisdiction), *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Appeals Chamber*, 2 October 1995 paras. 96-97. (*International Legal Materials* Vol. 35 No.1 (1996) pp.62-63., *International Law Reports* Vol.105 pp.504-506.)
- (3) この点に関して、樋口一彦、前掲注(一)参照。

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）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、この伝統的原則に対する批判も強い。一九七七年の追加議定書の採択に至る国際人道法の再確認と発展の作業の初期の段階で、赤十字国際委員会（ICRC）は、国際人道法の適用の拡大が犠牲者の保護につながるとの観点から、国際化された内戦には国際紛争に適用される国際人道法を適用すべきことを主張し、一九七二年と一九七二年に開かれた政府派遣専門家会議にこの問題を議題にのせた。しかし、この会議で政府派遣の専門家からは、そのような国際人道法の適用の拡大が反徒の地位の承認につながることを、強い反対が示された。結局多くの専門家によって伝統的原則が支持され、この問題は、追加議定書作成のための外交会議（一九七四年―一九七七年）では、取り上げられることはなかった。また、最近の学説においても、この伝統的な原則が現行国際法であるとして一般に認められている。

この伝統的原則は、一九八六年の国際司法裁判所（ICJ）のニカラグア事件本案判決でも踏襲されている。このニカラグア事件判決<sup>56</sup>、特に国際人道法の適用に関する分析、については別稿に譲ることとするが、ここでは、本稿の主題である「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の判断的に絞って検討したい。

このニカラグア事件は、一九七九年七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、一九八一年一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なっていた、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一九八四年四月にICJに訴え、その本案判決は一九八六年六月二七日に下された。<sup>⑧</sup>

この事件においての一つの争点が、このコントラがアメリカの「機関」として認められるかという点であった。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>⑨</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、ニカラグアとアメリカの間の国際紛争のみとなり、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。ここで、判決は、いくぶん明確ではあるが、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、区別して考えている。

まず前者の点について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、リーダー到達範囲など——をとったことが証明される<sup>10)</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>11)</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つて、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>12)</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つ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>13)</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>14)</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、ということは必ずし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、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つ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つ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つ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>(15)</sup>と裁判所は論じている。<sup>(16)</sup>

(4) この一九七一年と一九七二年の政府派遣専門家会議におけるこの問題の詳細については、樋口一彦、前掲、注(一)、



- (5) 樋口一彦、前掲、注(一)、一一〇—一一三頁。
- (6) CASE CONCERNING MILITARY AND PARAMILITARY ACTIVITIES IN AND AGAINST NICARAGUA (NICARAGUA v. UNITED STATES OF AMERICA) .MERITS, *International Legal Materials* Vol.XXV, No.5. 本判決に於て、杉原高嶺「ニカラグアに対する軍事的活動事件(本案)」【国際法外交雑誌】第八卷第一号、および、広部和也「ニカラグアにおけるおよび同国に対する軍事的・準軍事的活動事件—ニカラグア事件—」 本案に関する判決「波多野里望・尾崎重義 編著」国際司法裁判所 判決と意見・第二卷(一九六四—九三年)【国際書院】参照。
- (7) 樋口一彦、前掲、注(一)、一一三—一一七頁。
- (8) 樋口一彦、前掲、注(一)、一一三頁。
- (9) CASE CONCERNING MILITARY AND PARAMILITARY ACTIVITIES IN AND AGAINST NICARAGUA (NICARAGUA v. UNITED STATES OF AMERICA) .MERITS, *International Legal Materials* Vol.XXV, No.5, para.114.
- (10) *Ibid.*, para.106.
- (11) *Ibid.*, para.108. なお、このEDDには、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、主にホンデュラス国境付近で活動した。( *Ibid.*, para.20.)
- (12) *Ibid.*, para.109. (傍線は筆者)
- (13) *Ibid.*, para.110.
- (14) *Ibid.*, para.112.
- (15) *Ibid.*, para.115. (傍線は筆者)
- (16) この点に関する本邦の個別知見参照。(CASE CONCERNING MILITARY AND PARAMILITARY ACTIVITIES IN AND AGAINST NICARAGUA (NICARAGUA v. UNITED STATES OF AMERICA) ,

SEPARATE OPINION OF JUDGE AGO, paras. 16-17. *International Legal Materials* Vol. XXV, No. 5.)

このアゴーの意見では、コントラ全体の行動と個々の構成員の行動を必ずしも区別していないように思われる。

## II 旧ユーゴ国際刑事裁判所判例

一九九一年六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。そして翌九二年三月のボスニア・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内戦が発生した。<sup>17)</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注目を集め、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一九九三年五月二五日に決定した。<sup>18)</sup> この国際裁判所設置にいたる経緯については別稿で検討しているので、ここでは繰り返さない。<sup>19)</sup> ただ、次のことを指摘しておくことは必要である。すなわち、一九九三年一月二六日の暫定報告書<sup>20)</sup>および一九九四年五月二七日の最終報告書<sup>21)</sup>において「安全保障理事会決議七八〇（一九九二）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>22)</sup>であり、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八〇八（一九九三）は、国際裁判所の管轄権を、「一九九一年以後」になされた違

反に及ぼしている。事務総長はこれを一九九一年一月一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>23)</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が適用されると考えたけれども、事務総長のコメント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>24)</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つたとは思われない。<sup>25)</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。

- (17) 高瀬尚一「ユーゴスラビアの崩壊」『レファレンス』五四三号(一九九六年四月)一一一―一七頁
- (18) S/RFS/827 (1993)
- (19) 樋口一彦、前掲、注(一)、一三二―一三八頁
- (20) S/25274
- (21) S/1994/674
- (22) S/25274, Annex I para. 45, S/1994/674 Annex para. 44.
- (23) S/25704 para. 62.
- (24) このアプローチについての理論的な批判として、樋口一彦、前掲、注(一)、一三二―一三四頁。なお、旧ユーゴ国際

裁判所設置後の一九九四年五月二七日に出された最終報告書においてこの専門家委員会は、「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ぬ」(S/1994/674 Annex para.52.) 「国際裁判所規程第三条に言及される戦争の法規または慣習の違反は、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」(S/1994/674 Annex para.54.)と述べている。この規程第三条が国内的武力紛争に適用される国際人道法の違反を含むかどうかは、後の裁判で論じられるが(この点について、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(一)(二・完)」『琉大法学』第五八号・五九号参照)、この専門家委員会は、このような「内戦においては戦争犯罪の概念がない」という従来の伝統的な見解から出発し、しかしそれでもし旧ユーゴ紛争のなかに内戦が存在すればそこには戦争犯罪者処罰の国際人道法が適用されないこととなり、それではこの裁判所の設置そのものの意義が少なくなってしまうので、そのようなことが無いように旧ユーゴ紛争全体を国際紛争として扱おうとした、とも考えられる。

(25) S/PV.3217

(25-a) 196点:1057 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

旧ユーゴ国際刑事裁判所が個別の事件の裁判を行なううえで、この旧ユーゴ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ている。刑事裁判において被告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。

Tadic 被告は、一九九二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、一九九四年二月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。旧ユーゴ国際刑事裁判所は、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、これにドイツが応じることにより、Tadic の身柄が国際裁判所に引き渡された。一九九五年六月に Tadic 側は、手続き及び証拠規則に基づき予審申請を提出した。この予審申請は、被告を裁く国際裁判所の権限を三項目から争うものであり、それは、国際裁判所の不適当な設立、国際裁判所の優越性の不適当な是認、そして国際裁判所の事項的管轄権に対する異議である。この被告の予審申請についての第一審裁判部による判決が、一九九五年八月一日に下され、そして、上訴裁判部による判決が一九九五年一〇月二日に示された。<sup>26)</sup> この管轄権に関する上訴裁判部判決を受けて、Tadic の有罪を認める第一審裁判部の判決が一九九七年五月七日に下された。<sup>27)</sup>

管轄権に関する第一審裁判部判決では、裁判所規程第二条(一九四九年ジュネーヴ諸条約に対する重大な違反行為)についても、規程第三条(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。<sup>28)</sup> 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るととし、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<sup>29)</sup>と判断した。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(一九九七年判決)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（一九九七年判決）を分析しよう。

この一九九七年判決での一つの中心的論点は、裁判所規程第二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団体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Tadic 被告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>(36)</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 *ostina Prijedor* 地区（*Omarska* はこの中にある<sup>(37)</sup>）における紛争当事者、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はボスニア政府とボスニアのセルビア人である。前者（ボスニア政府）は法上の（*de jure*）国家を代表するものであり、そして後者（ボスニアのセルビア人）は *Republica Srpska* の旗印のもとで領域を支配し、そして少なくとも一九九二年五月一九日以前にはJNR（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、この五月一九日以後VRS（かつてJNRの一部であったもので、新ユーゴによって *Republica Srpska* に移された軍隊）を保持した<sup>(38)</sup>。被告 Tadic は、一九九二年五月二三日ごろから二月三二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、この五月一九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 *Republica 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>(34)</sup>このように安保理決議七五二<sup>(35)</sup>に対応し、一九九二年五月一九日を境としてJNRはボスニアから公式に撤退するとともに、JNR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一九九七年判決は、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しうるといような、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>(36)</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における一九九二年五月一九日以後の事件についてVRS部隊の指揮を執っていたのは「alic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「alic」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、とすることはできない。第二の要因は、一九九二年五月一九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をもたらす依存関係は、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>37</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、この一九九七年判決は以下のように説明する。すなわち、Republica 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。Republica 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>(38)</sup>

この第一審裁判部判決(一九九七年判決)における規程第二条の適用に関して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することで、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、というものである。McDonald判事の基本的な認識としてVRSの創設は「擬制」<sup>(39)</sup>あるいは「奇計」<sup>(40)</sup>であり、一九九二年五月一九日を境とする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ガ事件のICJ判決の正しい読み方である、という。<sup>(41)</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が一九九二年五月一九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>(42)</sup>ことを認めているし、

他方多数意見も「一九九二年五月一九日ごろのJNA及び新ユーゴ政府の行動は、Republica Srpska軍（VRS）の行動についての直接的な法的責任を負わないための必要な客観的要素の冷静かつ意図的な創設に他ならない」と考えることも可能である、と述べている。<sup>(4)</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過しての機関の関係」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、本稿のテーマのより本質的な部分である。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、と論じていることである。<sup>(5)</sup>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。しかし、実際、この「実効的支配」の基準と「依存と支配」の基準とはどのように異なるのかは、ニカラグア判決においてもMcDonald判事の意見においても決して明らかではなす。

(26) 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)」『琉大法学』第五八号二〇一三二一頁

(27) Case No. IT-94-I-T Prosecutor v. Tadic (Judgment) (*International Law Reports* Vol.112 pp.1~, *International Legal Materials* Vol. XXXVI, No.4. (1997) pp.908~)

(27-a) この判決について一九九七年七月一四日に第一審裁判部は多くの犯罪行為について「同時執行の刑の宣告 (concurrent sentences)」を行ふ、その最大の二〇年の自由刑がTadicに科せられる刑罰となった。(A/52/375-S/1997

/729 *Fourth 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* para.30., *International Law Reports* Vol.112 pp.286~) など、弁護側および検察側の双方が上訴している。(A/53/219-S/1998/737 Fifth 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 para.26.)

(28) 樋口一彦、前掲、注(26)、二二二―二二三頁

(29) 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』第五九号、一六二―一六六頁

(30) この一九九七年判決においては、直接的には犯罪行為の犠牲者が一九四九年ジュネーブ第四条約第四条に規定される「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、という点での問題を考えているが(*op.cit.*, *supra* note 27 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いるのであり、もしこれが肯定されれば、裁判所規程第三条の適用にも影響するのである。

(31) Case No. IT-94-1-AR72 (*op.cit.*, *supra* note 2) para. 70.

(32) *Op. cit.*, *supra* note 27 paras. 563-564.

(33) *Ibid.*, paras. 1.3.5.

(34) *Ibid.*, paras. 582,584.

(35) 一九九二年五月一日採択。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(第三項)、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・武装解除をさせること(第四項)、を求めている。

(36) *Op. cit.*, *supra* note 27 para.588.

(37) *Ibid.*, paras.589-602.

(38) *Ibid.*, paras.603-607.

- (38) SEPARATE AND DISSENTING OPINION OF JUDGE McDONALD REGARDING THE APPLICABILITY OF ARTICLE 2 OF THE STATUTE para.7. (*International Legal Materials* Vol.36 No.4 (1997) p.972. *International Law Reports* Vol.112 p.264.)
- (40) *Ibid.*, para.10.
- (41) *Ibid.*, paras.4,16,25. ~~見~~ 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.
- (42) *Op.cit.*, *supra* note 39 para.8.
- (43) *Op.cit.*, *supra* note 27 para.606.
- (44) *Ibid.*, paras.595,600,605.
- (45) *Op.cit.*, *supra* note 39 paras.16,19,22-25.

## 〈2〉 Rajic 事件

「Radic 事件の場合とは逆に、この Rajic 事件の決定では、旧ユーゴ紛争のなかのボスニア・ヘルツェゴビナでの紛争が国際的武力紛争であると認められた。ただし、ここで紹介する事例は手続き証拠規則六一<sup>(46)</sup>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。<sup>(47)</sup>このことをふまえた上でこの事件についての第一審裁判部の決定を検討したい。(なお、本稿の記述は逆であるが、この Rajic 事件の決定(一九九六年七月五日、

九月(三日)は、「Radic 事件判決(一九九七年五月七日)より時間的に前のものである。)

被告 Ivica Rajic は、ヘルツェグ・ボスナ・クロアチア共同体(HB) (ボスニア・ヘルツェグ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、一九九三年一〇月三日にボスニア・ヘルツェグビナ共和国の Stupni Do 村に対する攻撃を命じたことに関して、裁判所規程第二条における一九九九年ジュネーブ諸条約の「重大な違反行為」としての「殺人」および「財産の破壊」ならびに規程第三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。<sup>(48)</sup>

被告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「Radic 事件上訴裁判部判決において、裁判所規程第二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る<sup>(49)</sup>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二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一九九二年終わりから一九九四年三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、この紛争は一九九三年の一〇月の Stupni Do 攻撃時に継続していた」と認めた。<sup>(50)</sup>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 H B の軍隊である H V O 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 H B あるいは H V O 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（H B）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 I C J 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 I C J 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 I C J 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るものである。第二に、ニカラグア事件においては I C J 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、I C J 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、ジュネーブ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。」<sup>91</sup>このように述べたあと、第一審裁判部は、「一九九二年秋から一九九三年春までのボスニ

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る合理的根拠が、提出された証拠から示される。クロアチアは、アメリカがニカラガ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。<sup>(52)</sup>「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兵站支援を行なっていた。」<sup>(53)</sup>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的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とした上で、「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」と結論づけた。<sup>(54)</sup>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、規程第二条違反についての事項的管轄権を認めた。<sup>(55)</sup>なお、規程第三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、本裁判部は規程第三条 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。<sup>(56)</sup>

なお、この Tadic 事件のほかに、この同じ手続き証拠規則六一における決定で、クロアチア紛争、ボスニア・ヘルツェゴビナ紛争<sup>(57)</sup>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。<sup>(58)</sup>

- (46) *International Legal Materials* Vol.33 No.2 (1994) pp.519-520.
- (47) Prosecutor v. Rajic (Rule 61) (Case IT-95-12-R61) International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber II, 5 July 1996 and 13 September 1996 para.3. *International Law Reports* Vol.108 p.147.
- (48) *Ibid.*, para.1.
- (49) 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・完)『琉大法学』第五九号 一六七頁参照。
- (50) *Op.cit.*, *supra* note 47 paras.13-14,19,21.
- (51) *Ibid.*, para.25.
- (52) *Ibid.*, para.26.
- (53) *Ibid.*, para.27.
- (54) *Ibid.*, para.31.
- (55) *Ibid.*, para.32.
- (56) *Ibid.*, paras.33-43.
- (57) 樋口一彦、前掲、注(49)、一六八―一七〇頁。
- (58) *Op.cit.*, *supra* note 47 para.46.
- (59) 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發した。( *Ibid.*, pp.168-169.)
- (60) Prosecutor v. Mrksic, Radic and Stijvanacina (Rule 61) (Case IT-95-13-R61) International Criminal



Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber I, 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った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)

- (61) Prosecutor v. Nikolic (Rule 61) (Case IT-94-2-R61) *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Trial Chamber I*, 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たことを指摘してゐる。(para. 30)

- (62) 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 I*, 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一九九二年四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。従つて第一審裁判部は、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は一九九二年五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つてこの軍隊を支配し続けた。」(para. 86)

- (63) 旧ユーゴ紛争(ボスニア・ヘルツェゴビナ紛争)中の戦争犯罪について、自国内で逮捕された容疑者を自国刑法の普通

的管轄権によって裁くケースにおいて、旧ユーゴ紛争が国際紛争であったとする国内判例もいくつかある。(In re G. (American Journal of International Law Vol.92 (1998) pp.78-82.), Public Prosecutor v. Djalic (American Journal of International Law Vol.92 (1998) pp.528-532.)

(63-a) なお、一九九八年一月一六日に第一審裁判部で判決が下された Celebici case (Case No. IT-96-21-T Prosecution v. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landzo) において、第一審裁判部は、ボスニア・ヘルツェゴビナ紛争が一九九二年を通して国際的武力紛争であったとし、一九九二年五月半ばのJNAのVRSとVJへの分割は新ユーゴの継続的な介入を偽装するものすぎず、新ユーゴ政府は引き続きボスニアのセルビア人を支配し続けた」と判断した。(International Legal Materials Vol.38 No.1 (1999) p.59.)

### Ⅲ 内戦の国際化の一類型——反徒の「外国軍化」をめぐる——

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つて、政府と反徒の間の関係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、Tadic 事件、Rajic 事件のそれぞれにおいて、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、Rajic 事件では、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るか、それとも一体なのであるか。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べきか、それとも反徒構成員の個人レベルでも考えられるのであるか。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

前節で見たように、Ratic 事件決定において旧ユーゴ国際刑事裁判所第一審裁判部は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」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、ジュネーブ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>64</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」をもたらすとされている。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 *Radio* 事件決定は明確には示していない。

この *Radio* 事件決定の後に出された *Tadic* 事件第一審裁判部判決においては、「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>65</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。Maron 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>66</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、を判断する上で的一般に用いられる基準ではないことがわかる」と述べる。<sup>67</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關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

とをそれぞれ区別して論じなければならぬ理論的必要性があるのであろうか。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こととされる。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）となつてゐるからなのであり、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。

- (64) *Op. cit.*, *supra* note 47 para.25.
- (65) Tadic 事件判決 *op. cit.*, *supra* note 27 para.585.
- (66) 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.
- (67) *Ibid.*, p.239.
- (68) 他方で Meron は、一九九五年一〇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つて適用されるばかりけた規範の掛け布 (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る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らうし、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らう。

(68-1a) 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。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。ただし、たとえ国家責任の帰属基準からしても、VRSの行為は新ユーゴに帰属する、と述べている。(Greenwood, *op. cit.*, *supra* note 25-a pp. 120-121.) たしかにある紛争のなかに二ヶ国以上の間に敵対行為があれば国際紛争の側面が存在するが、しかしその紛争のすべてが国際紛争であることを意味しない。内戦が同時に存在しうるからである。そして、当該紛争の当事者である反徒の団体が外国の軍隊として考えることができるかどうかは、その実態から判断するほかないのである。

## 〈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) 草案の第八条では次のように規定される。

「第八条 【事実上、国家に代わって行動している私人の行為の国家への帰属】

私人または私人の集団の行為もまた、次の場合には、国際法上、国家の行為とみなされる。

- (a) 当該私人または私人の集団が、事実上、国家に代わって行動していたことが確認される場合、または、
- (b) 権限を有する公の当局が存在せず、かつ、その統治権の一部の行使が正当化される状況において、当該私人または私人の集団が、事実上、当該統治権限を行使している場合<sup>②③</sup>。

この第八条では事実上国家に代わって行動する私人や私人集団の行為が、例外的に、国家に帰属する場合を規定している。この条文についてのILCの注釈では、その主要な形態として「警察や軍隊の補助者として雇用されたり、義勇兵として他国に派遣された私人または私人の集団の行為」および「外国領域内での特定任務遂行のために雇用された私人の行為」を挙げている<sup>②④</sup>。しかし、内戦における反徒の団体をこのような単なる私人や私人の集団と同視できるかどうかについては疑問がある。このILC草案注釈の中においても、「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>②⑤</sup>。」と述べられている。

反徒の構成員のなかの個人あるいはその複数の集団が、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草案第八条の規定があてはまるであろう。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のとなった場合であるかは困難な問題であるし、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>72</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。

ではそのような反徒の組織が丸ごと外国の軍隊と化するという可能性についてはどうか。国際人道法上の軍隊の一般的な定義としては一九七七年ジュネーブ諸条約第一追加議定書第四三条がある。これによれば「紛争当事国の軍隊は、部下の行動について当該紛争当事国に対して責任を負う司令部の下にある組織され、武装されたすべての兵力、集団及び部隊から成る（当該紛争当事国を代表する政府又は当局が敵対する紛争当事国により承認されているかいないかを問わない）。軍隊は、内部規律制度（特に武力紛争の際に適用される国際法の諸規則の遵守を強制する内部規律制度）に従うものとする。」<sup>73</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うる。この定義のなかの「紛争当事国の軍隊」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」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、一九〇七年のハーグ規則以来の不正規軍についての規定の解釈として、「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国に代わって行動しておれば、そしてその当事国がその集団の行動について責任を負って



れば、存在する<sup>16)</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>17) 18)</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となつてると認識できるのかが問われることとなる。ニカラガ事件、Radic事件、Rajic事件のそれぞれにおいてこの反徒の「外国軍化」について検討された。そこでは「一方の側の従属・他方の側の支配の關係」<sup>19)</sup>「実効的支配」<sup>20)</sup>「全般的な政治的軍事的支配」<sup>21)</sup>という表現でこの反徒の外国軍化を判断する基準とされたが、その内容は必ずしも明確なものとは言えない。もちろんこれらの表現の内容は個々の事例に照らして具体的に判断されるものであつて、一般的・抽象的表現から判断できるものではないのかもしれない。ただ、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らうか。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」を認める条件が整つていゝと云えるであろう。このことを旧ユーゴ、とくにボスニア・ヘルツェゴビナ紛争の場合に当てはめて考えれば、非常に微妙な点に逢着する。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>22)</sup>を実現することを願つていたともいわれている。実際、Radic事件第一審裁判部判決(一九九七年五月七日)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、と述べられている。<sup>(61)</sup>このような場合には、ニカラガア事件のような「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いのである。

- (68) YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION 1974 Volume II Part One p.283. (なお訳に際して、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」第三号(一八九頁)、および、田畑茂二郎、高林秀雄 編集代表「ベージック条約集」(東信堂)(二一九頁)を参考にした。)
- (70) *Ibid.* (村瀬信也 監訳、同資料、一九〇頁)
- (71) YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION 1975 Volume II pp.91-92. (村瀬信也 監訳、同資料、二二一頁) 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Kolosenの著述が引用されている。( *Ibid.* p.92.)
- (72) ILC草案の注釈においても、この点については回避されている (*Ibid.* p.92. 村瀬信也 監訳、同資料、二二二頁)。一九四九年ジュネーブ諸条約共通第三条においても一九七七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、第二追加議定書第一条における反徒の要件(締約国の領域内において、責任ある指揮の下に、持続的かつ協同的軍事行動を実行しこの議定書の実施を可能にする程度の支配をその領域の一部に対して行使する反乱軍隊又は他の組織的武装集団)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。(この点に関して、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』第五〇号参照)
- (73) 山本卓二 編集代表 『国際条約集一九九八年版』(有斐閣) 六六三頁

- (74) 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) p.237.
- (75) 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一条(山本草二 編集代表 【国際条約集一九九八年版】(有斐閣) 五七五頁)
- (76) MICHAEL BOTHE, KARL JOSEF PARTSCH, WALDEMAR A. SOLF, *op.cit.*, *supra* note 74 p.234.
- (77) 一九四九年ジュネーヴ捕虜条約第四条についての赤十字国際委員会の注釈では、「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、もろく一般適用条件(第二条)を充たす場合に限りこの条約の利益をうける。抵抗運動団体は第二条にいう「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三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、国際法は著る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、これは一八七〇年—一八七一年の独仏戦争の際にも同様であった。しかし、ヘーグ会議以来、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「ジュネーヴ条約解説Ⅲ」(朝雲新聞社) 五九頁)
- (78) もっと極端な場合としてハーグ陸戦規則第二条の「群民蜂起」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。
- (79) ニカラグア事件判決 *op.cit.*, *supra* note 9 para.109.
- (80) 「Radio事件判決 *op.cit.*, *supra* note 27 paras.600, 605.

- (81) Rajic 事件決定 *op.cit.*, *supra* note 47 para.25.
- (82) 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」（講談社）一九五―二〇六頁参照。
- (83) Tadic 事件判決 *op.cit.*, *supra* note 27 para.603.

おわりに

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」との<sup>(84)</sup>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。<sup>(85)</sup>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。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、まず第一に、当該武力紛争が国際的な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のである。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>(86)</sup>そしてこの国際化された内戦において適用される国際人道法に関して、旧ユーゴ国際刑事裁判所判例の中でひとつの重要な論点となっているのが本稿で取り上げた「反徒の外国軍化による国際化」である。

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つて、それぞれを別個の基準で別々に考えるということはできない。この「反徒の外国軍化」を認定する基準についてはこれらの判決の中でさまざまな表現が用いられているが、しかし、決して具体的でも明確でもない。ただ、事実上の主体たる反徒は私人あるいは私人の集団と同視できるものではなく、武力紛争遂行においてはある程度の主体性を事実上有していることを前提にする必要がある。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り、そして一九四九年ジュネーブ諸条約についてはほとんどの国が当事国であることから、これらの条約の「重大な違反行為」についての規定も多くの場合適用されることになる。ジュネーブ諸条約における「重大な違反行為」は、それ自体、締約国の捜査・裁判又は引渡し義務に關係するものであつて、犯罪性についてその他の違反行為と区別するものではない。ただし、旧ユーゴ国際刑事裁判所規程(第二条)や国際刑事裁判所規程(第八条2項a)などのようにこのジュネーブ諸条約における「重大な違反行為」について当該裁判所が管轄権を持つとされる場合には、その他の義務とは質的な違いが生じうる。(もつとも、旧ユーゴ国際刑事裁判所規程においても(第三条)国際刑事裁判所規程においても(第八条2項b)その他の違反行為をも裁判所の管轄内に取り入れているが。)外国軍の介入した内戦における残虐行為に対して国際裁判所あるいは(第三国の)

国内裁判所が刑事裁判権を行使しようとする場合、「反徒の外国軍化」による当該紛争の国際性を認定して「国際紛争に適用される国際人道法」（特にジュネーブ諸条約における「重大な違反行為」）を適用するという方法が一方でありうる。もうひとつの選択肢として「内戦に適用される国際人道法」あるいは当該領域国（又は第三国）の国内刑法を適用するという方法がある。当該残虐行為を放置せず、違反者を処罰することによって法秩序を維持し、さらなる違反を抑止するという目的においては両者は大差はないと思われる<sup>(84)</sup>。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、「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、現行国際法上の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ふ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ふ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（質的にはなく）区別するのである。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。

(84) Theodor Meron "Is International Law Moving towards Criminalization?" *European Journal of International Law* 9 (1998) p.30.

(85) 第八条2項(c), (e) (*International Legal Materials* Vol.37 (1998) pp.1006-1009.)

- (86) Theodor Meron, *op.cit.*, *supra* note 84 p.26.
- (87) *INTERNATIONAL REVIEW OF THE RED CROSS* No.322 (1998) pp.178-185.
- (88) この点に関して、榎本重治、足立純夫 共訳「ジュネーブ条約解説Ⅳ」(朝雲新聞社)六七一―六七三頁参照。
- (89) ただ、国際紛争に適用されるジュネーブ諸条約の「重大な違反行為」については各締約国刑事管轄権の普遍的適用が問題とされる余地のないのに対して、第三国が他国の内戦に自国国内刑法を普遍的に適用することについては管轄権行使の点で疑問の余地があるかもしれない。しかし、内戦における国際人道法違反が国際的な関心事となるにしたがって、この違反行為に対する第三国刑法の普遍的な管轄権行使も認められるようになってきているであろう。(この問題に関して、樋口一彦、前掲、注(26)、愛知正博「国際刑事裁判所の管轄権の合法性」【中京法学】第三三三卷第3・4号合併号、参照)
- (90) この点に関して、樋口一彦、前掲、注(49)、一八一―一八二頁参照。

(一九九九年六月一日稿)