

反政府武装集団に対する国家の法執行における致死力行使と 国際人権法の規制力 —欧州人権裁判所2011年フィンゲノフ事件判決をめぐって—

Can International Human Rights Law Duly Regulate the State's Use of Lethal Force in Law Enforcement against an Armed Opposition Group?

田 村 恵理子

国家と反政府武装集団といった法的非対称関係における前者の後者に対する致死力行使をめぐっては、それが非国際的武力紛争の敷居に達すれば、人道法の敵対行為型暴力行為規制を法構造上の矛盾にも拘わらず拡張適用しようとする動きが近年顕著であるが、これに対して人権法の法執行型暴力行為規制はどれほど有用であるだろうか。

欧州人権裁判所が近年フィンゲノフ事件判決で明確に提示した回答は、平時の法執行であれ非国際的武力紛争時の軍事行動であれ本質的な区別なく、致死力行使に訴える国家がその置かれた事態にコントロールを及ぼしているか否かという事実評価をメルクマールとし、かかるコントロールを及ぼしているときには「絶対的必要」基準を、及ぼしていないときにはそれより緩やかな—よって国家の判断を優先する—基準を、少なくとも致死力行使の戦略的・軍事的・技術的側面について当てはめるというものである。

本稿は、このような人権法による法執行型暴力行為規制の内容を詳細に分析し、それが平時とも非国際的武力紛争とも捉えうる国家の致死力行使の規律にいかなる意義と限界をもちうるかを検討するものである。

キーワード：（国際）人権法、法執行、致死力行使、生命権、「絶対的必要」基準

目 次

- I はじめに
- II フィンゲノフ事件判決の概要
 - 1 事実関係
 - 2 判旨
- III 分析
 - 1 法執行での致死力行使による生命剥奪に関する人権法上の基準
 - 2 人権法による法執行型暴力行為規制の意義と限界

IV おわりに

I はじめに

国際人権法（以下「人権法」）は、国家とその一法上ないし事実上の一権力下にある個人との関係を規律し、国家の個人に対する権力行使に制約を課すことを本義とする。このような人権法は一その制約の態様や程度に違いはあっても一戦時・平時を問わずあらゆる場合に妥当する。ある国家において政府に対抗する武装集団（以下「反政府武装集団」）が台頭し、政府との間で武力闘争を行う状況が生じた場合にも、人権法は引き続き妥当する。他方、このような事態は他国にとっても共通の国際関心事項であるため、「内戦」あるいは「非国際的武力紛争」として国家間の国際的武力紛争に準え、後者を伝統的に規律してきた戦争法（*jus in bello*）ないし国際人道法（以下「人道法」）を可能な限り前者にも適用するという方法がとられてきた。こうして、非国際的武力紛争においては、人権法の規律関係を前提に、人道法（の一部）が重疊的に適用されることとなる。

このような非国際的武力紛争における人権法と人道法の関係については、その法構造に着目した分析が有用である¹。政府と反政府武装集団との武力闘争は、人道法を適用するからには「騒乱又は緊張の事態」を超えて「武力紛争」の敷居に達することが要求されるが²、そこにおいても政府と反政府武装集団との法的非対称性はあくまで維持されている。そのことを最も雄弁に物語るのは、「非国際的武力紛争」がいかに定義されようとも、そこに適用される人道法規範には重要な限界があり、反政府武装集団が政府と法的に対等であることを含意する規範—その代表が戦闘員（捕虜）資格及びこれに基づく権利義務に関する規範—は適用されないということである。逆にいえば、政府と反政府武装集団の法的非対称性と矛盾しない人道法規範、すなわち、政府あるいは反政府武装集団と「敵対行為に直接参加しない又はしなくなった者」³との関係を規律す

¹ 田村恵理子「非国際的武力紛争における人道法と人権法の関係」国際法外交雑誌第109巻1号（2010年）57-61頁。

² 1949年ジュネーブ諸条約共通第3条、1977年第二追加議定書第1条2項。

³ 「敵対行為に直接参加しない又はしなくなった者」とは、より具体的に、共通第3条においては「武器を放棄した軍隊の構成員」および「病気、負傷、抑留その他の事由により戦闘外に置かれた者（*hors de combat*）」が代表的なものとして挙げられており、第二追加議定書においては、「収容されているか抑留されているかを問わず武力紛争に関連する理由で自由を奪われた者」（第5条1項）、「武力紛争に参加したか否かを問わず全ての傷者、病者および難船者」（第7条1項）、「文民」（第13条1項）が挙げられている。「敵対行為に直接参加しない又はしなくなった者」はまた、「敵対する紛争当事国／紛争当事者の権力内にある者」（ジュネーブ捕虜条約第4条・第12条、第一追加議定書第41条2項）あるいは「紛争当事者又は占領国の権力内にある者」（ジュネーブ文民条約第4条1項）に対応する者であるともいえる。なお、国際的武力紛争における広義の「文民」は、第一追加議定書上および慣習法上、「紛争当事者の軍隊の構成員でない者」を意味するのに

る人道法規範だけが、非国際的武力紛争にも適用可能とされる。そして、後者の人道法規範は、法上ないし事実上の権力者と個人との関係を規律するという法構造上の類似性から、人権法と補完的な関係に立つと一般に言える⁴。他方、前者の法的対等者間の敵対行為を規制する人道法規範⁵は上記のような法構造をもたないため、そのままの形では適用できない。

ところが、近年、赤十字国際委員会（以下「ICRC」）の2009年「国際人道法における敵対行為への直接的参加の概念に関する解釈指針」（以下「DPH 解釈指針」）は、非国際的武力紛争における反政府武装集団も（政府軍と同様）カテゴリー的に軍事目標とされることを定めた⁶。こうして、反政府武装集団の軍隊構成員は、引き続き戦闘員（捕虜）資格を認められることはない一方、「敵対行為に直接参加する文民」のように敵対行為直接参加という「行為」を基準に攻撃される者とは違い、当該行為を継続的に担う「構成員であること（構成員性）」を基準に一よって構成員である限りいつでも一攻撃される者であるとされた。これは、人的軍事目標選定における区別原則に限っているとはいえ、法的対等者間の敵対行為を規制する人道法規範を法的非対称関係（とくに非国際的武力紛争におけるそれ）へ拡張⁷する重大な試みであるが、法構造上の不整合性ゆえ人道法体系の動揺を引き起こしうる⁸。戦闘員（捕虜）資格が認められないゆえ自己を文民と区別する動機が依然として全く働かない反政府武装集団構成員を前に、政府軍が暴力行為を指向する対象がより広く認められることとなったために、文民その他の敵対行為に直接参加しない又はしなくなった者が「誤爆」を被る可能性はより一層高まる⁹。このようにして、少なくとも、軍事的必要性和人道的考慮のバランスをますます前者に比重を置くように人道法体系

対し、非国際的武力紛争においては、反政府武装集団に戦闘員の地位が認められないので、これと表裏一体の概念である「文民」も厳密には想定されないのだが、上述のように第二追加議定書は「文民」の用語を一定義することなく一使っており、第一追加議定書とセットで起草された経緯からして、非国際的武力紛争においても「文民」は「政府ないし反政府武装集団の軍隊の構成員でない者」を意味すると一少なくとも第二追加議定書の締約国にとっては一考えられていると見てよいだろう。

⁴ もっとも、人権法と違い人道法上の個人は一軍事的必要性和人道的考慮の妥協という命題から一「戦闘員」又は「文民」としてカテゴリー化されており、また、戦闘員ないし文民の保護される地位も人権享有者と異なり、権力者の人道法違反により権利侵害を受けたとして請求できる地位ではないと考えられる。See, R. Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law* (Cambridge U.P., 2002), p.16.

⁵ 相手方集団の戦闘能力喪失を第一義的目的とする暴力行為を規制する規範で、一般に「戦闘の手段・方法の規制」と呼ばれるものである。その内容は、兵器を主とする戦闘手段に関する規則、並びに、戦闘員若しくは兵器プラットフォームがとるべき外見に関する規則および破壊が許容される人的・物的軍事目標の選定に関する規則である。参照、真山全「現代における武力紛争法の諸問題」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』（東信堂、2004年）15頁。

⁶ ICRC, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law* (ICRC, 2009) [hereinafter, *DPH Interpretive Guidance*], pp.16-17.

⁷ 旧ユーゴ国際刑事裁判所 (ICTY) は有名な1995年タジッチ事件上訴裁判部管轄権判決で、国際的武力紛争に適用される人道法—戦闘手段・方法の規制を含む—の幾つかは原則的内容について慣習法として非国際的武力紛争にも拡張的に適用されるようになってきていると判示した。ICTY, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, paras.125-127.

⁸ 真山全「文民保護と武力紛争法」世界法年報第31号（2012年）146, 151-152頁。

⁹ 田村恵理子「国際人道法における共同体義務の遵守強制」（博士学位論文、2013年3月）34-35頁。

が変容させられる恐れがある。

法的非対称関係に敵対行為型暴力行為規制の人道法規範を持ち込むことの上記のような問題性に鑑みれば、法執行型暴力行為規制の国際法に目を向け、それが政府と反政府武装集団間の武力闘争—非国際的武力紛争に達したものも含めて—の規律に適合した内容となっているかを検討することは、大きな意義がある。

そもそも法的に対等でない者の間での暴力行為は、それが生じている国家の国内（刑事）法がまずもって規律するが、そのうち国家の法執行型暴力行為¹⁰を外側からさらに規律するものが国際法であり、中でも近年最も重要とされるのが人権法上の生命権にかかる規律である。

本稿が取り上げる欧州人権裁判所（以下「裁判所」）の2011年フィンゲノフ他対ロシア事件判決¹¹（以下「フィンゲノフ事件判決」）は、国内での非国際的武力紛争ともいえる事態下で生じた国家の反政府武装集団に対する致死力行使を「警察行動（policing operation）」—すなわち法執行—であると明確に性質付けた上で、生命剥奪に関する人権法上の基準を詳細に展開しており、注目に値する。フィンゲノフ事件判決はまた、事態がより非国際的武力紛争に近く裁判所が黙示的に人道法（敵対行為型暴力行為規制）を参照したと思われた2005年の2つのイサエヴァ事件判決¹²に言及し、フィンゲノフ事件にはイサエヴァ事件と同じく人権法上の基準が当てはめられる旨述べたため、翻って、イサエヴァ事件判決では実のところ人道法は参照されなかった—人権法のみが適用された—ことが明らかにされた。しかし、筆者がすでに別稿で検討したように¹³、イサエヴァ事件判決で裁判所が国家の致死力行使に当てはめた必要性基準および均衡性基準の内容は人道法と親和的であった（よって裁判所は黙示的に人道法を参照したと筆者は評価した）。つまり、人権法上の生命剥奪の合法性を測る基準としてはあまりにも緩やかで、それはとりわけ均衡性基準の当てはめにおいて顕著であり、致死力行使の対象者の生命権が全く考慮されなかった—当該者以外の住民の生命権のみが考慮された—のであった。したがって、このような基準をあくまで人権法上のものとして説明するフィンゲノフ事件判決の論理が、なお一層注目に値する。そこで以下、IIでフィンゲノフ事件判決の概要を整理した後、IIIにおいて、同判決が示した法執行での致死力行使による生命剥奪に関する人権法上の基準について分析し、人権法による法執行型暴力行為規制の意義と限界について考察する。

¹⁰ 反政府武装集団の暴力行為（国内犯罪）について国際法がどのような規律を及ぼしているかも重要な論点であるが、本稿の対象とはしない。

¹¹ *Finogenov and Others v. Russia*, Application Nos.18299/03 and 27311/03, Judgment of 20 December 2011 [hereinafter, *Finogenov Judgment*]. 本件は、もともと別になされたが同一の請求事項にかかる2つの申立てを併合審理したものである。*Finogenov Judgment*, paras.1-4

¹² *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, Application Nos.57947/00, 57948/00 and 57949/00, Judgment, 24 February 2005 [hereinafter, *Isayeva et al. Judgment*]; *Isayeva v. Russia*, Application No. 57950/00, Judgment, 24 February 2005 [hereinafter, *Isayeva Judgment*].

¹³ 田村「前掲論文」（注1）70-72頁。

II フィンゲノフ事件判決の概要

本件は、チェチェン分離運動に所属する反政府武装集団（以下「チェチェン武装集団」）が2002年10月にモスクワ市のドゥブロフカ劇場で人質をとった事件（以下「人質事件」）に関し、その被害者および遺族（64名）が、人質事件に対応したロシア当局の行為によって欧州人権条約（以下「条約」）第2条の生命権を侵害されたとしてロシア（被告国）を訴えたものである。結論として裁判所は、ロシア治安部隊による劇場突入時のガス使用—致死力行使—は第2条に違反しないが、その後のロシア当局による人質救出・救護活動およびこれら一連の当局の行動への公的調査の態様は第2条に違反する¹⁴と、全員一致で判断した。

以下では、本稿の検討対象と関係する致死力行使の側面を中心に判決内容をまとめ、致死力行使以外の生命権にかかる側面（人質救出・救護活動および公的調査）については簡潔に紹介するに留める。

1 事実関係

(1) 人質事件¹⁵

2002年10月23日、機関銃と爆弾をもったチェチェン武装集団(40名以上)がモスクワ市のドゥブロフカ劇場で900名以上を人質にとり3日に渡って劇場に立て籠った。劇場には偽装爆弾(ブービートラップ)が仕掛けられ、自爆要員(18名)が人質の間に配置された。チェチェン武装集団は、ロシア軍がチェチェン共和国から撤退し、ロシア連邦当局の政治指導者がチェチェン分離運動との直接交渉に入るよう要求していた。何人かのジャーナリストや公人が劇場に入り話した結果、チェチェン武装集団は幾人かの人質を解放し食料と飲料水の受け取りに応じたが、上記の要求を主張し続けた。被告国によると、脱出又は抵抗を試みた数名の人質はチェチェン武装集団に射殺された。

人質事件の発生を受けて被告国は、連邦保安庁(FSB)の指揮下に「危機対策ユニット(crisis cell)」を立ち上げ、これを事件現場の劇場近くに設置した。危機対策ユニットは様々な国家機関メンバーから構成されており、人質の救出を担う連邦救援庁および人質の救護を担う連邦保健省の部局が含まれていた。被告国によれば、人質救出・救護活動の事前準備に特段の問題はなかったとのことである。

人質事件発生から3日目の早朝、ロシア治安部隊は、人質の囚われている劇場講堂へ何らか麻酔性ガス(以下「本件ガス」)—FSBは「フェンタニル(phentanyl)の派生物質を特別に混合し

¹⁴ 裁判所はこの点に関して原告が被った損害に対する金銭賠償を命じた(全ての原告につき一人当たり9千〜6万6千ユーロ)。Finogenov Judgment, conclusive para.7.

¹⁵ Finogenov Judgment, paras.8-29.

たもの」としか明らかにしなかった¹⁶—を換気装置から注入した。数分後、チェチェン武装集団の爆弾操作要員および自爆要員が本件ガスにより意識を失った後に特殊部隊が劇場へ突入し、無意識状態のあるいは抵抗したチェチェン武装集団メンバーの多くを射殺し、他を逮捕した。その結果、人質の大多数は解放されたものの、125名が—救出時ないしその直後に—急性呼吸不全・心不全により死亡したほか、生き残った人質の多くも深刻な後遺症を被った。

(2) 人質事件後のロシア国内における法的処理

モスクワ市検察局は人質事件発生日から刑事捜査を開始したが、捜査チームには検察官のほか、人質救出・救護活動の責任主体であるFSB、および劇場に突入した治安部隊が所属する警察組織を管轄する内務省の関係者も含まれていた¹⁷。その上、捜査対象は実行犯たるチェチェン武装集団の犯罪容疑およびこれと関連する人質事件の諸状況に限られ、ロシア当局による人質救出・救護活動を除外していた¹⁸。人質事件から約1年後（2003年10月）にモスクワ市検察局は、劇場突入の決定は当該緊急事態において正当かつ必要であったゆえ人質救出・救護活動の計画および実施に対する捜査は行わないと決定し¹⁹、また、救出中の人質死亡は治安部隊が劇場突入時に使用した本件ガスの影響と直接的な因果関係にあるわけではない（本件ガス以外の様々な原因による）と結論付けた²⁰。

原告の幾人かは、人質の死亡原因を詳細に検討するよう、また、ロシア当局の一連の行為にも捜査の対象を拡張するようモスクワ市検察局に刑事法上の申立てを行ったが、拒否された²¹。検察局による当該拒否、さらには当局の人質救出・救護活動への捜査を行わないとした検察局の決定につき、原告らはその違法性を裁判所に訴えたが、下級審・上級審とも請求を却下した²²。

人質事件後、モスクワ市行政当局は、原告を含む事件の被害者および遺族に対し見舞金としての金銭補償を行った²³。原告の幾人かは、モスクワ市行政当局を相手取り、人質事件でテロリストの犯罪により被った非金銭的（精神的）損害の賠償およびロシア当局の不適切な人質救出・救護活動により被った損害の賠償を求めて民事訴訟を起こした²⁴。しかし、下級審・上級審とも請求を却下した²⁵。

2 判旨

¹⁶ *Finogenov Judgment*, para.101.

¹⁷ *Finogenov Judgment*, paras.30-31.

¹⁸ *Finogenov Judgment*, paras.33-34.

¹⁹ *Finogenov Judgment*, para.98. 他方、射殺されなかった幾人かの実行犯（とりわけ Talkhigov 氏）については刑事訴追が行われ、2003年1月20日に第一審はテロ行為幫助のかどで有罪（禁錮8年6ヶ月）とし、同年9月9日に上告審（ロシア連邦最高裁）もこの判決を支持した。*Finogenov Judgment*, para.102.

²⁰ *Finogenov Judgment*, para.99.

²¹ *Finogenov Judgment*, paras.120-125.

²² *Finogenov Judgment*, paras.126-132.

²³ *Finogenov Judgment*, para.143.

²⁴ *Finogenov Judgment*, paras.144-145.

²⁵ *Finogenov Judgment*, paras.148-151.

(1) 本件の条約第2条該当性

まず裁判所は、そもそも本件が条約第2条の対象範囲内にある問題かどうかを決定するため、致死力行使と疑われている行為の手段たる本件ガスが生命剥奪を引き起こしうる性質のものであるかを検討している。以下、判決の重要部分を抜粋して示す²⁶：

裁判所は、本件ガスの正確な組成について—被告国の捜査機関や裁判所と同じように—知らされていないが、被告国治安当局がそれを秘匿する正当な理由があることは認める。とはいえ裁判所は、少なくとも原告の申立てを検討するのに必要な程度には、本件ガスの性質について結論を下せるだけの証拠をもっている。[.....]

被告国によれば、125名の人質すべての死亡はチェチェン武装集団に囚われたことによる衰弱ないし深刻な疾病に起因し、本件ガス使用との間に「直接的因果関係」はなく、本件ガスは多くの死亡寄与要因のうちの一つに過ぎないという。しかし、この一般的結論を[個別の人質についてはともかく]すべての人質に当てはめることは受入れ難い。なぜなら、年齢も身体的状況も異なる125名が、ほぼ同時にかつ同一の場所で、各々がすでにもっていた様々な健康問題により死亡することなど考えられないからである。同様に、125名が人質になってから解放されるまで3日に渡り置かれていた苦境—食料および飲料水が欠乏し、身動きが取れず、精神的ストレスに晒されていた—に彼・彼女らの死亡の原因を求めることはできない。さらに、被告国自身も、本件ガスの効果を予見することは不可能であり、その使用により何らかの人命喪失が生じるのは不可避であると認めていた。これは、本件ガスが「重要な悪影響を及ぼさない」=「無害」ではないことを示している。

裁判所は、本件ガスがテロリストないし人質を殺害するよう意図されたものではなかったであろうと認め、ゆえに本件ガスは「軽火器 (firearms)」というより「非致命的無能力化兵器 (non-lethal incapacitating weapons)」に近いといえる²⁷。本件ガスは、通常人には潜在的に危険で、身体的弱者には潜在的に致死性である。よって、本件ガスは多数の人質の死亡を引き起こした第一の要因であるといえる。

結論として、本件は、被告国当局が救出活動中に行った危険な物質の使用（それがいかに呼ばれようとも）により、当局が救出しようとした人質の多くが死亡あるいは重篤な状態に陥ったケースであり、このような状況は第2条の問題に当てはまる。

このように裁判所は、条約第2条の問題に該当するか否かを判断するのに必要な限りで本件ガスの性質を認定したが、かかる事実認定に当たって裁判所が用いた基準ないし方法論を次のよう

²⁶ *Finogenov Judgment*, paras.198-203.

²⁷ 裁判所は、1990年に国連の会議で採択された非拘束的文書「法執行官による力行使に関する国連基本原則」上の区分に従ってこのように述べている。See, “UN Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials” adopted by the Eighth UN Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, A/CONF.144/28/Rev.1, 7 September 1990, Annex.

に述べている²⁸：

判例上確立した「合理的疑いを超える (beyond reasonable doubt)」証明基準は、十分に説得的で明確かつ整合的な複数の推論あるいは反証されない事実による推論から導かれ得るのであり、また、証拠が入手された際の当事者の行動も考慮されねばならない。裁判所の役割は [締約国の国内機関に対して] 補完的な性質をもつため、裁判所が第一審たる事実審の役割を帯びる際には慎重でなければならないが、[...] にもかかわらず条約第2条ないし第3条上の申立てがなされるときには、国内ですでに捜査ないし司法手続が行われている場合であっても、裁判所はとりわけ入念な審査を行わねばならない。

上記に言う「証拠入手時の当事者の行動」の最たるものとして、被告国が本件ガスの正確な組成を秘匿していることが挙げられるところ、裁判所はそれを被告国の不利になる形では事実認定に当たって考慮せず、それどころか正当な理由があるとして理解を示している。このことは、後に裁判所が「被告国が決定的な証拠を開示しない場合、その不利になるような推論を行い得る」²⁹と述べることと矛盾するようだが、以下(2)で見ると、国家が致死力行使するところの事態に対してコントロールを及ぼしているか否かによって裁判所の判断基準が変わるゆえ、矛盾しない。つまり、国家がコントロールを及ぼしている事態では国家にその致死力行使について証明する責任がある(ゆえに証拠不開示は国家の不利に推論される)のだが、コントロールを十分に及ぼしていない事態では国家にかかる証明責任は課されず、本件ガスによる致死力行使は後者に該当するということである。もっとも、第2条(および第3条)の申立てについては—その人権の重要性に鑑み³⁰—締約国の国内機関による事実認定に対して裁判所が改めて審査を行い得るとしたため、結局、本件ガスを(国内機関の判断とは異なり)「通常人には潜在的に危険で、身体的弱者には潜在的に致死性であって、多数の人質の死亡を引き起こした第一の要因である」と性質づけることができたのである。

以上を前提に、裁判所は、本件ガスを用いた致死力行使が第2条の諸要請に従ったものであったかという本論の検討に入ることとなる。

(2) 第2条の一般原則および審査基準 (standard of scrutiny)

裁判所はまず、生命権を保障する第2条が生命剥奪を正当化する諸状況を規定しており、法

²⁸ *Finogenov Judgment*, para.199.

²⁹ *Finogenov Judgment*, para.237.

³⁰ 別の箇所 (*Finogenov Judgment*, para.206) で裁判所は、第2条(および第3条)は「欧州評議会を構成する民主的社会的な基本的価値の一つを体現」し、「条約中で最も基本的であってデロケーションが許されない規定」であると位置づけている。

執行 (law enforcement) としての又は警察行動 (policing operation) の枠内における致死力行使が一定の状況下で正当化されうることを認めているが、実効的な人権保障と両立するためには次のような諸要請に従わねばならないと述べる³¹：

警察行動は、国内法上の権限に基づくのみならず、国内法によって十分に規律されねばならず、恣意的ないし濫用的力行使さらには避けうる事故を防止するのに十分かつ効果的なシステムがなければならない。

[...] 裁判所は通常、警察行動が致死力への訴えおよび [致死力に訴える場合の] 人命喪失を可能な限り最小化するよう当局によって計画されコントロールされたか否か、並びに、警察行動の手段・方法の選択においてすべての実行可能な予防措置 (feasible precautions) がとられたか否かを検討することになる。

裁判所は次に、上記のような第2条の積極的義務 (positive obligations) つまり国家が生命への危険回避のために特定の措置を講じるべき義務が、どのような場合に生じるのかを述べる。すなわち、「すべての推測される生命への危険が [...] 無条件に国家を義務付けるわけではな [く]」、

国家が生命に対する現実の直接的な危険をその存在当時を知っていたか知るべきであって、かつ、国家が当該事態に対し一定程度のコントロールを及ぼしていたときのみ、国家に積極的義務が生じる³²。

加えて裁判所は、積極的義務が求める国家の措置は「当該状況において実行可能な (feasible) 措置」に限られ、「不可能又は不均衡な負担を当局に課さ [ない]」とし、積極的義務の内容の解釈に当たっては「現代社会における警察行動の困難性、人間の行動の予測不可能性、および優先順位や資源の観点から行動を選択する必要性に留意せねばならない」と述べる³³。

以上のように第2条の一般原則を提示した後、裁判所は第2条の審査基準について述べる。最初に、先例に従って以下のように言う³⁴：

原則上、いかなる致死力行使も、第2条2項のa号からc号に掲げる目的のいずれかを達成するために「絶対的に必要 (absolutely necessary)」でなければならない。すなわち、国家による致死力行使は「民主的社会で必要」(条約第8条から第11条の各2項) とされる場合

³¹ *Finogenov Judgment*, paras.206-208.

³² *Finogenov Judgment*, para.209.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Finogenov Judgment*, para.210.

より厳格な意味で必要でなければならず、用いられる致死力は当該目的の達成と厳密に均衡していなければならない。

しかしながら、続けて裁判所は、このような「絶対的必要」の厳格な審査基準を当てはめない場合もあるとして、次のように述べる³⁵：

そのような厳格なテストは、事態の幾つかの側面が裁判所の審査能力（*expertise*）を超える事項に関わり、国家が非常な時間的圧力の下で行動せねばならず、当該事態に対する国家のコントロールが最小である場合、適用することができない。

そこで裁判所は、本件が「絶対的必要」基準を当てはめうる場合であるのか否かを検討する。結論として、「人質事件の規模はそれ以前のいかなる経験をも凌駕する真に例外的なもの」であったから、少なくとも「劇場突入の軍事的・技術的側面」に関する被告国の判断および行動を審査するのに「絶対的必要」基準は当てはめ得ず、被告国に「評価の余地が与えられねばならない」とされた。以下、その判決部分を引用する³⁶：

[... ...] 北コーカサスにおける様々な分離主義組織によるテロリズムは、ロシアにおける国家安全保障および公共の安全に対する15年以上にわたる主要な脅威となってきた[...]。
[人質事件では] 数百名を超える人命が危機に晒され、テロリストは重武装し、よく訓練され、彼らの目的に傾倒しており、さらに、被告国は劇場突入の軍事的側面に関しては何ら特定の事前措置もとりに得ない状況であった。このような人質事件は被告国が全く予見していなかったことであったので、劇場突入の軍事的準備は非常に迅速にかつ完全な秘密の下で行われねばならなかった。また、被告国は事件の起こった劇場内部の状況に対してコントロールを及ぼしていなかった。以上のような事態に直面した被告国は、困難かつ悩ましい決定を下さねばならなかったと認められる。よって、被告国には、少なくとも事態の軍事的・技術的側面について評価の余地が与えられねばならない—たとえ、今になって見れば被告国による当時の判断の幾つかが疑義の残るものであったとしても。

もっとも、裁判所はすばやく次のように付け加えている：「これに対して、被告国の劇場突入後の行動、とりわけ何らの深刻な時間的制約もなく被告国が事態をコントロールしている側面での行動については、裁判所の入念な審査に付される」³⁷（傍点筆者）。

³⁵ *Finogenov Judgment*, para.211.

³⁶ *Finogenov Judgment*, paras.212-213.

³⁷ *Finogenov Judgment*, para.214.

以上のように裁判所は、被告国の予見可能性もコントロール可能性もほとんど及び得ないにも拘わらず緊急に対応すべく迫られる事態における、裁判所の審査能力を超える事項である劇場突入の軍事的・技術的側面については「絶対的必要」基準を当てはめないが、そうでない場合および事態の別の側面は「絶対的必要」基準によって審査するという方法論をとった。ここで裁判所は、興味深いことに、この方法論を2005年の2つのイサエヴァ事件判決ですでに採用していたことを明らかにした。いわく³⁸、

以上のような分析方法は新規ではなく、例えばイサエヴァ事件判決でも適用されたことがある。すなわち、イサエヴァ事件で裁判所は、「事件当時のチェチェンにおける紛争の文脈」を考慮して政府による対反乱作戦が戦闘兵器（軍用機および爆弾を含む）を用いることの正当性を認めたが、他方で、政府軍が重火器を無差別に使用したことや武装集団が村に入ることを阻止しなかったことなどを理由に、政府による第2条違反を認定した。裁判所は、チェチェンのような事態で政府が軍隊を使用することの正当性を認めることで、戦略的・政治的選択（軍事力の使用）—裁判所の審査能力の外にある事項—と当該事態の他の側面—裁判所の審査能力の内にある事項—との間に明確な線引きをしたのである。

このように、イサエヴァ事件判決で裁判所は、「紛争の文脈」で武装集団に対峙する政府の戦略的・政治的側面（裁判所の審査能力外の事項）における判断・行動には「絶対的必要」基準を当てはめなかったが、それ以外の、政府がコントロールを及ぼし得る側面（裁判所の審査能力内の事項）における文民の生命剥奪を引き起こしかねない政府の行動は「絶対的必要」基準によって審査し、第2条違反を導いたというのである。

ただし、「程度の異なる審査基準を異なる事態の側面に当てはめる」³⁹という上記の方法論を同じく採用したとはいえ、本件とイサエヴァ事件とでは事実関係が大きく異なることも裁判所は指摘している：

本件の人質事件は被告国にとって青天の霹靂であり、人質はイサエヴァ事件の住民より脆弱な状況に置かれており、本件ではイサエヴァ事件で用いられた手段（爆弾）より危険性の低い手段（ガス）が選択された。

注目すべきは、上で裁判所が、致死力行使の手段の比較において、爆弾よりガスの方が危険性が「低い」と述べている点である。この評価は、次項で見ると、裁判所が本件ガス使用の無差別性如何を判断する際の伏線になっているように思われる。

³⁸ *Finogenov Judgment*, para.215.

³⁹ *Finogenov Judgment*, para.216.

(3) 劇場突入時の本件ガス使用への当てはめ

上述のように、裁判所は、劇場突入時の本件ガス使用の側面については「絶対的必要」基準を当てはめず、被告国に評価の余地を認めてより緩やかな基準によって審査するのに対し、それ以外の側面－劇場突入後の人質救出・救護活動（次項(4)）および当該活動への公的調査（次項(5)）－は「絶対的必要」基準で審査した。この項においては、本稿の関心である前者に関する判決内容を詳細に見ていく。

劇場突入時の本件ガス使用について裁判所は、「劇場への突入」(A)と「本件ガスの使用」(B)とに分けて順に検討している。

A 劇場への突入

裁判所はまず、被告国が第2条2項のa号からc号に掲げる目的のいずれかを達成するために致死力を行使したか否かを検討し、以下のように述べる⁴⁰：

人質事件を捜査した被告国の検察官の文書中に本件の致死力行使が「国際舞台におけるロシアの地位の低下」を防ぐためになされたと記述されていることは、被告国の不誠実性を認定するには不十分であり、反対に、被告国の主要な関心の一つが人質の生命保護であったことが様々な形で示されている。よって裁判所は、本件で被告国は第2条2項の3つの正当な目的のすべてを同時に追求しており、中でも－ロシアのテロリズム鎮圧法第2条が示すように－「違法な暴力から人を保護する」という目的を優先的に追求していたという前提に立つ。

次に裁判所は、本件において被告国が追求した正当な目的が「他のより強力でない (less drastic) 方法で達成され得たか否か」⁴¹を検討する。その際、裁判所は「人質事件の当時に被告国が入手可能であった情報に基づかねばなら[ず]」、かかる情報に依拠して「当時は妥当と考えられた－後に誤りであると判明したが－根拠をもって抱かれた誠実な信念に基づき行われた国家の力行使は、正当化される」という⁴²。裁判所は以下のように述べる⁴³：

一般的に言えば、逮捕の対象者が他人の生命又は身体に何ら脅威を及ぼしておらず、暴力的な犯罪を行った嫌疑がないと分かっている場合、致死力を行使する必要性は認められない。しかし、本件の事態はこれとは異なる。すなわち、本件のテロリストによる脅威は現実的で

⁴⁰ *Finogenov Judgment*, para.218.

⁴¹ *Finogenov Judgment*, para.219.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Finogenov Judgment*, paras.220-226.

非常に深刻であり、被告国はテロリストの多くが先にチェチェンでロシア軍に対する武力闘争に参加していたことを知っており、彼らはよく訓練され、十分に武装し、彼らの目的に傾倒していた。さらに、人質をとった劇場の講堂に仕掛けられた装置が爆発すればおそらく人質の全てが死亡するだろうという状況であり、テロリストは彼らの要求が満たされなければ起爆する用意ができていた。

結局テロリストは本件ガスが使用された後も—彼らの何人かはしばらく意識があったにもかかわらず—起爆させなかったのであるが、[...] 当時の状況から被告国は当該テロリストがその脅威を現実化させて実際に起爆させるか否かを確実に知り得なかった。つまり、当時の状況から被告国は人質の生命に現実のかつ深刻な危険が存在すること、および、致死力行使が早かれ遅かれ不可避であることを合理的に結論し得た。

確かに、原告が主張するように、テロリストとのさらなる交渉によってより多くの人質が解放される結果となったかもしれない。[...] しかし、この主張はあまりに多くの推測を含んでおり、テロリストの指導者が妥協する用意があったのか否かは不明であったし、彼らの行動や声明はむしろ逆のことを示していた。[... ..]

[... ..] いずれにせよ⁴⁴、当時こうした交渉に関わった人々は、人質がテロリストによって殺害される脅威が迫っていたと合理的に認識し得た。

[... ..] 結論として、人質事件の当時、多数の人命が失われるという現実的で深刻かつ切迫した危険が存在し、被告国には、交渉を終わらせ致死力を用いて突入することが「より小さな害悪 (lesser evil)」であると信じる合理的な理由があったといえる。

こうして裁判所は、人質事件の当時に被告国が知り得た情報に基づき合理的に抱いた認識によれば、人質の生命を「現実的で深刻かつ切迫した危険」から保護するためには劇場突入という致死力を行使する以外に「他のより強力でない方法」はあり得なかったと認めた。したがって、被告国の当該致死力行使は第2条に違反しないと判断された⁴⁵。

ここで確認しておくべきことは、人命保護といった「正当な目的を達成するために致死力を行使する以外に他のより強力でない方法があったか否か」という基準—これは目的と手段の連関に関する「必要性」の基準である—は「絶対的必要」基準よりも緩やかなものとされていることである。後者は、「用いられる致死力が正当な目的の達成と厳密に均衡しているか否か」⁴⁶、換言すれば、「致死力が正当な目的の達成に厳密に必要な程度を超えないか否か」を問うので、「他の致死力的でない方法があったか否か」という基準となる。これに対し、より緩やかな前者は「他のよ

⁴⁴ 裁判所は慎重にも、「テロリストとの交渉や人質の身代金取引などこの種の危機に際して諸国がいかなる政策をとるべきかを判断することは、裁判所の権限をはるかに超える事項であるゆえ、そのような判断をする意図はない」と断っている。*Finogenov Judgment*, para.223.

⁴⁵ *Finogenov Judgment*, para.226.

⁴⁶ 上述 2(2)「第2条の一般原則および審査基準」の引用部分 (*Finogenov Judgment*, para.210) を参照。

り強力でない方法があったか否か」であり、上の「絶対的必要」基準のごとく目的達成に「最小限」必要な力かどうかを問うものではないといえる。

また、判決が「より小さな害悪」という表現を用いている点も注目値する。これは、一方の秤に「致死力を行使しなかった場合の人命喪失」を、他方の秤に「致死力を行使した場合の付随的な人命喪失」を乗せ、後者が前者より小さいことを言うものであり、致死力行使が人命保護（正当な目的）と矛盾する—それ自体が人命喪失をもたらす—結果を伴うときに利益衡量を行う「均衡性」の基準である。「絶対的必要」基準は、正確には、上記の「必要性」基準だけでなく、この「均衡性」基準をも含んでいる⁴⁷。それでは、「均衡性」基準においてもより緩やかな基準を当てはめたとすれば、それはどのようなものだろうか。一般に、法執行の力行使の均衡性基準は、力行使によりその付随的な被害を受ける人々の生命権のみならず、力行使の対象者自身の生命権も考慮するとされる⁴⁸が、本件で上記秤に乗せられた「人」命には致死力行使の対象者（「テロリスト」）は明らかに含まれていない。この点が、緩和された基準の適用ということになるのだろうが、詳しくは後（III）の分析にて検討する。

B 本件ガスの使用

上記のように裁判所は、劇場突入の致死力行使は原則として正当化されると判断したのだが、これで問題は終わらない。すなわち、「本件で被告国の治安部隊が用いた手段（本件ガス）が適切（adequate）であったか否か」がさらに問われる⁴⁹。

初めに裁判所は、先例及び「法執行官による力行使に関する国連基本原則」に従って、被告国における致死力行使に関する法律ないし規則の枠組みを取り上げ、当該法的枠組みが十分に詳細で、許容される武器・弾薬の種類についてとりわけ規定されているかを検討する⁵⁰。いわく⁵¹、

本件ガス使用に対する被告国の法的枠組みは不明確である。テロリズム鎮圧法第11条の表現が示すように、関連法は原則的にテロリストに対して武器の使用を許容しているが、いかなる種類の武器がいかなる状況で使用されるのかは規定していない。さらに、関連法は対テロリスト作戦の特定の技術的方法については秘匿すべきことを要求している。本件ガスの正確な組成が被告国によって開示されなかったために、裁判所は、本件ガスが「通常兵器」であったのか否かを判断することも、その使用に関するルールが何かを特定することもできない。かかる状況において裁判所は、本件ガスはその場限りの解決策であって、法執行官のための法規則や行動マニュアルに規定されないものであったと認める。

⁴⁷ 田村「前掲論文」（注1）65-66頁。

⁴⁸ 田村「前掲論文」（注1）66頁。

⁴⁹ *Finogenov Judgment*, para.227.

⁵⁰ *Finogenov Judgment*, para.228.

⁵¹ *Finogenov Judgment*, para.229.

しかし裁判所は、以上の点のみをもって被告国の第2条違反を導くことはできないという。なぜなら、「被告国のテロリズム鎮圧法の全体的な不明瞭性は、必ずしもあらゆる個別のケースで被告国が原告の生命権を尊重しないことを意味しない」⁵² ことに加えて、

仮に必要な法規則が存在していたとしても、本件のような全く予見不可能かつ例外的ゆえ状況依存的な (tailor-made) 対応を要する事態にあっては、かかる法規則は限定的な有用性しかなかっただろうからである。本件人質事件のユニークな特徴と規模は、多かれ少なかれ通常の警察行動に係る他の事件—この場合は致死力行使に関する法枠組みの欠如それ自体が第2条の積極的義務の違反と判断される—から本件を区別するよう裁判所を導く⁵³。

このように裁判所は、「法執行における致死力行使を規律する国内法枠組みの明確性」は、「予見不可能で状況依存的対応を要する事態」での警察行動には通常の警察行動と同様に当てはめ得ず、当該法枠組みが欠如している (ましてや不明確である) ことのみをもって第2条違反を導くことはできないとする。

そこで裁判所は、本件の「個別的」で「ユニークな」状況に照らした実質的な検討に入る。その検討は、原告の三種類の主張を順次取り上げる形で行われている。第一に、「本件ガスがテロリストと無辜の人質とに対し無差別に使用される致命的兵器であったか」が問われる⁵⁴。裁判所によれば、「無差別兵器の大規模な使用は [...] 国家機関による致死力行使を伴う作戦に要求される注意の水準に合致するとは見做し得ない」と説示したイサエヴァ事件判決⁵⁵ に照らせば、「もっとも真剣な検討に値する」⁵⁶。裁判所いわく⁵⁷、

被告国の治安部隊による本件ガス使用は、危険ではあるが、爆弾や巡航ミサイルなどとは反対に、人を殺害することを意図したものではない。上記のイサエヴァ事件判決の説示は本件とは異なる事実的文脈の中で定式化されたものであって、つまり、イサエヴァ事件でロシア当局は文民で溢れていた村に紛れ込んだ武装集団を殺害するために爆弾を使用したのであった。確かに、本件ガスも人質とテロリストの双方からなる集団に対して使用され、本件ガス

⁵² *Finogenov Judgment*, para.230.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Finogenov Judgment*, para.231.

⁵⁵ 裁判所は他にも、テロ攻撃を目的としてハイジャックされた (民間) 航空機を撃墜するための致死力行使を許可する法は、とりわけ当該航空機内にいるテロ犯罪と関わりがない人に対する致死力行使において、ドイツ基本法上保障された生命権を侵害すると判示した、2006年2月15日のドイツ連邦憲法裁判所判決を挙げている。

⁵⁶ *Finogenov Judgment*, para.231.

⁵⁷ *Finogenov Judgment*, para.232.

も危険で潜在的には致死的でさえあった。しかし、本件ガスは、当局による効果的な救出努力により人質を生存させる高い可能性を残していた点で、「無差別」に使用されたとはいえない。本件の人質は、ハイジャックされた航空機の乗客と同じような絶望の状況にあったのではない。

ここでは、本件ガス使用が本来その生命を保護すべき人質に加えた害悪について、付随的というより意図された無差別的なものであったかどうかという形で—いわばより深刻な形で—均衡性が判断されている。端的に言えば、本件ガス使用は、チェチェン武装集団と人質の双方に向けられた致死力行使であったが、人を殺害する意図はなく生存したまま人質を救出する高い可能性を残していたゆえに、(イサエヴァ事件判決で認定されたような)無差別兵器の使用には当たらない、ということである。上の(2)で述べたように、裁判所が「爆弾よりガスの方が危険性が低い」と評価していた意味が、ここで明らかにされたと言える。

裁判所がどのように本件ガス使用をイサエヴァ事件の爆弾使用から区別したのかは後(Ⅲ)に分析するとして、ここで指摘しておくべきは、イサエヴァ事件の爆弾使用には「絶対的必要」基準が当てはめられたが⁵⁸、本件ガス使用にはそれよりも緩やかな基準が当てはめられたということである。

第二に、裁判所は、「本件ガスはテロリストに対して期待した効果を及ぼさず、人質の側により多くの死者を出したので、本件ガス使用は得るところより失うところの方が多かった」との原告の主張を受けて、「本件ガス使用が起爆を阻止しえたのか否か」を検討する⁵⁹。いわく⁶⁰、

原告は、本件ガスがテロリストの全てを直ちには無意識状態にしなかったという主張に被告国が答えなかったことをもって、本件ガスは全く効果がなかったと推論する。しかし、この推論はあまりにも憶測に頼るものであり、むしろ本件の事実関係からは、本件ガスはテロリストに対し一定の効果を発揮し、彼らのほとんどを—本件ガス使用と同時にではなかったとしても—無意識状態に至らしめ、その後に爆発が生じなかったことが示される。こうして裁判所は、本件ガス使用が人質の解放を促進し、爆発の可能性を—完全には除去しなかったとしても—減少させる効果があったと結論する。

ここでは、本件ガス使用が人質の生命保護という目的—より具体的には多くの人質を死亡させ

⁵⁸ 上述2(2)「第2条の一般原則および審査基準」の引用部分 (*Finogenov Judgment*, para.215)にあるように、イサエヴァ事件における爆弾使用は、政府がコントロールを及ぼし得る側面(裁判所の審査能力内の事項)で文民の生命剥奪を惹起するものであったゆえ、「絶対的必要」基準によって審査されたことを想起されたい。

⁵⁹ *Finogenov Judgment*, para.233.

⁶⁰ *Finogenov Judgment*, para.234.

うる起爆の阻止—を達したかどうか、付随的な人質の生命喪失との関係で問われているので、(いわば通常の形で)均衡性が判断されている。裁判所の検討は非常に簡潔で、本件ガス使用が(確実ではなくとも)一定程度には起爆を阻止する効果があったことから直ちに、「起爆阻止により救われた人質の生命(本件ガスを使用しない場合に失われた人質の生命)」>「付随的な人質の生命喪失」と帰結している。このような判断の在り方にも、「絶対的必要」基準よりも緩やかな基準を当てはめたことが表れている。

第三に、裁判所は、「本件ガスの濃度の算出が大きく間違っており、その使用に伴う人質の生命および身体に対する危険は便益を上回っていた」という原告の主張を取り上げる。そして、すでに本件ガスが危険で潜在的に致死的でさえあると性質づけたことを想起しつつ、裁判所は次のように述べる：

いずれにせよ、裁判所は本件ガスの服用量(dosage)の問題を評価できる立場にない。ただし、後に人質救出・救護活動の文脈で、本件の別の側面—本件ガスへの曝露期間や医療援助の十分性—を評価する際、本件ガスの服用量を考慮に入れる。

この第三の点は、上の第二の点と内容的に同趣旨であって、ゆえに裁判所の回答も第二の点で尽くされていたと思われるが、改めて、裁判所が本件ガス使用の判断において被告国に評価の余地を与えていることが分かる。

こうして裁判所は、「本件ガス使用は、当時の状況において不均衡な措置とはいえず、よって第2条の違反を構成しない」と述べる⁶¹。結論として、本件での被告国の致死力行使—劇場突入時の本件ガス使用—は第2条に違反しないと判断された。

もっとも、上の第二・第三の点での裁判所の説示も示唆するように、劇場突入・本件ガス使用後の被告国のコントロールが及ぶ事態にあっては、人質の生命保護のために政府が十分な救出努力をしたか否か、例えば、本件ガスの服用量といったその使用態様に照らして十分な救護が行われたか否かにつき、通常の「絶対的必要」基準で入念な審査が行われることになる。以下、裁判所の判決を簡潔に紹介する。

(4) 人質救出・救護活動への当てはめ

裁判所は、劇場突入の本件ガス使用後の被告国のコントロールが及ぶ劇場外でのその行為には「絶対的必要」基準を当てはめ、第2条の積極的義務に従って被告国が、人質の生命への危険を可能な限り最小化するよう人質救出・救護活動を計画し実施したか否かを審査した。より具体的に、被告国は本件ガスが人質に及ぼす悪影響を最小化するために、人質を迅速に避難させるため

⁶¹ *Finogenov Judgment*, para.236.

に、および、人質に必要な医療援助を与えるために、全ての実行可能な予防措置をとったのか否かが問われた⁶²。

まず裁判所は、当初の人質救出・救護計画を検討する。いわく、当初の救出・救護計画は人質が一有毒ガスではなく一チェチェン武装集団による銃撃又は爆弾によって被害を受けることだけを想定して作られていた⁶³。その証拠に、増員された病院スタッフは一毒物専門医ではなく一外科医だけであったし、医者その他の救護従事者は有毒ガスの被害者への具体的な対処法を何ら指示されていなかった⁶⁴。のみならず、現場の救出・救護従事者の間での役割分担、情報伝達、救援資源共有等における調整（coordination）が十分に計画されず、全体の統一的な調整メカニズムも欠如していた⁶⁵。人質の治療記録の管理、人質への治療優先措置、人質を受け入れる病院の配分等が十分に計画されていなかった⁶⁶。以上のように当初の人質救出・救護計画には多くの不備があると裁判所は判断した⁶⁷。

次に裁判所は、とりわけ劇場突入時の本件ガス使用による人質への被害に直面して生命権を保護するための十分な救出・救護活動が実施されたかを検討する⁶⁸。いわく、治安作戦上本件ガスの正確な組成を秘匿することには正当性があるが、本件ガス使用の少し前又は少なくとも直後に医者その他の救護従事者に本件ガスの致死性について伝えるべきであった（しかし当該情報は救出・救護活動がほぼ終了する段階まで伝えられなかった）⁶⁹。さらに、本格的な救出・救護活動が開始されたのは本件ガス使用から少なくとも1時間20分も経ってからであり、それ自体に問題があるのみならず、その間当局には解毒剤を配備し具体的な指示を医者その他の救護従事者に与えるなど、本件ガスの被害を受けた人質を適切に治療するように当初の計画を見直すだけの十分な時間もあった（にも拘らずそうしなかった）⁷⁰。これら全てにより人質の死亡率は上昇したと裁判所は判断した⁷¹。

こうして裁判所は、被告国の人質救出・救護活動は第2条の積極的義務に違反するとした⁷²。

(5) 公的調査への当てはめ

裁判所は、その致死的力行使（本件ガス使用）が人質の死亡をもたらした第一の原因であった

⁶² *Finogenov Judgment*, paras.237 and 243.

⁶³ *Finogenov Judgment*, para.245.

⁶⁴ *Finogenov Judgment*, paras.246 and 253.

⁶⁵ *Finogenov Judgment*, para.247.

⁶⁶ *Finogenov Judgment*, paras.248-251.

⁶⁷ *Finogenov Judgment*, para.252.

⁶⁸ *Finogenov Judgment*, para.253.

⁶⁹ *Finogenov Judgment*, paras.254-257.

⁷⁰ *Finogenov Judgment*, paras.257-261.

⁷¹ *Finogenov Judgment*, paras.255 and 258.

⁷² *Finogenov Judgment*, para.266.

ゆえ、被告国には当該死亡の状況および当局の責任につき十分かつ説得的に説明するため「実効的な」公的調査を行う義務—第2条の手続的性格の積極的義務—が生じると言う⁷³。先例に従い、「実効的な」公的調査とは「入念」で「迅速」かつ「独立した」ものでなければならないとして⁷⁴、本件に当てはめた結果を裁判所は次のように述べる。すなわち、第一に、人質事件における(チェチェン武装集団ではなく)当局自身の行動に義務違反がなかったか否かは当初から正式な公的調査の対象とされておらず、人質の死亡状況ないし当局の責任の解明に重要な証拠を収集・保全する努力も全く不十分であった⁷⁵。第二に、公的調査の担当者(モスクワ市検察局)には人質救出・救護活動の計画と実施に従事した一まさに調査対象とされるべき—当局(FSB)が含まれていたため、独立していなかった⁷⁶。以上から、被告国は人質事件に関する当局の行動について実効的な公的調査を行ったとは言えず、よってこの点について第2条に違反する⁷⁷、と。

III 分析

1 法執行での致死力行使による生命剥奪に関する人権法上の基準

国家が法執行に当たって致死力を行使するときの合法性を測る人権法上の基準は、裁判所の1995年マッカン他対英国事件判決(以下「マッカン事件判決」)⁷⁸に詳細に示されている。すなわち、II 2 で見た「絶対的必要」基準—必要性と均衡性の2つの基準から成る—である。このマッカン事件判決はリーディングケースとなり、その後の同様の事案—フィンゲノフ事件判決も含む—で引用されてきた。しかし、フィンゲノフ事件判決(および本判決が遡及的に明らかにした2005年の2つのイサエヴァ事件判決)は、重要な点を付け加えた。それは、既述のように、致死力行使であっても一定の場合には「絶対的必要」基準が緩和された形で適用されるということである。こうして、フィンゲノフ事件判決は、マッカン事件判決以来の、これを補充する、極めて重要な判決といえる。

そこで以下、「絶対的必要」基準が緩和される条件と、緩和された必要性基準および均衡性基準の本件における適用について、考察を加えたい。

⁷³ *Finogenov Judgment*, paras.268 and 273.

⁷⁴ *Finogenov Judgment*, paras.270-272.

⁷⁵ *Finogenov Judgment*, paras.274-280.

⁷⁶ *Finogenov Judgment*, para.281.

⁷⁷ *Finogenov Judgment*, para.282.

⁷⁸ *McCann and Others v. The United Kingdom*, Application No.18984/91, Judgment (GC) of 27 September 1995 [hereinafter, *McCann Judgment*]. 本件は、1988年英領ジブラルタルで英国の陸軍特殊空挺部隊(SAS)がアイルランド共和国軍暫定派(IRA)工作員3名を、後者が自動車爆弾テロに着手していると誤解して至近距離から銃撃射殺した事案である。

(1) 「絶対的必要」基準が緩和される条件

フィンゲノフ事件判決の関連説示から取り出せるのは、次の2つの条件である。つまり、第一に、国家が警察行動の対象者と対峙する事態に対してコントロールを及ぼしていない（よって当該事態について国家は予見不可能で何らの事前準備も取り得ないまま非常な時間的圧力の下に対処せざるを得ない）こと、第二に、かかる事態で国家がどのような警察行動の方法・手段を選択するかという戦略的・軍事的・技術的事項は裁判所の審査能力を超えること、である。こうした条件を述べる際、裁判所は関連するとして3つの判決—1998年オスマン対英国事件判決・2009年マイオラノ他対イタリア事件判決・2004年マカラチス対ギリシャ事件判決—を挙げているが、前二者はそもそも法執行での力行使の事案でなく、後者は確かに力行使の事案であるが、当局がコントロールを及ぼしている事態での通常の（「致死」力行使にも至らない）警察行動に関するものであるため、裁判所がこれらに依拠する説得的理由は見当たらない。ただ、いずれの事件も生命権を保護するため十分な予防措置を講ずべき国家の積極的義務に焦点を当て、「現代社会における警察行動の困難性等を考慮すれば」当該義務が生じるのは「国家が生命に対する現実の切迫した危険が存在すると知っていたか知るべきであったときのみ」であるとしており、この部分をフィンゲノフ事件判決が para.209 で引用している。もっとも、注視すると、フィンゲノフ事件判決 para.209 は「国家が生命に対する現実の直接的な危険をその存在当時に知っていたか知るべきであって、かつ、国家が当該事態に対し一定程度のコントロールを及ぼしていたときにのみ」（傍点筆者）積極的義務が生じると述べ、先の判決に新たな追加をしているように見える。そして、この「事態へコントロールを及ぼしているか否か」は、フィンゲノフ事件判決がすぐ後に para.211 で述べる、上記の「絶対的必要」基準が緩和される条件の一要素と共通している。国家がコントロールを及ぼしていない事態におけるその生命剥奪にかかる行為については、積極的義務が生じないゆえこれに照らして第2条違反如何を判断できないという点においても、「絶対的必要」基準の緩和が見られるということなのだろうか。裁判所はこの点何ら説明していない。

(2) 緩和された必要性基準および均衡性基準の本案における適用

いずれにせよ、フィンゲノフ事件判決によれば、(1)の最初に挙げた2つの条件を満たす場合には、法執行での致死力行使の必要性および均衡性の判断について被告国に評価の余地が与えられ、裁判所の入念な審査は控えられる。具体的には、被告国が劇場突入（方法）および本件ガス使用（手段）を選択したことについて、次のような緩和された形で必要性基準および均衡性基準を当てはめて審査するに留めた。

すなわち、まず劇場突入については、II 2(3)A で指摘したように、「他の致死的でない方法があったか否か」ではなく「他のより強力でない方法があったか否か」という必要性基準が当てはめられている。よって、劇場突入が人命保護といった正当な目的の達成に「最小限」必要な力であることまでは求めないゆえ、被告国が人質事件当時に知り得た情報から抱いた認識—人質の生命が

現実的で深刻でかつ切迫した危険に曝されており致死力行使が必要—は、比較的容易に「合理的」であると認められている。しかし、より顕著に基準の緩和が見られるのは均衡性基準についてである。既述のように、均衡性基準は致死力行使が人命保護と矛盾する—それ自身が人命喪失をもたらす—結果を伴うときに利益衡量を行うものであり、本件では一方の秤に「致死力を行使しなかった場合の人命喪失」を、他方の秤に「致死力を行使した場合の付随的な人命喪失」を乗せ、後者が前者より小さい—「より小さい害悪」—と評価されたところ、上記秤に乗せられた「人命」には致死力行使の対象者は含まれていない。他方、「絶対的必要」基準によれば、「国家は犯罪容疑者の生命権を [も] 保護する義務を負う」のであり、「危険なテロ容疑者に対処する際にも彼・彼女に対する軽火器の使用において最大限の注意を払うべきである」⁷⁹とマッカン事件判決が述べている通り、致死力行使の対象者自身の生命権も均衡性の秤に乗せられ考慮される。

もっとも、フィンゲノフ事件判決も、致死力行使の対象者が他人（人質）の生命・身体に対し「現実的で深刻でかつ切迫した危険」を惹起していることを指摘しており⁸⁰、翻せば、かかるレベルの危険を惹起しない場合には対象者に致死力を行使してはならない⁸¹ことを示唆しているとも解しうる。フィンゲノフ事件判決と同じく緩和された基準が適用された2つのイサエヴァ事件判決でも、「違法な武装集団から攻撃される危険」⁸²や「武装集団が当局に対し現に激しく抵抗していた事実」⁸³が指摘されていた。とすれば、緩和された均衡性基準が致死力行使の対象者の生命権を全く考慮しないと言うのは正しくないだろう。しかし、それでもやはり、均衡性基準の核心と言える上述の「より小さい害悪」の評価において対象者の生命喪失が無視されていることに変わりはなく、ここに基準の緩和の反映が見られる。

次に本件ガス使用については、まず、法執行官による力行使に関する被告国の国内法枠組みが十分でなくとも、それだけでは第2条の違反を構成しないとされた点が注目される。かかる国内法枠組みの整備は生命権保障にかかる積極的義務の重要な部分と考えられてきており、「絶対的必要」基準を当てはめればその不備は第2条違反を導くはずだが、緩やかな基準が当てはめられた本件ではそうではなかった。しかし、裁判所の当該判断は、上記(1)の条件を満たす法執行の場合に限定されるとはいえ、かかる場合には如何なる化学物質—化学兵器禁止条約上許されないものも含む—の使用も正当化する口実を国家に与えかねないとする批判がある⁸⁴。その背景には、

⁷⁹ *McCann Judgment*, paras.211-212.

⁸⁰ *Finogenov Judgment*, para.226.

⁸¹ 事実、フィンゲノフ事件判決 para.220 は、対象者が「他人の生命又は身体に何ら脅威を及ぼしておらず、暴力的な犯罪を行った嫌疑がないと分かっている場合、致死力を行使する必要性は認められない」とする2005年ナホバ他対ブルガリア事件判決を引用している。

⁸² *Isayeva et al. Judgment*, para.181.

⁸³ *Isayeva Judgment*, para.180.

⁸⁴ V. Vandova, "The European Court of Human Rights' Judgment in the Case of *Finogenov and Others v. Russia*," in ICRC, *Report of an Expert Meeting: "Incapacitating Chemical Agents": Law Enforcement, Human Rights Law and Policy Perspectives* (Montreux, Switzerland, 24-26 April 2012), p.48.

本件ガスが該当するだろうフェンタニル系化学物質が「一般に致命的」という理解があり、「通常人には潜在的に危険で、身体的弱者には潜在的に致命的」とした裁判所の理解とは異なっている。すなわち、フェンタニル系化学物質（のようないわゆる「無能力化」化学物質）は、人の中枢神経系および呼吸器系に作用し悪影響を及ぼすことで決定的な生命機能を危険に曝すだけでなく、群衆に向けて使用された場合の致死率は最低でも10%—通常使用される暴動鎮圧剤よりずっと高い—とする科学的見積りもあるゆえ⁸⁵、十分に致命的だとされるのである。

さらに本判決の批判者いわく、フェンタニル系化学物質は、(イサエヴァ事件で使用された爆弾のような)他の兵器と比べ、一般的な致死率においては大差ないが、致死力行使の対象者とそれ以外の人々が交じり合った集団に向けられる場合、より一層無差別的な効果をもたらす⁸⁶、と。にも拘らず、フェンタニル系化学物質が無差別に使用されたのではないと裁判所が考えた理由は、II 2 (3) B で見たように、本件ガス使用は人を殺害する意図はなく生存したまま人質を救出する高い可能性を残していたからであった。私見では、裁判所の当該判断は次のように理解できるのではないかと思われる。

すなわち、重要なのは裁判所が用いる「無差別性」の意味に着目することである。一方で、イサエヴァ事件判決が爆弾を「無差別兵器」と言うとき、それは「対象者とそれ以外の人々を区別することができない」という手段の性質を指している。他方で、フィンゲノフ事件判決は本件ガスの「無差別的な使用」如何を問題にしており、手段の使用態様によっては対象者とそれ以外の人々を区別できることを示している。こうして、本件ガスは—両者の交じり合った集団に向けられたとしても—対象者とそれ以外の人々を区別する態様で、つまり後者を生存させる高い可能性を残して、使用されたゆえ、無差別的使用ではないとされた。

以上に鑑みると、争点は、本件ガス（フェンタニル系化学物質）が「対象を区別できる」性質のものかどうかであり、裁判所は肯定的であるのに対し、上記批判は—本件ガスが爆弾と同等かそれ以上に無差別的とするので—否定するというわけである。これを決するのは結局、本件ガスが「一般に致命的」と性質付けられるかどうかにかかっていると思われる。

裁判所は、確かに、本件ガスが「一般に致命的」とは見えていないが、「身体的弱者には潜在的に致命的」として条件付きであれ致命的と認めている。にも拘らず本件ガスを「対象を区別できない」「差別的に使用できる」ものと見做し得たのは、まさに、イサエヴァ事件の爆弾使用とは異なり、本件ガス使用には「絶対的必要」基準よりも緩やかな基準を当てはめたからなのである。

2 人権法による法執行型暴力行為規制の意義と限界

⁸⁵ L. Doswald-Beck, "Assessing 'Incapacitating Chemical Agents' under Human Rights Law," in ICRC, *Report of an Expert Meeting: "Incapacitating Chemical Agents": Law Enforcement, Human Rights Law and Policy Perspectives* (Montreux, Switzerland, 24-26 April 2012), pp.40-41.

⁸⁶ Vandova, *supra* note 84, pp.48-49.

上記のような条件と内容をもって国家による致死力行使を規律する、「絶対的の必要」基準よりも緩やかな基準は一慣習国際法化したとまで言えるかは別として—人権法による法執行型暴力行為規制の重要なモデルを示していると考えられる。以下、その意義と限界を、本件と関連する限りで分析したい。

(1) 非国際的武力紛争における人権法の規制力

フィンゲノフ事件は非国際的武力紛争で生じたと言えなくもない事案であった⁸⁷。フィンゲノフ事件判決が示した人権法による法執行型暴力行為規制は、非国際的武力紛争の規律について、人道法の敵対行為型暴力行為規制に勝るといえるだろうか。

「はじめに」で触れた DPH 解釈指針は、国際的／非国際的武力紛争時の人的軍事目標に対する力行使における制限を扱う第9項で、「人道法が特定の戦闘手段・方法に課す制限に加えて、かつ、武力紛争時に適用可能な他分野の国際法規則が課すさらなる制限に影響を与えることなく、直接の攻撃から保護される地位をもたない者に対して行使することが許容される力は、その状況における正当な軍事目的を達成するのに実際に必要な種類および程度を超えてはならない」と定めた。これは、人的軍事目標に対して行使する力を正当な軍事目的達成のために必要な限度に留めるという軍事的必要原則の制限的側面の表現であり、かねてより有力な人道法専門家が「同じ軍事的利益を得られるのであれば敵に対しより小さい害悪ないし苦痛を与える戦闘手段・方法を選択すべき」⁸⁸と主張してきたものである。もっとも、DPH 解釈指針第9項に対しては、実定人道法を逸脱しているとの批判が多くなされており⁸⁹、これを意識してか DPH 解釈指針は次のような補足説明を行っている⁹⁰：

[第9項の] 制限の実際上の重要性は、紛争当事者が軍事行動の生じている事態およびエリアをコントロールする能力が高いほど増し、平時の警察行動に相当する事態における特定の個人に対して軍隊が行動する場合に決定的となる。実際、かかる考慮は、占領地域や非国際的武力紛争に顕著なように紛争当事者が実効的な領域支配を及ぼしている場合に、とりわけ

⁸⁷ N. Quenivet, “The Moscow Hostage Crisis in the Light of the Armed Conflict in Chechnya” Yearbook of IHL, Vol.4 (2001), pp.357-358; G. Gaggioli, *L'influence mutuelle entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire à la lumière du droit à la vie* (Pedone, 2013), p.369.

⁸⁸ J. Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law* (Nijhoff, 1985), pp.75-76. 近年では“Least Restrictive Means, or LRM maxim”とも呼ばれ、これを人道法上根拠付ける試みが精力的になされている。See, R. Goodman, “The Power to Kill or Capture Enemy Combatants” EJIL, Vol.24, No.3 (2013), pp.819-853.

⁸⁹ その代表として参照、W. H. Parks, “Part IX of the ICRC ‘Direct Participation in Hostilities’ Study: No Mandate, No Expertise, and Legally Incorrect” NYU Journal of Int’l Law and Politics, Vol.42 (2010), pp.769-830.

⁹⁰ DPH Interpretive Guidance, pp.80-81.

妥当するだろう（傍点筆者）。

以上から我々が想起するのは、フィンゲノフ事件判決が、Ⅲ 1 で見たように、国家が警察行動に従事する事態に対してコントロールを及ぼしていない場合の警察行動の戦略的・軍事的・技術的側面については「絶対的必要」基準より緩やかな必要性基準—正当な目的達成のため致死力行使の他により強力でない方法があったか否か—を当てはめるとしたことである。つまり、DPH 解釈指針第9項とフィンゲノフ事件判決とは、「事態へのコントロールの程度」という実質的に同じメルクマールを用いて同一の必要性基準を当てはめているのである。とすれば、少なくとも非国際的武力紛争においては、先のような批判を押し立ててまで人道法上のものとして同基準を提示する意味はなく、むしろ人権法上の法執行型暴力行為規制が—人道法に優先して—適用されると考える方が適切である。

但し、こうして人権法が非国際的武力紛争をより適切に規律できると認められるほど、その反面として人権法の「アイデンティティ」がますます問い直されるようになる。それは、Ⅲ 1 (1) で見た「絶対的必要」基準を緩和する（あるいは裁判所が国家の判断を優先する）条件にかかわる。平時の法執行であれ非国際的武力紛争時の軍事行動であれ本質的な区別なく、致死力行使に訴える国家がその置かれた事態にコントロールを及ぼしているか否かという事実評価に主に依拠して、国家による生命剥奪の合法性を判断する—これが人権法の姿となる。この判断枠組みは、ケースバイケースの柔軟な結論を導きうる点でメリットもあるが、そもそも国内の事態評価にかかる情報および権限を握っている国家を前に、国家の置かれた事態に対するコントロール如何を裁判所が—とりわけ国家に抗う形で—評価するのは容易ではなく、結果として国家の判断を尊重せざるを得ないのではないか。それは、皮肉なことに、人道法を解釈・適用する第三者の態度と類似しており⁹¹、非国際的武力紛争の規律に—いわば人道法と競り合って—乗り出す人権法が払うべき代償なのかもしれない。

(2) 致死力行使の手段に対する人権法の規制力

仮に本件で裁判所が—黙示的であれ—非国際的武力紛争の存在を認め人道法を参照したならば、結論が異なったと思われる点がある。すなわち、致死力行使の手段である本件ガスが人道法上違法な戦闘手段と判断される可能性が高く⁹²、「人道法に照らしてさえ違法な本件ガス使用は人

⁹¹ M. Milanovic, “Important Cases against Russia before the European Court” ejiltalk.org (2012), at <<http://www.ejiltalk.org/important-cases-against-russia-before-the-european-court/>>.

⁹² 軍事目標とそれ以外を区別することのできない性質の無差別兵器の使用は、その性質ゆえに原則として人道法違反となるのであり、(フィンゲノフ事件判決が本件ガス使用を無差別的でないとした理由のごとく) 文民に生存可能性を残したからといって人道法上その無差別性が排除できるわけではない。V. Gowlland-Debbas and G. Gaggioli, “The Relationship between International Human Rights and Humanitarian Law: An Overview,” in R. Kolb and G. Gaggioli, *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law* (Edward Elgar, 2013), p.102. また、無差別兵器の使用禁止は非国際的武力紛争においても適用される慣習国際法であるとされる。J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, Volume I: Rules (CUP, 2009), pp.244-250 (Rule 71).

権法上も違法」という論理を採り得た。

本件のような平時とも非国際的武力紛争時とも捉えうる国家の致死力行使において、人道法上も人権法上も合法／違法と同一の結果になるのであれば問題は生じないが、往々にして、一方では合法だが他方では違法と矛盾する帰結になるところ、本件ガス使用は、人道法上は違法だが人権法上は—特定の規律されず⁹³ 一般的な基準によれば—合法となりうる場合であって、事実、裁判所は本件ガス使用に「絶対的基準」より緩和された基準を当てはめて人権法上合法と判断したのであった。

以上から言えるのは、非国際的武力紛争においては人権法の法執行型暴力行為規制が一般に人道法に優先して適用されるのが妥当としても(上記(1))、少なくとも致死力行使の手段に関しては人権法より人道法が特定の規律を及ぼし、ましてやそれによって違法が導けるのならば、当該人道法を人権法(条約)の解釈・適用に当たって参照すべきではないか⁹⁴、ということである。

もっとも、本件とは異なり、非国際的武力紛争の敷居には全く達しないものの事態への国家のコントロール不足によって「絶対的基準」より緩和された基準が適用される警察行動で、本件ガスのごとき致死的な化学物質が使用された場合はどうか、という問題はある。つまり、この場合には上のような人道法の「助け」はなく、人権法の規制力がより一層問われるといえる。但し、化学兵器については、裁判所が1993年化学兵器禁止条約を—人道法の場合と同様に—参照すれば⁹⁵、結論が違った可能性は排除できない。これは化学兵器禁止条約それ自体の分析にかかわるので本稿の射程外であるが、以下、本件ガス使用に関する限りで化学兵器禁止条約の見取り図を簡単に述べておく。

化学兵器禁止条約は第2条1・2項において、その規制対象とする「化学兵器」に該当する「毒性化学物質」を、「人又は動物の生命活動に対する化学作用により、死、一時的に機能を著しく害する状態、又は恒久的な害を引き起こす化学物質」と定義する。但し、当該毒性化学物質が同条約によって禁止されていない目的(以下「条約許容目的」)のために、かつ、種類および量が条約許容目的に適合する場合、化学兵器と見做されない。条約許容目的は同条9項に4つ列挙されており、「工業・農業・研究・医療又は製薬の目的その他の平和的目的」、「毒性化学物質および化学兵器に対する防衛に直接関係する目的」、「化学兵器の使用に関連せず、かつ、化学物質の毒性を戦争の方法として利用するものではない軍事的目的」、および、「国内の暴動の鎮圧を含む法

⁹³ 少なくとも欧州人権条約は、致死力行使に制約を課しても、致死力の特定の手段についてまで規制しているとは言えない。少し古いが、欧州人権委員会は1984年スチュワート対英国事件決定において、力行使の様子は審査対象となるが、力行使の手段ないし兵器の種類は審査対象としないとした。See, *Stewart v. The United Kingdom*, Application No.10044/82, Decision of 10 July 1984 on the admissibility of the application.

⁹⁴ Gowlland-Debbas and Gaggioli, *supra* note 92, p.91.

⁹⁵ 本件では参照されなかった—本判決後に原告の何人かは大法廷での再審理を請求し、そこには化学兵器禁止条約に依拠した本判決への反論も含まれていたが、大法廷の小委員会は2012年6月4日に当該請求を却下した。Vandova, *supra* note 84, p.48.

執行のための目的」である。最後の法執行目的での使用が許容される「暴動鎮圧剤 (riot control agents)」は、「短時間で消失する、人間の感覚への刺激又は行動を困難にする身体への効果を速やかに引き起こす化学物質で、化学物質附属書の表に掲げていないもの」と定義される(同条7項)。もっとも、暴動鎮圧剤は戦争の方法としては使用が禁止される(第1条5項)。

本件ガスは法執行目的で使用されたので、まずもって問題は、それが暴動鎮圧剤に該当するかどうかである。該当すれば化学兵器禁止条約上も許容され本判決と同じ結論となるが、該当しない場合、次なる問題は、本件ガスが毒性化学物質(禁止対象の化学兵器)の定義に当てはまり、かつ法執行目的に適合しない種類又は量で使用されたか否かである。それが肯定されれば、本件ガス使用は化学兵器禁止条約上違法とされうる。裁判所は本件ガスを条件付きであれ「致命的」としたので、暴動鎮圧剤とは言えないだろうから⁹⁶、焦点は、毒性化学物質に該当するか否か、および、法執行目的に適合しない種類又は量で使用されたか否かである。しかし、すでに見たように、本件ガスの組成が被告国により明確にされなかったので、仮に裁判所が化学兵器禁止条約を参照したとしても事実認定の段階で困難に直面したに違いない。

IV おわりに

本稿は、欧州人権裁判所が近年フィンゲノフ事件判決で明確に提示した、人権法による法執行型暴力行為規制の内容を詳細に分析し、それが平時とも非国際的武力紛争時とも捉えうる国家の致死力行使の規律にいかなる意義と限界をもちうるかを検討するものであった。

国家と反政府武装集団といった法的非対称関係における前者の后者に対する致死力行使をめぐっては、それが非国際的武力紛争の敷居に達すれば、人道法の敵対行為型暴力行為規制を法構造上の矛盾にも拘わらず拡張適用しようとする動きが—DPH 解釈指針を筆頭に—近年顕著であるが、これに対して人権法の法執行型暴力行為規制はどれほど有用であるだろうか。フィンゲノフ事件判決が提示する回答は、平時の法執行であれ非国際的武力紛争時の軍事行動であれ本質的な区別なく、致死力行使に訴える国家がその置かれた事態にコントロールを及ぼしているか否かという事実評価をメルクマールとし、かかるコントロールを及ぼしているときには「絶対的必要」基準を、及ぼしていないときにはそれより緩やかな—よって国家の判断を優先する—基準を、少なくとも致死力行使の戦略的・軍事的・技術的側面について当てはめるというものである。この判断枠組みは、ケースバイケースの柔軟な結論を導きうる点でメリットもあるが、とりわけ非国際的武力紛争においては当事国の判断にほとんど従うだけの結果となる恐れがある。この点は、

⁹⁶ 本件ガスは暴動鎮圧剤に該当しないとする論者として参照、D. Fidler, “The Meaning of Moscow: ‘Non-lethal’ Weapons and International Law in the 21st Century” IRRIC, Vol.87, No.859 (2005), p.537.

人道法と競り合って幅広く致死力行使の規律に乗り出した人権法の「アイデンティティ」が問い直される局面であり、ひいては従来考えられてきた人権法の趣旨・目的からの逸脱という問題さえ提起しよう。加えて、非国際的武力紛争においては人権法の法執行型暴力行為規制が一般に人道法に優先して適用されるのが妥当としても、常に前者が後者より有用だとは限らない。つまり、少なくとも致死力行使の手段に関しては人権法より人道法が特定の規律を及ぼし、人権法だけでは導けない結論（違法）が人道法の参照によって可能となる場合—まさにフィンゲノフ事件が該当し得た—があるからである。

我々は、フィンゲノフ事件判決の判断枠組みが今後個別のケースでどのように用いられていくか、また、欧州人権条約システムの枠を超えても用いられることになるのかを、注視していかねばならない。

