

敵対行為に参加する子どもの法的地位

What a Legal Position does a Child Participating in Hostilities has?

田村 恵理子

国際人道法および国際人権法は子どもが軍隊に採用され又は敵対行為に参加させられないよう紛争当事者を義務付け、さらに国際刑事法は子どもに対するそのような行為を戦争犯罪とする。かかる紛争当事者の義務違反ないし犯罪の結果をその被害者である子どもに負わせるべきでないという点では多くの者の見解が一致する。では、そのような被害者である子どもは、たとえ軍隊構成員となり又は文民として敵対行為に直接参加していても、大人とは異なる扱いを受け特別に保護されるべきなのか。現行国際法は、子どもも敵対行為に直接参加する限り合法的軍事目標となることを認め、また、かかる子どもへの攻撃に際しより厳しい規制を課してもいない。国際刑事裁判所の判決が近年示したように、子どもは軍隊構成員であるというだけでいつでも攻撃される対象にならないと言うのがせいぜいである。このように「敵対行為に直接(active/direct)参加」している間は子どもであっても攻撃されうるところ、子どもの保護を高めるため紛争当事者に禁止される子どもの「敵対行為への直接(direct)／積極的(active)参加」を広く解釈しても、文民保護を喪失する条件たる「敵対行為への直接(active/direct)参加」も広く解釈され子どもが攻撃される可能性を高めることはない。両者は同様の表現であってもその置かれた文脈および規範目的によって解釈を異にすべきものだからである。

キーワード：子ども、軍隊構成員、文民、敵対行為への直接参加、敵対行為への積極的参加

目次

- I 問題の所在
- II 国際人道法、国際人権法および国際刑事法における子どもの位置づけ
 - 1 国際人道法
 - 2 国際人権法
 - 3 国際刑事法
- III 敵対行為に参加する子どもも特別に保護されるべきか
 - 1 子どもは常に文民として扱うべきか
 - 2 子ども兵士への攻撃はより厳しい規制に服すべきか

3 「敵対行為への直接／積極的参加」とその文脈

IV 結語

I 問題の所在

国際人道法および国際人権法は、子どもが軍隊に採用され又は敵対行為に参加させられないよう紛争当事者を義務付けている。加えて、国際刑事裁判所（以下「ICC」）規程は、子どもに対するそのような行為を国際的武力紛争と非国際的武力紛争のいずれにおいても戦争犯罪に該当すると規定する。では、紛争当事者によるかかる重大な義務違反ないし戦争犯罪の被害者である子どもは、たとえ軍隊構成員となり又は文民として敵対行為に直接参加していても、大人とは異なる扱いを受けるべきだろうか。武力紛争において特別に保護される存在として、子どもはいかなる法的地位を与えられるべきであろうか。

本稿はこの問題提起を3つの角度から検討する。すなわち、第1に、子どもは、軍隊構成員であってもいつでも攻撃される対象としてはならず、常に文民として扱われ、ゆえに敵対行為に直接参加している間に限って攻撃されうるに過ぎないと考えるべきかどうか。第2に、現行法は第1の問いに否定的に答え、子どもも大人と同様に軍隊構成員としていつでも攻撃対象となり、あるいは文民として敵対行為に直接参加している間は攻撃されうるとしても、同じ軍事的利益を得られるならば子どもに与える損害が最も小さい害敵手段・方法を用いるべきなのかどうか。そして第3に、子どもの保護を高めるため紛争当事者に禁止される子どもの「敵対行為への積極的参加」を広く解釈すれば、文民保護を喪失する条件たる「敵対行為への直接参加」も広く解釈され、文民たる子どもが攻撃される可能性を高めてしまう—つまり子どもの保護が弱まる—というジレンマが生じるのだろうか。

なお、国際人道法は敵対行為に参加したことで（あるいは武力紛争に関連して）子どもが処罰されることを想定した規定を置くが、本稿ではそのように処罰される子どもの法的地位については扱わない。

¹ 1949年文民条約第68条4項は占領国が被保護者に対して、1977年第1追加議定書第77条5項は国際的武力紛争の当事者の権力下にある全ての子どもに対して、1977年第2追加議定書第6条4項は非国際的武力紛争の当事者の権力下にある全ての子どもに対して、武力紛争に関連する犯罪行為の実行時に18歳未満であった場合には死刑を執行および／又は言い渡してはならないと規定するところ、翻せば、18歳未満の者は死刑以外の刑罰をもって処罰されうるということを示している—もっとも、軍隊採用および敵対行為参加が禁止される15歳未満の者は精神的・身体的・知性的な未熟のゆえに刑事責任を問えないとも考えられる。上記国際人道法と同様の規定は、1966年自由権規約第6条5項（デロゲーション不可能）、1969年米州人権条約第4条5項、1989年子どもの権利条約第37条(a)にも置かれている。のみならず、子どもの権利条約を含む国際人権法は少年司法に関する比較的詳細な規定も置いており、子どもが処罰されることを想定している—もっとも、刑事責任年齢は定められていない。See, N. Quéniévet, “Does and Should International Law Prohibit the Prosecution of Children for War Crimes?” *European Journal of International Law*, Vol. 28, No. 2 (2017), pp. 437-439.

II 国際人道法、国際人権法および国際刑事法における子どもの位置づけ

1 国際人道法

国際人道法の主要条約は、子どもを何歳未満の者という形では定義することなく²、一般的に子どもを対象としたり³、特定の年齢の子ども—新生児⁴、7歳未満⁵、12歳未満⁶、15歳未満⁷、18歳未満⁸—を対象としたりする規定を複数置いている。中でも15歳未満の子どもを対象とするものが多く、赤十字国際委員会（以下「ICRC」）のコメンタリーによれば、文民条約および追加議定書においては15歳未満の全ての人間を子どもと捉えて差支えないと言える⁹。

(1) 1949年ジュネーブ諸条約—文民条約¹⁰

国際的武力紛争において文民条約は、主に紛争当事国又は占領国の権力下にある被保護者として、また、（限定的ながら）被保護者より広く紛争当事国の文民たる住民として、子どもを追加的に保護する規定を置く。例えば第17条は、傷者、病者、虚弱者、老人、妊産婦そして子どもを攻囲又は包囲された地域から避難させるための現地協定の締結につき規定し、第38条は、紛争当事国における被保護者の地位は原則として平時における外国人に関する規定によって引き続き規律されるとしつつ、15歳未満の子ども、妊産婦および7歳未満の子どもの母親については関係国の国民が享有する有利な待遇と同等の待遇を享受すると規定する。中でも占領国に名宛された第50条2項は、「[...]いかなる場合にも、子どもの身分上の地位を変更し又は自国に従属する団体・組織に子どもを編入してはならない」とし、続く同第51条1項は—子どもに限ってはいないが—「被保護者に対し自国の軍隊又は補助部隊において勤務することを強制してはならない」とする。これらは、占領国の恣意的な権力行使を制限し被占領国の自国民に対する主権（後者の前者に対する忠誠）を保護することを目的としているが、子どもを占領国軍隊に採用することを禁止する効果をもつとも言える¹¹。

しかし、上記の規定は子どもの軍隊採用の禁止に部分的に関わるのみであって—占領国が被占領国の子どもに対して行う側面に限られる—子どもの敵対行為への参加には触れていない。結局のところ、

² この点、後述の国際人権法が子どもを「18歳未満の全ての人間」と定義しているのと異なる。

³ 例えば文民条約第17条、第1追加議定書第77条1項・4項。

⁴ 例えば第1追加議定書第8条(a)。

⁵ 例えば文民条約第14条1項、第38条、第50条5項（7歳未満の子どもはその母親と共に対象とされる）。

⁶ 例えば文民条約第24条2項。

⁷ 例えば文民条約第14条1項、第23条1項、第24条1項、第38条、第50条5項、第89条5項、第1追加議定書第77条2・3項、第2追加議定書第4条3項。

⁸ 例えば文民条約第51条2項、第68条4項、第1追加議定書第77条5項、第2追加議定書第6条4項。

⁹ 加えて、15歳未満を子どもとする理由は、同年齢以上になるとそれ以前のような特別の保護がもはや必要ではなくなる発達段階に至るからであるという。See, J. Pictet (ed.), *Commentary IV on the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War of 12 August 1949* (ICRC, 1958), p. 186; Y. Sandoz, Ch. Swinarski and B. Zimmermann (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Martinus Nijhoff Publishers, 1987), pp. 899-900, para. 3179.

¹⁰ 1950年発効。2020年5月末現在、196ヵ国が批准している。

¹¹ G. Waschfort, *International Law and Child Soldiers* (Hart Publishing, 2015), pp. 56-57.

文民条約を含めジュネーブ諸条約は子ども兵士の問題を正面から扱うものではない。確かに、第2次世界大戦において子どもは敵対行為に参加していたのであるが、彼らはパルチザンないしレジスタンスといった不正規兵として参加したゆえ、自発的あるいは必要悪と（連合国から）見做され、いずれにしても例外的な現象で法的規律を要求するほどではないと考えられた。加えて、子どもの敵対行為への参加の規律は第一義的に国内問題であると捉えられていた¹²。

(2) 1977年第1追加議定書¹³

子ども兵士の問題が初めて正面から国際的な法的規律の対象とされたのは、追加議定書においてであった。第1追加議定書は、国際的武力紛争において文民条約を補完する（例えば第8条(a)、第77条1項・4項・5項)¹⁴とともに、子どもが軍隊に採用され又は敵対行為に参加させられないよう紛争当事者を義務付ける規定を新たに置いた。それは、第4編「文民たる住民」の第3部「紛争当事者の権力下にある者の待遇」の中にある第77条の次のような規定である。

2項：紛争当事者は、15歳未満の子どもが敵対行為に直接参加（take a direct part in hostilities）しないよう全ての実行可能な（feasible）措置をとるものとし、特に、これらの子どもを自国の軍隊に採用することを差し控える。紛争当事者は、15歳以上18歳未満の者の中から採用するに当たっては、最年長者を優先させるよう努める。

3項：15歳未満の子どもは、2項に拘らず、敵対行為に直接参加して敵対する紛争当事者の権力内に陥った例外的な場合にも、これらの子どもが捕虜であるか否かを問わず、第77条により与えられる特別の保護を受ける。

起草過程を見ると、第77条2項の原案たる1973年ICRC草案（第68条2項）は、より強い禁止内容であった。すなわち、「紛争当事者は、15歳未満の子どもが敵対行為にいかなる参加（take any part in hostilities）もしないよう全ての必要な（necessary）措置をとるものとし、特に、これらの子どもを自国の軍隊に採用し又は子どもによる志願を受け入れることを差し控える」とあり、ICRCの説明によれば、「紛争当事者は子どもの敵対行為へのいかなる参加（any participation whatsoever）も奨励したり許容したりすべきでない。敵対行為への直接参加のみが禁止されるのではなく、敵対行為に関連するその他のいかなる行為（any other act in relation with the hostilities）も禁止されるべきである。それは例えば軍事情報の伝達、武器・軍需品・戦争物資の

¹² M. Happold, *Child Soldiers in International Law* (Manchester University Press, 2005), p. 55.

¹³ 1978年発効。2020年5月末現在、174カ国が批准し、3カ国（イラン、パキスタン、米国）が署名している。

¹⁴ 第77条は文民条約上の被保護者（紛争当事国又は占領国の国民でない者）に該当する子どもだけでなく、武力紛争の影響を受けるか受けないかに拘らず紛争当事者の権力下にある全ての子どもを対象とする（その意味で文民条約第2編に追加される）。

¹⁵ ICRC, *Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949: Commentary* (1973), pp. 86-87.

運搬、サボタージュなどである」¹⁵。また、子どもの敵対行為への参加を禁止するために国家がとるべきは全ての「実行可能な」措置か「必要な」措置かの相違も重要で、前者は後者より国家の裁量の余地が大きい。事実、攻撃に際してとるべき予防措置（第57条）等についても「実行可能な」措置と規定されるところ、幾つかの諸国は、人道的考慮のみならず軍事的考慮あるいは軍事活動の成功をも含む攻撃時の全ての状況を考慮した上で実際に可能な措置を意味する、と起草過程で発言したり¹⁶解釈宣言を付したりしている¹⁷。

このICRC草案が検討された第3委員会作業部会では、同草案に与する見解（スイス¹⁸）もあったが、国家の防衛あるいは外国に対する抵抗のため子どもが敵対行為に参加することは許されるとして反対する立場（ヴェトナム¹⁹、カナダ²⁰、ギリシャ²¹）が優勢のようであった。また、対象とする子どもの年齢についても、18歳未満とする提案（ブラジル²²）が出されたが、多数を占めるには至らなかったようである。同作業部会の報告者によると、主な争点は軍隊に志願する子どもの受入れも国家は禁止されるのかをめぐってであり（現行規定は賛否両方の立場の妥協とされる）²³、入隊した子どもが敵対行為への「いかなる」参加も禁止されるのか「直接」参加の禁止に限られるのかが議論された形跡は公式資料からは見つけられない。いずれにせよ、第3委員会（第4回会合）および全体会合（第43回会合）でコンセンサスにより現行条文が採択された²⁴。

興味深いことに、ICRCはコメントリーで、「起草者たちの意図は明らかに子どもを武力紛争に関わらせないことであった」とし、ゆえに第77条2項は、子どもの敵対行為への間接参加—例えば、軍事情報の収集や伝達、兵器や軍需品の運搬、補給品の提供なども許可しないものと解すべきと述べている²⁵。

¹⁶ *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts* (Federal Political Department, 1978) [hereafter, *OR*], Vol. VI, CDDH/SR.42, Annex (西ドイツ、イタリア、米国).

¹⁷ ベルギー、カナダ、イタリア、オランダ、およびスペインの解釈宣言。See, ICRC database, available at: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/States.xsp?xp_viewStates=XPages_NORMStatesParties&xp_treatySelected=470> (last accessed on 10 July 2020).

¹⁸ *OR*, Vol. XV, CDDH/III/SR. 45, para. 16 (「子どもは敵対行為の補助任務、例えば情報収集、命令の伝達、軍需品・食料の運搬などにも参加すべきでない」と述べる).

¹⁹ *OR*, Vol. XV, CDDH/III/SR. 45, para. 10.

²⁰ *OR*, Vol. XV, CDDH/III/SR. 45, para. 23 (もっとも、ここで想定しているのは15歳未満ではなく16～18歳の子どもである。軍隊に採用可能な子どもを18歳以上に引き上げるブラジルの提案に反対する文脈での発言).

²¹ *OR*, Vol. XV, CDDH/III/SR. 45, para. 32 (「政府は、軍隊に志願する子どもが敵対行為の補助任務（例えば情報伝達）に就くことを受諾する権利を否定され得ない。加えて、15歳未満の子どもであっても自国の侵略に直面すれば受動的ではいられない」と述べる).

²² *OR*, Vol. XV, CDDH/III/SR. 45, para. 11; *OR*, Vol. III, p. 301, CDDH/III/ 325.

²³ *OR*, Vol. XV, p. 522, CDDH/III/391 (「[現行第77条] 2項は、15歳未満の子どものいかなる軍隊採用も禁止する立場と、軍隊に志願する場合は許容しつつ敵対行為に直接参加しないよう『全ての実行可能な措置をとる』というより柔軟な立場とを妥協させたものである。作業部会は、時に、とりわけ占領地域や民族解放闘争において、15歳未満の子どもの軍隊志願を全面的に禁止することは非現実的だと認識した。2項の最終文も、軍隊採用により高い年齢制限を求める立場との妥協の結果である」と述べる).

²⁴ *OR*, Vol. VI, p. 251, CDDH/SR.43.

²⁵ Sandoz, et al., *supra* note 9, p. 901, para. 3187.

(3) 1977年第2追加議定書²⁶

非国際的武力紛争に適用される第2追加議定書は、第2編「人道的待遇」の中で基本的な保障について定める第4条に次のような規定を置く。

3項(c)：15歳未満の子どもは、軍隊又は武装集団に採用してはならず、また、敵対行為に参加する (take part in hostilities) ことを許してはならない。

3項(d)：15歳未満の子どもは、(c)に拘らず、敵対行為に直接参加して (take a direct part in hostilities) 捕えられた場合にも、第4条により与えられる特別の保護を引き続き受ける。

原案の1973年ICRC草案(第32条2項(e))は、上記第1追加議定書第77条2項原案とその内容は全く同一で、ICRCによれば前者は後者をリステイトしたものである²⁷。加えてICRCは、「非国際的武力紛争において子どもは国際的武力紛争におけるより一層、[敵対行為に]使用されてきたのであって、ゆえに敵対行為の犠牲となる一層大きな危険に晒されてきた」と言う²⁸。入隊した子どもが敵対行為への「いかなる」参加も禁止されるのか「直接」参加の禁止に限られるのかが起草過程で議論された形跡は、第1追加議定書の場合と同様、公式資料からは見つけられない。最終的にパキスタンの提案により現行の条文となり、全体会合(第53回会合)でコンセンサスにより採択された²⁹。

注意すべきことに、第4条3項(c)の禁止は敵対行為への「直接」参加に限定されない規定振りとなっている。すぐ後の(d)が敵対行為への「直接」参加と表現するのと齟齬があるにせよ、文言解釈に従えば第4条3項(c)は第1追加議定書第77条2項より厳格に「敵対行為へのいかなる参加」も禁止したものと読める³⁰。後述する子どもの権利条約第38条の起草過程で、幾つかの諸国も同様の見解を表明している³¹。その理由として、第2追加議定書は反徒にも適用されるゆえその手足を縛りたいと国家が考えたからだと指摘される³²。他方、本来は第2追加議定書も第1追加議定書と同様に規定するところを起草上のミスにより現行規定となったに過ぎないとの見解もある³³。

上述したように、ICRCコメンタリーは、第1追加議定書第77条2項が子どもの敵対行為への

²⁶ 1978年発効。2020年5月末現在、169カ国が批准し、3カ国(イラン、パキスタン、米国)が署名している。

²⁷ ICRC, *supra* note 15, pp. 163-164.

²⁸ OR, Vol. XV, CDDH/III/SR. 46, para. 8.

²⁹ OR, Vol. VII, pp. 144-145, CDDH/SR.53.

³⁰ S. Sivakumaran, *The Law of Non-international Armed Conflict* (Oxford University Press, 2012), p. 316; ICC, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, Case No. ICC-01/04-01/06, 14 March 2012, paras. 604 and 627.

³¹ UN Doc. E/CN.4/1989/48, 2 March 1989, para. 612 (オーストラリア、オーストリア、ベルギー、フィンランド、イタリア、オランダ、ニュージーランド、スウェーデン、スイス、およびヴェネズエラ)。

³² H. Mann, "International Law and the Child Soldier" *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, No. 1 (1987), p. 50.

³³ W. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (Oxford University Press, 2010), p. 252.

間接参加も禁止すると解するところ、そこで挙げた間接参加の例とほぼ同じものを第2追加議定書第4条3項(c)が禁止する敵対行為への参加の例としても挙げている³⁴。つまり、ICRCの解釈では、第1追加議定書も第2追加議定書も同様に敵対行為へのいかなる参加も禁止していることになる。

2 国際人権法

(1) 1989年子どもの権利条約³⁵

同条約は、18歳未満の全ての人間を子どもと定義しつつ（第1条）³⁶、第1追加議定書第77条2項とほとんど同内容の規定を置く。第38条によれば³⁷、

2項：締約国は、15歳未満の者が敵対行為に直接参加（take a direct part in hostilities）しないよう確保するため全ての実行可能な措置をとる。

3項：締約国は、15歳未満の者を自国の軍隊に採用することを差し控え、15歳以上18歳未満の者の中から採用するに当たっては、最年長者を優先させるよう努める。

子どもの権利条約は国際連合（以下「国連」）人権委員会の下での作業部会で起草された。同条約第38条2項および3項の主たる争点は、①対象とする子どもの年齢を15歳未満より引き上げるか否か、②敵対行為への「直接」参加に留まらず「いかなる」参加も禁止すべきか否か、③「実行可能な」措置か、より厳しい「必要な」措置か、④軍隊への自発的採用（voluntary recruitment）と強制的採用ないし徴兵（conscriptio）の区別の是非、⑤訓練や教育のために軍隊へ採用することも含めるか否か、であった³⁸。本稿の関心たる②について、作業部会の大多数の政府代表は、敵対行為への「いかなる」参加も禁止すべきとの立場であったが、第1追加議定書第77条2項より厳格な義務は遵守不可能であり現実的でないと（米国およびソ連）が根強く、諸国が合意でき

³⁴ Sandoz, et al., *supra* note 9, p. 1380, para. 4557.

³⁵ 1990年発効。2020年5月末現在、196ヶ国が批准している（ソマリアは2015年）。唯一未批准の米国は署名のみ行っている。

³⁶ 但し、「子どもに適用される法律において成人年齢がより早く規定されていない限り」と条件を付している。

³⁷ 子どもの権利条約第38条2項・3項は純粋な国際人権法ではなく、国際人権法と国際人道法とのハイブリッド的な性格をもつと捉える論者がいる。子どもの敵対行為参加禁止は敵対行為を含む武力紛争の存在を一般に前提とするので国際人道法により近いが、子どもの軍隊採用禁止は武力紛争時のみならず平時にも妥当するので国際人権法により近い。ICC規程の起草時、少なくとも1ヶ国（米国）は、子どもの軍隊採用禁止は国際人道法というより国際人権法に属すると述べていた。See, H. von Hebel and D. Robinson, “Crimes within the Jurisdiction of the Court,” in R. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results* (Martinus Nijhoff Publishers, 1999), p. 117; W. Schabas, “*Lex Specialis?* Belt and Suspenders? The Parallel Operation of Human Rights Law and the Law of Armed Conflict, and the Conundrum of *Jus ad Bellum*” *Israel Law Review*, Vol. 40, No. 2 (2007), p. 603. なお、子どもの敵対行為参加禁止は文言上、武力紛争以外の事態には適用されないと読めちゃうゆえ、そうではないことを明示する規定ぶりにすべきだったと指摘される。See, Waschefort, *supra* note 11, p. 90.

³⁸ UN Docs. E/CN.4/1986/39, 13 March 1986, paras. 124-140; E/CN.4/1987/25, 9 March 1987 paras.160-165; E/CN.4/1988/28, 6 April paras.71-79. See also, C. Breen, “When is a Child Not a Child?” *Human Rights Review*, Vol. 8, No. 2 (2007), pp. 83-87.

る最低限として第1追加議定書第77条2項の内容が規定されることとなった³⁹。もっとも、幾つかの諸国は第38条2項がコンセンサスで採択されたとする事実と異議を唱え⁴⁰、中でもオランダは子どもの権利条約批准時に「国家は子どもを直接的にも間接的にも敵対行為に関与させることを許されるべきではない」との解釈宣言を付した⁴¹。

(2) 1990年子どもの権利と福祉に関するアフリカ憲章⁴²

同条約は、子どもを18歳未満の全ての人間と定義し(第2条)、かつ、敵対行為への直接参加禁止の対象となるのも—15歳未満ではなく—18歳未満とするとともに、当該禁止のために国家は全ての必要な措置—実行可能なそれに留まらず—をとるべきと規定する。第22条2項によれば、

締約国は、子どもが敵対行為に直接参加 (take a direct part in hostilities) しないよう確保するため、また、特に子どもを自国の軍隊に採用することを差し控えるため、全ての必要な措置をとる。

同様の規定として、2003年アフリカ女性の権利に関するアフリカ人権憲章議定書の第11条4項があり、「締約国は、子どもとりわけ18歳未満の女児が敵対行為に直接参加 (take a direct part in hostilities) しないよう、また、子どもが自国の軍隊に兵士として採用されないよう確保するため、全ての必要な措置をとる」と規定する。

(3) 2000年武力紛争への関与に関する子どもの権利条約選択議定書(以下「武力紛争議定書」)⁴³

武力紛争議定書はその第1条において、第1追加議定書第77条2項および子どもの権利条約第38条2項を継承しつつ、対象年齢を18歳未満に引き上げた。すなわち、「締約国は、18歳未満の自国の軍隊の構成員が敵対行為に直接参加 (take a direct part in hostilities) しないよう確保するため全ての実行可能な⁴⁴措置をとる」。他方、強制的採用 (compulsory recruitment) については18歳以上を義務付けている(第2条)のに対し、自発的採用 (voluntary recruitment) については、

³⁹ UN Doc. E/CN.4/1989/48, 2 March 1989, paras. 601-605 and 609-616.

⁴⁰ *Ibid*, paras. 612, 615-616 and 732-733.

⁴¹ United Nations Treaty Collection, available at: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en#EndDec> (last accessed on 10 July 2020).

⁴² 1999年発効。2019年6月末現在、アフリカ連合(AU)加盟国55カ国のうち49カ国が批准している。

⁴³ 2002年発効。2020年5月末現在、170カ国(米国を含む)が批准している。

⁴⁴ 英国は武力紛争議定書批准時にその第1条に対し次のような解釈宣言を付し、軍事的考慮が実行可能性の有無を決することを明らかにした：「第1条は、敵対行為が行われている地域に部隊ないし軍艦を配備する真の軍事的必要がある場合、又は、状況の性質および緊急性により [...] 当該軍隊構成員を配備しないことが軍事活動の効果を減少させ軍事任務の遂行 [...] が妨げられる恐れがある場合、18歳未満の英国軍隊の構成員を敵対行為へ直接参加させるために配備することを排除するものではないと理解する」。同様に米国も、「実行可能な」措置は人道的のみならず軍事的な考慮を含む全ての事情を勘案して現実に可能な措置を意味するとの解釈宣言を付した。See, United Nations Treaty Collection, available at: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-b&chapter=4&clang=_en> (last accessed on 10 July 2020).

その下限年齢を16歳以上とする義務を負い（18歳以上とすることまでは義務付けない）、それを確保する保障措置をとる義務も同時に負う（第3条）。

国連人権委員会下の作業部会での武力紛争議定書の起草過程においても、子どもの権利条約第38条2項および3項の起草過程で見たのと同様の争点が議論されたところ⁴⁵、子どもの敵対行為への「直接」参加の禁止に留まるか「いかなる」参加も禁止すべきかについては、後者を提案していた子どもの権利委員会草案（第1条）⁴⁶が叩き台となった。武力紛争議定書は子どもの権利条約より手厚い保護を子供に与えるべきであり、また、敵対行為への直接参加と同じく間接参加も子どもを危険に晒すことから前者のみの禁止は子どもの権利の観点からナンセンスだとの見解が主張され、大多数の国家は敵対行為の「いかなる」参加も禁止すべきとの立場であったが⁴⁷、第1追加議定書第77条2項と一致する敵対行為への「直接」参加の禁止が明確かつ現実的ゆえ実効的だとする立場（米国）⁴⁸や、国家の独立や主権を守るためには子どもであっても敵対行為に参加できる余地を残しておきたいとの立場（パキスタン、イラン、ヴェトナム等）⁴⁹が根強く、現状維持となった。

もっとも、反徒に対しては、対象年齢を18歳未満に引き上げるのみならず、第2追加議定書第4条3項(c)と同様に、文言上子どもの敵対行為への「いかなる」参加も禁止すると解しうる規定を置く。すなわち武力紛争議定書第4条1項によれば、

国家の軍隊とは別個の武装集団は、いかなる状況においても、18歳未満の者を採用し又は敵対行為に参加させてはならない（should not [...] use in hostilities）。

こうして反徒は国家よりも厳格な禁止に服する。もっとも、文言が明示するようにこれは反徒を直接拘束する義務ではなく、反徒によるそのような行為を防止する義務は国家に課されている。続く

⁴⁵ UN Doc. E/CN.4/1995/96, 10 February 1995, para. 22.

⁴⁶ UN Docs. CRC/C/16, 5 March 1993, pp. 36-37, paras. 173-176 and pp. 59-61; E/CN.4/1996/102, 21 March 1996, paras. 39-40.

⁴⁷ UN Docs. E/CN.4/1995/96, 10 February 1995, paras. 75-87; E/CN.4/1996/102, paras. 27-30 and 97-100; E/CN.4/1997/96, 13 March 1997, paras. 25 and 79-80; E/CN.4/1998/102, 23 March 1998, paras. 24-27, 39, 41, 44, 48-49, 52, 54, 57, 59 and 63; E/CN.4/2000/74, 27 March 2000, paras. 21, 57-59, 119, 135, 143 and 148.

⁴⁸ UN Doc. E/CN.4/2000/74, para. 131.

⁴⁹ UN Doc. E/CN.4/1998/102, para. 40; E/CN.4/2000/74, para. 157. ヴェトナムは武力紛争議定書の批准時に、「国家の防衛は全ての国民の義務であり権利である。[...] 18歳未満の国民は、国家の独立・主権・領土保全を守る緊急の必要がある場合を除いて、戦闘に直接関与してはならない」とする解釈宣言を付した。United Nations Treaty Collection, available at: <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-b&chapter=4&clang=_en#EndDec>(last accessed on 10 July 2020). ヴェトナムは2005年に子どもの権利委員会に提出した武力紛争議定書の第1回国家報告においても、「18歳未満の国民は、国家の独立・主権・領土保全を守る場合を除いて、敵対行為に直接参加してはならない」と主張し（UN Doc. CRC/C/OPAC/VNM/1, 12 December 2005, para. 59）、追加説明を求められていわく、「それは民族解放および国家防衛のための2度の戦争におけるヴェトナムの現実である。[...] 子どもたちは祖国・家族・自分自身を守るために志願して敵と戦った。それは生命が危機に晒された際に人々が行使する正当な自衛の権利である」（UN Doc. CRC/C/OPAC/VNM/Q/1/Add.1, 28 August 2006, p. 2）。

同条2項によれば、「締約国は、武装集団による18歳未満の者の採用や敵対行為での使用を防止するため全ての実行可能な措置（かかる行為を禁止し犯罪化するのに必要な法的措置をとることを含む）をとる」⁵⁰。

しかし、そのような国内法による処罰は、反徒がすでに内乱等のかどで国内法上重罪に処せられる立場にあること、また、非国際的武力紛争に見舞われた政府が国内法を通常通り執行できるか疑わしいことに鑑みると、ほとんど抑止効果が期待できないと指摘される⁵¹。よって、国際人道法のように、反徒を直接義務付ける規定振りにする方が望ましかったと言える。例えば、武力紛争議定書に国際人道法の一部を組み込む形で、「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〔武力紛争議定書〕第1条および第2条の規定を適用せねばならない」⁵²と規定することも可能であった。このように、国際人道法は全ての武力紛争当事者に同一の義務を課す構造となっていることから、国家と反徒は同様に子どもの敵対行為への「いかなる」参加も禁止される。そうすると、武力紛争時より軽い義務を国家が平時に負うのは不合理だとして、武力紛争議定書第1条も、子どもの敵対行為への「いかなる」参加も禁止するよう規定されるべきということになる。おそらく、そのような結果を上述のような一部の国家が受け入れられなかったがゆえに、現行の規定になったのであろう。

3 国際刑事法

(1) 1998年ICC規程

1993年および1994年に国連安全保障理事会（以下「安保理」）が設立した旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所（以下「ICTY」）およびルワンダ国際刑事裁判所（以下「ICTR」）は、ユーゴスラヴィアおよびルワンダの武力紛争において子どもが敵対行為に参加していた例がほとんどなかったためか、子どもの軍隊への採用および敵対行為への参加を管轄犯罪としてその規程に明記することはなかった。他方、ICTYおよびICTRの判例やこれに伴う国際刑事法の発展を背景に起草されたICC規程は、第8条2項(b)(xxvi)で国際的武力紛争における、第8条2項(e)(vii)で非国際的武力紛争における、それぞれ次のような戦争犯罪を規定する。

⁵⁰ 反徒が子どもを敵対行為へ直接参加させるのを防止する国家の義務は、明記されておらずともすでに子どもの権利条約第38条2項から生じていたとも解しうる。よって、武力紛争議定書第4条2項はそのことを明記するに過ぎないが、18歳未満の者に範囲を広げ、かつ反徒による子どものいかなる敵対行為への参加も防止する義務となった点で進歩している。また、子どもの権利条約第38条3項（および武力紛争議定書第2条・第3条）は子どもの「国家の軍隊」への採用と規定するゆえ、反徒がその軍隊へ子どもを採用するのを防止する国家の義務は導かれないのに対し、武力紛争議定書第4条2項はそのような国家の義務を明記した点で重要である。See, Waschefort, *supra* note 11, pp. 90-91.

⁵¹ UN Doc. E/CN.4/2000/74, para. 108 (ICRC代表の発言); D. Helle, “Optional Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict to the Convention on the Rights of the Child” *International Review of the Red Cross*, Vol. 82, No. 839 (2000), p. 807.

⁵² UN Doc. E/CN.4/1997/96, para. 115 (起草過程におけるICRCの提案)。幾つかの諸国も同様の内容の提案を行っていた。UN Docs. E/CN.4/1995/96, paras. 155-156, 170, 173 and 183; E/CN.4/1997/96, paras. 36-37.

15歳未満の子どもを自国の軍隊に強制的に徴集し若しくは志願に基づいて編入すること⁵³又は敵対行為に積極的に参加 (*participate actively in hostilities*) させるために使用すること。

15歳未満の子どもを軍隊若しくは武装集団に強制的に徴集し若しくは志願に基づいて編入すること又は敵対行為に積極的に参加 (*participate actively in hostilities*) させるために使用すること。

このように、国際的武力紛争では国家が当事者ゆえ子どもの徴集ないし編入先が「自国の軍隊」となり、非国際的武力紛争では反徒も当事者となるゆえ「武装集団」が追加されているものの、第8条2項 (b)(xxvi) および (e)(vii) は内容的には同一の行為を戦争犯罪として定めている⁵⁴。

起草過程において、第8条2項 (b)(xxvi) および (e)(vii) には4つの原案が存在した。すなわち、15歳未満の子どもを、①敵対行為に直接参加する (*take a direct part in hostilities*) よう強制すること、②軍隊に採用することおよび敵対行為に積極的に参加 (*participate actively in hostilities*) させるために使用すること、③軍隊若しくは武装集団に採用すること、又は、敵対行為に参加する (*take part in hostilities*) ことを許すこと、④規定なし、である⁵⁵。最終的に選ばれた②に関するICC設立準備委員会報告書の説明によると、

「使用」および「参加」の用語は、戦闘への直接参加 (*direct participation in combat*) のみならず、戦闘に関連する軍事活動への積極的な参加 (*active participation in military activities linked to combat*) 一例えば偵察 (*scouting*)、スパイ、サボタージュ、囮 (*decoy*) や密使 (*couriers*) としての子どもの使用、軍検問所 (*military checkpoints*) での子どもの使用—をも含めるために採用された。それ [= 敵対行為への積極的参加] は、明らかに敵対行為と関連しない活動—一例えば空軍基地への食料運搬や司令官の家族用宿舎家での労働—は含まない。しかし、[戦闘の] 直接の支援業務に子どもを使用すること—一例えば前線へ軍需品を運搬することや前線において何らかの行動をとること—は、敵対行為への積極的参加という用語に含まれる⁵⁶。

このICC設立準備委員会報告書の読み方をめぐっては議論がある。ひとつの読み方は、「敵対行為への直接参加」を「戦闘」(あるいは前線での活動)の意味で非常に狭く捉えた上で、「敵対行

⁵³ 追加議定書のような「採用」の用語は使われていない。強制的徴集とは(国内法上の義務である場合を含め)あらゆる形態で人を強制的に軍隊に編入することを意味し、志願に基づく編入とは人を強制以外のあらゆる方法で軍隊に編入することを意味する。ゆえに、子どもの同意は同犯罪の成立を妨げない。See, M. Cottier, "War Crimes--para. 2(b)(xxvi)," in Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Nomos Verlagsgesellschaft, 1999), p. 261.

⁵⁴ *Lubanga Trial Chamber Judgment*, *supra* note 30, paras. 204 and 285.

⁵⁵ United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, "Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, Italy 15 June-17 July 1998" UN Doc. A/CONF.183/2/Add.1, 14 April, 1998, pp. 21 and 23.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 21, footnote 12.

為への積極的参加」はこれよりも広く「戦闘に関連する軍事活動」(あるいは戦闘を支援する活動)を含むものとし、換言すれば、<敵対行為への「積極的」参加=敵対行為への「直接」参加+「間接」参加>とする見方である⁵⁷。この立場は後述の2012年ルバンガ事件第一審裁判部判決が明示的に採用するものでもある。これに対し別の読み方によれば、ICC設立準備委員会報告書は、敵対行為への「直接」参加と「積極的」参加とを区別したように見えながら実は「戦闘」と「戦闘に関連する軍事活動」を区別したに過ぎない⁵⁸(その上で「敵対行為への積極的参加」は前者のみならず後者も含むとしており、「敵対行為への直接参加」との比較は行っていない)と捉え、「敵対行為への積極的参加」の例のほとんど(偵察、スパイ、サボタージュ、囚や密使としての使用、前線への軍需品の運搬)は2009年ICRC「国際人道法上の敵対行為への直接参加の概念に関する解釈指針」(以下「ICRC 解釈指針」)⁵⁹が明確化した「敵対行為への直接参加」⁶⁰に当てはまることから⁶¹、「敵対行為への積極的参加」は「敵対行為への直接参加」と実質上ほぼ同義だと主張する⁶²。以上のような「敵対行為への直接(active/direct)参加」と「敵対行為への積極的(active)参加」の関係については、後にIII 3で議論する。

(2) 2002年シエラレオネ特別裁判所規程

シエラレオネでの長く続いた非国際的武力紛争の後、2002年に国連とシエラレオネ政府が締結したシエラレオネ特別裁判所(以下「SCSL」)設立合意⁶³に附属する規程(以下「SCSL 規程」)は、SCSLの管轄犯罪として人道に対する犯罪(第2条)、ジュネーブ諸条約共通第3条(以下「共通

⁵⁷ N. Urban, “Direct and Active Participation in Hostilities: The Unintended Consequences of the ICC’s decision in *Lubanga*” EJIL: Talk!, 11 April 2012, available at: <<https://www.ejiltalk.org/direct-and-active-participation-in-hostilities-the-unintended-consequences-of-the-iccs-decision-in-lubanga/>> (last accessed on 10 July 2020).

⁵⁸ N. Melzer, “Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law” ICRC, 2009 [hereinafter, ICRC Guidance].

⁵⁹ ICRC Guidance, *supra* note 58, p. 43, note 84.

⁶⁰ 従来から「敵対行為(hostilities)」とは、「戦争協力(general war effort; or war-sustaining activities)」より狭く、「戦闘(combat; or active military operations)」や「軍事行動(military operations; operations of war; acts of war; or warfare)」より広い概念であるとされてきたが、不明確なままであった(*The Report of the Conference of the Governmental Expert*, Vol. 1 (1972), pp. 143-144, para. 3.116 and 3.120; Sandoz, et al., *supra* note 9, paras. 1679 and 1945)。そこでICRC解釈指針が「敵対行為への直接参加」概念を明確化するに至り、同概念は次の3つの要件を全て満たすものとされた: ①当該行為は、武力紛争当事者の軍事活動もしくは軍事能力に不利な影響を及ぼすか、又は直接の攻撃から保護される人や物に対して死、傷害もしくは破壊をもたらすものでなければならない(危害の敷居)、②当該行為と、当該行為又は当該行為が不可分の一部をなす協同軍事活動のいずれかから生じる危害との間に、直接的な因果関係の結びつきがなければならない(直接因果関係)、③当該行為は、一方の紛争当事者を利しかつ他方の当事者を不利にする形で必要な危害の敷居を直接引き起こすことが明確に意図されたものでなければならない(交戦者とのつながり)。ICRC Guidance, *supra* note 58, pp. 46-64.

⁶¹ See, ICRC Guidance, *supra* note 58, pp. 35, 48, 53 and 54.

⁶² M. Happold, “Children Participating in Armed Conflict and International Criminal Law” *Human Rights & International Legal Discourse*, Vol. 5, No. 1 (2011), p. 96.

⁶³ Agreement between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone (adopted on 16 January 2002, entered into force on 12 April 2002), United Nations Treaty Series, Vol. 2178, available at: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%202178/v2178.pdf>> (last accessed on 10 July 2020), pp. 137-153.

第3条』) および第2追加議定書の著しい違反(第3条)ならびに国際人道法のその他の著しい違反(第4条)等を定め、第4条(c)においてICC規程第8条2項(e)(vii)と同一内容の戦争犯罪を規定する。すなわち、「15歳未満の子どもの軍隊若しくは武装集団に強制的に徴集し若しくは志願に基づいて編入すること又は敵対行為に積極的に参加(participate actively in hostilities)させるために使用すること」である。

(3) 関連する ICC および SCSL の判例

本稿の関心から、以下では裁判所が「敵対行為への積極的参加」をどのように解釈したかに絞って概観する。

ICCは最初に扱ったルバンガ事件で、国際的刑事裁判所としては初めて、子どもを敵対行為に参加させたことを理由に個人の刑事責任を審理した。2007年1月29日予審裁判部決定によれば、軍事目標の掩護は、敵対紛争当事者が当該軍事目標を攻撃するのに必要な兵站のレベルや軍事行動の在り方に直接の影響を及ぼす限りで、また、軍司令官の安全を守るボディガードは、当該軍司令官が敵対行為に関し全ての必要な決定を下す立場にある限りで、「敵対行為への積極的参加」に該当するとのことだが⁶⁴、それは特定の行為が「敵対行為への積極的参加」に該当するか否かの個別的判断であって、当該概念の意味を一般的に明らかにするものではなかった。

ICCが上記ルバンガ事件の第一審裁判部判決を2012年に下すまでの間、SCSLは幾つかの判決で「敵対行為への積極的参加」を幾らか一般的に解釈する姿勢を示した。まず、2007年6月20日AFRC事件第一審裁判部判決は、ICC設立準備委員会報告書を引用した上で、「敵対行為への積極的参加」は戦闘への参加つまり戦闘で子どもの生命を直接に危険に晒すことのみならず、軍事活動を効果的にし又はその維持に貢献するあらゆる労働又は支援をも意味するとし⁶⁵、後者の例として、戦争資金となるダイヤモンド鉱山の護衛⁶⁶や、軍需品のみならず食料の調達⁶⁷まで挙げた。ICRC解釈指針では、紛争当事者が敵に損害を与える能力の向上に貢献する行為は間接的に敵に損害を与えるかもしれないが「敵対行為への直接参加」に該当せず、例えば食料調達は一軍隊にとって不可欠かもしれないが一軍隊が敵に損害を与える上で直接の因果関係にはないとされていた⁶⁸ことに照らせば、SCSLは「敵対行為への積極的参加」を明らかに「敵対行為への直接参加」より広い概念として捉えていることが分かる。次に、2007年8月2日CDF事件第一審裁判部判決は、その多数意

⁶⁴ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Confirmation of Charges, Case No. ICC-01/04-01/06, 29 January 2007, paras. 261-263. 被告人ルバンガ氏は、反徒「コンゴ愛国同盟(UPC)」の指導者およびUPCの軍事部門たる「コンゴ解放愛国軍(FPLC)」の最高司令官であり、子どもを軍隊に採用し敵対行為への積極的参加のために使用した戦争犯罪のかどで訴追された。

⁶⁵ *The Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu (The AFRC Accused)*, Trial Chamber Judgment, Case No. SCSL-04-16-T, 20 June 2007, paras. 736-737. 被告人らは、1997年5月のシエラレオネ国軍によるクーデター後に設立された反徒「武力革命理事会(AFRC)」の指導者であり、人道に対する犯罪および戦争犯罪(子どもの軍隊採用および敵対行為への積極的参加のための使用を含む)のかどで訴追された。

⁶⁶ *Ibid.*, para. 1267.

⁶⁷ *Ibid.*, para. 737.

⁶⁸ ICRC Guidance, *supra* note 58, pp. 53-55.

見では「敵対行為への積極的参加」の意味につき ICC 設立準備委員会報告書を引用するのみであった⁶⁹—よって上記 AFRC 事件判決に倣った可能性もある—のに対し、イトエ判事の個別・一部反対意見が注目される。同意見は「敵対行為への積極的参加」がカバーする活動を3つに分類し、①自らの生命を危険に晒す程度に武器を持ってそれを交戦のために用いるような前線での戦闘への直接参加、②軍事活動・任務への参加で、例えば紛争当事者に属する軍事施設・軍需品を敵対行為において又は占領地域の防守のために又は敵軍から攻撃されうる者を守るために防衛すること、軍検問所に配置されること、司令官の護衛をすること、その他の常に警戒と戦闘態勢に自らを置くような役割を担うこと、③武器・弾薬・その他の致死性軍需品のような軍事上戦略的で重要な物資を戦闘を維持するのに用いる目的で前線へ運搬することとした上で⁷⁰、前線で敵対行為に従事する戦闘員の宿营地や居家で純粋に文民的な家事（料理、食料調達、洗濯、その他の日常業務など）を担うことは、紛争当事者への兵站支援と解されるかもしれないが、厳密に法的な意味での「敵対行為への積極的参加」の敷居を満たさないと言う⁷¹。他方、2009年3月2日 RUF 事件第一審裁判部判決は、再び ICC 設立準備委員会報告書を引用しつつ、「敵対行為への積極的参加」は戦闘に関連した任務に加え軍隊にとって重要な兵站業務（例えば料理、食料調達、洗濯）も意味するとし、さらに、敵対行為に伴うリスクないし危険に晒されるかどうかが決定的な要素であると言う⁷²。そして、軍事目標の掩護は、敵から攻撃される可能性が高く現実の恐怖を伴うゆえ「敵対行為への積極的参加」に該当するとし⁷³、軍司令官のボディガードは、軍司令官が敵にとっての主要な軍事目標であって子どもを潜在的な戦闘の状況に置くゆえ「敵対行為への積極的参加」に該当するとし⁷⁴、ダイヤモンド鉱山の護衛は、軍需品の購入資金となりうる戦略的なダイヤモンドが敵から攻撃される高いリスクがあり敵対行為に巻き込む直接の危険下に子どもを置くことになるゆえ「敵対行為への積極的参加」に該当する⁷⁵とした一方で、食料調達は、一般に軍隊を支援する活動ではあるが、その任務中に子どもが公然と武器を携行しているのではない限り敵対行為に直接関連しているとは言えないため、それ自体では「敵対行為への積極的参加」に該当しないとされた⁷⁶。以上から、食料調達のような軍隊

⁶⁹ *The Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa (The CDF Accused)*, Trial Chamber Judgement, Case No. SCSL-04-14T, 2 August 2007, para. 193. 被告人らは、上記1997年クーデターの直後にシエラレオネ大統領が設立した「市民防衛軍 (CDF)」の指導者であり、人道に対する犯罪および戦争犯罪（子どもの軍隊採用および敵対行為への積極的参加のための使用を含む）のかどで訴追された。

⁷⁰ CDF Trial Chamber Judgement, *supra* note 69, Separate and Partially Dissenting Opinion Only on Count 8 of Hon. Justice Benjamin Mutanga Itoe, para. 10.

⁷¹ *Ibid.*, paras. 13-14.

⁷² *The Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao (The RUF Accused)*, Trial Chamber Judgement, Case No. SCSL-04-15-T, 2 March 2009, paras. 188, 1616, 1618, 1620, 1664 and 1718. 被告人らは、1980年代に結成された反徒「革命統一前線 (RUF)」の指導者であり (RUFはAFRCと共にCDFと交戦していた)、人道に対する犯罪および戦争犯罪（子どもの軍隊採用および敵対行為への積極的参加のための使用を含む）のかどで訴追された。

⁷³ *Ibid.*, paras. 1725-1726.

⁷⁴ *Ibid.*, para. 1731.

⁷⁵ *Ibid.*, para. 1727.

⁷⁶ *Ibid.*, para. 1743.

のための兵站業務が「敵対行為への積極的参加」に該当するか否かは判事の間で見解の相違があり、少なくともそれを担う子どもが敵対行為に巻き込まれるリスクや危険に晒される状況にあるという条件付きで肯定されようである。

その後、ようやく ICC は 2012 年 3 月 14 日にルバンガ事件の第一審裁判部判決⁷⁷を出すに至った。裁判所は、子どもの「敵対行為への積極的参加」は ICC 規程、ICC 手続証拠規則および犯罪構成要件文書のいずれにおいても定義されていないとし、当該行為の意味は ICC 規程第 21 条⁷⁸および第 22 条 2 項⁷⁹ならびに条約法条約の解釈規則に従って決定されねばならないと述べ、同一の文言と目的で子どもの「敵対行為への積極的参加」を戦争犯罪とする SCSL の判例も解釈上の補助とする⁸⁰。そして裁判所は、第 2 追加議定書第 4 条 3 項 (c) および子どもの権利条約第 38 条（これら規定の目的は 15 歳未満の子どもを武力紛争に伴う一何よりも身体的・心理的健康への一リスクから保護することであるとして）、ICC 設立準備委員会報告書、これを参照した 2007 年ルバンガ事件予審裁判部決定の解釈、そして SCSL の 2007 年 AFRC 事件第一審裁判部判決（「敵対行為への積極的参加」は戦闘への参加のみならず軍事活動への支援役割も含むとの判示）に基づき⁸¹、次のように述べる。

「敵対行為への積極的参加」という表現は、第 1 追加議定書における「敵対行為への直接参加」という表現とは対照的に、15 歳未満の子どもを敵対行為に積極的に参加させるために使用する犯罪がカバーする活動および役割に対し広い解釈を付与することを明確に意図されたものである⁸²。「敵対行為への積極的参加」は敵対行為への「直接」参加と「間接」参加を含む広範なもので一前線にいる者（つまり敵対行為に直接参加する者）から、戦闘員を支援する様々な役割を担う者にまで及ぶ当該子どもは少なくとも潜在的な標的になるという共通の特徴をもつ。したがって、「間接的な」役割が敵対行為への積極的参加に該当するか否かの決定的な要因は、子どもが戦闘員に提供する支援が当該子どもを潜在的標的としての現実の危険に晒すかどうかである⁸³。

軍隊のための食料調達を含む家事は、判決中に言及があるものの、「敵対行為への積極的参加」を

⁷⁷ *Lubanga Trial Chamber Judgment, supra note 30.*

⁷⁸ 同条1項は次のようにICCが適用する法の順位を定める：第1に、ICC規程、犯罪構成要件文書および手続証拠規則、第2に、適用される条約ならびに国際法の原則および規則、第3に、ICCが世界の法体系の中の国内法から見出した法の一般原則。

⁷⁹ 「犯罪の定義については、厳格に解釈するものとし、類推によって拡大してはならない。曖昧な場合には、その定義については、捜査され、訴追され、又は有罪の判決を受ける者に有利に解釈する」。

⁸⁰ *Lubanga Trial Chamber Judgment, supra note 30, paras. 600-603.*

⁸¹ *Ibid.*, paras. 604-605 and 622-626.

⁸² *Ibid.*, para. 627. ここで裁判所は、第2追加議定書第4条3項(c)は、第1追加議定書第77条2項および子供の権利条約第38条2項とは異なり、敵対行為への参加が「直接」であることを求めずより広く子供の敵対行為への参加を禁止している、とも補足する。

⁸³ *Ibid.*, para. 628. 上記引用部分は、ICCの2014年3月7日のカタンガ事件第一審裁判部判決でも踏襲されている。*The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Trial Chamber Judgment, Case No. ICC-01/04-01/07, 7 March 2014, paras. 1043-1045.*

証明する事実の中には挙げられていないことからすれば、裁判所は少なくとも本件の状況において当該行為は「敵対行為への積極的参加」に該当しないと考えたようである。この点、ルバンガ事件第一審裁判部判決の約1ヵ月後に出されたSCSLの2012年4月26日テイラー事件第一審裁判部判決によれば、家事は一般に敵対行為と関連せず軍事活動を直接に支援するものではないため「敵対行為への積極的参加」に該当しないが⁸⁶、食料調達については、それに従事する子どもが公然と武器を携行し文民に対する犯罪を行ってれば敵対行為との間に明確な結びつきが認められ、その場合には「敵対行為への積極的参加」に該当すると言う⁸⁷。

続いてICCは、2014年6月9日ンタガンダ事件予審裁判部決定⁸⁸において、「敵対行為への直接参加」と「敵対行為への積極的参加」とを関連付ける試みに出た。裁判所によれば、15歳未満の子どもの行為が「敵対行為への直接(active/direct)参加」に該当するかどうかは、第2追加議定書第4条3項(c)およびICC規程第8条2項(e)(vii)が当該子どもを軍隊採用および「敵対行為への積極的(active)参加」から保護していることに照らして解釈されねばならない。したがって、単に当該子どもが軍隊構成員であることは、それがそもそも国際法上禁止されていることに鑑みれば、「敵対行為への直接(active/direct)参加」と見做すべきではない⁸⁹。15歳未満の子どもが一強制的結果であるか否かを問わず一武装集団に所属するだけで彼・彼女らに与えられる保護を喪失するとなれば、当該子どもの軍隊採用および敵対行為での使用からの保護を基礎づける根拠それ自体と矛盾するだろう⁹⁰、と。同時に裁判所は、「もっとも、15歳未満の子どもは敵対行為に直接(active/direct)参加している間に限って、国際人道法上の保護を喪失する」とも述べる。その上で、本件の核心である、同一の軍隊の他の構成員から強姦等を受けた15歳未満の子ども兵士が当該行為か

⁸⁴ *Lubanga Trial Chamber Judgment, supra note 30, paras. 882 and 915-916.*

⁸⁵ *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor, Trial Chamber Judgement, Case No. SCSL-03-1-T, 18 May 2012.* 元リベリア大統領の被告人は、隣国シエラレオネでの非国際的武力紛争に介入してAFRCおよびRUFのメンバーを軍事支援しており、人道に対する犯罪および戦争犯罪(子どもの軍隊採用および敵対行為への積極的参加のための使用を含む)で—いずれも実行者ではなく計画・幫助者として—訴追された。

⁸⁶ *Ibid.*, para. 1477.

⁸⁷ *Ibid.*, paras. 1478-1479.

⁸⁸ *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Bosco Ntaganda, Case No. ICC-01/04-02/06-309, 9 June 2014.* 被告人ンタガンダ氏は反徒UPCの軍事部門たるFPLCの副司令官であった。先のルバンガ氏と同様、ンタガンダ氏は、同じ非国際的武力紛争において子どもを軍隊に採用し敵対行為への積極的参加のために使用した戦争犯罪(ならびに他の戦争犯罪および人道に対する犯罪)のかどで訴追された。

⁸⁹ この判示部分の読み方としてある論者は、軍隊の構成員となることと敵対行為に直接参加することは区別されねばならず、前者が必ずしもかつ常に後者を含意するとは限らないことを示したものとす(L. Rossetti, “Intra-party Sexual Crimes against Child Soldiers as War Crimes in *Ntaganda*. ‘Tadić Moment’ or Unwarranted Exercise of Judicial Activism?” *Question of International Law, Zoom-in*, Vol. 60 (2019), p. 56)。かかる区別自体は正しいが、裁判所はそのような一般論を述べるに留まらず、子どもの軍隊採用および敵対行為参加の禁止に照らして「敵対行為への直接(active/direct)参加」の意味を解釈すべきとしているのである。なお、この判示部分は2019年7月8日ンタガンダ事件第一審裁判部判決でも引用され、単に軍隊の構成員であることは「敵対行為への積極的参加」に該当しないと述べられている。*The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Trial Chamber Judgment, Case No. ICC-01/04-02/06-2359, 8 July 2019, para. 1113.*

⁹⁰ *Ntaganda Pre-Trial Chamber Decision, supra note 88, para. 78.*

ら保護される地位にあるか否か、つまり当該子どもが強姦等を被っていた時に「敵対行為に直接（active/direct）参加」していた否か⁹¹につき、裁判所は次のように判断した。すなわち、強姦等が強制の要素を帯びあるいは他者の身体を所有物として扱うという特徴をもつゆえに、かかる行為を被っていた子ども兵士が同時に「敵対行為への積極的（active）参加」をしていたとは見做しえない⁹²、と。こうして、当該子ども兵士は強姦等からの国際人道法上の保護を引き続き享受すると結論付けられた⁹³。

そしてICCは、2014年12月1日にルバンガ事件の上訴裁判部判決⁹⁴を下すに至る。裁判所は第一審と同じく「敵対行為への積極的参加」がどの範囲の活動を指すのかは、ICC規程、ICC手続証拠規則および犯罪構成要件文書のいずれにおいても明確に規定されていないとし、「確立された国際法の枠組みにおいて非国際的武力紛争に適用される法規および慣例に対するその他の著しい違反」（ICC規程第8条2項(e)(vii)の柱書）と同第21条とを合わせ読むと、同第8条2項(e)(vii)の解釈は国際法とりわけ国際人道法と両立するものなければならないことが明らかであると言う⁹⁵。その上で裁判所いわく、共通第3条の定めるような敵対行為から保護される者とそうでない者とを分ける目標区別原則の文脈においては「敵対行為への『直接』参加」につき“active”と“direct”は互換的に用いられるが、ICC規程第8条2項(e)(vii)における「敵対行為への積極的参加」が、目標区別原則における「敵対行為への直接参加」と同一の解釈を与えられねばならないわけではない。

⁹¹ *Ibid.*, para. 77.

⁹² *Ibid.*, para. 79. *Contra.*, *Lubanga Trial Chamber Judgment*, *supra* note 30, Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito, paras. 16-20 (敵対行為への積極的参加に該当するか否かを決定するのは、子どもが「敵」の潜在的な標的となるリスクに晒されるか否かだけでなく、「味方」の武装集団が子どもの権利を侵害するような活動に従事させるリスクをも考慮すべきであり、また、武装集団メンバーの性奴隷又は「妻」として子どもがその身体を利用されることも、武装集団に不可欠の支援を提供するものであるから、そのような性暴力は「敵対行為への積極的参加」に該当する、と主張する)。

⁹³ *Ntaganda Pre-Trial Chamber Decision*, *supra* note 88, para. 80. これに対して、2017年の管轄権に関する第一審および上訴裁判部決定は、結論は同じだが異なる根拠を示した。すなわち、ICC規程の解釈および「確立された国際法の枠組み」（ICC規程第8条2項(b)・(e)の柱書）の解釈からは、国際人道法において強姦等の禁止の保護対象となるには地位要件（ジュネーブ諸条約上の被保護者又は共通第3条上の敵対行為に直接参加しない者）を満たさねばならないとは言えず、よって同一の軍隊の構成員であっても当該戦争犯罪の被害者になりうるとした。See, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Trial Chamber VI, Second Decision on the Defence's Challenge to the Jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9, Case No. ICC-01/04-02/06-1707, 4 January 2017, paras. 39-54; *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Appeals Chamber Judgment on the Appeal of Mr Ntaganda against the Second Decision on the Defense's Challenge to the Jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9, Case No. ICC-01/04-02/06-1962, 15 June 2017, paras. 46-65. このように、国際人道法は一少なくとも性暴力について一敵対する紛争当事者間の関係のみならず味方の紛争当事者内の関係（intra-party relations）も規律しているとの立場からは、強姦等が「敵対行為への直接参加」に該当するか否かを検討する必要はない。では、管轄権に関する第一審および上訴裁判部決定は予審裁判部決定の関連判示を変更したのであろうか。筆者（田村）はそうではないと考える。管轄権に関する第一審および上訴裁判部決定はそもそも「敵対行為への直接参加」について論じておらず、それが子ども兵士についてもつ含意についても何ら示さないのであって、予審裁判部決定と交差するところがないからである。

⁹⁴ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06 A 5, Appeals Chamber Judgment, 1 December 2014.

⁹⁵ *Ibid.*, para. 322.

なぜなら両者の目的が異なるからであり、つまり、共通第3条は文民保護を喪失する条件として「敵対行為への直接参加」を定めるのに対して、ICC 規程第8条2項(e)(vii)は15歳未満の者が「敵対行為への積極的参加」に使用されることから保護し、もってそのような使用に伴う子どもの生命および健康へのリスクを防ごうとするものだからだ。ゆえに、共通第3条における「敵対行為への直接参加」の解釈をICC 規程第8条2項(e)(vii)における「敵対行為への積極的参加」の解釈にもそのまま当てはめることはできず、後者の意味はICC 規程第8条2項(e)(vii)の目的を考慮して解釈されねばならない。このような考え方はICRC コメンタリーも採用しており、第1追加議定書第77条2項が一第2追加議定書第4条3項(c)とは異なり一子どもの敵対行為への「直接」参加を文言上は禁止しているにも拘らず、同コメンタリーは子どもを武力紛争の悪影響から保護するという同規定の目的に基づき敵対行為への直接参加のみならず間接参加も禁止されるべきとしている⁹⁶、と。第一審裁判部は、「敵対行為への積極的(active)参加」が「敵対行為への直接(active/direct)参加」より広範で「間接(indirect)参加」をも含み、前者では後者と異なり“active”と“direct”が互換的に同一の意味では用いられていないと結論だけを提示していたが、ルバンガ事件上訴裁判部はその理由を追加した点で重要である。すなわち、「敵対行為への直接(active/direct)参加」および「敵対行為への積極的(active)参加」という同様の表現が用いられていても、それが置かれた規範の目的一前者は目標区別原則において文民保護を喪失する条件を定めること、後者は子どもを武力紛争の悪影響から保護すること—に応じて当該表現の解釈は異なるべきだからである。ICCは2019年7月8日ンタガンダ事件第一審裁判部判決でも上記引用のルバンガ事件上訴裁判部判決に従う判示をしている⁹⁷。

他方、ルバンガ事件上訴裁判部は「敵対行為への積極的参加」を決定する要因ないし基準について、第一審裁判部が「子どもを潜在的攻撃対象としての現実の危険に晒すこと」としたのはICC 規程第8条2項(e)(vii)・(b)(xxvi)の文言からも関連する国際人道法の規定からも導けないとして退け⁹⁸、それら規定の文脈に即した通常の解釈によれば、「敵対行為への積極的参加」とされるためには子どもが従事する活動と敵対行為との結びつきが要求されるとした⁹⁹。もっとも、かかる結びつきがどの程度必要とされるか(つまり両者の関係の近接性)は、第1追加議定書第77条2項および第2追加議定書第4条3項(c)へのICRC コメンタリーならびにICC 設立準備委員会報告書が

⁹⁶ *Ibid.*, paras. 323-327.

⁹⁷ *Ntaganda Trial Chamber Judgment*, *supra* note 89, paras. 1108-1109.

⁹⁸ 「子どもを潜在的攻撃対象としての現実の危険に晒すこと」の基準については、「潜在的攻撃対象としての現実の危険」が何を意味するのか不明なため、行為者に予め向けられた有効な指標としてはほとんど役立たない上、ある時点では子どもを潜在的攻撃対象として危険に晒さないゆえ「敵対行為への積極的参加」とならない行為が、別の時点では「敵対行為への積極的参加」に該当することもありうると批判されていた(Sivakumaran, *supra* note 30, p. 318)。このような基準を採用することで裁判所は、子ども兵士の権利の観点から「敵対行為への積極的参加」を拡張的に解釈しようとしたのであろう(新井京「国際刑事裁判所における規程の『発展的解釈』」『国際法外交雑誌』第119巻1号(2020年)40-41頁)。

⁹⁹ *Lubanga Appeals Chamber Judgment*, *supra* note 94, paras. 329-333. 裁判所いわく、子どもが当該活動の結果どのような危険に晒されるかは一敵対行為との十分な関連を示すひとつの指標ではあるが一当該活動と敵対行為との結びつきそれ自体に取って代わる基準とはなりえない。

「敵対行為への積極的参加」に該当するとした例を参照しつつ、ケースバイケースで検討する必要があり、急速に様相を変える現代の武力紛争が辿る複雑かつ予見不可能なシナリオに鑑みると、「敵対行為への積極的参加」のパラメータをこれ以上抽象的に述べるのは不適切である¹⁰⁰、とも言う。

III 敵対行為に参加する子どもも特別に保護されるべきか

1 子どもは常に文民として扱うべきか

II で見たように、敵対行為への（直接）参加禁止の対象となる子どもは、少なくとも15歳未満という点で広範な合意が存在している¹⁰¹。したがって、以下本稿で「子ども」と表記する歳には15歳未満の者を想定する。

第1追加議定書第77条3項および第2追加議定書第4条(d)は、子どもは敵対行為に直接参加しても同条が与える特別の保護を受けると規定するところ、その特別な子どもの保護は、第1追加議定書第77条1項¹⁰²・4項¹⁰³・5項¹⁰⁴あるいは第2追加議定書第4条¹⁰⁵とそれらに関連するジュネーブ法（紛争当事者の権力下におかれた者や敵対行為に直接参加しない者の保護）に限定されるのか、否それらに限定されず、敵対行為を規律するハーグ法をも修正し、攻撃側に追加的な義務を生じさせるのだろうか。

国際的武力紛争における戦闘員／捕虜資格に年齢制限は付されておらず（捕虜条約第4条(A)、第1追加議定書第43条）、第1追加議定書第77条3項の規定振りも子どもが捕虜になりうることを認めている¹⁰⁶。2015年米国武力紛争法マニュアルは、「一般的に、子どもは大人と同様に戦闘員としての権利・義務・責任を持ち、捕虜資格を得るための年齢要件はない。文民が敵対行為に直接

¹⁰⁰ *Ibid.*, paras. 334-335.

¹⁰¹ J.-M. Henckaerts and L. Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules* (Cambridge University Press, 2005), p. 488 (Rule 137).

¹⁰² 子どもは特別の尊重を受け、あらゆる形態の猥褻行為から保護されると同時に、年齢その他の理由によって必要とされる保護および援助を与えられると規定する。

¹⁰³ 子どもは、武力紛争に関連する理由で逮捕され抑留され又は収容される場合には、家族単位で置かれる場合を除き、大人の区画から分離した区画に置かれると規定する。なお、同項は第1追加議定書第75条に言及していることから、子どもは同条の定める基本的な保障も享受する。See, Sandoz, et al., *supra* note 9, p. 903, para. 3195.

¹⁰⁴ 武力紛争に関連する犯罪行為の実行時に18歳未満であった者には死刑を執行してはならないと規定する。

¹⁰⁵ 敵対行為に直接参加せず又は敵対行為に参加しなくなった全ての者は、全ての場合において不利な差別を受けることなく人道的に待遇されるとし（1項）、当該者に対し絶対的に禁止される特定の行為を列挙し（2項）、子どもはとくに教育、一時的に離散した家族の再会、敵対行為からの避難についてその必要とする保護および援助を与えられる（3項(a)・(b)・(e)）と規定する。

¹⁰⁶ ICRCコメンタリーいわく、「第77条3項の定める待遇を受ける権利に年齢制限はない。論理上、捕虜は非常に若年でも老年でもありうる。但し、年齢が特別待遇を正当化する場合があり、それは捕虜条約第16条が若年の捕虜について定めていることである」。Sandoz, et al., *supra* note 9, p. 902, para. 3194. なお、捕虜、文民、特権をもたない戦闘員（第1追加議定書44条4項）のいずれに該当しようとも、捕えられた全ての子どもは第77条の関連規定が定める保護を享受する。Sandoz, et al., *supra* note 9, p. 903, para. 3196.

参加しているか否かがその者の年齢に依存することもない。但し、敵対行為に直接参加して捕えられた子どもは、その年齢ゆえに特別の保護を受ける」と述べる¹⁰⁷。非国際的武力紛争においても、戦闘員に準えられる反徒軍構成員に年齢制限はないとされる¹⁰⁸。すなわち、多くの論者も述べるように、軍隊の構成員となった者は年齢に関係なくもはや文民ではなくなり、軍隊構成員であるという地位のみに基づいて攻撃されうるということである¹⁰⁹。

国家実行の例として、スリランカにおけるスリランカ政府と反徒「タミル・イーラム解放のトラ」(以下「LTTE」)の間の非国際的武力紛争の文脈で2006年8月14日に発生した事件がある。スリランカ政府空軍がLTTEにより子ども兵士の軍事訓練施設として使用されていると信じた孤児院を空爆した(40名以上死亡、100以上負傷)のだが、当該空爆後の当日に行われた国際組織(2002年停戦合意で設置された「スリランカ監視団」など)による調査では当該孤児院からLTTEの武器や軍需物資は発見されなかった。スリランカ政府は、子どもも戦闘員であればいつでも攻撃されうるゆえ当該空爆は合法であったと主張した。スリランカ防衛相のスポークスマンいわく「子どもであっても敵を殺す準備ができていく兵士なのだ。年齢やジェンダーは重要ではない」¹¹⁰。当該事件は国際的に広く非難されたが、その主な理由はスリランカ政府軍の攻撃対象がそもそも子ども兵士の軍事訓練施設ではなかったと考えられたからであり、それが子ども兵士の軍事訓練施設であってもなおスリランカ政府軍の行為は違法とされたからではなかった。つまり、子ども兵士が合法的軍事目標とされるのかについて諸国の見解は明らかでない。当該事件に言及した国連事務総長報告書も、スリランカの武力紛争当事者に対し子どもの軍隊採用を止めるよう要請するのみで、子ども兵士を攻撃してはならないとは述べていないし、子ども兵士も攻撃対象となりうるとするスリランカ政府の見解に懸念を表明してもいない¹¹¹。別の例として、2016年にイエメンでの武力紛争において、イエメン政府を支持するサウジアラビアその他のアラブ諸国の連合軍が、学校にいる子どもに対し攻撃を行った(10名死亡、28負傷)とされる事件がある。国際的な非難に答えてサウジアラビア政府は、攻撃したのはその学校で反徒(フーシ派)が子どもを軍隊に採用し敵対行為に使用していたからであり、このような合法的軍事目標がその年齢ゆえに攻撃されてはならないとのルールは存在しない旨主張した¹¹²。こ

¹⁰⁷ The US Department of Defense, *Law of War Manual* (June 2015) [hereinafter, *US Law of War Manual*], p. 166, para. 4.20.5; p. 167, para. 4.20.5.3.

¹⁰⁸ ICRC Guidance, *supra* note 58, pp. 32-33.

¹⁰⁹ E.g. G. Goodwin-Gill and I. Cohn, *Child Soldiers: The Role of Children in Armed Conflicts* (Clarendon Press, 1994), p. 70; T. Rodenhäuser, "Squaring the Circle? Prosecuting Sexual Violence against Child Soldiers by Their Own Forces" *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14 (2016), p. 184; J. Nicholson, "Is Targeting Naked Child Soldiers a War Crime?" *International Criminal Law Review*, Vol. 16, No. 1 (2016), p. 144.

¹¹⁰ J. Huggler, "Sri Lankan Army Warns Children Can Be Targets" *The Independent*, 16 August 2006, available at: <<http://www.independent.co.uk/news/world/asia/sri-lankan-army-warns-children-can-be-targets-412064.html>> (last accessed on 10 July 2020).

¹¹¹ "Report of the Secretary-General on Children and Armed Conflict in Sri Lanka" UN Doc. S/2006/1006, 20 December 2006, pp. 11-12 and 17-19.

¹¹² R. Sanchez, "Saudi Coalition Kills 10 Children in their Classroom in Yemen Air Strike" *The Telegraph*, 13 August 2016, available at: <<https://www.telegraph.co.uk/news/2016/08/13/10-children-killed-in-their-classroom-by-saudi-coalition-airstri/>> (last accessed on 10 July 2020).

の見解に対する諸国の応答も明らかでない。

他方、子どもは、いつでも攻撃される地位をもつ軍隊構成員とはなりえず、常に文民であり、ただ個別に敵対行為に直接参加している間に限って攻撃されうとする立場がある¹¹³。上述のようにICCは2014年6月9日ンタガンダ事件予審裁判部決定において、子どもは軍隊構成員であるというだけでは敵対行為に直接参加しているとは見做されえず、敵対行為に直接参加していない限り保護されるとした。それが示唆するのは、子どもについては軍隊構成員であっても¹¹⁴、大人の場合とは異なりいつでも攻撃される対象とはならない、つまり子どもは常に文民として扱われるということである¹¹⁵。このような立場の背景には、紛争当事者の義務違反ないし犯罪¹¹⁶の結果を被害者である子どもに負わせるべきではないとの考え方があるように思われる¹¹⁷。この考え方に立てば、さらに、子どもは敵対行為に直接参加している間であっても攻撃されてはならないとの帰結が導かれよう。なぜなら、敵対行為に直接参加している子どもへの攻撃を合法と見做すことも、他人の犯罪の結果を子どもに負わせるに等しいからである。

しかし、被害者である子どもを保護するために、敵対行為に直接参加する子どもと交戦する紛争当事者の行動に制約を課せば、それは同時に追加的な危険を負わせることを意味する。子ども兵士と交戦する紛争当事者にとって当該子どもは被害者でもあり敵でもあるという非常に悩ましい存在なのである。

他に、子どもによる敵対行為への直接参加はそもそも法的に成立しないと主張する論者が存在す

¹¹³ S. O' Connor, "Why a Child is not a Soldier," in C. Eboe-Osuji (ed.), *Protecting Humanity: Essays in International Law and Policy in Honor of Navanethem Pillay* (Martinus Nijhoff Publishers, 2010), p. 271; S. Bosch, "Targeting and Prosecuting 'Under-Aged' Child Soldiers in International Armed Conflicts, in Light of the International Humanitarian Law Prohibition against Civilian Direct Participation in Hostilities" *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 45, No. 3 (2012), pp. 324-364; F. Mégret, "When is it Permissible to Target Child Soldiers?" *Lieber Notes*, Spring 2013, *American Society of International Law*, p. 3 (「子どもは衛生要員ないし宗教要員に類似する軍隊の非戦闘員（潜在的には敵対行為に参加しうるにも拘らず）として、あるいは、単なる非戦闘員（通常その地位のみによって攻撃されうる軍隊構成員であるにも拘らず）として位置付けられる」)。

¹¹⁴ ンタガンダ事件予審裁判部決定は、子どもが反徒軍の構成員となる場合を扱っていたが、何を基準に反徒軍構成員と見做すのかという論争的な点については全く言及していない。他方、ICRC解釈指針は「継続的戦闘機能 (continuous combat function)」を果たす者のみを反徒軍構成員と捉える (ICRC Guidance, *supra* note 58, pp. 33-34)。これに従えば、そもそも子どもは「継続的戦闘機能」を果たしていないゆえ反徒軍構成員とは言えないとの立論も可能である。なぜなら、子どもは軍隊の中で戦闘以外にも、否戦闘より頻繁に、様々な役割を果たしているからである。

¹¹⁵ Rodenhäuser, *supra* note 109, p. 183; Nicholson, *supra* note 109, p. 156.

¹¹⁶ しかも、この義務違反ないし犯罪は、子どもが軍隊に所属し又は敵対行為に使用される限り継続するものである (*Lubanga Trial Chamber Judgment*, *supra* note 30, para. 759)。

¹¹⁷ S. Wells, "Crimes against Child Soldiers in Armed Conflict Situations: Application and Limits of International Humanitarian Law" *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 12 (2004), pp. 287-305; S. Grover, *Child Soldier Victims of Genocidal Forcible Transfer: Exonerating Child Soldiers Charged with Grave Conflict-Related International Crimes* (Springer, 2012), p. 13. ある論者は、武力紛争の悪影響ないし敵対行為での被害を受けた後の戦闘員ではなく、戦闘員であることそれ自体が被害である状況を「被害者としての戦闘員 (victimised combatants)」とし、それが最もよく当てはまるのが子どもであると言う。G. Sinha, "Child Soldiers as Super-privileged Combatants" *The International Journal of Human Rights*, Vol. 17, No. 4 (2013), pp. 584-603.

る¹¹⁸。ICRC 解釈指針は「敵対行為への直接参加」の一要件として「交戦者とのつながり」、つまり一方の交戦者を利し他方の交戦者を不利にする形で必要な危害の敷居を直接引き起こすことが明確に意図されていることという要件¹¹⁹を挙げ、それは個人の心理状態に依存する主観的意図ないし敵対的意図とは区別された、行為の客観的な目的と関連するものとしつつ、例外的に、文民の主観的意図一の欠如一が考慮される場合があるとする。すなわち、「敵対行為において自己が果たしている役割を文民が完全に知らない場合（例えば遠隔制御爆弾を輸送しているのを知らない運転手）、又は、物理的な行動の自由を完全に奪われている場合（例えば接近戦において掩護目的のため物理的に強制されて人間の盾¹²⁰となる場合）[...] それらの文民はいかなる意味においても何事かを行っている（そもそも行為している）とは見做しえない」とし、よってそうした文民を用いる軍事行動は、交戦者とのつながりがあるにも拘わらず、敵対行為への直接参加と見做すことはできないとする¹²¹。この点に注目して上述の論者は、子どもの敵対行為への直接参加の場合もそのような例外に該当するとし、未成熟な子どもは自己の行為の意味を全く知らないまま、又は、行動の自由を完全に奪われた状態で、敵対行為に直接参加させられているのであるから、主観的意図の欠如ゆえに敵対行為への直接参加と見做すことは不可能だと主張するのである（換言すれば、子どもは敵対行為への直接参加に同意するために必要な法的能力を欠いているという）。

しかし、ICRC 解釈指針は、敵対行為に直接参加する子どもの主観的意図の欠如を考慮するどころか、「交戦者とのつながりは、個人的な苦悩又は嗜好や自己の行動に責任を負う精神的能力又は意思といった要素に一般的に影響されない。ゆえに、強制的に敵対行為に直接参加させられた文民あるいは合法的な軍隊採用に達しない子どもであっても、直接の攻撃からの保護を喪失し得る」と明言している¹²²。

以上から、学説の中には子どもを常に文民として扱うべきとする立場が存在し、ICC もそのような立場を共有しているが、国際人道法関係の専門家の見解を踏まえた ICRC 解釈指針や、幾つかの近年の国家実行からは、子ども兵士は合法的な軍事目標としてはならないとの法的義務が生成しているとは言い難い。

2 子ども兵士への攻撃はより厳しい規制に服すべきか

以上を踏まえれば、子どもも大人と同様に、軍隊構成員としていつでも攻撃対象とされ、あるいは文民として敵対行為に直接参加している間は攻撃されるというのが現行国際法だと考えられ

¹¹⁸ A. Sampaio and M. McEvoy, “Little Weapons of War: Reasons for and Consequences of Treating Child Soldiers as Victims” *Netherlands International Law Review*, Vol. 63, No. 1 (2016), pp. 56-64; A. Muzima, “Reimagining the Scope of Children’s Legal Protection during Armed Conflicts under International Humanitarian Law and International Criminal Law” *Western Journal of Legal Studies*, Vol. 8, No. 1 (2018), pp. 1-17.

¹¹⁹ 脚注60を参照のこと。

¹²⁰ 文民が攻撃から保護される自己の地位を用いて軍事目標を掩護しようとすること。

¹²¹ ICRC Guidance, *supra* note 58, pp. 59-60.

¹²² *Ibid.*, pp. 59-60.

る。しかし、合法的軍事目標に対しても国際人道法は一定の保護を与えており、それは「過度の傷害又は無用の苦痛を与える害敵手段・方法を用いることの禁止」原則である（第1追加議定書第35条2項）。この原則を軍事的必要よりも人道的配慮により重きを置いて解釈し、それを特に子ども兵士の場合に当てはめることはできないだろうか。

ICRC 解釈指針はそのような解釈が可能なことを明らかにした。すなわち、その勧告9によれば、合法的軍事目標に対して用いることが許される「力の種類と程度は、その時の状況において正当な軍事目的を達成するのに現に必要であるものを超えてはならない」¹²³。これは「最小損害手段ルール（Least Harmful Means Rule）」とも呼ばれる考え方で、同じ軍事的利益を得られるのならば攻撃対象に与える損害が最も小さい害敵手段・方法を用いるべしというものである。しかし、この勧告内容をめぐっては専門家間で論争があり、国際人道法は敵を殺害する前に捕らえることを命じてはいないと強く反論された¹²⁴。もっとも、勧告9は合法的軍事目標の生命を保護するために攻撃側が追加的な危険を負担することまで要求するものではなく、またその反対派も、合法的軍事目標であるというだけで軍事的必要が全く存在しない場合にも殺害してよいとまでは主張していないようである¹²⁵。結局、勧告9の趣旨は、武装した敵を生かして捕らえるために攻撃側又は文民が追加的な危険を負担せねばならないわけではないが、明らかに致死力を用いる必要がない状況で敵を殺害し又は敵に投降の機会を与えないことは基本的な人道の観念に反するということとされる¹²⁶。そして、敵に対して致死力を用いる必要がないかどうかは、軍事活動が行われている事態と場所を紛争当事者がコントロールできる度合に依存し、かかるコントロールの度合が高ければ高いほど敵への致死力行使の必要性は低くなる（とりわけ占領や非国際的武力紛争で典型的なように実効的に領域をコントロールしている状況でつまり平時の警察行動に類似する状況で一特定の個人を攻撃する場合、当該攻撃対象に致死力を行使する必要性は最も低い）とされる¹²⁷。

では、そのような ICRC 解釈指針の勧告9は、子ども兵士の場合にとりわけ妥当すると言えるか。この点を検討する論者は極めて少ないが、ある論者によれば、「敵対行為に直接参加している子ど

¹²³ *Ibid.*, p. 77.

¹²⁴ E.g. R. Goodman, “The Power to Kill or Capture Enemy Combatants” *European Journal of International Law*, Vol. 24, No. 3 (2013), pp. 819-853; G. Corn, L. Blank, Ch. Jenks and E. Jensen, “Belligerent Targeting and the Invalidity of a Least Harmful Means Rule” *International Law Studies*, Vol. 89 (2013), pp. 536-626.

¹²⁵ ICRC Guidance, *supra* note 58, p. 78 (note 212).

¹²⁶ *Ibid.*, p. 82.

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 80-81. 2006年イスラエル最高裁判所は、いわゆる標的殺害事件判決において、とりわけ占領地域で敵対行為に直接参加する文民に対して武力が行使される場合、最小損害手段ルールが適用されるべきとしつつ、そうすることが攻撃側の生命に大きな危険を惹起し又は周囲の文民の生命より大きな危険を惹起するときは、実行可能でないゆえ適用されないとした。Supreme Court of Israel, sitting as the High Court of Justice, *Pub. Comm. Against Torture in Israel v. Government of Israel*, Case No. HCJ 769/02, December 14, 2006, paras. 40 and 60. 同じことが戦闘員あるいは反徒軍構成員に対しても当てはまるのかについては明示しなかった。

もは同様に行動する他の大人よりも特権的に扱われるわけではない。当該子どもと交戦する紛争当事者の行動を制約する追加的な義務は存在しない¹²⁸。しかし、別の論者によれば、「最小損害手段ルールは、その一般的な妥当性はともかく、子どもに対する攻撃に際しては採用されるべきである。このことは、たとえ武力紛争の最中であっても子どもを故意に攻撃することは非人道的であるという道徳的直観によるが、法的にも、子どもは特別に保護されるべきとする国際人道法および国際人権法の多くの規定に沿う結果となろう」¹²⁹。この論者に倣えば、第1追加議定書第77条3項は、敵対行為に直接参加した子どもが敵に捕らえられた場合のみを規定するところ、これは子どもを殺害してはならないこと一殺害するのではなく捕えよ一を暗に示していると読めなくもない。

国家実行として、子ども兵士に遭遇した軍隊が最小損害手段ルールに沿う行動をとったように見える例がある。2000年9月、シエラレオネに派遣されていた英国軍部隊の6名が武装した子どもから成る反徒軍部隊（“West Side Boys”）に捕らえられたところ、その大きな要因は、当該英軍部隊の上官が子どもに対する攻撃を躊躇したことにあるとされた¹³⁰。当該英軍兵士が捕えられて2週間後、英空軍特殊部隊は救出作戦（“Operation Barras”）を実施し、交戦において約100名の子ども兵士が殺害されるに至った¹³¹。このシエラレオネの例は、ある場面では最小損害手段が選択され、別の場面では攻撃側の負担する危険が大きいゆえに致死力が行使されたようにも見える¹³²。他方、2002年1月にアフガニスタンで米軍兵士1名が14歳の子どもによる敵対行為で殺害されたり¹³³、2003年4月にイラクで米軍兵士と子ども兵士（何人かは10歳であった）との交戦が発生したりしているが¹³⁴、当該米軍兵士の行動が明らかでないので、最小損害手段ルールに照らして評価することはできない。

軍事マニュアルはどうであろうか。先のシエラレオネの例を踏まえて英軍の軍事マニュアル（少なくとも当時のそれ）を訪ねても、子ども兵士に対する攻撃は最小損害手段ルールのようなより厳格な条件に服することを示唆する記述は見いだせない。他方、ニュージーランド国防軍の1992年および2017年の武力紛争法マニュアルは、戦闘員である子ども又は敵対行為に直接参加する子ど

¹²⁸ Happold, *supra* note 12, p. 101.

¹²⁹ R. Provost, “Targeting Child Soldiers” 12 January 2016, available at: <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2939683>>, pp. 4-5 (last accessed on 10 July 2020).

¹³⁰ P. Singer, “Caution: Children At War” Brookings, 1 December 2001, available at: <<https://www.brookings.edu/articles/caution-children-at-war/>> (last accessed on 10 July 2020).

¹³¹ T. Butcher, “SAS Vengeance on the West Side Boys” Daily Mail, 29 August 2010, available at: <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-1307151/SAS-vengeance-West-Side-Boys.html>> (last accessed on 10 July 2020).

¹³² R. Barrett, “Humanising the Law of Targeting in Light of a Child Soldier’s Right to Life” The International Journal of Children’s Rights, Vol. 27, No. 1 (2019), p. 17.

¹³³ Ch. Borchini, S. Lanz, and E. O’Connell, *Report on the Cultural Intelligence Seminar, Child Soldiers: Implications for U.S. Forces* (Center for Emerging Threats and Opportunities Marine Corps Warfighting Laboratory, 2002), p. 7.

¹³⁴ M. Cox, “War Even Uglier When a Child is the Enemy” USA TODAY, 8 April 2003; A. Perry, “When Kids Are in the Cross Hairs” Time, 21 April 2003, available at: <<http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,1004682,00.html>> (last accessed on 10 July 2020).

もは大人と同様に攻撃されうると述べる一方で、武器をとることを強制され又は誘惑された子どもは武力紛争犠牲者であるとも述べ、ニュージーランド軍に直接の脅威を引き起こさない場合、あるいは複数の攻撃対象から選択できる場合、ニュージーランド軍司令官は可能な限り子ども兵士を攻撃すべきでないとする¹³⁵。しかし、これらは法的義務として規定されているようには見えない。また、カナダ防衛相は2017年に「子ども兵士」と題するカナダ軍の合同軍事マニュアル¹³⁶を一他どの国にも先駆けて一初めて作成し、そこにはカナダ軍に損害を与える能力と意思がある子ども兵士に対してはその脅威を無力化するのに必要な最小限の力—第一義的には非致死力—を行使すべき旨の記述があるが¹³⁷、それはカナダ軍への戦略的指示とされており法的義務の規定ではない¹³⁸。国際人道法の多くの専門家によれば、上記の国家実行例や軍事マニュアルにおける子ども兵士への対応は、欧米諸国の軍隊が自らの道徳的責任と見做すものの反映であると言う¹³⁹。NATOの2011年報告書によれば、欧米諸国において子どもは戦闘員像に当てはまらなると広く深く認識されているため、子ども兵士との交戦に直面した欧米諸国軍隊は心理的に大きなダメージ（PTSDや鬱症状）を被るとし、それは法ではなく道徳の領域の課題として軍隊が取り組むべきものだとする¹⁴⁰。

ところで、最小損害手段ルールは国際人権法における力行使に関する必要性原則と親和性がある。国際人権法上の必要性原則によれば、国家の個人に対する致死力の行使は、当該個人が他者の生命・身体に急迫する現実の危険を及ぼしておりこれを阻止するため他に手段がない場合に必要最小限度で許される。敵対行為下であっても法執行に類似する場合には、この国際人権法上の必要性原則が

¹³⁵ New Zealand Defense Force, *Interim Law of Armed Conflict Manual* (1992), para. 5. 2. 11; *DM 69 (2 ed) Manual of Armed Forces Law, Volume 4 Law of Armed Conflict* (2017), para. 14.6.3 and 14.6.12. 後者はまた、「戦闘員である子ども又は敵対行為に直接参加する子どもが捕らえられ、傷病を負い、難船し、又はニュージーランド軍のコントロール下に入ることによって戦闘外に置かれた場合、子どもとしての身体的および感情的な特別のニーズならびに性的暴力および非人道的扱いに対する脆弱性が認識されねばならず、ニュージーランド軍構成員から積極的に守られなければならない」とも述べる。

¹³⁶ Canadian Department of National Defence, *Canadian Forces Joint Doctrine Note (JDN) 2017-01, Child Soldiers*. この軍事マニュアルは、カナダ軍が国連や北大西洋条約機構（以下「NATO」）の枠組み下で平和活動に参加する機会が多くなったことを背景に、カナダ軍が子ども兵士と相対することを想定して作成された。この軍事マニュアルは子ども兵士を具体的に定義し、子ども兵士の脆弱性について述べ、子ども兵士に直面した際の軍事的問題を示し、交戦規則および捕らえた子ども兵士の扱いについて定めを置く。S. Chase, “Military prepares for possible clashes with child soldiers on future missions” *The Globe and Mail*, 2 March 2017, available at: <<https://www.theglobeandmail.com/news/politics/canadian-military-addresses-issue-of-child-soldiers-in-published-directive/article34197447/>> (last accessed on 10 July 2020).

¹³⁷ The Canadian Press, “Canadian Military to Become First to Issue Guidelines on Child Soldiers” *The Globe and Mail*, 6 February 2017, available at: <<https://www.theglobeandmail.com/news/politics/canadian-military-to-become-first-to-issue-guidelines-on-child-soldiers/article33910719/>> (last accessed on 10 July 2020).

¹³⁸ N. Mang, “Child Soldiers: Re-framing the Canadian Armed Forces Approach” *Canadian Forces College, JCSP 43, 2016-2017*, p. 18.

¹³⁹ “Roundtable Discussion Transcript: The Legal and Ethical Limits of Technological Warfare Symposium, February 1, 2013, University of Utah, S. J. Quinney College of Law” *Utah Law Review* (2013), pp. 1342-1345.

¹⁴⁰ NATO, *Research and Technical Organisation, Technical Memorandum TM-HFM159, Child Soldiers as the Opposing Force* (NATO publications, 2011).

国際人道法に優先して適用されることがあるだろうか。多くの論者は、それは「あるべき法」に過ぎないことを認めている¹⁴¹。

以上から、合法的軍事目標としての子どもに対し攻撃側がより厳しい規制に服することを現行国際法は要求しておらず、同じ軍事的利益を得られるのならば攻撃対象に与える損害が最も小さい害敵手段・方法を用いるべしという最小損害手段ルールが子ども兵士には適用される場合があるとしても、それは法的義務としてではなく道徳的考慮からくる政策判断としてである。この点で国際人権法が何らかのインパクトを与えているようにも思われぬ。

3 「敵対行為への直接／積極的参加」とその文脈

子どもが常に文民とされたとしても敵対行為に直接参加する間に限っては攻撃されるところ、子どもの保護を高めるため紛争当事者に禁止される子どもの「敵対行為への直接／積極的参加」を広く解釈すれば、文民保護を喪失する条件たる「敵対行為への直接参加」も広く解釈され、文民たる子どもが攻撃される可能性を高めてしまうのだろうか。

戦闘員と文民は区別され、文民は敵対行為に直接参加しない限り保護されるとするのが目標区別原則である。ここにいう「敵対行為への直接参加」概念は共通第3条に起源を見出せる¹⁴²。共通第3条は敵対行為を規律するものではないが、非国際的武力紛争においても軍隊（の構成員たる戦闘員）と文民が区別されることを示している。つまり、各紛争当事者が保護すべき対象として「敵対行為に直接参加しない者（persons taking no active part in the hostilities）」と規定し、かかる者には「武器を放棄したか、病気、負傷、抑留その他の事由により戦闘外に置かれた軍隊の構成員を含む」とするところ、ここから読み取れるのは、非国際的武力紛争の紛争当事者である国家と反徒の双方が文民とは区別される軍隊を有しており、それら軍隊の構成員が保護されるのは武器を放棄するか戦闘外に置かれるかして戦闘機能から離脱した場合のみである（戦闘を中断しているのでは不十分である）のに対し、文民はそのような戦闘機能を担わない者として一般に保護されるということである¹⁴³。第1追加議定書は、目標区別原則を具体化する規定を複数置いており、中でも第51条3項によれば「文民は、敵対行為に直接参加していない限り（unless and for such time as they take a direct part in hostilities）、第4編第1部 [= 敵対行為の影響からの一般的保護] によって与えられる保護を受ける」¹⁴⁴。第2追加議定書第13条3項もこれと同内容の規定である。このように、目標区別原則の文脈において、敵対行為への「直接」参加を表現するのに共通第3条は“active”の語

¹⁴¹ S. Pack, “Targeting Child Soldiers: Striking a Balance between Humanity and Military Necessity” *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 7, No. 1 (2016), pp. 201-202; R. Barrett, “Humanising the Law of Targeting in Light of a Child Soldier’s Right to Life” *The International Journal of Children’s Rights*, Vol. 27, No. 1 (2019), pp. 3-30.

¹⁴² ICRC Guidance, *supra* note 58, p. 43.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 28.

¹⁴⁴ そのような文民とは対照的に、同第43条2項によれば「紛争当事者の軍隊の構成員（衛生要員および宗教要員を除く）は戦闘員であり、敵対行為に直接参加する（participate directly in hostilities）権利を有する」。

を用い¹⁴⁵、第1・第2追加議定書は“direct”の語を用いているが、仏語正文では全て“directement” (“participent directement aux hostilités”) で統一されている。よって、ジュネーブ諸条約および両追加議定書において“active”と“direct”は互換的に同一の意味で用いられている¹⁴⁶。

他方、第1追加議定書は、紛争当事者の権力下に置かれた者の保護の一環として子どもを特別に保護する第77条を置いており、それは第2追加議定書第4条3項も同様である。第1追加議定書では子どもの敵対行為への「直接 (direct)」参加が禁止されるのに対し、第2追加議定書では敵対行為への単なる参加が一よっていかなる参加も一禁止される。上述のように ICRC コメントリーは、敵対行為への「直接 (direct)」参加をその文言にも拘らず広く解釈して「間接」参加も含めており、両議定書はともに子どもの敵対行為へのいかなる参加も禁止するものと解している。

以上を踏まえて ICC 規程の戦争犯罪規定を見ると、一方で、ICC 規程第8条2項(c)は共通第3条の著しい違反として敵対行為に「直接 (active)」参加しない者に対する諸行為を戦争犯罪とし、また、同第8条2項(b)(i)・(e)(i)は目標区別原則の違反として敵対行為に「直接 (direct)」参加していない文民への攻撃を戦争犯罪とするところ、これらは上記の国際人道法条約をそのまま取り込んだものゆえ、“direct”は“active”と互換的で同一の意味を持つ。他方で、ICC 規程第8条2項(b)(xxvi)・(e)(vii)は子どもの敵対行為への「積極的 (active)」参加のための使用を戦争犯罪とするところ、ここでの“active”は“direct”と互換的に同一の意味では用いられず、「敵対行為への積極的 (active) 参加」は「敵対行為への直接 (active/direct)」より広く解釈されると言う (ICC ルバング事件予審裁判部決定・第一審裁判部判決およびカタンガ事件第一審裁判部判決参照)。

そこで問題¹⁴⁷は、上述のように国際人道法条約 (第1追加議定書第77条を除く) では敵対行為への「直接」参加を示すのに“active”と“direct”が互換的に用いられているため、“active”を広く解釈する ICC の姿勢が“direct”の広い解釈をも導き、文民が保護を喪失する条件である「敵対行為への直接参加」の意味が広がる結果、子どもを含む文民の保護が弱められてしまうのか否

¹⁴⁵ 共通第3条を補完する第2追加議定書第4条1項も、「敵対行為に直接参加 (take a direct part in hostilities) しない者」は保護されると規定する。

¹⁴⁶ ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-1-T, Trial Chamber Judgment, 2 September 1998, para. 629; ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR-1993-3-T, Trial Chamber, Judgment, 6 December 1999, paras. 99-100; SCSL, CDF Trial Chamber Judgement, *supra* note 69, para. 131; ICRC Guidance, *supra* note 58, pp. 43-44; Sivakmaran, *supra* note 30, p. 362; *US Law of War Manual*, *supra* note 107, pp. 226-227, para. 5.8.1.1.

¹⁴⁷ もうひとつの (やや付随的) 問題は、ICCが敵対行為への「直接」参加を一例えばICRC解釈指針で明確化されたそれよりも一非常に狭く戦闘と同義に捉えたことが、同表現を用いるICC規程第8条2項(b)(i)・(e)(i)の解釈に影響を及ぼすかどうかである。影響を及ぼすとなると、前線での戦闘に従事していない限り一偵察、サボタージュ、軍事目法の掩護などを行っていても一文民 (子どもを含む) を攻撃することは戦争犯罪となろう。しかし、国際人道法上「敵対行為への直接参加」は前線での戦闘に従事することより広く偵察等も含みうる。その結果、ICC規程上は違法 (戦争犯罪) となる行為が国際人道法上は合法という矛盾した事態を招く。See, Urban, *supra* note 57. ICC規程第10条は「この部 [=管轄権、受理許容性および適用法に関する第2部で、第8条を含む] のいかなる規定も、この規程の目的以外の目的のために現行の又は発展する国際法の規則を制限し、又はその適用を妨げるものと解してはならない」とするところ、ICC規程の特定の条文の解釈が国際人道法の関連規則の解釈に影響を及ぼすことはないと言えるが、ICC規程の他の条文の解釈に影響を及ぼさないとはいえないかもしれない。

かである¹⁴⁸。

目標区別原則の文脈では、戦闘員と異なり文民は保護されることが原則であり、敵対行為に直接参加している間に限って例外的にその保護を喪失するゆえ、この例外である「敵対行為への直接 (active/direct) 参加」は厳格に、よって狭く解釈されねばならない。これに対し、紛争当事者の権力下に置かれた者の保護という文脈では、紛争犠牲者に可能な限り手厚い保護を与えることが要請されるため、禁止される子どもの「敵対行為への直接 (direct) / 積極的 (active) 参加」は広く解釈されることが望ましい。かりに「敵対行為への直接 (active/direct) 参加」および「敵対行為への直接 (direct) / 積極的 (active) 参加」が、国際人道法およびこれを受けた ICC 規程において文脈に拘りなく同一に解釈されるとすれば、一方の解釈が他方の解釈にも影響を及ぼすゆえに、一方では子どもへの保護を高める解釈が他方では子どもへの保護を減じる解釈になるというジレンマが生じる。

2014年6月9日ンタガンダ事件予審裁判部公判前確認手続決定は、これら2つの異なる文脈における「敵対行為への直接 (active/direct) 参加」と「敵対行為への積極的 (active) 参加」とを関連付けようとした。15歳未満の子どもの行為が共通第3条にいう「敵対行為への直接 (active/direct) 参加」に該当するかどうかは、第2追加議定書第4条3項(c)およびICC規程第8条2項(e)(vii)が当該子どもを軍隊採用および「敵対行為への積極的 (active) 参加」から保護していることに照らして解釈されねばならないゆえ、当該子どもが軍隊構成員であることそれ自体を「敵対行為への直接 (active/direct) 参加」と見做すべきではないとする。子どもがそこから保護されるべき行為に従事しているとき、その行為は「敵対行為への直接 (active/direct) 参加」に該当せず、子どもは攻撃対象とされないという論理と読める。すると、子どもがそこから保護されるべき「敵対行為への積極的 (active) 参加」に従事するときも、その行為は「敵対行為への直接 (active/direct) 参加」に該当しないことになる。「敵対行為への積極的 (active) 参加」が「敵対行為への直接 (active/direct) 参加」と同義であれば、子どもについては大人と異なり、敵対行為に直接参加していても攻撃対象とされないということになる。しかし、ンタガンダ事件予審裁判部決定は、子どもも敵対行為に直接参加している間に限って攻撃対象となりうることを認めている。では、「敵対行為への積極的 (active) 参加」が「敵対行為への直接 (active/direct) 参加」より広い概念であればどうか。この場合、敵対行為に積極的に参加している子どもは、敵対行為に直接参加しているわけではないとして保護されるが、両者が重なり合う範囲では子どもは保護を喪失する。こちら

¹⁴⁸ 肯定: Happold, *supra* note 62, pp. 94-96; S. Vité, “Protecting Children during Armed Conflict: International Humanitarian Law” *Human Rights & International Legal Discourse*, Vol. 5, No. 1 (2011), pp. 24-25; Urban, *supra* note 57; K. Ambos, “The First Judgment of the International Criminal Court (*Prosecutor v. Lubanga*): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues” *International Criminal Law Review*, Vol. 12 (2012), pp. 115-153; N. Wagner, “A Critical Assessment of Using Children to Participate Actively in Hostilities in *Lubanga* Child Soldiers and Direct Participation” *Criminal Law Forum*, Vol. 24 (2013), pp. 145-203; SCSL, RUF Trial Chamber Judgement, *supra* note 72, para. 1723.

が予審裁判部決定に沿う論理だと思われるが、それは、目標区別原則にいう「敵対行為への直接（active/direct）参加」に至らない「敵対行為への積極的（active）参加」に従事する子どもだけが保護されるというに過ぎず、一方の解釈が他方の解釈に影響を及ぼすのかどうかという問いに答えを与えるものではない¹⁴⁹。

この問いに答えたのが、2014年12月1日ルバンガ事件上訴裁判部判決である。すなわち、「敵対行為への直接（active/direct）参加」および「敵対行為への積極的（active）参加」という同様の表現が用いられていても、それが置かれた規範の目的によって当該表現への解釈は異なるべきということである¹⁵⁰。したがって、「敵対行為への直接（direct）／積極的（active）参加」は子どもを武力紛争の悪影響から保護するという目的に基づき敵対行為への直接参加のみならず間接参加も含むように解釈されるとしても、それが目標区別原則における「敵対行為への直接（active/direct）参加」の解釈に影響を及ぼすことにはならない。

このように、「敵対行為への直接（active/direct）参加」と「敵対行為への直接（direct）／積極的（active）参加」は、目標区別原則の文脈と紛争当事者の権力下に置かれた者の保護という文脈の相違およびそれに伴う規範目的の相違を考慮して異なる解釈を与えられるべきといえる¹⁵¹。この視点から改めてICC規程第8条2項(b)(xxvi)・(e)(vii)の起草過程を振り返ってみると、第1追加議定書第77条2項（および子どもの権利条約第38条2項）の文言と第2追加議定書第4条3項(c)の文言—「敵対行為への直接参加」か「敵対行為への参加」か—の間で議論があったことは伺われるが、それと目標区別原則における「敵対行為の直接参加」との関係が議論されたようには見えない。ICC規程第8条2項(b)(xxvi)・(e)(vii)の仏語正文が、目標区別原則にいう“participent directement aux hostilités”ではなく、“participer activement à des hostilités”という異なる表現であることからすれば、目標区別原則とは異なる文脈にあるものとしてICC規程第8条2項(b)(xxvi)・(e)(vii)が起草されていたと思われる。加えて、国家の解釈実行として一例を挙げると、2015年米国武力紛争法マニュアルによれば、武力紛争議定書第1条にいう「敵対行為への直接（direct）参加」の解釈は、子供を武力紛争に参加させるのを制限する条約義務の文脈におけるものであって、同じ用語であっても別の文脈、例えば文民が攻撃対象となることからの保護を喪失する

¹⁴⁹ *Contra*, J. Yuvaraj, “When Does a Child ‘Participate Actively in Hostilities’ under the Rome Statute? Protecting Children from Use in Hostilities after *Lubanga*” *Utrecht Journal of International and European Law*, Vol. 32 (2016), pp.81-82 (「予審裁判部は、敵対行為参加から子どもを保護するための規定の解釈が、文民と戦闘員を区別するための規定で用いられる同様の表現の解釈に影響を及ぼすかと判断したように思われる」)。

¹⁵⁰ R. Graf, “The International Criminal Court and Child Soldiers: An Appraisal of the *Lubanga* Judgment” *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10 (2012), p. 964; Rodenhäuser, *supra* note 109, pp. 177-181.

¹⁵¹ Mann, *supra* note 32, p. 47; M. Happold, “Child Soldiers in International Law: The Legal Regulation of Children’s Participation in Hostilities” *Netherlands International Law Review*, Vol. 47, No. 1 (2000), p. 36; 坂本一也「戦争犯罪としての子ども兵士の使用—ICCにおけるLubanga事件の分析から—」『岐阜大学教育学部研究紀要・人文科学』第61巻2号（2013年）31-32頁; Yuvaraj, *supra* note 149, pp.79-80; Sampaio and McEvoy, *supra* note 118, pp. 54-55.

状況では異なる解釈がとられうる¹⁵²、とする。以上から、「敵対行為への直接 (direct) / 積極的 (active) 参加」と「敵対行為への直接 (active/direct) 参加」は、その置かれた文脈および規範目的によって解釈を異にすべきものと言えるのである。

IV 結語

以上の検討の結果、冒頭に述べた3つの問いに対する回答は次のようになった。第1に、子どもは軍隊構成員であっても文民として扱うべきとの法的見解が有力化する可能性はあるものの、文民としての子どもは合法的軍事目標としてはならないとの法的義務が生成しているとまでは言えない。第2に、合法的軍事目標としての子どもに対し攻撃側がより厳しい規制—最小損害手段ルール—に服することを現行国際法（国際人権法を含む）は要求していない。そして第3に、子どもは常に文民とされようが敵対行為に直接参加する間に限っては攻撃されるところ、子どもの保護を高めるため紛争当事者に禁止される子どもの「敵対行為への直接 (direct) / 積極的 (active) 参加」を広く解釈すれば、文民保護を喪失する条件たる「敵対行為への直接 (active/direct) 参加」も広く解釈され、文民たる子どもが攻撃される可能性を高めてしまうのか否かについては、否との結論となった。なぜなら、前者は紛争当事者の権力下に置かれた者の保護という文脈に、後者は目標区別原則の文脈に置かれており、同様の表現であってもその異なる規範目的を考慮して異なる解釈が導かれてしかるべきだからである。

紛争当事者の義務違反ないし犯罪の結果をその被害者である子どもに負わせるべきでないという点では多くの者の見解が一致する¹⁵³。しかし、そのような被害者である子どもが軍隊構成員となり又は文民として敵対行為に直接参加するとき、子どもを可能な限り致死力の行使に晒さないよう紛争当事者により厳格な制約を課すべきかという点では、現行国際法は否定的である。近年 ICC が示

¹⁵² *US Law of War Manual, supra* note 107, p. 167, note 444. もっとも、武力紛争選択議定書第1条の「敵対行為への直接参加」に対する米国の解釈宣言によれば、「戦場における即時的 (immediate) かつ現実の行動で敵に損害を引き起こすものであって、当該の行動と損害の間に直接的因果関係が認められるものを意味し、軍事情報の収集・伝達、武器弾薬その他の軍需品の配達、部隊の前方展開などといった敵対行為への間接的な参加は意味しない」とされており (United Nations Treaty Collection, *supra* note 44)、第1追加議定書第77条2項の「敵対行為への直接参加」に対するICRCコメントリーの解釈や、「敵対行為への積極的参加」に対するICCの解釈とは異なる解釈となっている。また英国も、2007年に子どもの権利委員会に提出した武力紛争議定書の第1回国家報告において、「敵対行為への直接参加」という用語は英国の国内法上用いられていないと断りつつ、「実際には、敵対する軍隊が関わる軍事活動に配備される場合 (if they are deployed on operations where hostile forces are involved)、その個人は敵対行為に直接参加するものと解される」と述べており (UN Doc. CRC/C/OPAC/GBR/1, 3 September 2007, para. 7)、武力紛争の悪影響から子どもを保護するという目的に基づき敵対行為への間接参加も含むように解釈しているようには思われない。

¹⁵³ それどころか、子ども兵士は、たとえ彼・彼女が国際人道法違反さらには戦争犯罪に当たる行為を犯したとしても、被害者であることに変わりはない (ゆえに処罰よりも矯正や社会統合の対象とされるべき) と考えるのが、近時の有力な国際的傾向である。

敵対行為に参加する子どもの法的地位（田村恵理子）

したように、子どもは軍隊構成員であるというだけでいつでも攻撃される対象にならないと言うのがせいぜいである。このように子ども兵士への攻撃は法的には許容されているが、道徳的には正しくないとの認識がつきまとい、法と道徳を切り離すことの是非が問われうる。敵対行為に参加する子どもの法的地位の考察は、必然的に法と道徳の関係の考察を突きつけるように思われる。

