琉球大学学術リポジトリ

国際人道法ノート（２）

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 琉球大学法文学部 公開日: 2012-06-22 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	http://hdl.handle.net/20.500.12000/24714

＜研究ノート＞

国際人道法ノート（2）

樋　口　一　彦

目　次

第１章　国際人道法の歴史及び法源

〈1〉国際人道法の歴史的展開

〈2〉国際人道法の法源・名称・隣接領域

［附録１］　戦場における合衆国軍隊の統制のための訓令（翻訳）

（以上、前号）

第２章　国際人道法適用の基本問題

〈1〉国際人道法の平等適用

1　国家の国際法上の平等原則・国家の持つ交戦資格

2　国連軍への人道法適用問題

〈2〉「国際的武力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」

1　国際的武力紛争に適用される国際人道法

2　内戦に適用される国際人道法

3　反徒の位置づけ

※ 交戦団体承認制度

4　民族解放戦争

〈3〉国際人道法適用の始期と終期

1　適用の始期

※ 総加入条項

2　適用の終期

（以上、本号）

第2章　国際人道法適用の基本問題

〈1〉国際人道法の平等適用

1　国家の国際法上の平等原則・国家の持つ交戦資格

武力紛争における交戦国の相手交戦国に対する行動の制約原理たる国際人道法が、戦争の違法化によって影響を受けるのか、という疑問がある。つまり、違法な戦争を行う国も、合法的な自衛行為を行う国あるいは集団安全保障措置により行動する国と、対等な国際人道法上の権利を有するのかという問題――より端的な表現を用いれば、国際人道法の平等適用への疑問――が理論的に存在してきた。

侵略国とその犠牲国（そして集団安全保障参加国）との間の人道法の平等適用を疑問視する学説として、横田喜三郎の次の説明をあげることができる。

「ここに戦争法規というのは、戦争を行なうにあたって守るべき法規のことである。おもに中立に関係のあるものは、べつに取り扱うこととし、ここでは交戦国の相互の間におけるものを説明する。それはおもに戦闘に関するものである。最近に戦争が禁止され、犯罪化されたから、法律的には、戦争は起こらないはずである。戦争を禁止した諸条約が忠実に守られたならば、戦争は絶対に起こらない。国際法は条約が忠実に守られることを期待し、戦争も起こらないことを期待するものであるから、戦争を行なうにあたって守るべき法規を定めることは、理論的に矛盾である。これらの法規は、戦争がまだ禁止されない前に定められたものであるが、それにしても、戦争がすでに禁止された上は、もう存在の理由を失ったものといわなくてはならない。もとより、実際には、戦争が起こるかも知れないが、その場合に、いままでの戦争法規がそのまま適用されるとは考えられない。すくなくとも、理論的には、そうである。最近まで、戦争は適法なものであった。戦争法規は、この適法な戦争で適用されるために設けられたものである。つまり、たがいに適法な戦争を行なう国が相互の間で守るべき権利と義務を定めたもので

ある。現在では、条約に違反して戦争に訴えた国にとって、戦争は違法なものであり、犯罪である。この国に対して、適法な戦争のために設けられた戦争の法規が適用されるわけはない。この国は、この法規に基く権利をもたないはずであり、他方の交戦国も、この国に対しては、この法規に基く義務をおわないはずである。その戦争では、全く異った原理が支配するはずで、新しい法規が設けられなくてはならない。[1]」

この「新しい法規」は、結局、生じなかった。従来の条約・慣習法の効力が戦争の違法化ゆえに否定されることはなかった、といってよい。第二次大戦後のニュルンベルグ裁判判決においても東京裁判判決においても1907年ハーグ陸戦条約をはじめとする諸条約、そしてその条約規定に反映される慣習法の有効性が承認され[2]、戦後の国際的武力紛争においても[3]相手国が違法な侵略国であることを理由とする人道法の適用拒否、あるいは差別的な適用を主張する国は存在していないようである[4]。1977年ジュネーヴ諸条約第一議定書前文中の以下の一文はこの平等適用を確認する趣旨である[5]。

「千九百四十九年八月十二日のジュネーヴ諸条約及びこの議定書が、武力紛争の性質若しくは原因又は紛争当事者が掲げ若しくは紛争当事者に帰せられる理由に基づく不利な差別をすることなく、これらの文書によって保護されているすべて

---

[1] 横田喜三郎『国際法（再訂版）』（有斐閣全書）（1948年初版、1986年再訂版）276頁

[2] この点について、筒井若水『現代国際法論』（東京大学出版会、1972年）151頁参照。

[3] 「侵略側」と「集団安全保障側」の明確な朝鮮戦争においても、差別適用の事実はなかった（筒井若水『現代国際法論』（東京大学出版会、1972年）90〜91、265頁）。

[4] 「どちらの国家が侵略者であるかにかかわらず、*jus in bello* が武力紛争において双方に平等に適用されるという原則は、今や国際法において十分に確立している。このことは、第二次世界大戦後の諸法廷における様々な戦争犯罪裁判で確認され、そして1945年以降に発生した紛争においてほとんどすべての国によって受け入れられてきた。」(Louise Doswald-Beck ed., *San Remo manual on international law applicable to armed conflicts at sea prepared by international lawyers and naval experts convened by the HIIHL* (Cambridge University Press, 1995) p.78., para.6.1. 日本語訳：竹本正幸 監訳『人道法国際研究所 海上武力紛争法 サンレモ・マニュアル解説書』（東信堂, 1997年）26頁）（なお、上記引用文は樋口訳）

[5] ICRC, *Commentary on the Additional Protocols* pp.28-29., paras.30-32.

の者について、すべての場合において完全に適用されなければならない」

国連安保理事会の決定によって武力制裁行為を行なう国連軍も制裁対象国と対等な人道法上の権利義務を有するものかどうかは、かつて学問的な論議の対象となった[6]。今日、この国連軍による人道法適用に係る問題は、正当側と違法側との差別適用ではなく、一つには当該事態に必要とされる武力行使の程度、もう一つには国連軍という各国の提供した軍隊からなる組織による人道法適用の技術的な方法、として存在していると言える（後述）。

さて、このように、結論としての人道法の平等適用は、ほとんど疑問の余地はないが、その平等適用の理由・根拠を理論的にどのように説明するのであろうか。Meyrowitzは、文明の原則、人道の原則、国際秩序の原則、そしてそれらに共通する平和回復容易化の発想を示す[7]。この中で特に国際秩序の原則に関して、「国際法は、一般的かつ本質的に国家の法的平等性に基く調整の法である。…国家の法的平等性は現在の国際秩序の基本原則の一つであり、武力紛争時に戦争法においてそして戦争法によって守られる。[8]」と述べられる部分が重要である。藤田久一は、「平等適用はいわば自明の理でありそれをより積極的に根拠づける必要はない」としながら「あえて平等適用の根拠を問うなら、自律した法体系としての戦争法、とくに人道法の基礎にある諸要素、しかも戦争観念転換後もなおその価値と有効性を保持する諸要素に求められねばならない」として上記Meyrowitzの著作に言及する[9]。杉原高嶺は、武力紛争法の存在理由そのものに平等適用の理由が求められるとし、「すなわち、武力紛争時における戦闘員・文民の人道的保

---

[6] たとえば、アメリカ国際法学会での論議（*Proceedings of the American Society of International Law 1952* pp.216-220.）、万国国際法学会1971年決議　(Conditions of Application of Humanitarian Rules of Armed Conflict to Hostilities in which United Nations Forces May be Engaged (Schindler and Toman (eds.), Fourth Edition pp.1211-1213.))、宮崎繁樹「集団安全保障と戦争法規」『法律論叢』第27巻第5・6号98～115頁など。

[7] Henri Meyrowitz , *Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre* (A. Pedone, 1970) pp.252-259.

[8] *Ibid.*, p.257.

[9] 藤田久一『新版 国際人道法〔再増補〕』（有信堂、2003年）44頁

護の必要性である。捕虜の虐待の禁止、文民への無差別攻撃の禁止等は、侵略国、被害国の区別を超えて求められる要請である。[10]」と説明する。これらの諸説の問題点として、以下の点を指摘できる。

1　人道上の必要性では、内戦において平等適用がないことを説明できない。

2　戦争の違法化の影響をなぜ受けないのか、という疑問に対する理論的な説明が弱い。換言すれば、戦争違法化以前の交戦法規と違法化以後の交戦法規とで質的な相違が果たしてあるのかについて、十分な説明がなされない。

この問題については次のように考えるべきである。

国家はその大小・強弱を問わず法的形式的に対等なものと観念され、条約の締結、外交使節団の派遣・接受、あるいは紛争解決のための国際裁判など、対等な形で行うものと考えられ実行されてきた。そしてこのことは、国家間の平和的な関係においてのみならず、武力の行使においても国家は法的に対等なものと位置付けられる。これは武力行使の原因・正不正を問わない（無差別戦争観）、という意味ではない。戦争違法化の中で一方の国家が違法な武力の行使を行っていると認識される場合においても、国家の武力行使は「正規の」武力行使であり、非は敵国にあるとしながらも敵は自己と対等な性質を持つ「国家」であり、そのようなものとして戦われる。国際法上違法な武力行使の責任は紛争終了後に追及されるべきであるが、現在進行中の武力行使は対等なもの同士の戦いである、と観念される。このように武力の行使を行う国家（交戦国）は、交戦資格（ *facultas bellandi* ）を持つ。国家は武力を行使する「資格」を国際法上有するのであり、その国家の軍隊に属する戦闘員は合法的に戦闘行為に参加できる。国家による武力の行使は、たとえ国際法上違法な目的であろうとも、国際社会における対等な構成者による行為と認められ、その上で当該武力行使の国際法上の合法性が問題とされる。そして他方*jus in bello*のレベルにおいて、その戦闘に勝利するために必要な武力の行使は認められるが、その目的達成に必要のない破壊・殺戮が禁止

[10] 杉原高嶺『国際法学講義』（有斐閣、2008年）628頁

される。これが *jus in bello* と *jus ad bellum* の分離である。国家は国家であることから当然に交戦資格を持ち、他国と対等に武力を行使する資格を持つ団体であると国際社会全体において承認されている。国家が国家の意思として他国に対して武力を行使するならば、それは対等平等な国家間の行為であり、その戦闘目的に必要な行為であれば*jus in bello*のレベルにおいて合法とされる。そして他方で、*jus ad bellum* のレベルでは違法な武力行使についての国家責任さらには国家指導者の個人的刑事責任が問われうることになるのである。従って、国際法上の交戦資格を有しない内戦の反徒と政府との間においては、人道法の平等適用は存在しない。政府は、反徒の暴力行為を、人道法上の合法性違法性を問題とすることなく、国内法違反の犯罪として処罰対象としうる。これを国際法は容認する。逆に、反徒は、政府側の暴力行為を処罰しうることを、通常、国内法上認められないだけでなく、国際法上もその権利を保障されていない。人道法の平等適用の根本的な根拠は、紛争当事者（国）の交戦資格保持者としての対等性に求められなければならない。

2　国連軍への人道法適用問題

前述のように戦争の違法化、特に平和強制型国連軍において従来の交戦法規がどのように適用されるかについて、学問的論議が存在した。しかし、現在の問題は、伝統的PKOを含む様々な国連の活動に関して人道法の適用がどのように必要とされ、またその際にどのように履行されうるか、という技術的な部分に焦点が移っていると言える。

PKO型国連軍においては武力紛争の存在を前提とせず、任務遂行上必要とされる最小限の強制力を個人や武装集団に対して行使することがありうるにとどまる。このような状況においては交戦資格を持つ紛争当事者間での適用を前提とする国際人道法は適用されない。基本的に、法執行上の強制力行使の制約原理が機能することになる。但し、当該武装集団の組織性・実効性次第では「内戦（非国際的

武力紛争）に適用される国際人道法」適用の可能性は残る。

安全保障理事会が「平和の破壊・侵略行為」を認定し、国連加盟国に対する勧告による武力行使、すなわち「朝鮮国連軍型国連軍」においては、基本的に、国際人道法は全面的に適用される。本来型国連軍――安全保障理事会が「平和の破壊・侵略行為」を認定し、事前の特別協定により国連加盟国に兵力を提供させて行なう武力行使――は前例もなく、今後もありそうにないが、国際人道法が全面的に適用される、ということに変わりはない。

「国際人道法が全面的に適用される」ということは、国連がジュネーヴ諸条約や追加議定書の当事者になる、ということではない。ジュネーヴ諸条約・追加議定書その他の人道法関係の諸条約は、国連自体が当事者になることを予定していない。あくまでも国連の活動に参加する個々の国家が、当該条約の締約国として、人道法規適用の責任を負うのである。憲章上の国連軍でも朝鮮型の国連軍でも個々の部隊提供国が人道法の適用責任主体である[11]。

国連の活動において人道法の適用が確保されるべきとの見解は、いくつかの機会に表明されてきた。たとえば、1954年武力紛争文化財保護条約会議決議Ⅰにおいて

「本会議は、国際連合の権限ある機関が、憲章実施においてとられる軍事行動時に、そのような行動に参加する軍隊による本条約諸規定適用を確保する決定を行なうことを希望する。[12]」

と述べられ、また、1965年赤十字国際会議は、決議25において

「第20回赤十字国際会議は、

ジュネーヴ諸条約締約国はすべての場合に諸条約を尊重しかつ尊重させる約束をしていることを考慮し、

さらに、国際連合緊急軍がこれら諸条約を尊重しかつ諸条約によって保護される必要が

---

[11] 藤田久一『新版 国際人道法〔再増補〕』（有信堂、2003年）53～54頁

[12] *United Nations Treaty Series* Vol.249 p.236.

あることを考慮し、

すでに国際連合によってとられている実際上の措置に満足の意を表明し、

以下の勧告を行なう。

1. 国際連合の下におかれた軍隊がジュネーヴ諸条約を遵守しかつ諸条約によって保護されることを確保するために、適切な取り決めがなされるべきこと。
2. 国際連合に部隊を派遣している国の政府は、自国部隊に対して――この問題の最重要性ゆえに――本国出発前にジュネーヴ諸条約の適切な教示を行ない、そしてこれらの諸条約の遵守を命じること。
3. 派遣部隊に責任を有する当局は、ジュネーヴ諸条約の違反行為を防止し制止するために、必要なあらゆる措置をとることに同意する。[13]」

と勧告している。

しかし、国連自体がジュネーヴ諸条約・追加議定書の当事者となることについては国連側から消極的な態度が示された。1972年の政府専門家会議においてICRC草案は国際機関、特に国連の条約への加入の可能性を考えていたが[14]、国連事務総長の代表者は、国連がジュネーヴ諸条約上の義務を履行することは不可能であることを説明し、その責任は部隊派遣国にあることを強調した[15]。「提案されている加入は誤った希望を生じさせるだけだ[16]」と。多くの専門家もこのような加

---

[13] International Committee of the Red Cross, *Handbook of the International Red Cross and Red Crescent Movement* 14th ed. (Geneva, 2008) p.1083.

[14] ICRC草案第78条（但し、具体的な条文はなし。）ICRC, *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts I BASIC TEXTS* (Geneva,1972) p.26.

[15] ICRC, *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts II COMMENTARY part one* (Geneva,1972) p.159., ICRC, *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts second session 3 May - 3 June 1972 Report on the Work of the Conference* Vol.I (Geneva,1972) pp.193-194.

[16] ICRC, *Conference of Government Experts on the Reaffirmation and Development of nternational Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts second session 3 May - 3 June 1972 Report on the Work of the Conference* Vol.I (Geneva,1972) p.194. para.4.166.

入条項に反対の意を示し[17]、1973年の外交会議草案には国際機関の加入条項は入れられず、最終条文においてもこのような加入条項は存在しない。

しかし、大規模な戦闘を想定する強制行動型国連軍ではない伝統的PKO型国連軍においてはどうか。従来、国連の方針として国連軍が「軍要員の行動に適用される一般的国際諸条約の原則と精神を遵守する」とされてきた[18]。これをより具体化する趣旨で1999年に国連事務総長（Kofi A. Annan）は行政文書を作成し、国連軍による国際人道法遵守についての方針を明らかにした[19]。これによれば、強制行動あるいは武力行使が自衛において許される場合の平和維持活動において、本文書中の国際人道法の基本的原則および規則が国連軍に適用される、として、具体的な規則が例示的に示される。しかし、平和維持活動と強制行動という本来異質の活動の両方に適用されることで、従来からの理論的問題を解決するよりも、むしろ混乱をもたらしていると言える。一方で大規模な戦闘を想定し、第5節5項で比例原則を取り入れる一方で、第8節では「捕虜(prisoners of war)」の概念を明示しない。実際、この文書においては被抑留者（detained persons)、捕われの者（prisoners）という表現が用いられ、国際法上固有の意味を持つ「捕虜(prisoners of war)」という言葉の使用を注意深く避けている。被抑留者について「その法的地位に影響を与えることなく」捕虜条約の関連規定に「必要な変更を加えて」取り扱うとしており、その被抑留者を合法的戦闘員としての地位を認めるかどうかの問題を回避している。本文書の基本原則および規則は「国連軍が戦闘員として能動的に交戦する武力紛争の事態において、その交戦の限りでかつその継続中に適用される。従って強制行動において、あるいは武力行使が自衛として許され

---

[17] *Ibid.*, p.194. para.4.168.

[18] A/7720 (Respect for Human Rights in Armed Conflicts: Report of the Secretary-General) paras.9, 114.

[19] ST/SGB/1999/13 (*International Legal Materials* Vol.38, No.6. pp.1656-1659.) 日本語訳：新井 京「『国連軍による国際人道法の遵守』に関する事務総長告示」『京都学園法学』2000年第1号（通巻第32号）44～49頁

る平和維持活動において、適用される。」と規定する[20]。しかし、大規模な軍事活動を伴う強制行動を朝鮮型国連軍で行なう場合、人道法適用主体は各軍隊提供国である。伝統的PKO活動において想定される武力の行使についての行動原理がここでの問題であり、それは基本的に交戦当事者間の平等適用を前提としない法執行型の武力行使である。そこにおいては、国連側の相手の個人・集団に合法的戦闘員の地位は存在しない。本文書ではこの点を明確にすべきであっただろう。

〈2〉「国際的武力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」

国際人道法は、「国際的武力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」の二つに大別できる。基本的に二元構造を有しているのである。伝統的には前者のみが国際法において存在し、1949年ジュネーヴ諸条約共通第3条[21]成立以後に後者の体系が発展してきたと言える。

では、「国際的武力紛争」とは何か、「内戦」（あるいは「非国際的武力紛争」）とは何か[22]。そして、それぞれに適用される国際人道法にどのような違いがあるのか。

1　国際的武力紛争に適用される国際人道法

1949年ジュネーヴ諸条約共通第2条で「この条約は、二以上の締約国の間に生ずるすべての宣言された戦争又はその他の武力紛争の場合について、当該締約国の一が戦争状態を承認するとしないとを問わず、適用する。」と規定される。

---

[20] 第１節１項

[21] 1949年ジュネーヴ四条約のそれぞれに共通する第3条。ただし、厳密に言えば完全に同一の条文ではない。第二条約のみに「及び難船者」の語が含まれている。

[22] 本稿において「内戦」と「非国際的武力紛争」を概念的に区別しない。同義語として使用する。

1907年の「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」では、前文中に「兵力ニ訴フルコトアルヘキ場合ニ付」との文言が見られるが、条約の適用に関する条項はない。従来の条約では適用条件についての規定は置かれなかったが、戦争が宣言されない場合や相手政府の不承認などにより戦争状態が否定される場合にも人道法条約は適用されることを明確にする必要性から、上記の規定が入れられたのである[23]。それではこの「武力紛争」とは何を意味しているのであろうか。ICRC発行のジュネーヴ条約注釈書では、人道法適用における「武力紛争」の概念は、敵対行為の存在という事実上の概念であり、敵対行為のレベル（戦闘の規模・激しさ、あるいは時間的継続性）は関係ない、と理解されている[24]。1977年ジュネーヴ諸条約第一追加議定書第1条3項では、「この議定書は、戦争犠牲者の保護に関する千九百四十九年 八月十二日のジュネーヴ諸条約を補完するものであり、同諸条約のそれぞれの第二条に共通して規定する事態について適用する。」と規定して1949年ジュネーヴ諸条約共通第2条の適用条件をそのまま踏襲している。この共通第2条への言及について何ら論議はなく[25]、ICRC発行の第一追加議定書注釈書でも、「人道法は軍隊の使用を含む二国間のいかなる紛争にも適用される。その紛争の長さもその密度も関係がない[26]」として、1949年諸条約共通第2条についての説明を繰り返している。

このように、人道法の適用対象たる「国際的武力紛争」とは、二カ国またはそれ以上の国家間に敵対行為が事実上存在している紛争で、その敵対行為のレベルは関係しない、と理解されている。先に述べたように、国家は国家であることから当然に交戦資格を持ち、他国と対等に武力を行使する資格を持つ団体であると

---

[23] ICRC, *Commentary I* pp.28-29.したがって、この共通第2条の規定は人道法条約に新たな要素を導入するものではなく、「あらゆる疑いを避けるため」の規定である。（Hilaire McCoubrey , *International Humanitarian Law : modern developments in the limitation of warfare* (Second Edition) , (Ashgate, 1998) pp.60-63.）

[24] ICRC, *Commentary I* p.32.

[25] BOTHE, PARTSCH, SOLF, *Commentary on the Two 1977 Protocols* p.45.

[26] ICRC, *Commentary on the Additional Protocols* p.40., para.62.

承認されている。従って国家が何らかの目的で他国に対して武力を行使する場合に人道法が適用されるのであり、その用いられる武力のレベルを問う必要がないのである。国家が国家の意思として他国に対して武力を行使するならば、それがすなわち武力紛争なのである。このように、国際的武力紛争の概念は、その当事者の国家性、あるいは国際法上の交戦資格保有団体としての性質に基づいており、武力紛争のレベルに基づくものではない。「国家責任の規則にしたがって国家に帰属しうるいかなる武力の使用も、国際法上、戦争法規の適用を生じさせる。[27]」のである。

国家（および後述の民族解放運動団体や政府によって承認された交戦団体）は互いに対等平等な交戦資格を有する団体であり、これらの間において適用される規範が「国際的武力紛争に適用される国際人道法」である。その具体的な内容は次章以下で検討したい。

2　内戦に適用される国際人道法

内戦とは、通常、国家内での既存の政府とそれに対抗する反徒の間の武力紛争を意味する。既存の政府は、当該国家を代表するものとして国内的・国際的に認められており、国内における行政権――特に、既存の秩序を維持するための強制力の行使――を独占し、また、国際的には当該国家を代表して行動する資格を保有している。前述のとおり、国家は交戦資格を持つが、既存の政府はこの資格を実際に行使して国家としての武力の行使を国際的に行う能力を有するのである。このように、既存の政府は国内法的・国際法的に武力を行使する資格・能力を有する。一方、反徒の団体は国内的にも国際的にもそのような資格・能力を当然には認められない。武力により既存の政府に取って代ったり、武力により分離独立を企てる行為は、通常、国内法的には犯罪行為として扱われる。国際法上このよ

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

うな反徒の行為は犯罪とはされないが、反徒が交戦団体としての国際法上の権利を当然に有するものでもない。反徒が既存の政府に勝利して、事実として、新政府になったり、新独立国となった場合に、他国からの承認により国際法的にそれらが確認されるにすぎない。したがって内戦において既存の政府は、国内法上の正統性を背景に、秩序維持機能の行使として、反徒による武力行使を国内法上の犯罪として対処するのであり、そこには国家間の武力行使のように対等平等な両者間の武力行使の観念は存在しない。但し、理論的には、既存の政府から「交戦団体承認」を受ければ、反徒の団体は外国国家と同様に交戦資格を持つことになり、国家間と同じ国際人道法（慣習国際法）が適用されることになるが、実際にこの制度が用いられることはほとんどない（後述）。

従って内戦とは、一般に国際法主体性を認められ交戦資格を保持する国家を代表する政府と、国際法上の地位を有さず国内法的には犯罪者集団と位置付けられる反徒との間の、武力を用いた紛争である。国内秩序・制度を暴力的に変更しようとする試みに対しては、政府はそれを犯罪行為として制圧し、犯罪者を拘束し処罰することにより、秩序回復を行なおうとする。通常の治安維持行為・法執行行為である。しかしながら、反徒が強力な組織・実力を保持するに至り、国家領域の一部を実効的に支配するなどして既存の政府に対抗しうるほどの勢力を持つようになれば、両者間の実力行使は国家間の武力紛争に類似してくる。政府の強制力の行使形態は「法執行パラダイム」から「戦闘パラダイム」に移行する。「法執行パラダイム」で想定される当事者は「警察」と「犯罪者」であり、警察は犯罪者に対して圧倒的な力の優位さを保持していることがその前提とされる。強大な権力を有する国家機関たる警察は、法を犯す者といえども可能な限り生命・身体を傷つけることなくその者を拘束することを求められる。他方、「戦闘パラダイム」では想定される当事者は「A国軍隊」と「B国軍隊」であり、ある程度互角の力を有するものと仮定される。そしてこのように一方が圧倒的な力の優位さを保持することなく互いに強力な破壊兵器を有する主体間では、直接攻撃が通

常の手段――最終手段ではなく――とならざるを得ない。従って、「犯罪者集団」が強力な組織となり、その事態が本格的な内戦になってくると、事実上、法執行が戦闘に近づいてきて両者の区別が失われていく。圧倒的な力の優位を前提とする強者の側の弱者に対する配慮が不可能となってくるのである。では、政府と反徒の間の武力闘争がどのレベルに達したときに「内戦に適用される国際人道法」が適用されるのか。1949年ジュネーヴ諸条約共通第3条においては「締約国の一の領域内に生ずる国際的性質を有しない武力紛争の場合には、各紛争当事者は、少くとも次の規定を適用しなければならない。」と規定されるだけであるが、1977年第二追加議定書には、その事項的適用範囲について、第1条にかなり詳細な規定がある。

「第1条（事項的適用範囲）　1　この議定書は、1949年8月12日のジュネーヴ諸条約に共通の第3条を、その現行の適用条件を変更することなく発展せしめかつ補完するものであって、「1949年8月12日のジュネーヴ諸条約に追加される国際的武力紛争の犠牲者の保護に関する議定書（第1議定書）」の第1条の対象とされない武力紛争で、かつ、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と、締約国の軍隊との間に生じるすべての武力紛争に適用する。

2　この議定書は、暴動、単発及び散発の暴力行為、並びに他の類似の性質を有する行為のような、武力紛争でない国内的な騒擾及び緊張の事態には適用しない。」

この共通第3条の適用範囲と第二議定書の適用範囲は同じではなく、後者のほうがいっそう狭いと一般に解されている[28]。しかし、国際的武力紛争の場合とは異なって、条約規定の適用される内戦が存在するためには一定レベル以上の「武力紛争」の「強度」（敷居）が必要である、と考えられている点は変わらない。この点について、「暴動、単発及び散発の暴力行為、並びに他の類似の性質を有す

[28] 樋口一彦「内戦に適用される国際人道法の適用条件――武力紛争の存在及び武力紛争と当該行為との関連性をめぐって――」『琉大法学』第64号（2000年9月）12頁

る行為のような、国内的な騒擾及び緊張の事態には適用しない」旨明文で規定されることも多いが[29]、1949年ジュネーヴ諸条約共通第3条のように明文の規定の含まれない場合でも、そのような事態には適用されないと解釈されている[30]。国際的武力紛争に適用される国際人道法では、その適用において武力紛争の強度は問題にならないのに、なぜ内戦に適用される国際人道法の適用においてはこれが求められるのか。

「内戦に適用される国際人道法」には、一方において、「国際紛争に適用される国際人道法」にできるだけ近づけて法的に構成しようとする方法論がある。この場合、反徒を政府と同じ人道法主体と位置付ける必要があり、その端的な仕組みが次に論じる「交戦団体承認制度」である。この場合、反徒としての十分な組織性・実効性を有することが実際上の前提となる。他方において、政府のみを法主体とし、反徒の団体としての主体性を否定し、反徒に属する個人の刑事責任を問うアプローチがある。これは、基本的に政府の行動を法執行としてとらえるものである。この場合には、反徒の組織性・実効性は全く問われない。つまり理論的には、交戦団体承認を通じての対等な人道法適用システムか、若しくは、政府の法執行における制約原理および反徒に属する個人の刑事責任体系、のいずれかということになる。しかし、現実の諸国の事前の合意によって作られる条約規範は、この両者の中間に位置している。すなわち、一方で当該紛争の強度を求めることによって反徒の組織性・実効性を要求しながら、他方において反徒の団体の地位を認めることなく、反徒に属する個人の刑事責任だけを追求する仕組みになっているのである。さらに、内戦に直面した諸国は、自国内の「武力紛争」の存在

---

[29] 1977年ジュネーヴ諸条約第二議定書第1条2項、1999年武力紛争の際の文化財の保護のための条約第二議定書第22条2項、特定通常兵器使用禁止制限条約地雷、ブービートラップ及び他の類似の装置の使用の禁止又は制限に関する議定書（1996年5月3日に改正された議定書）第1条2項、特定通常兵器使用禁止制限条約2001年改正第1条2項、国際刑事裁判所規程第8条2項(d)(f)

[30] 樋口一彦「内戦に適用される国際人道法の適用条件――武力紛争の存在及び武力紛争と当該行為との関連性をめぐって――」『琉大法学』第64号（2000年9月）7頁

を否定することにより、「内戦に適用される国際人道法」の公式の適用を否定してきた。少なくとも、条約規定の作成、そしてその公式の適用という側面ではそうである。では――建前の立場をさておいて――実際の行動においてはどうだろうか。現実に反徒が政府軍に十分に対抗できるだけの組織性・実効性を保持し、さらに一定の領域を支配し、事実上の統治機能を行なうに至れば、敵対行為に参加した反徒の構成員を通常の犯罪者として扱うことは不可能になり、事実上の戦闘員・捕虜として取り扱わざるを得ない。しかし、このことは決して法的に承認されることなく、事実上の措置にとどまる。このことが法的な評価を難しくする。「内戦に適用される国際人道法」を「武力紛争の存在」という条件付きの「政府による法執行法」と考えることもできなくはない。諸国政府の建前を重視すれば、そうならざるを得ない。しかし、建前を離れて実際的側面を重視すれば、平等な交戦当事者間の武力紛争の規範という本来の人道法に近づけて理解することも可能である。「内戦に適用される国際人道法」はこの両者のはざまに位置する。

3　反徒の位置づけ

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

反徒は、国際法上、例外的に重要な位置づけを受けている。まず、国際人道法条約の締結能力を認められている。1949年ジュネーヴ諸条約共通第3条に、次の規定が含まれる。

「紛争当事者は、また、特別の協定によって、この条約の他の規定の全部または

一部を実施することに努めなければならない。」

この種の特別協定の実例はあるものの、しかしながら、極めて例外的な存在である[31]。このような特別協定が締結されなければ、反徒は条約の締約者ではなく、共通第3条や第二議定書によって拘束されることはない[32]。次に、反徒の活動が成功して既存の政府を打倒し、自ら新政府になったならば、反徒時代の行為について国家責任を負うことが国際法上認められている。ILC国家責任条文第10条第1項および第2項は次のように規定する。

「1　国家の新政府となった反徒の行為は、国際法上当該国家の行為とみなされる。

2　既存国家の領域の一部またはその国の施政下にある領域において新たな国家の樹立に成功した反徒等の運動団体の行為は、国際法上その新国家の行為とみなされる。[33]」

この条文についてILCの注釈では、この反徒には様々な形態のものがあり包括的な定義は困難であるとしながら、1977年ジュネーヴ諸条約第二議定書の適用範囲の規定[34]が参考になる、としている[35]。このILC条文はあくまで「国家責任」条文であり、政府になることができなかった不成功の反徒の国際責任はこの条文の対象ではない[36]。しかし、成功した場合に国際法上の責任を負うこととなる反徒の行動は、国際法上重要な位置づけを与えられうる。

ところで、先に内戦を政府と反徒の間の武力紛争と定義したが、反徒間の武力

---

[31] 樋口一彦「政府と反徒の間の国際人道法適用合意」『琉大法学』第77号参照

[32] 樋口一彦「ジュネーヴ諸条約第二追加議定書における反徒の地位」『関西大学大学院 法学ジャーナル』第50号参照。但し、この点について、反徒に対する拘束力を肯定する見解が「通説」である。

[33] *Yearbook of the International Law Commission 2001* Volume II　Part Two (United Nations, 2007) p.26. 日本語訳：奥脇 編『条約集 2011』107頁、松井 編『条約集 2009』149～150頁、広部、杉原 編『条約集 2009』120～121頁など。なお、本文中の引用は樋口訳。

[34] 第1条1項「反乱軍その他の組織された武装集団（持続的にかつ協同して軍事行動を行うこと及びこの議定書を実施することができるような支配を責任のある指揮の下で当該領域の一部に対して行うもの）」、第1条2項「暴動、独立の又は散発的な暴力行為その他これらに類する性質の行為等国内における騒乱及び緊張の事態については、武力紛争に当たらない」

[35] *Yearbook of the International Law Commission 2001* Volume II　Part Two (United Nations, 2007) p.51. para.9.

[36] *Ibid.,* p.52. para.16.

闘争は内戦に含まれるのであろうか。条約適用上の規定をまず見てみよう。

1949年ジュネーヴ諸条約共通第3条

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

1977年ジュネーヴ諸条約第二議定書第1条

「この議定書は、・・・締約国の領域において、当該締約国の軍隊と反乱軍その他の組織された武装集団（持続的にかつ協同して軍事行動を行うこと及びこの議定書を実施することができるような支配を責任のある指揮の下で当該領域の一部に対して行うもの）との間に生ずるすべてのものについて適用する。」

1954年武力紛争の際の文化財の保護に関する条約第19条

「締約国の一の領域内に生ずる国際的性質を有しない武力紛争の場合には、各紛争当事者は、少なくとも、この条約の文化財の尊重に関する規定を適用しなければならない。」

1999年武力紛争の際の文化財の保護に関する条約第二議定書第22条

「この議定書は、締約国の一の領域内に生ずる国際的性質を有しない武力紛争の場合について適用する。」

1998年ICC規程第8条(f)

「(e)の規定[37]・・・は、政府当局と組織された武装集団との間又はそのような集団相互の間の長期化した武力紛争がある場合において、国の領域内で生ずるそのような武力紛争について適用する。」

2001年特定通常兵器使用禁止制限条約改正第1条

「この条約及びこの条約の附属議定書は・・・千九百四十九年八月十二日のジュネーヴ諸条約のそれぞれの第三条に共通して規定する事態についても適用する。」「締約国の一の領域内に生ずる国際的性質を有しない武力紛争の場合には、各紛争当事者は、この条約及びこの条約の附属議定書に規定する禁止及び制限を適用しなければならない。」

---

[37] 「確立された国際法の枠組みにおいて国際的性質を有しない武力紛争の際に適用される法規及び慣例に対するその他の著しい違反」

これらの条文の中で文言上比較的明瞭なのは1977年第二議定書と1998年ICC規程である。前者においては締約国軍隊（政府軍）と反徒との間に生ずる武力紛争において適用するとされており、反徒間の紛争を排除している。他方後者においては反徒間の紛争においても適用される規定ぶりになっている。1949年共通第3条、1954年文化財保護条約第19条はほぼ同じ表現の規定であり、実際、1954年条約第19条は1949年共通第3条をモデルとして作成されている[38]。この共通第3条についてICRCの注釈では政府と反徒の間の武力紛争が想定されており、反徒間の紛争をも含むとする説明はない[39]。

条約の適用範囲は、その個々の条約におかれた規定によって決められるものである。従って、諸条約で同じである必要はない。問題は、その条約適用上の反徒の位置づけである。ICC規程において反徒間の紛争も適用対象になるとしても、反徒が団体としての権利主体と位置付けられることなく、反徒に属する個人が国際法上の刑事責任の対象となりうるにすぎない。

武力紛争の性質は、それが生じる場所の要素ではなく、その当事者の法的性質によって決定される。当事者の法的性質とは、交戦資格を持つ団体であるかそうでないか、である。交戦資格を有する団体間の武力紛争が国際的武力紛争であり、交戦資格を持つ団体とそうでない団体との武力紛争が内戦であり、交戦資格を持たない団体間の抗争は犯罪行為であっても何ら公的な性質のない暴力にすぎない。つまり、敵の団体を打倒するために必要な物理的強制力行使も国内法上の犯罪と位置付けられる。秩序回復のための警察行為と認められることもなく、また、国際法上の戦闘員による戦闘行為として国際人道法上の保護を受けることもない。そのうえで、その強制力行使において不必要な破壊・殺傷行為がなされれば、国際法上の犯罪行為と認識されうるのである。

---

[38] この点について、樋口一彦「ジュネーヴ諸条約第二追加議定書における反徒の地位」『関西大学大学院 法学ジャーナル』第50号13～16頁参照。

[39] ICRC, *Commentary I* pp.49-52.

※ 交戦団体承認制度

内戦において政府が反徒を「交戦団体」として承認すれば、反徒は交戦資格を持つ団体となり、その政府と反徒の間の紛争は交戦資格を有する団体間の武力紛争、すなわち国際的武力紛争となる。国際的武力紛争に適用される国際人道法たる慣習法が政府と反徒に平等に適用されることとなる[40]。特に重要なのは、反徒に属する戦闘員に国際人道法上の戦闘員の地位が認められ、戦闘への参加のみを理由として処罰されなくなることである。国際人道法の諸条約については、反徒は条約の締約国ではないので交戦団体承認を受けても自動的に条約上の権利義務を有することにはならないが、政府と反徒の間の特別協定によって当該条約の全部または一部を実施することもありうる[41]。

ところで、交戦団体承認制度は、内戦の生じた国の政府および反徒と第三国（外国）との間の中立法適用に主眼があり[42]、政府と反徒の間の人道法適用を主な目的とするものではなかった。実際、既存の政府による交戦団体承認の例はこれまでほとんどなく、政府と反徒の人道法の平等適用という側面は講学上のものでしかなかった、といっても過言ではない。諸文献において言及されるのはアメリカ南北戦争時の事例にほぼ限られている[43]。確かに、反徒が強力な組織を有するに至り、政府軍と拮抗する実力を持つようになれば、その戦闘は国家間の武力

---

[40] 立 作太郎『内亂ト國際法』（明治45年初版、大正3年再版、日本大学）70～71、92～99頁、田岡良一『國際法講義 上巻』（昭和30年、有斐閣）141～142頁、田畑茂二郎『国際法Ⅰ〔新版〕』（有斐閣法律学全集55、1973年）281～287頁

[41] 1949年ジュネーヴ諸条約共通第3条、1954年武力紛争文化財保護条約第19条2項　特別協定締結自体は交戦団体承認を前提とはしないが、合意の内容によっては黙示の承認と解されうる。

[42] 第三国が他国の内戦の反徒を交戦団体として承認し、中立法の適用関係に至る諸例は、主に、19世紀に見られた。（林 久茂「交戦団体承認についての一考察」『法学論叢』第61巻6号、Lindsay Moir, *The law of internal armed conflict,* (Cambridge University Press, 2002), pp.6-9.）

[43] 1861年4月19日の封鎖宣言が政府による交戦団体の黙示の承認と理解されている（Lindsay Moir, *The law of internal armed conflict,* (Cambridge University Press, 2002), pp.12-13., 田畑茂二郎『国際法Ⅰ〔新版〕』（有斐閣法律学全集55、1973年）284頁）。

紛争に類似したものとならざるを得ない。そしてその際の破壊殺戮の抑制規範として、人道法の適用が望まれることになる。ここで、政府による若干の人道法規適用は必ずしも交戦団体の黙示の承認とはならないと解される[44]が、しかし、既存政府が反徒を交戦団体として承認し、自らと対等な地位にある武力行使団体と認めることは、政府の弱体化の自白であり、これを明確に行なうことは通常ありえない。黙示の承認と解されるような行為すらも慎重に避けられる。政府は建前上あくまで反徒を「犯罪者集団」「テロ集団」と位置付けながら、他方で実際上可能な武力行使抑制行動を考えるのである。しかし、いかに実例が少なくとも体系的に国際人道法を語る場合には、この「交戦団体承認制度」の存在を無視することはできない。「内戦に適用される人道法」を理論的に捉える際に、一つの極にこの交戦団体承認制度を置き、他方の極には政府による反徒制圧の秩序維持・警察行為を置き、この両極端の広がりの中でその位置づけを考えなければならないからである。

4 民族解放戦争

民族解放戦争とは、一般に、本国の支配を受ける植民地が本国からの独立を求めて闘う武力闘争のことを意味する。この形態の紛争は、長らく内戦の一類型と考えられてきた。1949年ジュネーヴ諸条約共通第3条作成時においてもそうであった[45]。しかし、1960年代以後の民族自決権の形成・発展により、自決権を行使する人民に人道法上の独自の主体性が承認されてきた。それが最終的に確認されたのが1977年ジュネーヴ諸条約第一議定書第1条4項である。

---

[44] 「人道的判断による若干の戦争法規の反徒に対する適用の事実だけでは、交戦団体の承認とはならない。」(万国国際法学会1900年決議「反乱発生時における、反乱に直面した既存政府に対する外国の権利義務」第4条2項)
(http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1900_neu_02_fr.pdf) (日本語訳:高橋『纂註 國際法外交條規』9頁) (なお、上記引用は樋口訳)

[45] 樋口一彦「民族自決権を行使する人民の交戦資格」『関西大学大学院 法学ジャーナル』 第53号 5〜7頁

1977年ジュネーヴ諸条約第一議定書第1条

「3　この議定書は、戦争犠牲者の保護に関する千九百四十九年八月十二日のジュネーヴ諸条約を補完するものであり、同諸条約のそれぞれの第二条に共通して規定する事態について適用する。

4　3に規定する事態には、国際連合憲章並びに国際連合憲章による諸国間の友好関係及び協力についての国際法の諸原則に関する宣言にうたう人民の自決の権利の行使として人民が植民地支配及び外国による占領並びに人種差別体制に対して戦う武力紛争を含む。」

この条文において「国際連合憲章並びに国際連合憲章による諸国間の友好関係及び協力についての国際法の諸原則に関する宣言にうたう人民の自決の権利の行使として人民が植民地支配及び外国による占領並びに人種差別体制に対して戦う武力紛争」と定義された民族解放戦争は、「諸条約のそれぞれの第二条に共通して規定する事態」すなわち国際的武力紛争であると位置づけられたのである。この第1条4項の規定は、民族解放戦争がその性質上国際的武力紛争であることを承認したものであるが、しかしそれだけでは個々の具体的な紛争への諸条約および第一議定書適用の効果を生じさせない。締約国政府と戦う人民は条約の当事者ではないからである。従って、当該人民は、諸条約および第一議定書を受け入れる意思を表明しなければならない。このことを規定したのが第一議定書第96条3項である。

1977年ジュネーヴ諸条約第一議定書第96条3項

「3　第一条4に規定する武力紛争においていずれかの締約国と戦う人民を代表する当局は、寄託者にあてた一方的な宣言により、当該武力紛争について諸条約及びこの議定書を適用することを約束することができる。この宣言は、寄託者がこれを受領したときは、当該武力紛争に関し、次の効果を有する。

(a) 諸条約及びこの議定書は、紛争当事者としての当該当局について直ちに効力を生ずる。

(b) 当該当局は、諸条約及びこの議定書の締約国の有する権利及び義務と同一の権利及び義務を有する。

（c）諸条約及びこの議定書は、すべての紛争当事者をひとしく拘束する。」

追加議定書作成後30年以上経過した今日、この民族解放戦争関連規定の公式の適用例は、知られていない。今後も、これが公式に適用される可能性は低い。その意味では「そもそも適用されない規定」「死文である」との評価[46]はあながち間違いではない。1977年第一議定書における民族解放戦争関連規定は、将来の適用を目的とするというより、過去の植民地独立闘争――そしてイスラエル占領地における闘争やかつての南アフリカ人種差別体制との闘争――という民族解放戦争の国際的性質を承認するものである。このような実際に適用され難い規定は、国際法の体系の中では特異なものかもしれない。しかし、その国際性の承認なくしては、国際人道法の再確認と発展の作業が成り立たなかったことも事実である。

〈3〉国際人道法適用の始期と終期

1　適用の始期

国際人道法の中には、例外的に、武力紛争の存在しない時からの適用が予定される規定も存在している。たとえば、「条約原則の自国内での普及・周知」[47]は、「平時であると戦時であるとを問わず」「平時において武力紛争の際と同様に」行うこととされている[48]。しかし、原則として、国際人道法は、「武力紛争」において適用される法であり、常に適用されるものではない。適用の始期について、諸条約・議定書では「（戦争又は）武力紛争の場合」「占領の場合」に適用されるも

---

[46] George H. Aldrich, "Progressive Development of the Laws of War: A Reply to Criticisms of the 1977 Geneva Protocol Ⅰ", *Virginia Journal of International Law* Vol.26-3 (1986) pp.702-703.

[47] 1949年第一条約第47条、第二条約第48条、第三条約第127条、第四条約第144条、第一議定書第83条、第二議定書第19条

[48] 常に適用される規定の例として、他に、新兵器・戦闘方法の研究・開発についての第一議定書第36条や法律顧問の任用に関する第82条などが挙げられる（ICRC, *Commentary on the Additional Protocols* pp.66-67., BOTHE, PARTSCH, SOLF, *Commentary on the Two 1977 Protocols* p.58.）。

のと規定される[49]。この「武力紛争」の意味については、本章〈2〉（「国際的武力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」）において既に説明を行った。「占領」については、「占領地における文民の保護」の中で、下記第4章において検討したい。ここでは事実としての武力紛争あるいは占領が生じたならば、当然に、国際人道法の法的な適用が始まる、ということだけを確認しておきたい。このことは、慣習国際人道法も国際人道法条約も基本的に同じであるが、条約については固有の発効要件・効力発生についての規定が存在する。それらは、個々の条約の効力発生規定によるが、ジュネーヴ諸条約・追加議定書の特徴としていくつかの点を指摘することができる。

○条約発効に必要な締約国数の少なさ

1949年ジュネーヴ諸条約・1977年追加議定書・2005年第三議定書の効力発生に必要な批准書（および加入書）の数はわずかに2である[50]。これは他の「法典化条約」[51]と比べて非常に少ない数である[52]。

○紛争当事国による批准・加入の場合の即時の効力発生

1949年諸条約において、武力紛争・占領の存在する場合、当該国による批准・加入について、批准・加入から効力を生じるまでの6か月[53]を必要とせず、ただち

---

[49] 1949年諸条約共通第2条、共通第3条、1949年第四条約第6条、第一議定書第1条3項、第3条、第二議定書第1条

[50] 1949年諸条約第58/57/138/153条、1977年第一議定書第95条、第二議定書第23条、第三議定書第11条　なお、1949年諸条約では加入は効力発生の後になされるものであるが（第60/59/139/155条）、追加議定書ではそのような時間的制約がなく（第一議定書第94条、第二議定書第22条、第三議定書第10条）、したがって加入も効力発生に必要な数に加えられる。

[51] たとえば、条約法条約—35（第84条）、1958年海洋法諸条約—22（領海条約第29条、公海条約第34条、生物資源保存条約第18条、大陸棚条約第11条）、国連海洋法条約—60（第308条）、外交関係条約—22（第51条）、領事関係条約—22（第77条）、国連国家免除条約—30（第30条）

[52] なお、1954年文化財保護条約—5（第33条）、同議定書—5（10(a)）、1999年第二議定書—20（第43条）、1980年特定通常兵器使用禁止制限条約—20（第5条）

[53] 1949年諸条約第58,61/57,60/138,140/153,156条、1977年第一議定書第95条、第二議定書第23条、第三議定書第11条

に効力が生じる旨規定される[54]。同様の規定は追加議定書には見当たらない。この点についてICRC注釈書では、次のように説明される。「第一議定書は諸条約に追加される文書であるから、当該条項は第一議定書に適用され、そのことを再述する必要はない、とICRCは考えていた。しかし、後から考えれば、この点について疑いがないかどうかを第一委員会に諮ったほうがよかった。人道法外交会議のいずれの組織もこの点に関して討議を求めなかったので、諸条約共通第62/61/141/157条によって、第一議定書第1条（一般原則及び適用範囲）に規定する事態の存在から、紛争当事国の批准・加入について直ちに効力を生じさせる、と結論することができる。[55]」第二議定書について、この注釈書では、特に言及がない[56]。しかし、諸条約共通第62/61/141/157条は非国際的武力紛争に関する第3条についても含むものなので[57]、その共通第3条を補完・発展させる第二議定書[58]についても、第一議定書と同様に、武力紛争時には直ちに発効すると解することができる。内戦の多発する今日、未だ第二議定書が普遍的な参加を得ていない状況[59]において、この点は重要であると思われる。なお、同様の規定が武力紛争文化財保護条約にも存在する[60]。

○非締約国の「受諾かつ適用」による条約関係の発生

1949年諸条約共通第2条において次の条文が含まれている。「紛争当事国の一がこの条約の締約国でない場合にも、締約国たる諸国は、その相互の関係においては、この条約によつて拘束されるものとする。更に、それらの諸国は、締約国で

[54] 1949年諸条約第62/61/141/157条

[55] ICRC, *Commentary on the Additional Protocols* p.1081., paras.3738-3739.

[56] *Ibid.,* pp.1483-1485,1497., paras.4895-4902,4917.

[57] 「第2条及び第3条に定める状態は、紛争当事国が敵対行為又は占領の開始前又は開始後に行つた批准又は加入に対し、直ちに効力を与えるものとする。」（諸条約共通第62/61/141/157条）

[58] 1977年第二議定書第1条

[59] 1949年諸条約の当事国数が194であるのに対し、1977年第二議定書の当事国数は165である（奥脇 編『条約集 2011』934頁）。

[60] 1954年文化財保護条約第33条3項、同議定書10(c)項、1999年第二議定書第44条

ない紛争当事国がこの条約の規定を受諾し、且つ、適用するときは、その国との関係においても、この条約によつて拘束されるものとする。」第一議定書第96条2項、第三議定書第12条2項にも同様の規定が置かれる。この引用した条文の前半部分は、後述する総加入条項の適用がないことを確認するものである。ここで関連するのはその後半部分であり、批准・加入を行っていない非締約国が諸条約・議定書を「受諾かつ適用」することによって、締約国との条約関係が生じることとされている。この方式は、実際に、1956年のスエズ紛争において使われた[61]。この「受諾かつ適用」とはいかなることを意味しているのか。まず、「適用」というのは、事実として条約規定に従って行動していることを意味する。他方、「受諾」というのは、何らかの形式・態度表明が必要とされるのか。この類似の規定が1954年文化財保護条約および1980年特定通常兵器禁止制限条約にも見られるが、前者は「受諾する旨を宣言」することを求めており[62]、さらに後者は「受諾し、適用し、かつ、その旨を寄託者に通告」することを必要としている[63]。しかし、ICRC注釈書の解釈では、1949年諸条約・1977年第一議定書について、そのような形式性を必ず必要とするものではなく、実際の適用から黙示的に受諾が示されることでも可としている[64]。

ところで、これらの条文は、非締約国間で、紛争当事国たる非締約国がそれぞれ受諾かつ適用する場合の条約の適用については直接に規定していない。しかし、

---

[61] 「第2条のこの条文は1956年秋のスエズ紛争中に適用された。この時、敵対する紛争当事国は、一方がエジプトで、他方がフランス、イスラエルそしてイギリスであった。これらの諸国の中でイギリスのみが批准をまだ行っておらず、諸条約によって拘束されていなかった。しかしながら、赤十字国際委員会からの電文に応えてイギリス首相は、その公式の批准までの間、イギリス政府は諸条約を受諾し、かつ、その必要のある状況が生じたならば諸条約の規定を完全に適用する意思を有する、と述べた。ICRCはこの声明を他の紛争当事諸国に伝えた。いずれの交戦国もこの諸条約の適用について異議を唱えなかった。」(ICRC, *Commentary III* p.27. 榎本重治・足立純夫　共訳『赤十字国際委員会発行　ジュネーヴ条約解説Ⅲ』(朝雲新聞社、1973年) 29頁) なお、上記引用は樋口訳。

[62] 1954年文化財保護条約第18条3項

[63] 1980年特定通常兵器使用禁止制限条約第7条2項

[64] ICRC, *Commentary I* pp.34-37., ICRC, *Commentary on the Additional Protocols* pp.1087-1088., para.3757.

条約・議定書の趣旨・目的からすれば、そのような方式での適用が排除されるとは思われない。ただし、1949年諸条約について言えば、ほとんどの国がこれら諸条約の締約国となり、かつこれらの諸条約が国際慣習法の表明と一般的に考えられる今日、このような「受諾かつ適用」による条約としての適用関係の確立の実際的な意義は少なくなってきている。

なお、内戦に適用される共通第3条・第二議定書については、条約上の制度としては反徒の側の批准・加入を想定していない。そして、反徒の「受諾かつ適用」による条約関係の発生ではなく、武力紛争の発生から当然に締約国政府の遵守義務が生じる[65]。他方、非締約国政府による「受諾かつ適用」による条約の拘束力発生は、考えられうる。但し、武力紛争の存在を認めない一般的な傾向に鑑みれば、公式の「受諾かつ適用」の明言の可能性は高くない。

※ 総加入条項

第一次大戦以前の多くの戦争法条約には、交戦国の中に一カ国でも当該条約の非締約国が含まれていれば、その条約は当該武力紛争について条約締約国間においても全く適用されない旨の条項が置かれていた。そのような条項が「総加入条項」と呼ばれる。1868年のセント・ピータースブルグ宣言（サンクト・ペテルブルグ宣言[66]）がこの条項を含む最初の例と見られる。それによれば

「この約束は、二以上の締約国または加入国の間の戦争の場合に、それらの国に対してのみ拘束力を有する。この約束は、非締約国あるいは加入していない国に対して適用されない。

また、締約国あるいは加入国の間の戦争に、非締約国あるいは加入していない

[65] 但し、前述のように、「特別の協定」によって共通第3条以外の諸規定の実施に合意すれば、その限りで、反徒も当該協定の当事者になる。

[66] 1899年窒息性ガスに関する宣言の公定訳においては「聖彼得堡宣言書」と表記される（山本 編『条約集 1999』614頁、高橋『纂註 國際法外交條規』486頁）。

国が交戦国の中に加わった時から、この約束の拘束力は終了する。[67]」
1899年ハーグ諸条約においても同様の表現でこの条項が入れられた[68]。1907年ハーグ陸戦条約第2条では少し異なり、
「第一条ニ掲ケタル規則及本条約ノ規定ハ、交戦国カ悉ク本条約ノ当事者ナルトキニ限、締約国間ニノミ之ヲ適用ス。[69]」
と表現される[70]。セント・ピータースブルグ宣言（サンクト・ペテルブルグ宣言）を起草した1868年会議[71]や1899年ハーグ会議[72]では当該宣言・条約が締約国間においてのみ拘束力を持ち、非締約国に対しては拘束されないことに議論の力点が置かれたのであるが、1907年ハーグ会議では、この条項の意義として「交戦国は、その敵に対して課されない制約を受けるべきではない。この原則は、それ自体正当なものであるのみならず、その適用はハーグ諸条約に参加するすべての国にとってより有利なものとなるので、ハーグ諸条約の受け入れ拡大を促進する効用を有する[73]」と説明された。

---

[67] G. Fr. de Martens. *Nouveau recueil général de traités, conventions et autres transactions remarquables* Tome XVIII (Goettingue,1873.,Kraus reprint,1975) p.475.（仏語正文）, Schindler and Toman (eds.), Fourth Edition p.92.（英語訳文）

[68] 1899年陸戦条約第2条、ジュネーヴ条約諸原則海戦適用条約第11条、軽気球上より及び之に類似したる他の方法に依り投射物及び爆裂物を投下することを五箇年間禁止する宣言、窒息性ガスに関する宣言、開展弾丸に関する宣言(Schindler and Toman (eds.), Fourth Edition pp.62,375,311,96,100.)　1899年ハーグ会議議事録において、この条項がセント・ピータースブルグ宣言（サンクト・ペテルブルグ宣言）に由来するものである旨説明された。(James Brown Scott, *The proceedings of the Hague Peace Conferences : translation of the official texts : The Conference of 1899* (Oxford University Press, 1920, reprint 2000) p.209.)

[69] 奥脇直也 編集代表『国際条約集 2011年版』（有斐閣、2011年）685頁（公定訳）

[70] 開戦敵商船取扱条約第6条、商船軍艦変更条約第7条、自動触発水雷敷設条約第7条、戦時海軍力砲撃条約第8条、ジュネーヴ条約諸原則海戦適用条約第18条、海戦捕獲権行使制限条約第9条も同様の表現である。なお、「軽気球上より投射物及び爆裂物を投下することを禁止する宣言」においては、1899年宣言と同じ表現が用いられている。(Schindler and Toman (eds.), Fourth Edition pp.1061,1067,1073,1082,401,1089,311.)

[71] G. Fr. de Martens. *Nouveau recueil général de traités, conventions et autres transactions remarquables* Tome XVIII (Goettingue,1873.,Kraus reprint,1975) pp.471-472.

[72] James Brown Scott, *The proceedings of the Hague Peace Conferences : translation of the official texts : The Conference of 1899* (Oxford University Press, 1920, reprint 2000) p.209.

[73] James Brown Scott, *The proceedings of the Hague Peace Conferences : translation of the official texts : The Conference of 1907* Vol. I (Oxford University Press, 1920, reprint 2000) p.338.

この条項により1907年ハーグ諸条約は第一次世界大戦に法的には適用されないことになったが、これにより交戦国が条約上の義務を免れる主張を行った例は稀であった、と指摘される[74]。1864年の最初の赤十字条約[75]を改訂した1906年条約にも総加入条項が含まれており（第24条[76]）、当初から交戦国であったモンテネグロが条約当事国でなかったが、条約当事国たる交戦国のいずれもこのことを援用せず、1906年条約は総ての締約国によって有効なものと考えられた、と解説される[77]。1929年ジュネーヴ二条約においてはこの総加入条項は含まれない。条約作成会議においては、特に、締約国の軍隊と非締約国であるその同盟国の軍隊が共同して作戦を行う場合、条約適用が困難になると指摘された。そして、締約国は敵交戦国中の非締約国に対して条約遵守の可否を問い、拒否または沈黙の場合には、敵交戦国全体に対して条約の適用義務を負わない、とする案をフランス、イタリアおよびスイスの三国が提出した[78]。しかし、この提案は十分な賛成が得られず[79]、非締約国が交戦国に加わる場合でも締約国間では条約が適用されるとする条約草案[80]（そしてイギリス案[81]）の原則が維持された。以後、この総加入条項を明示的に排除する規定が人道法諸条約に引き継がれることとなる（1949年ジュネーヴ諸条約共通第2条、1977年第一議定書第96条2項、2005年第三議定書第12条

---

[74] James Wilford Garner, *International Law and the World War* Vol.1 (Longmans, Green and Co.1920, Reprint 2003) pp.19, 21.

[75] この条約には総加入条項は含まれていない。

[76] 条文上の表現が1899年ハーグ諸条約のものと少し異なるが、これはより正確に表現するための修正であると説明された。(*Actes de la Conférence de revision réunie a Genève du 11 Juin au 6 Juillet 1906*, p.264.)

[77] Paul Des Gouttes, *La convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en Campagne du 27 Juillet 1929 ; Commentaire* (CICR, 1930) p.188.

[78] *Actes de la Conférence diplomatique convoquée par le Conseil fédéral suisse pour la révision de la Convention du 6 juillet 1906 pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne et pour l'élaboration d'une convention relative au traitement des prisonniers de guerre et réunie à Genève du 1er au 27 juillet 1929* (Genève, 1930) p.320.

[79] *Ibid.*, pp.321, 329.

[80] *Ibid.*, p.20.

[81] *Ibid.*, pp.300, 322.

2項)。そして、さらに、前述のように、非締約国の「受諾かつ適用」による条約関係の発生についても規定されることとなる。

諸国の実行における総加入条項の不援用は、その条約と同内容の国際慣習法の存在と無関係ではない。当該条約規定と同じ内容の慣習法が存在しているならば、あるいは当該条約（の規定内容）がその後慣習法化したと認識されるならば、その条約中の総加入条項は実質的な意味を持たなくなる。つまり、総加入条項を援用して条約そのものの効力を否定しても、同内容の慣習法の効力は依然として残るのであって、総加入条項をわざわざ援用する意味は存在しない、ということである。第二次大戦後のニュルンベルク国際軍事裁判判決において、1907年ハーグ陸戦条約に関して、「この1907年ハーグ条約第2条の中の『総加入』条項によってこのハーグ条約が本件において適用されない、と主張される。・・・今次戦争の若干の交戦国はこの条約の当事国ではなかった。本法廷の見解では、この問題について判断する必要はない。本条約に示される陸戦規則は、明らかに、その採択時においては現行国際法を越える進歩を現すものであった。本条約は、当時存在したと考えられる『戦争の一般法規および慣習を改訂する』ことに取り組むものであることを、明確に述べている。しかしながら、1939年までに本条約中に規定されるこれら規則はすべての文明諸国によって認められ、本条例第6条b項で言及される戦争の法規および慣習を宣言したものであると認識されるようになった。[82]」と述べられた[83]。人道法条約（の規則）が慣習法の表明であると認識される限り、総加入条項はもちろん、その条約の締約国であるか非締約国であるかも考慮する必要がない。しかし、その条約規定内容が慣習法の表明ではないならば、総加入条項のない場合、締約国・非締約国の入り混じる武力紛争においては条約の適用

[82] *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Nuremberg 14 November 1945 -1 October 1946* Vol.1 (Germany,1947) pp.253-254.

[83] 東京裁判判決においても、ハーグ諸条約が「国際慣習法のよい証拠」として位置づけられている。(Neil Boister and Robert Cryer (eds.), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal : charter, indictment and judgments* (Oxford University Press , 2008) pp.102, 104.)

関係の複雑性が顕在化する。前述の「受諾かつ適用」方式の活用が望まれることとなる。

2　適用の終期

前述のように、国際人道法は原則として武力紛争において適用される法であるから、武力紛争が終結すれば、国際人道法の適用も終了するはずである。しかしながら、敵対行為が停止し、紛争当事国間の平和的関係が回復しても、捕虜や文民の本国送還・居住地の設定[84]が終了していないことがある。このような場合を考慮して、ジュネーヴ諸条約・追加議定書において、そのような者の送還終了・居住地設定まで条約の適用が継続することとされている（1949年第一条約第5条[85]、第三条約第5条、第四条約第6条、1977年第一議定書第3条）。

また、交戦行為を行って敵の権力内に陥った者が捕虜の資格を有するかどうかについて疑いのある場合、権限ある裁判所によって決定されるまでは捕虜条約上の保護が与えられる（1949年第三条約第5条）。

1949年文民条約（第四条約）については、紛争当事国の領域内では、軍事行動の全般的終了の時にその適用が終了するが、占領地域内においては、軍事行動の全般的終了の後一年までその適用が継続されることとされ、さらに、占領が継続する場合、一定の条項のみが引き続き効力を持つとされた（1949年第四条約第6条）。この占領継続の場合、1977年第一議定書では、占領地域においては1949年諸条約および第一議定書が占領終了時まで適用される、と拡大された（1977年第一議定書第3条(b)）。もともとこの1949年文民条約の「一年規定」は第二次大戦

---

[84] 1949年第四条約第6条において、何らかの理由で本国に送還されえず、また現在の居住国での永住を許可されない被保護者が別の国で居住地を定める場合について、この用語が用いられている（ICRC, *Commentary IV* p.64.）。

[85] 第一条約の適用対象者で敵の権力内にある者は捕虜であるから、捕虜条約の保護を同時に受ける（ICRC, *Commentary I* p.65.）。なお、第二条約には第一条約第5条に対応する規定がない。その理由として、その被保護者は陸上で収容され、第一条約、第三条約あるいは第四条約が適用されるから、と説明される（ICRC, *Commentary II* p.41.）。

後の日本およびドイツの場合を念頭においたもので[86]、一般的な規定としては必ずしも適切なものではないと再考されたのである[87]。ただし、当該事態に第一議定書は適用されず、文民条約のみが適用されるならば、この「一年規定」は引き続き効力を有する。「パレスチナの壁建設勧告的意見」において、国際司法裁判所（ICJ）は、イスラエル占領地に対する1949年文民条約の適用を認めたうえで、「1967年における西岸占領に至る軍事行動は、はるか以前に終結しているので、第6条3項で言及されるジュネーヴ第四条約の諸規定のみがその占領地域に継続して適用される。」とした[88]。

人道法関係の条約においては、条約としての廃棄に関する規定がおかれることも多い。セント・ピータースブルグ宣言（サンクト・ペテルブルグ宣言）に廃棄条項は見当たらないが、1899年・1907年ハーグ諸条約・諸宣言においては廃棄通告後一年で廃棄の効力が生じるとされている[89]。1929年ジュネーヴ二条約では、廃棄通告後一年で廃棄の効力が生じるけれども、廃棄国の参加する戦争中にはその廃棄の効力が生じることなく、平和回復まで条約の有効性が継続するとされた[90]。1929年捕虜条約第96条では、さらに、送還活動が終了するまで条約の効力が及ぶと規定された。この方式は、1949年諸条約（63/62/142/158条[91]）・1977年追加議定書（第一議定書第99条、第二議定書第25条[92]）そして2005年第三議定書

---

[86] ICRC, *Commentary IV* p.62.

[87] BOTHE, PARTSCH, SOLF, *Commentary on the Two 1977 Protocols* p.59.

[88] *International Law Reports* Vol.129, p.105., para.125.

[89] 1899年陸戦条約第5条、ジュネーヴ条約諸原則海戦適用条約第14条、軽気球上より及び之に類似したる他の方法に依り投射物及び爆裂物を投下することを五箇年間禁止する宣言、窒息性ガスに関する宣言、開展弾丸に関する宣言、1907年陸戦条約第8条、開戦敵商船取扱条約第10条、商船軍艦変更条約第11条、戦時海軍力砲撃条約第12条、ジュネーヴ条約諸原則海戦適用条約第27条、軽気球上より投射物及び爆裂物を投下することを禁止する宣言　なお、自動触発水雷敷設条約においては有効期間が批准から7年間とし、しかし廃棄されない限りその後も効力を有するとされ、廃棄通告後6カ月で失効すると規定される（第11条）。

[90] 傷病者状態改善条約第38条、捕虜条約第96条

[91] 基本的に共通規定であるが、第四条約第158条には「解放」「送還」に加えて「居住地の設定」が入れられる。

[92] 第二議定書においては、1年ではなく6カ月で廃棄の効力が生じる。この期間の相違について、「外交会議公式議事録からはこの相違の理由は明らかではない。おそらく、自国の国内

（第14条）に引き継がれており、また他の人道法条約[93]においても見ることができる。もちろん、このような廃棄条項も、当該条約が慣習法の表明であると認識されるに従って、実質的な意味がなくなる。なお、Roberts and Guelffの資料集[94]を参照する限り、人道法の諸条約について、正式な廃棄の例は見当たらない。

略語表（前号―『琉大法学』第86号―62頁に追加されるもの）

奥脇 編『条約集 2011』：
奥脇直也 編集代表『国際条約集 2011年版』（有斐閣、2011年）

ICRC, *Commentary I*:
ICRC, *Commentary I Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field* (1952)

ICRC, *Commentary II*:
ICRC, *Commentary II Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea* (1960)

ICRC, *Commentary III*:
ICRC, *Commentary III Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War* (1960)

ICRC, *Commentary IV*:
ICRC, *Commentary IV Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in time of war* (1958)

的問題についてより広い権限を保持しておきたいと考える会議参加諸国の意図の反映であると思われる。」と説明される（ICRC, *Commentary on the Additional Protocols* p.1502. para.4922.）。

[93] 武力紛争文化財保護条約第37条、同議定書13(a)、同第二議定書第45条、特定通常兵器禁止制限条約第9条

[94] Adam Roberts and Richard Guelff (eds.), *Documents on the Laws of War* 3rd ed. (Oxford University Press, 2000)

ICRC, *Commentary on the Additional Protocols*:
ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Nijhoff ,1987)

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

前号（『琉大法学』第86号）正誤表

37頁　註11
F. de Martens, *La paix et la guerre- La conférence de Bruxelles 1874. Droits et devoirs des belligérants (leur application pendant la guerre d'Orient 1874-1878) La conférence de La Haye 1899* (Paris-Arthur Rousseau, 1901)
（綴字符号の印刷上の誤り）

38頁　註18
樋口一彦「一九七七年ジュネーヴ諸条約第一追加議定書における戦闘員の資格（一）」『関西大学大学院 法学ジャーナル』第44号（1986年）
（長音記号の印刷上の誤り）

51頁　註96
樋口一彦「ヘルツェーグ著『国際人道法の発展』」『関西大学大学院 法学ジャーナル』第43号
（長音記号の印刷上の誤り）

55頁　註118
樋口一彦「一九七七年ジュネーヴ諸条約第一追加議定書における戦闘員の資格（一）」『関西大学大学院 法学ジャーナル』第44号（1986年）
（長音記号の印刷上の誤り）

57頁　註124
Tadić
（綴字符号の印刷上の誤り）