

国際人道法と紛争当事者内関係 (*intra-party relations*) の規律

International Humanitarian Law and Its Regulation of the *Intra-party Relations*

田村 恵理子

人道法は、敵対する紛争当事者間の関係 (*inter-party relations*) を一般に規律するが、特定の場合に紛争当事者内の関係 (*intra-party relations*) も規律する。後者の最重要の場合として、人道法の中核的規範とも言える基本的保障がある。近年の ICC の Ntaganda 事件では、子ども兵士が味方の軍隊構成員からも性暴力を受けないという基本的保障を享受できるかが初めて争点となった。同事件の3つの裁判部も、これを論評する学説も、性暴力禁止を含む基本的保障が *intra-party relations* も規律することが妥当とする点で一致を見るが、この結論を導く人道法の論理構成は異なり対立さえする。Ntaganda 事件はまた、紛争当事者が反徒である場合の人道法による *intra-party relations* の規律の重要性にも目を向けさせた。国家と異なり人権法の適用を当然視できない反徒と自軍構成員との関係を現実に規律できるのは、人道法を除いて他にないからである。しかし、基本的保障のうち反徒が負う「公正な裁判」の義務の中身は不明確なままにされ、人道法はその実施においては未だ反徒軍構成員を反徒の恣意的権力行使から十分に保護する内容にはなっていない。

キーワード：国際人道法、紛争当事者間関係 (*inter-party relations*)、紛争当事者内関係 (*intra-party relations*)、基本的保障、反徒、公正な裁判

目次

- I 問題の所在
- II 人道法における *intra-party relations* の規律—味方による子ども兵士に対する性暴力を契機に
 - 1 Ntaganda 事件の3つの判断—概要と比較
 - 2 Ntaganda 事件の批判的検討
- III 人道法における *intra-party relations* の規律の妥当性と必要性
 - 1 人道法における *intra-party relations* の規律が不明確な場合—人道法上の基本的保障
 - 2 人道法における *intra-party relations* の規律が必要な場合—反徒の *intra-party relations*
- IV 結語

I 問題の所在

国際人道法（以下、人道法）は、対立する2以上の紛争当事者間に武力紛争が存在することで適用を開始し、それら紛争当事者間の敵対行為の遂行を規律すると同時に、紛争当事者が敵対行為に直接参加しない者を保護するよう命じる。国家を主とする法的に対等な紛争当事者間の武力紛争である「国際的武力紛争」において「敵対行為に直接参加しない者」とは、まず、1949年ジュネーブ4条約（以下、GCs）及び1977年第1追加議定書（以下、AP I）上の「陸上傷病者」、「海上傷病者及び難船者」、「捕虜（敵紛争当事者の権力内にある軍隊構成員）」、そして「文民（軍隊構成員でない者）」であり、様々な場面での人道的待遇や敵対行為の影響からの保護を受ける。加えて、以上の何れのカテゴリーにも該当しない（又はGCs上の一層有利な保護を受けない）者で紛争当事者の権力内にある者は、一定の非人道的待遇の禁止や拘禁・刑事裁判中の一定待遇といった「基本的保障」を受ける（AP I 75条）。他方、紛争当事者の一方又は双方を反徒（非国家武装組織）とする武力紛争である「非国際的武力紛争」において「敵対行為に直接参加しない者」とは、GCs 共通3条（以下、共通3条）及び1977年第2追加議定書（以下、AP II）の通説的理解によれば、文民（及び軍隊の衛生・宗教要員）については敵対行為への直接参加という行為に従事していないことであるのに対し、（国家及び反徒の）軍隊構成員については一上記の行為基準ではなく一戦闘外に置かれる（*hors de combat*）ことを要し、それは投降、傷病、抑留といった事由により一切の敵対行為を差し控えることを意味する。そして彼・彼女らはAP I 75条の「基本的保障」と類似の保護を受けると共に（共通3条及びAP II 4・5・6条）、敵対行為の影響からの保護も一国際的武力紛争の場合ほど詳細・明確ではないが一受ける（AP II 第4編）。

このように人道法は、武力紛争における敵対関係を主軸に据え、敵対する紛争当事者間の関係（*inter-party relations*）を規律することに疑いはない。では、そのことは逆に、人道法は紛争当事者内の関係（*intra-party relations*）を一切規律しないことを意味するのだろうか。人道法が、紛争当事者と味方の軍隊構成員又は文民との関係や、味方の軍隊構成員間又は文民間の関係、あるいは味方の軍隊構成員と文民との関係を規律することはあるのだろうか。

人道法は一般に *inter-party relations* を規律するが、*intra-party relations* の規律も幾つか存在する。例えば、傷病者は、軍隊構成員であれ文民であれ、何れの紛争当事者に属するかを問わず、敵対行為の影響から保護され人道的待遇を受けるゆえ、紛争当事者と味方の軍隊構成員又は文民との関係にも及ぶ。また、15歳未満の子どもの入隊及び敵対行為直接参加の禁止は、紛争当事者と味方の子どもの関係が第一義的に想定されている。このように、人道法の規定から *intra-party relations* の規律が明確である場合はよいとして、問題は、人道法が *intra-party relations* を射程に入れているのか不明確な場合である。例えば、味方の軍隊構成員間の暴力行為、軍当局による自軍構成員に対する不公正な処罰、紛争当事者による味方文民の不当な抑留などで、武力紛争の存在を背景にこれと関連してなされる場合である（武力紛争と関連しない場合はそもそも人道法の規律対象ではない）。たしかに、紛争当事者が国家であるとき、国家と自軍構成員又は自国民との関係は、武力紛争と関連する場合につ

いても国内法が定め、そうでなくとも国際人権法 (以下、人権法) が規律するがゆえに、人道法の規律が及ばなくともあまり不都合はないかもしれない (但し、人道法が武力紛争の状況に特化した規則を定めているため人権法の解釈適用に当たって参照される必要はあろう)。しかし、紛争当事者が反徒であるとき、反徒と味方の軍隊構成員又は文民との関係は人道法の規律に頼るほかない。反徒が敵対する国家の国内法を適用することは想定できないし、反徒は国家のみを名宛人とする人権法の義務主体と認められ難いからである¹。

こうした「人道法における *intra-party relations* の規律」にかかる問題は、近年の国際刑事裁判所 (ICC) の Ntaganda 事件で初めてクローズアップされた²。同事件では、被告人 Ntaganda が味方である 15 歳未満の子ども兵士をレイプ及び性奴隷の対象としたことが戦争犯罪に該当するかが問われ、それに答えるためには、非国際的武力紛争で紛争当事者が人道法上保護すべき「敵対行為に直接参加しない者」には味方軍隊構成員も含まれるかを明らかにする必要があるが生じたのである。興味深いことに、予審、第一審及び上訴審の 3 つの裁判部が、子ども兵士は味方軍隊構成員による性暴力からも人道法上保護されるとの同一の結論を下しつつ、それぞれ異なる論拠を提示しており、この問題の複雑さを反映している。

以上を踏まえ本稿では、まず II において、ICC の Ntaganda 事件の上記 3 つの判断を概観し、「人道法における *intra-party relations* の規律」という観点から各々の論理を比較検討する。次く III では、Ntaganda 事件を受けて改めて「人道法における *intra-party relations* の規律」を如何に捉えるのが妥当かを、学説及び裁判例を基に考察する。さらに、人道法による *intra-party relations* の規律が現実的に最も要請されるであろう場面、つまり反徒と自軍隊構成員との反徒内関係を取り上げ、人道法がそれに対して十分な規律を及ぼしているかを検討する。最後の IV において、本稿から得られた知見をまとめると共に、残された課題を提示する。

II 人道法における *intra-party relations* の規律—味方による子ども兵士に対する性暴力を契機に

1 Ntaganda 事件の 3 つの判断—概観と比較

Ntaganda 事件は、2002～2003 年にコンゴ民主共和国で生じた国家と反徒「コンゴ愛国者同盟」

¹ Marco Longobardo, “The Criminalisation of Intra-Party Offences in Light of Some Recent ICC Decisions on Children in Armed Conflict” *International Criminal Law Review*, Vol. 19, No. 4 (2019), p. 613; Raphaël van Steenberghe, “Who are Protected by the Fundamental Guarantees under International Humanitarian Law? Part 1: Breaking with the Status Requirement in Light of the ICC Case Law” *International Criminal Law Review* (2021) [van Steenberghe, Part 1], pp. 13-14.

² シェラレオネ特別裁判所も反徒による性暴力を取り上げ、その被害者には「味方の子ども兵士」も含まれていたが、それに焦点を当てることなく、彼女らを「文民」、「女性及び女兒」又は「妻 (bush wives)」と捉えて検討していた。See, *The Prosecutor v. Alex Brima et al. (The AFRC Accused)*, SCSL-04-16-T, Trial Judgment, 20 June 2007, paras. 966-1188; *The Prosecutor v. Charles Taylor*, SCSL-03-01-T, Trial Judgment, 18 May 2012, paras. 871-1207.

(UPC) 間の非国際的武力紛争にかかわり、UPC の軍隊「コンゴ解放愛国戦線」(FPLC) の副参謀長かつ軍司令官であった被告人 Ntaganda が、味方の子ども兵士に対するレイプ及び性奴隷の戦争犯罪を含む合計 18 の戦争犯罪及び人道に対する犯罪を問われたものである。

以下では、Ntaganda 事件の予審、第一審及び上訴審の判断をその異なる論理を浮き彫りにしながら順に概観する。

(1) 2014年6月9日予審裁判部決定³

予審裁判部によれば、非国際的武力紛争に適用される共通3条1項及び AP II 4条1・2項は、レイプ及び性奴隷から保護されるのは「敵対行為に直接参加しない者」であるとするゆえ、本件子ども兵士が味方軍隊構成員から保護されるためには、「レイプ及び性奴隷を被っている時に敵対行為に直接参加していない」ことが必要である⁴。15歳未満の子どもを軍隊に採用し敵対行為への直接参加に使用することを禁ずる AP II 4条3項(c)の趣旨に照らせば、当該違法行為の結果反徒軍構成員とされた子どもから人道法上の保護を奪うべきでないゆえ、子どもが反徒軍構成員であることそれ自体は敵対行為への直接参加を示す決定的な証拠とはなりえない。もっとも、子どもといえども敵対行為に直接参加している間は保護を失う。レイプ及び性奴隷を被っている者は、それら性暴力が強制的要素を帯び又は他者の身体を所有物として扱うという特徴をもつことから、同時に敵対行為に直接参加しているとは論理上見做しえない。よって、子ども兵士は味方軍隊構成員によるレイプ及び性奴隷から人道法上保護される⁵。

このように予審裁判部は、レイプ及び性奴隷といった性暴力を被っている間は敵対行為に直接参加できないという論理で人道法上の保護を導いた。この論理は被害者が敵か味方か（及び軍隊構成員か文民か）に拘らず誰であれ当てはまり、まさに本件子ども兵士は味方だったわけだが、そのことは特に問題視されていない⁶。よって、「人道法における *intra-party relations* の規律」の如何は検討対象としていない。予審裁判部の論理はまた、子ども兵士は、「敵」との関係では敵対行為に直接参加している間は攻撃されうるが、彼・彼女を違法に軍隊に採用した「味方」との関係では常に保護される

³ *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-309, Pre-Trial Chamber Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Bosco Ntaganda, 9 June 2014 [*Ntaganda* Pre-Trial Decision].

⁴ *Ntaganda* Pre-Trial Decision, *supra* note 3, para. 77.

⁵ *Ibid.*, paras. 78-80.

⁶ See, C6man Kenny and Yvonne McDermott, "The Expanding Protection of Members of a Party's Own Armed Forces under International Criminal Law" *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 68, No. 4 (2019), p. 963.

—おそらく文民の⁷—地位にあるべきことを示唆してもいる⁸。

(2) 2017年1月4日第一審裁判部決定 (全員一致)⁹

第一審裁判部は、予審裁判部とは異なり、本件戦争犯罪にかかる ICC 規程 8 条の条文を人道法と両立するように解釈するという手法をとった。第一審裁判部によれば、まず、ICC 規程第 8 条 2 項にある 4 カテゴリーの戦争犯罪について、(a)「GCs の重大な違反行為」及び (c)「共通 3 条の著しい違反」は、被害者が各々「GCs 上保護される者」と「敵対行為に直接参加しない者」であることを規定するのに対し、(b)「国際的武力紛争に適用される法規・慣例に対するその他の著しい違反」及び (e)「非国際的武力紛争に適用される法規・慣例に対するその他の著しい違反」は、列挙される個々の行為で明示される場合を除いて、被害者 (又は加害者) に特定の地位を要求していない—そうでなければ (b)・(e) は (a)・(c) と重複し、(b)・(e) が「その他の」違反を規定する点とも齟齬をきたす。レイプ、性奴隷その他の性暴力を規定する (b) (xxii) 及び (e) (vi) も、被害者に特定の地位を要求していない。それら規定には「GCs の重大な違反行為／共通 3 条の著しい違反にも (also) 該当する行為」との表現があるが、これはレイプや性奴隷といった列挙行為でなく「その他あらゆる形態の性暴力」のみを修飾し、当該性暴力が「GCs の重大な違反行為／共通 3 条の著しい違反」に匹敵するような一定以上の重大性をもつことを要求するものである。よって、第 8 条 2 項 (b) (xxii) 及び (e) (vi) 上のレイプ、性奴隷その他の性暴力の戦争犯罪の被害者は、「GCs の重大な違反行為」と「共通 3 条の著しい違反」が各々要求する特定の地位を満たす必要はない¹⁰。

⁷ 予審裁判部によれば、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いうことであるから、子どもについては軍隊構成員であっても大人の場合とは異なり何時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理解ができよう。田村恵理子「敵対行為に参加する子どもの法的地位」『宮崎公立大学人文学部紀要』第 28 巻 1 号 (2021 年) 77 頁。

⁸ Tilman Rodenhäuser, “Squaring the Circle?: Prosecuting Sexual Violence against Child Soldiers by their ‘Own Forces’” *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 14, No. 1 (2016), p. 186; Luigi Prosperi, “The ICC Appeals Chamber Was Not Wrong (But Could Have Been More Right) in Ntaganda” *Opinio Juris*, 27 June 2017, at <http://opiniojuris.org/2017/06/27/33178/> (as of 31 August 2022); Longobardo, *supra* note 1, pp. 621-622.

⁹ *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-1707, Trial Chamber Second Decision on the Defence’s Challenge to the Jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9, 4 January 2017 [Ntaganda Second Trial Decision]. 2014 年予審裁判部決定に対し被告人は 2015 年 9 月 1 日、第一審裁判部にレイプ及び性奴隷の戦争犯罪につき ICC が管轄権をもたないと (再度) 請求したが、同年 10 月 9 日の決定で第一審裁判部は、当該請求は管轄権段階ではなく本案段階で決定されるべき事柄だとして却下した (Decision on the Defence’s Challenge to the Jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9, ICC-01/04-02/06-892)。これに対し被告人は上訴し、2016 年 3 月 22 日の判決で上訴審裁判部は、「レイプ及び性奴隷の戦争犯罪の被害者のカテゴリーが制限されるか否かという問題は本質的に管轄権に関する」として第一審裁判部に差し戻した (Judgment on the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the Decision on the “Defence’s Challenge to the Jurisdiction of the Court in respect of Counts 6 and 9”, ICC-01/04-02/06-1225)。

¹⁰ *Ntaganda* Second Trial Decision, *supra* note 9, paras. 40-44. 同旨として Gloria Gaggioli, “Sexual Violence in Armed Conflicts: A Violation of International Humanitarian Law and Human Rights Law” *International Review of the Red Cross*, Vol. 96, No. 894 (2014), p. 527.

次に、第8条2項(b)・(e)の戦争犯罪は「確立された国際法の枠組み」つまり人道法に基づいて解釈されねばならない。レイプその他の性暴力は国際的・非国際的武力紛争の双方で人道法条約上も慣習人道法としても長らく禁止されてきた。人道法上レイプ及び性奴隷の禁止は、紛争当事者の権力内にある文民や戦闘外に置かれた者を保護する文脈で明定されることが多いが、これらの明示的保護が保護される者の範囲を網羅的に規定し他の場合を排除するわけではない。その理由は①～⑤の通りである：

- ①マルテンス条項：文民及び戦闘員は国際法の諸原則に基づく保護の下に置かれる。
- ②AP I 75条：基本的保障（性暴力禁止を含む）は、敵味方を問わず紛争当事者の権力内にある全て者に適用され、如何なる場合又は場所においても禁止される行為を規定する。
- ③レイプ、性奴隷その他の性暴力は、合法的軍事目標を含め誰に対してなされようが軍事的必要により正当化される行為又は明確な軍事的利益をもたらす行為ではありえず、よってかかる行為から保護される者を限定することは人道法の原理（rationale）に反する。
- ④赤十字国際委員会（以下、ICRC）は1949年陸上傷病者条約（以下、GC I）の2016年版コメントリーで、「人道の基本的考慮」を反映し全ての武力紛争における最低基準たる共通3条の保護は、味方の軍隊構成員同士の行為だからと言って否定されるべきでないとし、共通3条が味方の軍隊構成員をも保護することを肯定している。
- ⑤性奴隷禁止は、1926年奴隷禁止条約及び慣習法により禁止され強行規範となった奴隷の一類型であるゆえ、同じく強行規範である。レイプは、強行規範として禁止される拷問あるいは集団殺害を構成する場合に同じく強行規範となり、さらに、多数意見ではレイプの禁止それ自体が強行規範と言える。強行規範たる性奴隷及びレイプの禁止は、平時・武力紛争時を問わず全ての者に対してその地位に拘わらず適用されるところ、武力紛争と関連して行われた性奴隷及びレイプが一普通犯罪又は人道に対する犯罪でなく一戦争犯罪となる。

また、本件被害者は子ども兵士であることも考慮すべきである。深刻な国際法違反によって作り出された事態を承認してはならないという法の一般原則や、違法行為者がその行為から利益を得てはならないという原則に照らすと、子どもの軍隊採用という深刻な人道法違反によって兵士とされた子どもが味方軍隊構成員による性暴力から保護されないとすることはできない。以上から、人道法上レイプ及び性奴隷の禁止は、武力紛争の文脈でこれと関連して行われるならば全ての者を保護対象としているので、本件子ども兵士は味方軍隊構成員による当該行為からも保護される¹¹。

¹¹ *Ibid.*, paras. 45-54.

このように第一審裁判部は、武力紛争と関連して行われるレイプ及び性奴隷といった性暴力については¹²、「敵対行為に直接参加しない者」か否かを問わず全ての者が人道法上保護されるとした。これは、予審裁判部が人道法の保護対象を「敵対行為に直接参加しない者」に限定していたのと全く対照的である。もっとも、かかる保護対象の無限定性を導く上で第一審裁判部が掲げた根拠には十分とは言い難い部分がある (後述 II 2 へ)。他方で、第一審裁判部は予審裁判部と同様、「人道法における *intra-party relations* の規律」の如何は検討対象としていない¹³。

(3) 2017年6月15日上訴裁判部判決 (全員一致)¹⁴

上訴裁判部は、第一審裁判部と同様の手法で論を進めるように見えながら内実を異にし、人道法の保護対象を「敵対行為に直接参加しない者」に限定するが、しかし予審裁判部とも異なる論拠を採用した。

上訴裁判部によれば、まず、第8条2項(b)(xxii)及び(e)(vi)上のレイプ、性奴隷その他の性暴力の戦争犯罪の被害者は「GCsの重大な違反行為」と「共通3条の著しい違反」が各々要求する特定の地位を満たす必要はなく、この点で第一審裁判部に適用法の誤解釈はない (ゆえに被告人の上訴を棄却する)¹⁵。次に、第8条2項(b)・(e)の戦争犯罪は「確立された国際法の枠組み」つまり人道法に基づいて解釈されねばならないところ、(b)・(e)に列挙された特定の戦争犯罪につき慣習人道法又は人道法条約が追加要件 (additional elements) を定めているならば、第8条と人道法の一致を確保するために当該追加要件を適用せねばならない—第8条の文言を特別に解釈したり新たな要素を読み込んだりすることになっても、そうせねばならない。第8条2項(b)(xxii)及び(e)(vi)上のレイプ及び性奴隷の戦争犯罪には、保護対象に関する追加要件は人道法によって課されていない。その理由は①～⑤の通りである：

- ①人道法はその保護対象である「GCs上保護される者」又は「敵対行為に直接参加しない者」から、味方軍隊構成員により戦争犯罪 (レイプ及び性奴隷を含む) を被った軍隊構成員をカテゴリー的に除外していない。
- ②人道法は紛争当事者間の行為を規律するのみならず、武力紛争時に脆弱な人々を保護し、敵対行為に直接参加しない者に基本的保障を確保するものでもある。武力紛争時の暴力や恣意的行為は、典型的に敵軍隊構成員や敵国民に向けられるゆえ、捕虜条約や文民条約の被保護

¹² 第一審裁判部は、レイプ及び性奴隷以外の場合、例えば殺人についても同じことがいえるかは検討対象から外している (*Ibid.*, para. 49, note 117)。本案に関する2019年 *Ntaganda* 事件第一審裁判部判決も同様の立場で、レイプ及び性奴隷 (少なくとも本件におけるそれ) については人道法が *intra-party relations* も規律することを認めるに留めている。 *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-2359, Trial Chamber Judgment, 8 July 2019, para. 974-986, esp. 984.

¹³ Longobardo, *supra* note 1, p. 628.

¹⁴ *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-1962, 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, 15 June 2017 [*Ntaganda* Appeals Judgment].

¹⁵ *Ntaganda* Appeals Judgment, *supra* note 14, paras. 46-51.

者のように、とりわけ敵軍隊から被る損害からの保護が要請される。他方で、傷病者は常に国籍等に基づく不利な区別なく暴力から保護され、その対象は敵軍隊構成員だけでなく味方軍隊構成員にも及んできた。共通3条が非人道的行為から保護する者は、「敵対行為に直接参加しない」という条件の他は如何なる属性要件も課されておらず、ICRCも2016年版コメントリーで共通3条は味方軍隊構成員も保護対象になると述べている。

- ③「人道法は軍隊構成員を味方軍隊構成員による暴力行為から保護することを意図していない」としたシエラレオネ特別裁判所（以下、SCSL）2009年RUF事件第一審判決は、捕虜条約しか根拠に挙げていないため説得力がない。軍隊構成員に対する味方軍隊構成員による犯罪は戦争犯罪には該当しないと結論した、1948年Susuki Motosuke事件オランダ・アンボン臨時軍法会議判決、及び、1950年Pilz事件オランダ最高裁判所特別法廷判決も、説得力がない。前者は、第二次世界大戦後の軍事裁判が連合国民に対する戦争犯罪の訴追を念頭に置いていたゆえ、戦争犯罪の概念があらかじめ連合国民を被害者とする場合に限定されていたという背景があり、後者は、占領軍構成員であっても傷病を負った者は敵味方を問わず保護されることを失念した誤った判断であった。つまり、これら両判決とも、戦争犯罪の被害者は一般的に敵国民に限られるとする強力な先例にはならない。
- ④人道法上のレイプ及び性奴隷の禁止は敵紛争当事者の権力内にある文民や戦闘外に置かれた者を保護する文脈で明定されることが多いものの、かかる明示的保護によってレイプ及び性奴隷からの保護対象が限定されるとは言えない。なぜなら、上述のように人道法はその保護対象から味方軍隊構成員をカテゴリー的に除外しておらず、また、合法的軍事目標を含め誰に対しても性暴力は軍事的必要性により正当化される行為ではないからである。
- ⑤保護対象に関する追加要件（＝保護対象からの味方軍隊構成員の除外）がなくとも、行為が武力紛争と関連するという要件を厳密に適用することによって、戦争犯罪の法の不当な拡張は防ぎうる。

以上のように、人道法（レイプ及び性奴隷の禁止を含む）はその保護対象から味方軍隊構成員をカテゴリー的に除外していないので、本件子ども兵士は味方軍隊構成員によるレイプ及び性奴隷からも保護される¹⁶。

上訴裁判部の論理は、人道法は「敵対行為に直接参加しない者」を保護対象とするが、そこから味方軍隊構成員をカテゴリー的に除外するという追加要件はないので、味方軍隊構成員も「敵対行為に直接参加しない者」に含まれ保護されうる、というものである。かつ、それは、武力紛争と関連して行われるレイプ及び性奴隷といった性暴力だけでなく人道法が戦争犯罪とする全ての禁止行為に当てはまる¹⁷。上訴裁判部は、第一審裁判部のごとく上記性暴力につき人道法の保護対象は限定されないと考えず、予審裁判部と同様に人道法の保護対象を「敵対行為に直接参加しない者」に限定したが、

¹⁶ *Ibid.*, paras. 52-69.

¹⁷ Longobardo, *supra* note 1, p. 634.

上記性暴力を被っている間は誰であれ敵対行為に直接参加できないから味方軍隊構成員も保護対象になるとした予審裁判部とは異なり、「敵対行為に直接参加しない者」は味方軍隊構成員も含むように広く解釈できるとした。かかる解釈を支えるのが、人道法は「一般に (= 特別に除外されない限り)」*inter-party relations* だけでなく *intra-party relations* も規律している、という理解である¹⁸。こうして上訴裁判部は、予審裁判部や第一審裁判部と異なり、「人道法における *intra-party relations* の規律」の如何を初めて正面から取扱い¹⁹、さらには「人道法における *intra-party relations* の規律」を半ば当然視した立論を行なっているのだが、その内容は十分に説得的とはいえない(後述 II 2 へ)。

2 Ntaganda 事件の批判的検討

(1) 人道法は一般に *inter-party relations* だけでなく *intra-party relations* も規律しているのか

人道法の伝統的理解は、Ntaganda 事件上訴裁判部判決とは反対に、人道法は一般に *inter-party relations* だけを規律し *intra-party relations* は規律しない、というものである。そのことは主に、人道法の深刻な違反たる戦争犯罪を定義する際に明らかにされてきた。例えば Cassese いわく、「戦争犯罪は紛争当事者の戦闘員若しくは文民が敵紛争当事者の戦闘員若しくは文民又は軍事目標でない物(例: 私有財産) に対して行うものである。逆に言えば、紛争当事者の戦闘員が自軍構成員に対して行う犯罪は戦争犯罪でない。それら犯罪は当該紛争当事者の国内法(軍法ないし刑法) の対象となる」²⁰。戦争犯罪は *inter-party relations* に限られないとしても *intra-party relations* には及ばないとされる。例えば Lahes いわく、「戦争犯罪は戦争中に戦争と関連して行なわれ犯罪と性質付けられる暴力行為であって [...] 敵の交戦国・利益・国民、中立の国家・利益・国民あるいは無国籍者に対して行なわれるものである」²¹。

また、第二次大戦直後のニュルンベルクと東京の国際軍事裁判所で「人道に対する犯罪」が新たに定式化されたのは、戦争犯罪がカヴァーしない行為、つまり武力紛争中のみならずその前における、自国民を含めた一般住民に対する非人道的行為を国際法上犯罪化するためであった。翻せば、人道に対する犯罪が必要とされたのは、戦争犯罪が、一方紛争当事者に属する者が他方紛争当事者又は中立

¹⁸ van Steenberghe, Part 1, *supra* note 1, p. 33.

¹⁹ Ntaganda 事件上訴裁判部判決を引用しこれと軌を一にして *intra-party* の性暴力(強制避妊及び墮胎)も人道法上禁止されることを確認した国内裁判として、2019年12月11日コロンビア憲法裁判所決定がある。14歳の時に強制的に反徒「コロンビア革命軍」(FARC)の構成員にさせられた原告女性が FARC 当局の方針により避妊及び墮胎を強制され身体的・精神的損害を被ったことにつき、同裁判所は、強制避妊及び墮胎が女性の「性と生殖に関する権利(reproductive rights)」を侵害し、かつ武力紛争との関連性があれば一人道法の禁止する性暴力にも該当し戦争犯罪を構成すると判断した(同時に、コロンビア国内法上も被害者として救済される地位にあると判断した)。Republica de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU599/19, COMUNICADO No. 50, 11 de diciembre de 2019, at <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2019/SU599-19.htm> (as of 11 October 2022), Section II 2.11. See also, Ciara Laverty and Dienneke de Vos, “‘Ntaganda’ in Colombia: Intra-Party Reproductive Violence at the Colombian Constitutional Court” *Opinio Juris*, 25 February 2020, at <http://opiniojuris.org/2020/02/25/ntaganda-in-colombia-intra-party-reproductive-violence-at-the-colombian-constitutional-court/> (as of 11 October 2022).

²⁰ Antonio Cassese et al., *International Criminal Law* (Oxford University Press, 2013), p. 67.

²¹ Manfred Lachs, *War Crimes: An Attempt to Define the Issues* (Stevens & Sons, 1945), p. 100.

国に属する者に対して行う行為しか対象としていなかったからである²²。

戦争犯罪は *intra-party relations* では成立しないことは、幾つかの国内裁判でも示されてきた。例えば、第二次大戦中の日本の軍隊構成員間の犯罪に係る 1948 年 Susuki Motosuke 事件オランダ・アンボン臨時軍法会議判決²³ は、日本軍中尉たる被告人による日本軍構成員（オランダ国籍をもつインドネシア人）に対する犯罪（権力濫用による意図的な殺人の扇動）は、戦争犯罪ではなく、オランダ国内法上の普通犯罪であると判断した。もっとも当該裁判は、Ntaganda 事件上訴裁判部判決が指摘していたように、枢軸国による連合国民に対する戦争犯罪のみを扱うと決定していた連合戦争犯罪委員会の方針に従い、訴追する戦争犯罪をあらかじめ連合国民を被害者とする場合に限定していた²⁴。事実、同判決は、被害者がオランダの許可を得ず日本軍に参加し当該犯罪時にはもはやオランダ（=連合国）の国民とは見做されないことを理由に戦争犯罪ではないと述べている。同様に、第二次大戦中のマレーシアで日本軍に捕えられたが同軍に忠誠を誓った英軍構成員（英国籍をもつインド人）の被害者らに係る 1947 年 Tomoyuki Ikegami 他事件英軍法務総監裁判官決定²⁵ も、自発的に敵軍に参加しその軍法に従っていた当該英国人はもはや捕虜ではないゆえ彼らに対する敵軍の懲戒行為（敵前逃亡の嫌疑による処刑）は戦争犯罪でないと判断した。

より明確に人道法条約を取り上げ、その適用範囲は *intra-party relations* に及ばないとした国内裁判もある。ドイツ軍に占領されたオランダで、ドイツ軍に採用されていたオランダ人の青年が軍からの逃亡を図った際に銃撃され負傷したが、被告人のドイツ人軍医は彼の看護を拒み銃撃を命令したという Pilz 事件において、1950 年オランダ最高裁判所特別法廷判決²⁶ は、本件には 1907 年ハーグ陸戦規則（占領地域に関する 46 条）も 1929 年陸上傷病者条約も適用されないゆえ戦争犯罪を構成しないと判断した。いわく、前者は敵に占領された地域の住民を保護するが占領軍構成員は保護対象ではなく、後者は軍隊構成員を敵軍隊構成員から保護するに留まる。占領軍構成員の法的地位は国際法ではなく占領国の国内軍法によって規律される、と。この判断は、たしかに、Ntaganda 事件上訴裁判部判決も指摘していたように、保護すべき陸上傷病者から自軍構成員を排除した点で条約解釈の誤りが

²² William Fenrick, "Should Crimes against Humanity Replace War Crimes?" *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 37 (1998-1999), p. 771; Kai Ambos, "The ECCC's Contribution to Substantive ICL: The Notion of 'Civilian Population' in the Context of Crimes Against Humanity" *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 18, No. 3 (2020), pp. 696 and 699.

²³ Netherlands Temporary Court-Martial at Amboina, Trial of Susuki Motosuke, Case No. 77, Judgement of 28 January 1948, Law Reports of Trial of War Criminals, selected and prepared by The United Nations War Crimes Commission, Volume XIII, 1949, pp. 126-13.

²⁴ 付言すると、連合国戦争犯罪委員会でベルギー代表は、枢軸国による連合国民以外の個人—中立国国民さらには枢軸国国民を含む一に対する戦争犯罪ないしそれに匹敵する犯罪も扱うべきと提案したが、多数の賛同を得られなかった。The United Nations War Crimes Commission (ed.), *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War* (His Majesty's Stationery Office, 1948), pp. 173-174.

²⁵ United Kingdom, Military Jurisdiction, WO 235/979—Defendant *Ikegami Tomoyuki and others*, Place of Trial Singapore, 13 February 1947, Judge Advocate General's Office: War Crimes Case Files, Second World War, No. 65143, p. 4.

²⁶ Holland, Special Court of Cassation, *In re Pilz*, Judgment of 5 July 1950, *International Law Reports*, Vol. 17 (1956), pp. 391-392.

ある(本節(2)へ)。しかし、本件の主眼はハーグ陸戦規則とくに占領法の適用関係に置かれているようであり、それは占領国と被占領国住民の關係に留まるのであって、占領国とその軍隊構成員の關係には及ばないとの理解を示している。

僅かながら国際裁判においても、人道法による *intra-party relations* の規律に関する判断を下す例がある。SCSLにおける2009年RUF事件第一審判決²⁷である。シエラレオネで発生した非国際的武力紛争にかかる本件では、反徒「革命統一戦線」(RUF)の軍隊構成員による味方の反徒「国軍革命評議会」(AFRC)の軍隊構成員の殺害²⁸が戦争犯罪に該当するかが問われ、SCSLは否定した。いわく、人道法は敵戦闘員及び敵対行為に参加する文民で戦闘外に置かれた者に対する戦闘員の行為を規律するゆえ、軍隊構成員を味方軍隊構成員による暴力行為から保護するものではない。そのような暴力行為に対応するのは何よりもまず、当該軍隊が所属する紛争当事国の国内刑事法及び人権法である。これと異なるアプローチは人道法の基本原則を不適切に再編するものとなろう、と²⁹。Ntaganda事件上訴裁判部判決は、SCSLが上記説示を導くに当たり捕虜条約しか挙げていない点を批判し根拠に乏しいと評していた。たしかに、捕虜条約は「人道法は *intra-party relations* を規律しない」ことを最も明確に示す例として選ばれたに過ぎないとしても、ではそもそも「人道法は *intra-party relations* を規律しない」ことがなぜ「人道法の基本原則」なのかには踏み込んでいない³⁰。

ICCも、Ntaganda事件より前のKatanga事件では、略奪の戦争犯罪について、その保護する財産は「敵」紛争当事者に属することを要すると解釈していた。すなわち、2008年Katanga事件予審裁判部決定によれば、国際的武力紛争における財産破壊(ICC規程8条2項(b)(xiii))と同じく略奪(同8条2項(b)(xvi))も、その保護対象たる財産(動産・不動産か私有・公有かを問わず)は一明定されていないけれども一あらゆる戦争犯罪がそうであるように「敵」紛争当事国に属していなければならない、と³¹。もっとも、2014年Katanga事件第一審裁判部判決は、非国際的武力紛争における略奪(同8条2項(e)(v))について、その保護対象たる財産は一敵の文民ばかりでなく一戦闘員ないし敵対行為に直接参加する者に属していてもよく、軍事的必要性により正当化されない当該財産の無許可の獲得は略奪に該当すると判断しており³²、「味方」戦闘員に属する財産も略奪の戦争犯罪で保護されるよう

²⁷ *The Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao (The RUF Accused)*, SCSL-04-15-T, Trial Judgment of 2 March 2009 [*RUF Trial Judgment*].

²⁸ RUF軍構成員が味方のAFRC軍構成員を殺害した背景には、AFRCの中に敵と繋がる「裏切者」がいるのではないかとRUF当局が疑念を抱いていたことがあった。*RUF Trial Judgment, supra note 27, paras. 1387-1389.*

²⁹ *Ibid.*, paras. 1447 and 1451-1454.

³⁰ Ondřej Svaček, “Brothers and Sisters in Arms as Victims of War Crimes: Ntaganda Case before the ICC” *Czech Yearbook of Public and Private International Law*, Vol. 8, No. 1(2017), p. 351.

³¹ *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo*, ICC-01/04-01/07-717, Pre-Trial Chamber Decision on the Confirmation of Charges, 30 September 2008 [*Katanga Pre-Trial Decision*], paras. 310 and 329 (with note 430).

³² *The Prosecutor v. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Trial Chamber Judgment pursuant to article 74 of the Statute, 7 March 2014 [*Katanga Trial Judgment*], para. 907

にも読める³³。また、国内法における略奪の戦争犯罪の規定は統一的ではなく、その保護対象の財産が「敵」に属することを明記する場合³⁴、「文民」や「住民」に属することを明記する場合³⁵、「他人」に属することのみ明記する場合³⁶、とくに何も明記しない場合³⁷などに分かれている。

以上のように、第二次大戦に関する幾つかの国内裁判及び近年の武力紛争に関する少数の国際裁判は、人道法は *inter-party relations* のみを規律し *intra-party relations* は射程外であるとの理解を示している。もっとも、その根拠は不十分であり、条約解釈の誤りさえ含んでいた。かかる内容の国内裁判は国家実行の1つと見做し難く、少なくとも「人道法は *intra-party relations* を規律しない」という慣習国際法を生成するような国家実行であるとは言えない。ゆえに、これらの裁判例に依拠する学説も説得的とは言い難い。さらに、人道法は *inter-party relations* のみを規律するとの命題は、戦争犯罪を定義する文脈に限定されており、人道法の実体規範を広く検討した結果でも、それらの実体規範が一主に人権法の影響を受けて一異なる解釈に開かれうることを加味したわけでもない。

事実、次項で見るように、人道法は一般に *inter-party relations* を規律するとしても *intra-party relations* を全く規律しないわけではなく、それどころか明確に *intra-party relations* を想定している場合がある。

(2) 人道法が *intra-party relations* を規律する場合

①紛争当事者と味方の15歳未満の子どもの関係

人道法は一般的に *inter-party relations* を規律すると考える論者でも、その例外として認めざるを

³³ Yulia Nuzban, “‘For Private or Personal Use’: The Meaning of the Special Intent Requirement in the War Crime of Pillage under the Rome Statute of the International Criminal Court” *International Review of the Red Cross*, Vol. 102, No. 915 (2020), p. 1260. とはいえ、本件で略奪が問われた事実関係は、敵の戦闘員に属する財産についてであった。Katanga Trial Judgment, *supra* note 32, paras. 925-932 and 951.

³⁴ E.g., Indonesia, *The Basics of International Humanitarian Law in Air Warfare*, Indonesian Air Force, 1990, para. 15(b)(7); Canada, *The Law of Armed Conflict at the Operational and Tactical Level*, Office of the Judge Advocate General, 1999, para. 67; Germany, Law Introducing the International Crimes Code, 2002, Article 1, 9(1); Peru, *Manual de Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos para las Fuerzas Armadas*, Resolución Ministerial No. 049-2010/DE/VPD, Lima, 21 May 2010, p. 411.

³⁵ E.g., Belgium, *Droit de la Guerre, Dossier d’Instruction pour Soldat, à l’attention des officiers instructeurs*, JS3, Etat-Major Général, Forces Armées belges, undated, p. 7; Cameroon, *Règlement de discipline dans les Forces Armées*, Décret No. 75/700, 6 November 1975, Article 32; Congo, Décret No. 86/057 du 14 janvier 1986 portant Règlement du Service dans l’Armée Populaire Nationale, 1986, Article 32(2).

³⁶ E.g., Switzerland, Military Criminal Code, 1927, as amended in 2007, Article 139; Slovakia, Criminal Code, 1961, as amended, Article 264(a); Czech Republic, Criminal Code, 1961, as amended in 1999, Article 264(a); Denmark, Military Criminal Code, 2005, paras. 36(2) and 37.

³⁷ E.g., Senegal, *Le DIH adapté au contexte des opérations de maintien de l’ordre*, République du Sénégal, Ministère des Forces Armées, Haut Commandement de la Gendarmerie et Direction de la Justice Militaire, Cabinet, 1999, p. 23; Colombia, Military Penal Code, 1999, Article 175; France, *Manuel de droit des conflits armés*, Ministère de la Défense, Direction des Affaires Juridiques, Sous-Direction du droit international humanitaire et du droit européen, Bureau du droit des conflits armés, 2001, p. 36.

えない³⁸のが、Ntaganda 事件でも問題になった子ども兵士の規律である。AP I 77 条 2 項及び AP II 4 条 3 項 (c) が定める 15 歳未満の子どもの入隊及び敵対行為直接参加の禁止は、主に味方 (自国民) の子どもが想定されているからである³⁹。より正確に言えば、子どもは、何れの紛争当事者に属するかを問わず、全てが当該保護を受ける⁴⁰。このことは ICC も 2008 年 Katanag 事件予審裁判部決定で確認している⁴¹。

子どもについて禁止される「敵対行為への直接／積極的参加」の意味が争点となった ICC の Lubanga 事件では、Odio Benito 判事が 2012 年第一審裁判部判決に対する個別反対意見で、性暴力も「敵対行為への積極的参加」に含まれると主張する際、子どもは敵から標的になるリスクだけでなく味方からも同等のリスクに晒されており、性暴力も味方軍隊に不可欠の支援を提供していると理由付けていた⁴²。同意見は、「敵対」行為に関する概念に「味方」の行為を読み込む点で無理があり多数意見も却下したようだが、子どもは何れの紛争当事者からも保護されるべき状況にあることを示唆する点では重要である。

②紛争当事者と味方の傷病者との関係

上記の子どもの場合と同様、何れの紛争当事者に属するかを問わず、軍隊構成員であれ文民であれ、全ての場合に保護されるのが、傷病者⁴³である。まず、国際的武力紛争において、傷病者は「如何なる場合も」、つまり戦闘地域内外を問わず紛争当事国内のどこにおいても保護される (GC I 12 条 1 項)⁴⁴。傷病者は「敵紛争当事国」でなく単に「紛争当事国」つまり自国を含む一の権力内にあれば保護される (GC I 12 条 2 項、AP I 10 条 1 項)⁴⁵。傷病者は敵対行為遂行下の状況でも保護され、傷病者のための衛生施設等一敵味方何れに属するかを問わない一を攻撃することは禁止される (GC I 19 条 1 項)⁴⁶。最初の 1864 年のジュネーブ条約は軍隊構成員の傷病者のみが対象であったが、1949 年の

³⁸ Michael Cottier and Julia Grignon, “Paragraph 2(b)(xxvi): Conscriptio or Enlistment of Children and their Participation in Hostilities,” in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (3rd edition, CH Beck-Hart-Nomos, 2015), p. 523.

³⁹ Yves Sandoz, Christophe Swinarski and Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Nijhoff, 1987) [ICRC 1987 Commentary APs], pp. 868-869, para. 3021; Rodenhäuser, *supra* note 8, p. 189.

⁴⁰ Robert Cryer, Darryl Robinson and Sergey Vasiliev, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (4th edition, Cambridge University Press, 2019), p. 294.

⁴¹ *Katanga* Pre-Trial Decision, *supra* note 31, para. 248.

⁴² *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, Trial Chamber Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito, paras. 15-21.

⁴³ ここにいう傷病者は、陸上傷病者、海上傷病者及び難船者を指すが、以下では便宜的に陸上傷病者に関する規定のみを挙げる。

⁴⁴ ICRC, *Commentary to the First Geneva Convention of 1949* (ICRC, 2016) [ICRC 2016 Commentary I], paras. 1339 and 1367-1368.

⁴⁵ 他の規定には「敵紛争当事国の権力内」という表現があり (例えば GC I 19 条 2 項、AP I 11 条 1 項)、区別されていることが分かる。

⁴⁶ ICRC 2016 Commentary I, *supra* note 44, paras. 1793-1798..

GCsを経て⁴⁷、1977年のAPIで明確に軍隊構成員か文民かを問わず全ての傷病者が同等に保護されることとなり(API 8条(a)⁴⁸)、かつ、保護内容も詳細化し及び拡大していった⁴⁹。

次に、非国際的武力紛争において、共通3条1項(2)は、「傷病者は収容して看護しなければならない」と限定句なく規定し、これを補完するAPI 7条はより明確に、「全ての」傷病者が「武力紛争に参加したか否かを問わず」「全ての場合において」保護され人道的待遇を受けると定める。API 7条はAPI 10条に対応しつつこれを簡素化したもので、後者には「何れの紛争当事者に属するかを問わず」(同1項)との表現があることに鑑みると、非国際的武力紛争の場合も紛争当事者は敵味方を問わず全ての傷病者を保護すべきと言える⁵⁰。

このように、国際的武力紛争と非国際的武力紛争の双方において、傷病者は敵味方を問わず全てが人道的待遇を受け敵対行為の影響から保護されることが、人道法上長らく認められてきた⁵¹。その背景には、傷病者はとりわけ脆弱な状況にあり、通常は何らの軍事的脅威も及ぼさないゆえ、人道的考慮が軍事的必要に優位するとの考えがある⁵²。

③紛争当事者と敵対行為遂行下の状況にある味方の文民との関係

紛争当事者の権力内にある場合と異なり、敵対行為遂行下の状況にある文民は、何れの紛争当事者に属するかを問わず、敵対行為の影響から保護される。こうしてAPI 50条は、単に軍隊構成員でない者が文民であると定義している。加えてAPI 58条は、紛争当事者が自国領域内又は支配下地域で味方の文民(自国民)を保護するための措置につき規定している。

④味方の男性捕虜と女性捕虜との関係

1949年捕虜条約(以下、GC III) 25条4項によれば、抑留国は、女性捕虜が男性捕虜と共に宿泊する収容所では、女性捕虜のために分離した寝室を設けねばならない。これは、味方軍隊構成員の男女間で性暴力が発生しうることを想定し⁵³、抑留国がかかる性暴力からとりわけ女性を保護すべきこと

⁴⁷ 文民の傷病者についてはGC IV(第2編)で別に保護が規定されたが、その対象は「紛争当事国の住民」とされ、また、保護内容はGC Iと比べて不十分であった。

⁴⁸ 同条はまた、傷病者を広く定義し、妊産婦、新生児及び直ちに治療又は看護を必要とする者を含んでいる。よって、傷病は敵対行為の結果である必要はないと捉えられている。

⁴⁹ Jan Kleffner with Wolff Heintschel von Heinegg, “Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked,” in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (4th edition, Oxford University Press, 2021), pp. 360-371.

⁵⁰ Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict* (Oxford University Press, 2012), p. 248.

⁵¹ Jean Pictet (ed.), *Commentary I Geneva Convention of 12 August 1949 for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field* (ICRC, 1952) [*ICRC 1952 Commentary I*], p. 91.

⁵² Gregor Novak, “Wounded, Sick, and Shipwrecked” Max Planck Encyclopedias of International Law, March 2022, at <https://opil-ouplaw-com.peacepalace.idm.oclc.org/view/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e448?rskey=StXzwd&result=1&prd=MPIL> (as of 8 September 2022), para. 20.

⁵³ 例えばICRC コメンタリーは、「男性捕虜は女性捕虜の同意の有無に関係なくその寝室にアクセスしてはならない」と述べている。Jean Pictet (ed.), *Commentary III Geneva Convention of 12 August 1949 relative to the Treatment of Prisoners of War* (ICRC, 1960), p. 195.

を規定すると解しうる⁵⁴。よって当該規定は、紛争当事国とその捕虜となった敵軍隊構成員との関係だけでなく、敵軍隊構成員内の、つまり味方の軍隊構成員間の関係をも規律すると言える。なお、1949年文民条約(以下、GC IV) 85条4項も、文民の被抑留者について同様の規定を置いている。

⑤ 占領国と自国文民との関係

GC IV 49条6項によれば、占領国は、その占領している地域へ自国文民の一部を追放し、又は移送してはならない⁵⁵。当該規定は、占領の暫定性を保持し、占領国がその占領の永続を意図して同地の人口構成に変更を加えるのを防止することを目的とするため、占領国と被占領国の関係を念頭に置きつつ、直接的には占領国と自国文民との関係を規律している。少なくとも、占領国と敵紛争当事者に属する者との関係には留まらない射程を有する⁵⁶。

⑥ 紛争当事者と味方のジャーナリストとの関係⁵⁷

API 79条1・3項によれば、ジャーナリスト⁵⁸は文民として保護されるが、その地位は国籍国の政府が発行する身分証によって証明される。つまり、ジャーナリストの保護においてその本国(紛争当事者を含む)との関係も重要とされるのである。

以上のように、人道法は一般に *inter-party relations* を規律するが、特定の場合に *intra-party relations* も規律する⁵⁹。よって、人道法は一般に(=特別に除外されない限り) *inter-party relations* だけでなく *intra-party relations* も規律している(Ntaganda 事件上訴裁判部判決)とまでは言い難いが、人道法の個別規範ごとに *intra-party relations* も規律しうるか否かを検討する必要はある。

III 人道法における *intra-party relations* の規律の妥当性と必要性

1 人道法における *intra-party relations* の規律が不明確な場合—人道法上の基本的保障

前章で見たように、人道法は特定の場合に *intra-party relations* も規律するが、そのような場合に該当するか否かは常に明確であるとは言えない。その最たる例が、基本的保障と呼ばれる人道法規

⁵⁴ Patricia Sellers, "Ntaganda: Re-Alignment of a Paradigm," in Fausto Pocar (ed.), *The Additional Protocols 40 Years Later: New Conflicts, New Actors, New Perspectives* (FrancoAngeli, 2018), pp. 130-131.

⁵⁵ 第二次大戦において幾つかの紛争当事国は、その占領している地域を植民地化する等、政治的及び人種的な理由から自国文民の一部を同地へ移送したが、かかる実行を防止するために当該規定が置かれた。なお、ここにいう「追放」や「移送」は強制的である必要はない。Jean Pictet (ed.), *Commentary IV Geneva Convention of 12 August 1949 relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (ICRC, 1958) [ICRC 1958 Commentary IV], p. 283.

⁵⁶ Cryer et al., *supra* note 40, p. 293.

⁵⁷ ICRC 1987 Commentary APs, *supra* note 39, p. 838, para. 2915.

⁵⁸ 従軍記者及び軍隊の許可を得て随伴する者は、捕虜資格を得るので、ここでの対象からは除かれる。それら以外の報道関係者は文民であるが、敵対行為の只中で情報を集めるという職業の性質上スパイと疑われやすく、GC IV上の被保護者に該当する場合でも権利が制限され(同5条)、拘禁・処罰されやすいという脆弱性がある。

⁵⁹ Mary Ellen O'Connell, "Historical Developments and Legal Basis," in Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law* (4th edition, Oxford University Press, 2021), pp. 23-24.

範である。Ntaganda 事件が惹起した重要な問いは、基本的保障という人道法の枢要な規範が *intra-party relations* も規律するのかということであり、それは人道法の保護対象の範囲を画するという意義をもつ。

(1) 基本的保障とは

基本的保障は、共通3条1項、AP II 4・5・6条及び AP I 75条、並びに、これらに対応する慣習人道法の規範を指す。それは、無差別の人的待遇を一般的に要請し、幾つかの特定行為を禁止し、拘禁ないし刑事裁判下にある者に対する一定の待遇を定める。上述の禁止される特定行為は3つの種類に分けられ、つまり、①生命及び身体への暴力（殺人、傷害、拷問、身体切断等）、②個人の尊厳に対する侵害（侮辱的で体面を汚す待遇、レイプ、強制売春及びあらゆる形態の猥褻行為等）、③その他の行為（奴隷取引、人質をとる行為、テロ行為、略奪等）である。共通3条1項が明記しない禁止行為（例えばレイプ）や詳細に規定しない待遇（例えば被告人の無罪推定）も、共通3条を補完する AP II 4・5・6条が規定している点を踏まえ、共通3条1項の一般的表現（「個人の尊厳に対する侵害」や「人的待遇」）に読み込めると一般に考えられている⁶⁰。

以上の基本的保障は次のカテゴリーの者に向けられている。共通3条1項によれば、

[...] persons taking no active part in the hostilities, including members of armed forces who have laid down their arms and those placed hors de combat by sickness, wounds, detention, or any other cause [...]

若干表現は異なるが、共通3条を補完して AP II 4条1項も次のように規定する。

All persons who do not take a direct part or who have ceased to take part in hostilities [...]

つまり、非国際的武力紛争において基本的保障の保護対象となるのは「敵対行為に直接参加しない者」である。それは一般に「文民」と「軍隊構成員」に分けられる。文民（及び軍隊の衛生・宗教要員）は、敵対行為に直接参加しない者と推定され、敵対行為に直接参加する場合があってもその行為の間のみ保護を失うに留まる。これに対し軍隊構成員⁶¹は、逆に敵対行為に直接参加する者と推定され、戦闘外に置かれて初めて保護される。「戦闘外に置かれる (*hors de combat*)」とは、投降するか、傷

⁶⁰ van Steenberghe, Part 1, *supra* note 1, p. 4.

⁶¹ 反徒軍構成員たる基準については、論争がある。ICRC は、反徒を軍事部門とそうでない部門とに分け、前者の中でも「敵対行為への直接参加」を継続的に担う役割をもつ者のみが、反徒軍構成員と見做されるべきとする。Nils Melzer, “Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law” ICRC, 2009, pp. 32-34.

病等で自己を防御できないか、抑留等⁶²で敵の権力内にあるかし、何れの場合も一切の敵対行為を差し控える状態を指す⁶³。

他方、AP I 75 条はその 1 項で以下の者を保護対象と規定する。

[...] persons who are in the power of a Party to the conflict and who do not benefit from more favourable treatment under the Conventions or under this Protocol [...]

たしかに、共通 3 条 1 項や AP II 4 条 1 項と違い「敵対行為に直接参加しない者」という表現はないが、条文の規定全体、文脈及び趣旨目的並びに起草過程に照らすと、AP I 75 条も同じく「敵対行為に直接参加しない者」を保護対象としていると解される。

すなわち、第一に、AP I 75 条は GCs 上保護される者の何れのカテゴリーにも該当しないためより一層有利な保護を受けない者にデフォルトとして適用されるので、文民だけでなく軍隊構成員も保護対象となる⁶⁴。たしかに、AP I 75 条（を含む第 4 編）は「文民条約とくにその第 1 編及び第 3 編に規定される文民の保護に追加される」（AP I 72 条）ので、AP I 75 条の保護対象も「紛争当事者の権力内にある主に敵国民」に限定されると読めなくはない。しかし、AP I 75 条（を含む第 4 編）は「国際的武力紛争時に適用される人権保護の諸規則」つまり人権法にも追加される（AP I 72 条）ので、上記の者に限定されないと読む方が妥当であろう⁶⁵。「敵の紛争当事者」ではなく単に「紛争当事者」の

⁶² 抑留に至らない状態でも一例えば敵の検問所にいる場合のように一敵の権力内にあると言える場合がある。*ICRC 2016 Commentary I, supra note 44, para. 539.*

⁶³ この定義は AP I 41 条に由来するが、その内容は慣習法として非国際的武力紛争でも妥当する。*Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck (eds.), Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules* (Cambridge University Press, 2005), pp. 164-170 (Rule 47).

⁶⁴ 加えて、AP I 75 条が「人種…その他これらに類する基準による不利な差別なく」適用され、あらゆる属性一よって国籍を含む一に拘らず無差別に適用される点も挙げられる。*Jan Kleffner, "Friend or Foe? On the Protective Reach of the Law of Armed Conflict,"* in M. Matthee, M. Toebe and M. Brus (eds.), *Armed Conflict and International Law in Search of the Human Face—Liber Amicorum in Memory of Avril McDonald* (T.M.C. Asser Press, 2013), pp. 296-297.

⁶⁵ *ICRC 1987 Commentary APs, supra note 39, p. 868, paras. 3018 and 3020.* 起草過程でオーストリア代表は、AP I 75 条は「人間が何れの紛争当事者との関係でも一よって自国との関係も含む一常に保持すべき絶対的な最低限の権利」を保障していると述べた。*Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts* (Federal Political Department, 1978) [*Official Records*], Vol. 6, p. 264, CDDH/SR.43. さらに、フィンランドは 1980 年の AP I 批准時に、「AP I 72 条の下で AP I 75 条の適用範囲は、中立国その他の紛争当事国でない国の国民ばかりでなく、紛争当事国の国民も含むと解釈すべきである」という解釈宣言を付した。*ICRC 1987 Commentary APs, supra note 39, p. 838, para. 2913.*

権力内にある者と規定する点⁶⁶や、人道に対する犯罪の訴追にも触れる点⁶⁷も、AP I 75条の保護対象が敵国民に限られない（自国民も含まれる）ことを示す。第二に、AP I 75条はAP II 4・5・6条を元に起草されたという経緯から⁶⁸、これら全ての規定は同一の保護対象を想定していると解するのが合理的である。

要するに、AP I 75条は共通3条及びAP II 4・5・6条と同様に、「敵対行為に直接参加しない者」を保護対象としている。そうであれば、AP I 75条に言う「紛争当事者の権力内にある者」は如何に解されようか。上述のように、「敵対行為に直接参加しない者」は文民と軍隊構成員とでその意味を異にしたから、「紛争当事者の権力内にある」の意味も文民と軍隊構成員とで異なろう。すなわち、文民については、GC IV上保護される者に加え一当該カテゴリーに限定されないゆえ—AP I 50条に定める広義の文民つまり「軍隊構成員でない者」を意味するのに対し、軍隊構成員については、「戦闘外に置かれた者」を実質上意味するだろう（厳密には、「紛争当事者の権力内にある」ことは「戦闘外に置かれる」ことと同義ではなく前者は後者の一形態であるが、AP I 75条上の保護のデフォルトの性格に鑑みれば上記のごとく広く解釈してよいだろう）。

(2) 基本的保障は *intra-party relations* も規律するか

では、共通3条1項、AP II 4・5・6条及びAP I 75条に規定されると同時に慣習法でもある基本的保障は、*inter-party relations* だけでなく *intra-party relations* も規律するか。換言すれば、基本的保障の保護対象である「敵対行為に直接参加しない者」には、敵だけでなく味方の文民及び軍隊構成員も含まれるのか。

「敵対行為に直接参加しない者」は味方の文民及び軍隊構成員も含むとする立場は、学説において一とりわけ近年一有力である。理由として、共通3条は、敵対行為に直接参加しないことのみを条件に、その所属に拘らず全ての人を無差別に保護対象とすること、及び、保護の最低水準（ミニマム・スタンダード）であること、が挙げられる⁶⁹。ICRCの最新版のコメンタリーも同じ立場であり⁷⁰、

⁶⁶ *ICRC 1987 Commentary APs*, *supra* note 39, pp. 868-869, para. 3021.

⁶⁷ 起草過程でオランダ代表は、AP I 75条7項が人道に対する犯罪を規定し、同犯罪は訴追国の国民が同じ国民に対してのみ行いうるため、AP I 75条は紛争当事国の自国民にも適用されると述べた。*Official Records*, *supra* note 65, Vol. 6, p. 272, CDDH/SR.43. 同様にベルギー代表は、一事不再理を定めるAP I 75条4項(h)に言う「同一の締約国」も、同条が自国民にも適用されることを示していると述べた。*Ibid.*, Vol. 6, p. 265, CDDH/SR.43. また、米国代表は、武力紛争と関連しない事項について国家が自国民を如何に扱うかは人道法の射程外であると述べたが、これは逆に言えば武力紛争と関連する事項については自国民にもAP I 75条は適用されうるとの見解になろう。*Ibid.*, Vol. 15, p. 35, CDDH/III/SR.43, para. 55.

⁶⁸ 共通3条を補完するAP II第2編が先に起草され、それに沿って（IACに相応しい修正を加えつつ）AP I 75条が起草された。*ICRC 1987 Commentary APs*, *supra* note 39, p. 865, para. 3005.

⁶⁹ E.g., Sivakumaran, *supra* note 50, pp. 248-249; Jan Kleffner, “The Beneficiaries of the Rights Stemming from Common Article 3”, in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassöli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary* (Oxford University Press, 2015), p. 436; Rodenhäuser, *supra* note 8, p. 189; Luca Poltronieri 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. 54.

⁷⁰ *ICRC 2016 Commentary I*, *supra* note 44, paras. 545-547.

Ntaganda 事件予審裁判部及び上訴審裁判部も一明示はしていないが一同様である。もっとも、敵味方の区別をしない理由は文民と軍隊構成員とで異なるようである。ICRC は、文民が同一国籍をもつ非国際的武力紛争では彼・彼女らが紛争当事者の何れに属するかを決めるのは現実には不可能であることも指摘している⁷¹。他方、軍隊構成員については、「その他の事由により戦闘外に置かれる」との規定振りに着目し、それは自己を防御できない状況あるいは相手のコントロール下で自由を奪われた状況と広く解釈できるため、味方軍隊構成員も「敵対行為に直接参加しない者」に該当しうると主張される⁷²。

上記学説を Ntaganda 事件予審裁判部判決に当てはめればどうだろうか。レイプのごとく比較的短時間で行為が完結する性暴力については、味方軍隊構成員（子ども兵士）もそれを被る間は自己を防御できない状況等にあるという意味で敵対行為に直接参加することはできないとも言える。他方、性奴隷のように加害者による所有的支配として継続する性暴力は、たしかに相手のコントロール下で自由を奪われた状況であるが、同時に敵対行為に直接参加することができないとは言い切れない。敵対行為に直接参加している間に性奴隷の状態から解放されるわけではないからである⁷³。このことは、味方軍隊構成員との関係で被る暴力や支配を、敵軍隊構成員との関係である「敵対行為への直接参加」概念と結びつけることの限界を示しているのではないだろうか。

事実、上記学説のような解釈で味方軍隊構成員も「敵対行為に直接参加しない者」に該当するとした裁判例は、存在しない。しばしば挙げられる旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所（以下、ICTY）の 2005 年 Kvočka 他事件上訴審判決⁷⁴は、たしかに味方同士の殺人にも共通 3 条 1 項が適用され戦争犯罪となることを示したが、彼らは双方とも文民であったので、「その他の事由により戦闘外に置かれる」の解釈には触れなかった。すなわち、文民だけが収容所の管理を担っていたセルビア人の被告人が、同一国籍をもちセルビア当局に忠誠を誓う警察官であった被害者を、当該収容所での拘禁下で殺害したことについて、上訴審は、被害者が敵軍隊構成員ではなく捕虜たりえないゆえ当該殺害は戦争犯罪に該当しないと被告人の主張を退け、被害者が殺害される際に拘禁されていれば、何れの紛争当事者に属するかを問わず共通 3 条の保護対象に該当し、殺人の戦争犯罪が成立する、と判断した⁷⁵。同事件の第一審判決も、被害者は戦闘中に（*during combat operations*）殺傷されたのではなく収容所で武

⁷¹ ICRC 2016 Commentary I, *supra* note 44, para. 546.

⁷² ICRC 2016 Commentary I, *supra* note 44, paras. 547-549; Rodenhäuser, *supra* note 8, pp. 191-192; Kevin J. Heller, “ICC Appeals Chamber Says A War Crime Does Not Have to Violate IHL” *Opinio Juris*, 15 June 2017, at <http://opiniojuris.org/2017/06/15/icc-appeals-chamber-holds-a-war-crime-does-not-have-to-violate-ihl/> (as of 31 August 2022); Alessandra Spadaro, “International Humanitarian Law in the Jurisprudence of International Criminal Tribunals and Courts,” in Dražan Djukić and Niccolò Pons (eds.), *The Companion to International Humanitarian Law* (Brill, 2018), pp. 151-152; Marinet Sim, “Adjudicating Intra-Party Rape and Sexual Slavery of Child Soldiers as War Crimes before the ICC: *Bosco Ntaganda Case*” Master Thesis, Faculty of Law, Lund University (Spring 2018), pp. 47-48; Kenny and McDermott, *supra* note 6, pp. 965 and 969.

⁷³ Rosemary Grey, “Sexual Violence against Child Soldiers” *International Feminist Journal of Politics*, Vol. 16 (2014), p. 614; Svaček, *supra* note 30, p. 352.

⁷⁴ *The Prosecutor v. Miloslav Kvočka et al.*, IT-98-30/1-A, Appeals Judgment of 28 February 2005.

⁷⁵ *Ibid.*, paras. 560-561.

器を持たないままに殺傷されたので、共通3条の保護対象である「敵対行為に直接参加しない者」に該当するとしていた⁷⁶。

以上とは反対に、「敵対行為に直接参加しない者」は味方の文民及び軍隊構成員を含まないとする立場がある。それは、同一国籍者間の非国際的武力紛争であっても敵味方を区別することが人道法の基本であり、いみじくも「敵対行為に直接参加しない者」は敵の文民及び軍隊構成員を想定していると主張する⁷⁷。実にAPI 41条は、軍隊構成員が戦闘外に置かれるのは「敵」紛争当事者との関係であると明記している⁷⁸。しかし、だからと言って必ずしもこの立場は、基本的保障が *intra-party relations* を規律しないとは考えない。つまり、基本的保障は *inter-party relations* か *intra-party relations* かに拘らず武力紛争と関連して規定の被害を受ける全ての者を保護するという形で、「敵対行為に直接参加しない者」の条件それ自体を無くそうとするのである。Ntaganda 事件第一審裁判部は—基本的保障の中の性暴力禁止に限定してはいるが—まさしくこの考え方に沿っていた。

しかし、Ntaganda 事件第一審裁判部の論拠には問題があった。第一に、判決はマルテンス条項の内容をそのまま掲げるが、マルテンス条項は規範を生成する独立の法源であるとの立場は殆ど支持されておらず、せいぜい現行の人道法を解釈する際の指針を提供するか、慣習人道法生成において国家実行よりも法的信念を重視する根拠を提供するに留まるとの理解が一般的である⁷⁹。第二に、判決はAPI 75条が「敵味方を問わず」適用されるとするが、上述のように同条も共通3条と同様「敵対行為に直接参加しない者」を保護対象としている。第三に、レイプ及び性奴隷は誰に対してなされようが軍事的必要で正当化される行為でないゆえ当該行為から保護される者を限定することは人道法の原理に反すると判決は言うが、レイプ及び性奴隷は必然的に対象者を物理的コントロール下に置く行為ゆえ敵対行為遂行下ではなされえず、かかる状況下に適したルールは戦闘員に対する「不必要な苦痛の禁止」等として存在する⁸⁰。第四に、判決はICRCの最新版コメントリーを援用しているが、それは判決とは反対に「敵対行為に直接参加しない者」の要件を維持する立場であるため、そもそも論拠として不適切である。第五に、判決はレイプ及び性奴隷がユス・コーゲンスであることを理由に挙げる

⁷⁶ *The Prosecutor v. Miloslav Kvočka et al.*, IT-98-30/1-T, Trial Judgment of 2 November 2001, paras. 124 and 690-691.

⁷⁷ E.g., Eve La Haye, *War Crimes in Internal Armed Conflicts* (Cambridge University Press, 2008), p. 119; Michael A. Newton, “Contorting Common Article 3: Reflections on the Revised ICRC Commentary” *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Vol. 45 (2017), pp. 516-517; Andrew Clapham, “Human Rights Obligations for Non-State Actors: Where are We Now?,” in Fannie Lafontaine and François Larocque (eds.), *Doing Peace the Rights Way: Essays in International Law and Relations in Honour of Louise Arbour* (Intersentia, 2018), p. 16; van Steenberghe, Part 1, *supra* note 1, pp. 21-23.

⁷⁸ Dorota Marianna Banaszewska, “Hos de combat” *Max Planck Encyclopedias of International Law*, November 2015 at <https://opil-ouplaw-com.peacepalace.idm.oclc.org/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e2170?rskey=vo14DQ&result=1&prd=MPIL> (as of 8 September 2022), paras. 50-51. 加えて、軍隊構成員が戦闘外に置かれることの最重要の効果は、敵から攻撃されないことである。

⁷⁹ Jochen von Bernstorff, “Martens Clause” *Max Planck Encyclopedias of International Law*, December 2009, at <https://opil-ouplaw-com.peacepalace.idm.oclc.org/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e327?rskey=g8hqRg&result=1&prd=MPIL> (as of 8 September 2022), para. 13.

⁸⁰ van Steenberghe, Part 1, *supra* note 1, pp. 28-29.

ところ、たしかに規範のユス・コーゲンス性は条約法や国家責任法において特別の帰結をもたらすが、人道法上の基本的保障は *intra-party relations* も規律するかといった規範の適用範囲の画定にとってユス・コーゲンス性はイレバントであり、それは例えば主権免除にとってユス・コーゲンス性がイレバントであるのと同様である⁸¹。

そこで、このように疑義の多い Ntaganda 事件第一審裁判部の論拠ではなく、別の論理で、基本的保障の保護対象の条件それ自体を無くす考え方が主張されている。次項でその内容を見ていく。

(3) 規律場面で異なる基本的保障の保護対象

Ntaganda 事件を詳細に分析した van Steenberghe によれば、基本的保障が「敵対行為に直接参加しない者」を保護の条件とするのは「敵対行為遂行」(紛争当事者のコントロール下でない状況)においてのみであって、「敵対行為遂行以外の状況」では、「敵対行為に直接参加しない者」かを問わず、基本的保障は武力紛争と関連して規定の被害を受ける全ての者(味方の文民及び軍隊構成員も含まれる)を保護する。「敵対行為に直接参加しない者」か否かが決定的なのは敵対行為遂行の規律とくに攻撃のルールにおいてであり、それは「敵対行為に直接参加する者」だけが合法的に攻撃されうると定めている。逆に言えば、敵対行為遂行以外の状況においては「敵対行為に直接参加しない者」か否かはイレバントである、と⁸²。

この主張は、基本的保障が敵対行為遂行の規律にも及ぶことを前提としている。たしかに、そのような考え方は幾人かの有力な論者も共有するところであるが⁸³、基本的保障は敵対行為遂行を規律しないとする通説的理解(ICRCを含む)とは相容れない。後者いわく、拷問や人質をとる行為といった禁止行為は対象者が紛争当事者のコントロール下にあることを前提とする。共通3条はGCsの一定の規則を非国際的武力紛争に適用するものであり、GCsは敵対行為遂行の規律それ自体ではなく紛争当事者の権力内にある者の保護を主な目的にしている、と⁸⁴。van Steenberghe はかかる反論を想定した上で、基本的保障が禁止する特定行為の性質に鑑みた立論を次のように行っている。

すなわち、基本的保障の禁止行為のうち、対象者に対する物理的コントロールを伴わない行為、つまり殺人、傷害、虐待は、敵対行為遂行の規律と並びこれを補完する形で適用される。例えば、文民を直接攻撃したり文民に過度な付随的損害を与えたりする行為は、軍事目標区別という攻撃のルール

⁸¹ Longobardo, *supra* note 1, p. 627; van Steenberghe, Part 1, *supra* note 1, pp. 29-30.

⁸² van Steenberghe, Part 1, *supra* note 1, pp. 47-49.

⁸³ Antonio Cassese, "The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law" *UCLA Pacific Basin Law Journal*, Vol. 3, Nos. 1-2 (1984), p. 107; A. P. V. Rogers, *Law on the Battlefield* (2nd edn., Manchester University Press, 2004), pp. 221-223; Marco Sassòli, *International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare* (Edward Elgar, 2019), pp. 214 and 279-280; Nishat Nishat, "The Structure of Geneva Convention IV and the Resulting Gaps in that Convention," in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary* (Oxford University Press, 2015), pp. 1078-1079 and 1086-1087.

⁸⁴ E.g., Sarah Knuckey, "Murder in Common Article 3," in Andrew Clapham, Paola Gaeta and Marco Sassòli (eds.), *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary* (Oxford University Press, 2015), pp. 452-456; *ICRC 2016 Commentary I*, *supra* note 44, paras. 540-543.

に違反するだけでなく、基本的保障が禁止する殺人や傷害にも該当しうる。合法的軍事目標に対し不必要な苦痛を与える戦闘手段を用いることは、不必要な苦痛の禁止という攻撃のルールに違反するだけでなく、基本的保障が禁止する虐待⁸⁵にも該当しうる。これに対し、必然的に対象者に対する物理的コントロールを伴う行為、つまり性暴力、人質を取る行為、自由剥奪又は刑事拘禁下での非人道的待遇や、対象者を拘禁等の物理的コントロール下に置いた上で殺傷や虐待が行われる場合は、敵対行為遂行に関わらず攻撃の概念にも合致しないゆえ、武力紛争と関連してなされる当該行為から全ての者が保護される、と⁸⁶。この論理は、上で見た ICTY の Kvočka 他事件上訴審判決に当てはめることができよう。

さらに van Steenberghe は次のように補足する。いわく、いわば基本的保障は一般法で敵対行為遂行の規律は特別法に当たり、両者は抵触関係にない。例えば、攻撃のルールに従った生命剥奪は基本的保障が禁止する殺人に当たらないが、攻撃のルールに違反した生命剥奪は同時に基本的保障が禁止する殺人となる。それは同一の行為に対する二重のリダダントな保護ではない。なぜなら、両規範はその目的を異にし、敵対行為遂行の規律は攻撃の行為それ自体に着目して規制するのに対し、基本的保障は攻撃の結果（殺傷や苦痛）に着目して規制するからだ、と⁸⁷。

上記のアプローチは一その理由は説明されないものの幾つかの ICTY 判決⁸⁸や ICC 判決⁸⁹で採用されている。それらは、同一の事実（例えば町への爆撃や砲撃、人がいる家屋への放火、避難する住民の殴打）が文民に対する違法な攻撃であると同時に共通3条の禁止する殺人や虐待に該当すると判断し、敵対行為遂行以外の状況に共通3条を適用する際は被害者が「敵対行為に直接参加しない者」か否かを殆ど又は全く考慮していないのである。

このように、基本的保障の保護対象は、敵対行為遂行かそれ以外かという規律場面で異なるという考えも、十分成り立つように思われる。基本的保障は、必ずしもその対象者が紛争当事者のコントロール下にあることを前提としておらず、よって幾つの場合には敵対行為遂行の規律にも及び、その際のみ保護対象が「敵対行為に直接参加しない者」であることを条件とするが、それ以外では当該条

⁸⁵ ICTY の 2001 年 Kordić & Čerkez 事件第一審判決は「虐待」を次のように広く定義した：「深刻な物理的又は精神的苦痛をもたらす作為又は不作為、あるいは、人間の尊厳に対する深刻な攻撃」。The Prosecutor v. Kordić & Čerkez, IT-95-14/2-T, Trial Judgement, 16 February 2001, para. 256.

⁸⁶ Raphaël van Steenberghe, “Who are Protected by the Fundamental Guarantees under International Humanitarian Law? Part 2: Breaking with Control Requirement in Light of the ICC Case Law” International Criminal Law Review (2021) [van Steenberghe, Part 2], pp. 48-49 and 53-54.

⁸⁷ van Steenberghe, Part 2, *supra* note 86, pp. 10-12 and 54-56.

⁸⁸ The Prosecutor v. Pavle Strugar, IT-01-42-T, Trial Judgement, 31 January 2005, paras. 234-289; The Prosecutor v. Jadranko Prlić et al., IT-04-74-T, Trial Judgement, 29 May 2013, paras. 1155, 1165, 1169, 1180, 1186, 1191, 1196, 1200, 1203, 1461 and 1417.

⁸⁹ The Prosecutor v. Abdallah Banda Abaker Nourain et al., ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red, Pre-Trial Chamber, Corrigendum of the “Decision on the Confirmation of Charges,” 7 March 2011, paras. 57-58 and 88-104; The Prosecutor v. Callixte Mbarushimana, ICC-01/04-01/10, Pre-Trial Chamber Decision on the Confirmation of Charges, 16 December 2011, paras. 149, 159 and 214-221; Katanga Trial Judgment, *supra* note 32, paras. 786-791, 856-866 and 871-875; The Prosecutor v. Alfred Yekatom et al., ICC-01/14-01/18-403-Red-Corr, Pre-Trial Chamber, Corrected Version on “Decision on the Confirmation of Charges,” 14 March 2020, paras. 86-92 and 105-109; The Prosecutor v. Domini Ongwen, ICC-02/04-01/15, Trial Judgment, 4 February 2021, paras. 2929-2931.

件なく全ての者が、武力紛争と関連する限りで基本的保障を享受する。Ntaganda 事件で問題とされた性暴力は、必然的に対象者に対する物理的コントロールを伴う行為ゆえ、敵対行為遂行以外の状況における基本的保障の適用場面として保護対象に条件はなく、当該性暴力が武力紛争と関連してなされる限り一味方軍隊構成員を含め一全ての者が保護される。

ところで、AP I 75 条の保護対象は「紛争当事者の権力内にある」と規定されるが、実は共通 3 条及び AP II 4・5・6 条と同様に「敵対行為に直接参加しない者」を保護対象とすることは上述した。これにより、基本的保障は敵対行為遂行の規律にも及ぶという上記の考え方を、AP I 75 条にも問題なく当てはめることができる。「紛争当事者の権力内にある」という表現を字義通り受け入れるなら、紛争当事者のコントロール下でない状況である敵対行為遂行は、AP I 75 条の射程外となっただろうからである。事実、AP I 75 条が補完する GCs で保護される者のうち傷病者の保護は「紛争当事者の権力内にある」場合に限定されない⁹⁰ ことに鑑みても、同表現は不適切であることが分かる⁹¹。

以上のような基本的保障の捉え方は、人道法の理解に新たな視点をもたらす。すなわち、基本的保障はデフォルト (一般法) として武力紛争に関連する規定の被害を受ける全ての者を保護し、敵対行為遂行においてのみ、その規律にかかる主に攻撃のルール (特別法) と並んで、対象者に対する物理的コントロールを伴わない行為につき「敵対行為に直接参加しない者」だけを保護する。敵対行為遂行以外の状況では、GCs 上保護される者 (傷病者、捕虜、狭義の文民) はより詳細で手厚い保護を受けるが (特別法)、それらのカテゴリーに該当しない者も基本的保障は享受する (一般法)。いずれも、敵対行為遂行つまり紛争当事者のコントロール下でない状況か否かが重要なメルクマールとなる。こうして見ると、「敵対行為遂行を規律するハーグ法」と「紛争当事者のコントロール下にある紛争犠牲者を保護するジュネーヴ法」とに峻別する伝統的な人道法の理解は、いささか単純に過ぎ、再考を迫られるのではないだろうか⁹²。

(4) 小括

Ntaganda 事件の批判的検討から、人道法は一般に *inter-party relations* を規律するが、特定の場合に *intra-party relations* も規律するという視座が得られた。では、人道法の基本的保障 (Ntaganda 事件では性暴力の禁止が問題となった) はそのような特定の場合に当てはまるのか。それは、基本的保障がどの範囲の人を保護対象としているかを問うことでもある。一つの答えは、基本的保障の保護

⁹⁰ 上記 II 2 (2) ②を参照。

⁹¹ ICRC のコメンタリーは、AP I 75 条の保護対象を「紛争当事者の権力内にある」者に限定し、具体的には、①紛争当事国領域内又は占領地域内で安全を害する活動やスパイ活動を理由に文民条約上の権利が制限された被保護者 (GC IV 5 条)、② GC IV 上の被保護者とされない紛争当事者の領域内に所在する外国人又は占領国住民 (本国の外交的保護を享受する中立国及び共同交戦国の国民)、③敵対行為開始後に難民と認められた者、④敵対行為に直接参加した者で捕虜資格を有さず GC IV 上の被保護者ともされない者—いわゆる特権のない戦闘員 (AP I 45 条 3 項)、スパイ (AP I 46 条)、傭兵 (AP I 47 条) など—を挙げる。そして、④の場合に味方の文民又は軍隊構成員 (自国民) が該当しえ、具体的にそれは民族解放闘争において敵に忠誠を誓った同一国籍者を指すという。ICRC 1987 Commentary APs, *supra* note 39, pp. 867 and 869-870, paras. 3012-3013 and 3022-3032. つまり、コメンタリーの解釈では、実質的に敵対関係にある同一国籍者で紛争当事者のコントロール下にある者のみが保護されるに過ぎない。

⁹² Sassòli, *supra* note 83, p. 27.

対象である「敵対行為に直接参加しない者」には味方の文民及び軍隊構成員も含まれると解釈し、よって基本的保障は *intra-party relations* も規律するというものである。しかし、この解釈には種々の問題が生じる。中でも、「敵対行為に直接参加しない者」という表現それ自体が敵の文民及び軍隊構成員だけを想定しているとの批判に答えられない。

そこで、もう一つの答えは、「敵対行為に直接参加しない者」には味方の文民及び軍隊構成員は含まれないとした上で、そのように「敵対行為に直接参加しない者」が保護の条件とされるのは「敵対行為遂行」においてのみであって、「敵対行為遂行以外の状況」では「敵対行為に直接参加しない者」の条件それ自体が無くなり、よって基本的保障は武力紛争と関連して規定の被害を受ける全ての者（味方の文民及び軍隊構成員も含まれる）を保護する、というものである。つまり、基本的保障の保護対象は敵対行為遂行かそれ以外かという規律場面で異なり、後者においては *intra-party relations* も規律する、より正確に言えば *inter-party relations* か *intra-party relations* かに拘らず規律するということである。たしかに、この見解は基本的保障が敵対行為遂行も規律することを主張するため、基本的保障はその内容や文脈からして対象者が紛争当事者のコントロール下にあることを前提とするゆえ敵対行為遂行を規律しないとする通説的理解とは相容れない。しかし、基本的保障の禁止行為を「対象者に対する物理的コントロールを伴わない行為」（殺人、傷害、虐待）と「必然的に対象者に対する物理的コントロールを伴う行為」（性暴力、人質を取る行為、自由剥奪又は刑事拘禁下での非人道的待遇）とに区別し、前者のみが敵対行為遂行にも適用され、その場合に基本的保障は一般法として敵対行為遂行の特別法（主に攻撃のルール）を補完する関係になると理解することは十分可能であろう。

Ntaganda 事件は、基本的保障という人道法の枢要な規範が *intra-party relations* も規律することの妥当性を明らに出した。かかる規律が妥当であることに大方の意見は一致するとしても、それを支える人道法の論理を如何に組み立てるかは一筋縄では行かない。基本的保障について人道法による *intra-party relations* の規律を考えることは、人道法全体の理解と再構成を伴うものだからである。

2 人道法による *intra-party relations* の規律が必要な場合—反徒の *intra-party relations*

武力紛争の当事者である国家と反徒は、その法的地位の相違から、味方の文民及び軍隊構成員との法関係が異なっている。国家と味方の文民及び軍隊構成員との関係は、国内法（軍隊構成員については軍法を含む）及び人権法が規律し、通常はそれらの法が、少なくとも人道法上の基本的保障と同様かそれ以上の保護を規定しているはずである。つまり、紛争当事者が国家の場合、人道法が *intra-party relations* を規律する必要性は低く、人道法は二次的な重要性しかない。これに対し、紛争当事者が反徒の場合、状況は全く異なる。反徒と味方の文民及び軍隊構成員との関係は、反徒が敵対している国家の国内法の適用も、ましてや国家によるその執行も期待できず、反徒は当然には人権法の名宛人とならず人権法上の義務を負わない。たしかに、反徒も自己利益から味方の文民及び軍隊構成員を人道的に待遇する動機はあろうが⁹³、それだけでは済まないだろう。人道法上の基本的保障が適用さ

⁹³ ICRC 2016 Commentary I, *supra* note 44, para. 548.

れなければ、例えば反徒による自軍構成員に対する拷問その他の非人道的待遇を禁止する法は、存在しないことになる⁹⁴。ここにおいてこそ、人道法が反徒の *intra-party relations* を規律する必要性が生じるのである⁹⁵。事実、Ntganda 事件では反徒の *intra-party relations* が問題となった。

そこで本節では、人道法による *intra-party relations* の規律が最も要請される反徒の *intra-party relations* に焦点を当て、人道法がそれに対して十分な規律を及ぼしていると言えるかを検討する。ここでは反徒と自軍構成員との関係のみを取り上げ、かつ処罰の場面に焦点を当て、反徒が自軍構成員に対し負う「公正な裁判」の義務について考察する。

(1) 反徒と自軍構成員との関係—処罰に焦点を当てて

少なくとも一方の紛争当事者が国家でない非国際的武力紛争が存在するには、反徒が一定の組織性を有し、かつ、一定以上の烈度を備えた暴力行為の応酬が生じていることを要する⁹⁶。紛争当事者たる反徒に求められる組織性は、指揮命令系統の存在、内部規律の存在及び人道法遵守能力、軍事能力、ロジスティクスといった諸要素の総合的評価による⁹⁷。よって反徒は、国家の軍隊（国家軍）には及ばずとも機能的には同様の軍隊（反徒軍）を持つが、国家軍と違い反徒軍の構成員には戦闘員・捕虜特権は認められていない。よって、反徒軍構成員は人道法を遵守しようとも敵対行為それ自体で国内法違反を問われ、国家は反徒軍構成員を処罰する主権の権限を保持する。逆に、国内法上犯罪者である反徒には、敵対行為の最中に捕えた「敵」軍構成員を処罰する権限が当然否定される⁹⁸。

他方で、上官責任の法理は、法上でなく事実上の権力に基づいて発生し⁹⁹、紛争当事者が備えるべき上記組織性に内在するゆえ反徒にも適用され¹⁰⁰、反徒が人道法遵守のため「自」軍構成員を内部規律に従わせることを要請する¹⁰¹。そして、反徒が上官責任を果たすために「自」軍構成員を処罰することもできる。事実、ICC はそのことを—間接的ながら—認めている。すなわち、2009年の Bemba 事件において、第三者意見 (*amicus curiae*) として Amnesty International が、反徒の裁判所は人権法上の

⁹⁴ Rodenhäuser, *supra* note 8, p. 190

⁹⁵ Kleffner, *supra* note 64, pp. 300-301; Orly Maya Stern, *Gender, Conflict and International Humanitarian Law* (Routledge, 2019), pp. 196-197.

⁹⁶ ICTY, *The Prosecutor v. Duško Tadić*, IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995 [*Tadić* Decision], para. 70.

⁹⁷ E.g., ICTY, *The Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al.*, IT-04-84-T, Trial Judgment, 3 April 2008, para. 60; *The Prosecutor v. Ljube Bošković and Johan Tarčulovski*, IT-04-82-T, Trial Judgment, 10 July 2008, paras. 197-203.

⁹⁸ E.g., US Department of Defence, *Law of War Manual 2015*, para. 17.4.1.1.

⁹⁹ E.g., ICTY, *The Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, IT-95-14-T, Trial Judgment, 3 March 2000, paras. 300-301.

¹⁰⁰ E.g., *The Prosecutor v. Hadzihasanović et al.*, IT-01-47-AR72, Decision on Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction in Relation to Command Responsibility, 16 July 2003, para. 15; ICRC, *Commentary to the Second Geneva Convention of 1949* (ICRC, 2017) [*ICRC 2017 Commentary II*], para. 712.

¹⁰¹ E.g., ICTY, *The Prosecutor v. Ramush Haradinaj et al.*, IT-04-84bis-T, Trial Judgment, 29 November 2012, para. 393.

「法で設立された」裁判所に該当せず公正な裁判を提供することもできないゆえ、Bembaはその属する反徒「コンゴ解放運動」(MLC)の裁判所を通じては上官責任を果たしたことはないかと主張した¹⁰²のに対し、予審裁判部決定は、MLCの裁判所が「機能的な軍事司法システム」を備えていることを認め、にも拘らず Bemba がそれを適切に利用しなかったゆえ上官責任を果たさなかったと判断した¹⁰³。

実際に、多くの反徒は自軍構成員を名宛人とする行動規範 (code of conduct) を有し、それに違反した自軍構成員を処罰している¹⁰⁴。コロンビア内戦 (1964～2017年) では反徒 FARC が、その「革命軍法会議」で自軍構成員を処罰している¹⁰⁵。スリランカ内戦 (1983～2009年) では反徒「タミル・イーラム解放の虎」(LTTE) が、国家に匹敵するような「法」制度及び「司法」組織を構築し、その「軍事裁判所」で自軍構成員を処罰した¹⁰⁶。シエラレオネ内戦 (1991～2002年) では反徒 RUF が、文民との関係を規律する行動規範を自軍構成員に課し、それに違反して殺人やレイプ等を犯した自軍構成員を重大犯罪として処罰した¹⁰⁷。アフガニスタン内戦 (1992年～) の反徒 Taliban や、シリア内戦 (2011年～) の反徒「イスラム国」(ISIS) 等は、シャリーア (アッラーから預言者らに啓示された教え) を適用して処罰した¹⁰⁸。

以上のように反徒が自軍構成員を処罰する実行は多く、人道法はその事実を認識した上で規律を及ぼしているはずである。人道法は基本的保障の一つとして「公正な裁判」の義務を課している。すなわち、共通3条は1項(1)(d)において、「文明国民が不可欠と認める全ての裁判上の保障を備えた正規に構成された裁判所による事前の決定によらず、有罪判決を言い渡し刑罰を執行すること」を禁止している。これを補完する AP II 6条2項は、「独立性及び公平性に関する不可欠の保障を備えた裁判所の決定がなければ、有罪とされた者に対し如何なる判決の言い渡しも刑罰の執行もしてはならない」と規定する。人道法は全ての紛争当事者間で平等に適用されねばならないという「交戦者平等原則」

¹⁰² *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-406, Amicus Curiae Observation on Superior Responsibility submitted pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, 20 April 2009, paras. 21-25.

¹⁰³ *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424, Pre-Trial Chamber, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, 15 June 2009, paras. 490-501.

¹⁰⁴ 処罰以外の懲戒措置 (警告、降格、除隊、拘禁) で対応することも多く、種々の問題を含むが、本稿ではそれらは扱わない。一言すれば、反徒の安全に深刻な脅威となるという理由で犯罪の嫌疑なしに裁判を予定せず行なわれる拘禁—いわゆる予防拘禁—が自軍構成員に対してなされる際の、人道法規律の空白がとりわけ問題視されている。Ezequiel Heffes, “Closing a Protection Gap in IHL: Disciplinary Detention by Non-State Armed Groups in NIACs” EJIL: Talk!, 3 July 2018, at <https://www.ejiltalk.org/closing-a-protection-gap-in-ihl-disciplinary-detentions-by-non-state-armed-groups-in-niacs/> (as of 24 October 2022).

¹⁰⁵ René Provost, *Rebel Courts: The Administration of Justice by Armed Insurgents* (Oxford University Press, 2021), pp. 43-45.

¹⁰⁶ Provost, *supra* note 105, pp. 231-234.

¹⁰⁷ *RUF Trial Judgment*, *supra* note 27, paras. 701-707.

¹⁰⁸ Muhammad Munir, “The *Layha* for the Mujahideen: An Analysis of the Code of Conduct for the Taliban Fighters under Islamic Law” *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 881 (2011), pp. 85-86; Human Rights Council, Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic, A/HRC/30/48, 13 August 2015, paras. 97-98.

に則るなら、当該義務は国家ばかりでなく反徒にも等しく適用され、ここで反徒が処罰する対象としてまず想定されるのは「自」軍構成員ということになる。

(2) 反徒による裁判をめぐる論争

しかし、上記共通3条の規定には、「正規に構成された裁判所 (a regularly constituted court)」という表現があり、そもそも反徒がそのような裁判所を設立すること自体が可能なか疑問が生じる。共通3条の起草過程でこの点が議論された形跡は見当たらないが、ICRCのコメンタリーによれば、その禁止対象は「即決処刑 (summary justice)」に限られ、全ての「文明国」は武力紛争においても誤判を回避するセーフガードを備えた裁判によって処刑をすべきで、かつ、「同規定は国家が法に基づき訴追し刑罰を言渡し執行する権限に何らの影響も及ぼさない」¹⁰⁹。ゆえに、反徒にも即決処刑は禁止されるが、それに留まり、国家のような裁判を行うことは期待されていないようにも読める。

ところが、AP II 6条2項の起草過程では、反徒による裁判の可能性が議論の対象とされた。第一に、「正規に構成された裁判所」は反徒には満たしえないとも解されうるゆえ、当該表現は削除されるべきとの見解が政府専門家会議で有力であったことを受けて、ICRC草案が起草された¹¹⁰。それは、「独立性及び公平性に関する不可欠の保障を備えた裁判所」という表現になった¹¹¹。第二に、遡及処罰の禁止を規定するAP II 6条2項(c)にいう「法 (the law)」の意味をめぐる、「国内法又は国際法」とする提案が出された際に論争となった。提案者の西ドイツ代表は自由権規約15条1項¹¹²と両立させるためとしており¹¹³、人権法は国家のみに名宛されることから「反徒が定める法」(以下、反徒の法)はここで想定されないことを示唆していた。刑事法や裁判所といった概念は反徒と結びつかないとか¹¹⁴、国家が反徒の法を認めることはありえない¹¹⁵といった主張がなされた。これに対し、幾つかの諸国は「国

¹⁰⁹ *ICRC 1952 Commentary I, supra note 51, p. 54.*

¹¹⁰ *Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949: Commentary* (ICRC, 1973), p. 142.

¹¹¹ AP II 6条2項の「独立性及び公平性に関する不可欠の保障を備えた裁判所」が共通3条1項(1)(d)の「文明国民が不可欠と認める全ての裁判上の保障を備え正規に構成された裁判所」を明確化するという形で、後者が前者に取って代わったのかという争点が浮上する。本稿ではその内容に立ち入らないが、起草過程からは、AP II 6条2項の同内容がAP IIの対象たる数居の高い非国際的武力紛争についてのみ当てはまるのか(この場合は共通3条に取って代わったとは言えない)、そうではなく共通3条の対象たる全ての非国際的武力紛争に当てはまるのか(この場合は共通3条に取って代わったと言える)、明らかでないと思われる。See, Hannes Jöbstl, “Bridging the Accountability Gap: Armed Non-state Actors and the Investigation and Prosecution of War Crimes” *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 18, No. 3 (2020), pp. 573-575.

¹¹² 「何人も、実行の時に国内法又は国際法により犯罪を構成しなかった作為又は不作為を理由として有罪とされることはない[...]」。

¹¹³ *Official Records, supra note 65, Vol. 8, p. 349, CDDH/I/SR.33, para. 38.*

¹¹⁴ *Official Records, supra note 65, Vol. 8, p. 355, CDDH/I/SR.33, para. 69 (Iraq).*

¹¹⁵ *Official Records, supra note 65, Vol. 9, p. 314, CDDH/I/SR.64, para. 54 (Argentina).*

内法」に反徒の法が含まれうると考えた¹¹⁶。とりわけナイジェリア代表いわく、AP IIを遵守しうるだけの十分な組織性を備えている反徒ならば法を定め裁判所を設立することもできると考えるのが合理的である、と¹¹⁷。英国はより明確に、同条にいう「法」は一国内法と国際法に加えて一反徒の法も意味すると解釈している¹¹⁸。ICRC コメントリーは、同条の仏語正文は英語正文と異なり“le droit national ou international”であるが両者は同一の意味であるとして¹¹⁹、国内法の中に反徒の法を読み込むようである¹²⁰。多くの学説も、反徒の法及びこれに基づき設立される反徒の裁判所を認め、人道法は反徒による裁判を許容しているとする¹²¹。また、反徒自身もそのような見解を表明することがあり、例えばエルサルバドル内戦（1980～1992年）の反徒「ファラブンド・マルティ民族解放戦線」（FMLN）は、AP II 6条2項(c)にいう「法」は国家の制定した法のみならず反徒の法も意味すると主張した¹²²。

他方で、多くの国家の実行と法的信念—つまり慣習法—は、「正規に構成された裁判所」という要件を維持し、「既存の国内法（反徒が所在する国の既存法）に基づいて設立された裁判所」と解釈するゆえ¹²³、人道法上も反徒の法及びこれに基づき設立される反徒の裁判所を否定する立場のようだ。例えば、上記FMLNの主張に対しエルサルバドル政府は、「FMLNによる裁判に参加する如何なる者もエルサルバドル国内法で裁かれる」と警告し、FMLNが処罰しようとするFMLN軍構成員をエルサルバドルの裁判所に引き渡すよう要請した¹²⁴。近年では2017年2月16日にスウェーデンのストックホルム地方裁判所が、Sakhanh事件判決¹²⁵で同様の立場を明らかにした。シリア内戦の反徒Suleiman Company—反徒「自由シリア軍」（FSA）と関連をもつ—の元軍隊構成員でスウェーデンに在住していた被告人Sakhanh氏は、捕獲され戦闘外にあった敵のシリア国軍構成員7名をFSAの

¹¹⁶ *Official Records*, supra note 65, Vol. 8, p. 365 CDDH/I/SR.34, para. 42 (USSR); *Ibid.*, Vol. 9, p. 300, CDDH/I/SR.63, para. 60 (Spain); *Ibid.*, Vol. 9, p. 300, CDDH/I/SR.63, para. 62 (German Democratic Republic).

¹¹⁷ *Official Records*, supra note 65, Vol. 8, p. 360, CDDH/I/SR. 34, para. 20.

¹¹⁸ UK Ministry of Defense, *The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford University Press, 2014), p. 404, footnote 94.

¹¹⁹ *ICRC 1987 Commentary AP II*, supra note 39, p. 1399, paras. 4605-4606.

¹²⁰ もっとも、最新の共通3条へのコメントリーでは、国内法とは別に反徒の法があることを認めている。*ICRC 2017 Commentary II*, supra note 100, para. 714.

¹²¹ E.g., Jonathan Somer, “Jungle Justice: Passing Sentence on the Equality of Belligerents in Non-international Armed Conflict” *International Review of the Red Cross*, Vol. 89, No. 867 (2007), pp. 686-688; Sandesh Sivakumaran, “Courts of Armed Opposition Groups: Fair Trials or Summary Justice?” *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 3 (2009), pp. 498-500; Mark Klamburg, “The Legality of Rebel Courts during Non-International Armed Conflicts” *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 16, No. 2 (2018), pp. 241- 243; Sassòli, supra note 83, pp. 585-586.

¹²² FMLN Secretariat for the Promotion and Protection of Human Rights, *The Legitimacy of Our Methods of Struggle* (Inkworth Press, 1988), pp. 19-20.

¹²³ Henckaerts and Doswald-Beck, supra note 63, p. 355 (Rule 100).

¹²⁴ Human Rights Watch, *Human Rights Watch World Report 1992 - El Salvador*, 1 January 1992, at <https://www.refworld.org/docid/467fca47c.html> (as of 19 October 2022).

¹²⁵ Stockholm District Court, *The Prosecutor v. Omar Haisam Sakhanh*, Judgement, B 3787-16, Judgement of 16 February 2017 [*Sakhanh Judgement*]. See also, “On the Establishment of Courts in Non-international Armed Conflicts by Non-State Actors” *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 16, No. 2 (2018), pp. 403-424.

裁判所が下した死刑判決(文民に対する殺人及びレイプの犯罪)に従い銃殺したことにつき刑事責任を問われたが、その判断に当たって当該反徒の裁判が人道法上許容されているかが問題となった。裁判所いわく、人道法は反徒が裁判所を設立することを許容しているが、そこで適用されるのは「武力紛争勃発前の既存の国内法、又は、少なくとも当該国内法より内容的に厳格でない法」でなければならない、と¹²⁶。つまり、反徒の裁判所は既存の国内法か、それに類似する内容の反徒の法を適用すべきと言うのである。この判断は控訴審¹²⁷及び上訴審(最高裁判所)¹²⁸においても維持され、被告人は人道法に違反する殺人のかどで有罪となり終身刑が確定した。

(3) 反徒による「公正な裁判」

このように、反徒による裁判は、国家主権(その発現としての司法権)への挑戦及び反徒への正統性付与を政治的に含意することから論争的となり、人道法上如何に位置付けられるのか不明確な状況にある。しかし、反徒がまずもって裁判の対象にする自軍構成員は人道法によってしか保護されないのだから、反徒の法及びこれに基づき設立される反徒の裁判所が人道法上許容される基準が明らかにされる必要がある。

第一に、反徒が既存の国内法に準拠せねばならないという要件は人道法上課すべきでないと考える。ゆえに、ストックホルム地方裁判所の判断は受け入れられない。反徒はまさに既存の国内法が依って立つ国家権力と敵対しているのであり、例えば差別的・抑圧的な国内法が武力紛争を引き起こす要因となった可能性もある¹²⁹。このことと関連して、既存の国内法が人権尊重的な内容であるとは限らず、むしろ反徒の法の方がその点でより優れている可能性さえある。

第二に、より重要なのは、反徒の法及び裁判所の根拠や性格付けよりも反徒が行なう裁判の実体に焦点を移し、反徒に要請される「公正な裁判」の中身を明らかにすることである¹³⁰。この点に取り組む学説はまだ多くはないが、それらの何れも AP II 6 条を出発点に、反徒の裁判所が備えるべき「独立性」

¹²⁶ *Sakhanh Judgement*, *supra* note 125, para. 30.

¹²⁷ Svea Appeal Court, *The Prosecutor v. Omar Haisam Sakhanh*, Judgement, B 2259-17, Judgement of 31 May 2017, pp. 2-5.

¹²⁸ Supreme Court of Sweden, *The Prosecutor v. Omar Haisam Sakhanh*, Judgement, B 3157-17, Decision of 20 July 2017, pp. 2-3.

¹²⁹ Jonathan Somer, "Opening the Floodgates, Controlling the Flow: Swedish Court Rules on the Legal Capacity of Armed Groups to Establish Courts" EJIL Talk!, 17 March 2017, at <https://www.ejiltalk.org/opening-the-floodgates-controlling-the-flow-swedish-court-rules-on-the-legal-capacity-of-armed-groups-to-establish-courts/> (as of 13 October 2022).

¹³⁰ Somer, *supra* note 121, p. 687. ICC 規程 8 条 2 項 (e)(iv) は、共通 3 条の「文明国民が不可欠と認める」を「国際法上不可欠であると一般に認められた」と表現し直し上で「正規に構成された裁判所」の要件を維持したが、後者の意味につき ICC 犯罪構成文書は、「独立性及び公平性に関する不可欠の保障を有する裁判所」と同義であるとの立場を示している。ICC, *Elements of Crimes*, 2011, at <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/336923D8-A6AD-40EC-AD7B-45BF9DE73D56/0/ElementsOfCrimesEng.pdf> (as of 24 October 2022), p. 34.

「公平性」「デュープロセス保障」を考察している¹³¹。本稿ではその内容に立ち入らないが、ポイントは、様々な反徒の能力と資源に鑑み、「公正な裁判」の上記諸要素の中核を備えていることを最低ラインとして、国家に要請する水準に満たない内容でも人道法上許容することである。

事実、国家（非紛争当事国ないし第三国）や国際連合（以下、国連）が反徒に対し「公正な裁判」を要請したり、少なくとも反徒による裁判を容認したりする例が存在する。例えば、1990年代から2003年にかけてコンゴ民主共和国（DRC）の北部一体を支配した反徒「コンゴ解放運動」（MLC）が、DRC及び隣国の中央アフリカ共和国で殺傷・レイプ・略奪等を犯した疑いのある20数名の自軍構成員を2003年2月に裁判にかけたところ¹³²、国連安全保障理事会の場で米国代表は同裁判が「被告人に不十分な権利」しか与えず、「戦争犯罪という行為の重大さに見合わない軽い刑罰」を下した点等を非難した¹³³。また、フランス政府は2018年、ISISの戦闘員となったフランス人がシリアの反徒「クルド人民防衛隊」（YPG）に拘束された際、YPGの裁判所が彼らを処罰してよいと宣言した¹³⁴。国連エルサルバドル監視団（ONUSAL）も、反徒は「正規に構成された裁判所」の要件を満たし難いだろうが「公正な裁判」を行う義務を負うとした上で、FMLNはそれらに違反したと指摘している¹³⁵。これらの例は、反徒が法を定め裁判所を設立できること前提とし、さらに「公正な裁判」の如何を評価するものと言える¹³⁶。

もっとも、国連の立場は一貫性に欠け、反徒の内部規範や監視メカニズムの重要性を認めながらも、反徒の法や裁判所が国家のような正統性を持たないことを明言する場合もある。例えば、ネパール内戦（1996～2006年）の反徒「ネパール共産党毛沢東主義派」（CPN-M）が「人民裁判所」を設立し違法行為の疑いがある自軍構成員を処罰したことを受け、国連人権高等弁務官事務所は、反徒が自軍構成員による人道法違反を調査する「公平かつ完全な内部監視メカニズム」を作ることは認めつつ、それは「国の裁判所に代わるものではない」と付言した¹³⁷。国連アフガニスタン支援ミッション（UNAMA）は、アフガニスタンの反徒（Taliban等）が、自軍構成員が人道法を遵守するように内部

¹³¹ Sivakumaran, *supra* note 121, pp. 500-507; Klamberg, *supra* note 121, pp. 243-245; Provost, *supra* note 105, pp. 202-215 and 308-353.

¹³² Integrated Regional Information Networks (IRIN), “Congo-Kinshasa: MLC Completes Ituri Rights Violation Trials, Subject to Appeal” 27 February 2003, at <https://allafrica.com/stories/200302270264.html> (as of 13 October 2022).

¹³³ United Nations (UN) Security Council, 4784th Meeting, S/PV.4784, 7 July 2003, p. 19.

¹³⁴ Pouria Askary and Katayoun Hosseinnejad, “Non-State Courts: Illegal or Conditional? The Case of Da’esh Courts” *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 10, No. 2 (2019), p. 246.

¹³⁵ Third Report of the UN Observer Mission of in El Salvador, A/46/876-S/23580, 19 February 1992, pp. 28-29, paras. 111-115.

¹³⁶ Liesbeth Zegveld, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law* (Cambridge University Press, 2002), p. 70.

¹³⁷ UN Office of High Commissioner of Human Rights in Nepal, *Human Rights Abuses by the CPN-M: Summary of Concerns September 2006*, 21 September 2006, at <https://www.refworld.org/docid/477e3f130.html> (as of 19 October 2022), p. 8.

規範を定めることは認めつつ¹³⁸、「国家とパラレルに反徒が行なう如何なる裁判もアフガニスタン国内法上違法であり、それ自体犯罪で、さらには戦争犯罪にも該当しうる」と述べた¹³⁹。

たしかに、反徒による裁判は国内法上違法であるに違はなく、人道法も反徒による裁判を合法化するものではない¹⁴⁰。しかし、反徒軍構成員による人道法違反を実際に処罰できるのは反徒を除いて他にないのが通常である¹⁴¹。反徒が敵対する国家の裁判所に自軍構成員を引き渡す動機は存在せず、第三国の裁判所となると、反徒と友好関係にある第三国に限られる上、関係諸国の合意が必要であるためハードルが極めて高く、国際的刑事裁判所での処罰も、管轄権の問題や限定的な資源等により難しい¹⁴²。よって人道法は、反徒による裁判を違法ともせず許容した上で、「公正な裁判」であることを要請し、もって武力紛争に関連する犯罪で裁判の対象とされた全ての者に基本的保障¹⁴³を与えることを目指すのである。反徒と対立する国家の側から見ても、当該国家軍構成員ではなく反徒軍構成員をその反徒自身が裁判することについての心理的抵抗は実は大きくないと思われ、また、かかる反徒の裁判が人道法のよりよい遵守を導くならば¹⁴⁴、それ自体望ましいことでさえある¹⁴⁵。

(4) 小括

反徒と自軍構成員との関係を現実に規律できるのは、人道法を除いて他にない。ゆえに、人道法、とりわけ基本的保障が反徒の *intra-party relations* に如何に適用されるのかが、注目されねばならない。本稿では基本的保障のうち反徒が負う「公正な裁判」の義務を取り上げ、「反徒による裁判」に關し反徒の定立する法及び裁判所の根拠や性格付けをめぐる論争が収束していないこと、それゆえ反徒

¹³⁸ UN Assistance Mission in Afghanistan (UNAMA), *The 2016 Annual Report on the Protection of Civilians in Armed Conflict in Afghanistan*, at https://unama.unmissions.org/sites/default/files/protection_of_civilians_in_armed_conflict_annual_report_2016_final280317.pdf (as of 16 October), pp. 77-78.

¹³⁹ UNAMA, *The 2017 Annual Report on the Protection of Civilians in Armed Conflict in Afghanistan*, at https://unama.unmissions.org/sites/default/files/afghanistan_protection_of_civilians_annual_report_2017_final_6_march.pdf (as of 16 October), p. 36.

¹⁴⁰ 共通3条4項は、同条の規定が反徒にも平等に適用されることは、「紛争当事者の法的地位に影響を及ぼすものではない」と定め、AP II 3条1項も、「この議定書の如何なる規定も、国家の主権又は、あらゆる正当な手段によって国家の法及び秩序を維持し若しくは回復し若しくは国家の統一を維持し及び領土を保全するための政府の責任に影響を及ぼすことを目的として援用してはならない」と規定する。

¹⁴¹ Sivakumaran, *supra* note 121, p. 510.

¹⁴² Somer, *supra* note 121, p. 685; Sivakumaran, *supra* note 121, p. 510.

¹⁴³ 前節1(3)で見たように、基本的保障の禁止行為のうち、必然的に対象者に対する物理的コントロールを伴う行為—刑事拘禁下での非人道的待遇を禁ずる「公正な裁判」の要請はこれに該当する—は、対象者が「敵対行為に直接参加する者」かを問わず、武力紛争と関連してなされる当該行為から全ての者を保護する。

¹⁴⁴ 反徒による自軍構成員の裁判は、第一義的には軍隊の内部統制及び反徒に対する文民の忠誠心を獲得するためであり、人道法遵守は二次的な意義しかないとしても (*RUF Trial Judgment, supra* note 27, para. 707)、自ら裁判所を設立した反徒は、そうでない他の反徒と比べ、軍隊の内部規律の程度がより高く、より明確な軍事目的を追究し、無差別的に文民を殺傷することが少ない傾向にあり、したがって、裁判だけが人道法遵守を確保するわけではなくとも、裁判が反徒による人道法遵守を促進する1つの要因であるとは言える。Jan Willms, “Courts of Armed Groups - A Tool for Inducing Higher Compliance with International Humanitarian Law?,” in Heike Krieger (ed.), *Inducing Compliance with International Humanitarian Law: Lessons from the African Great Lakes Region*, (Cambridge University Press, 2016), p. 172.

¹⁴⁵ *ICRC 2017 Commentary II*, *supra* note 100, para. 711.

に要請される「公正な裁判」の中身が不明確なままであること、しかしプラグマティズムの考慮及び人道法の趣旨・目的からすれば、反徒による裁判を許容した上で反徒が従うべき「公正な裁判」の水準を一最低ラインは決めつつ様々な反徒の能力と資源に鑑み柔軟に一設定し、反徒軍構成員を反徒の恣意的な権力行使から保護すべきこと、を提示した。

以上を踏まえると、人道法は、反徒と自軍構成員との関係を規律する實際上唯一の重要な国際法枠組みであるが、その実施においては未だ反徒軍構成員を反徒の恣意的権力行使から十分に保護する内容にはなっていない。

IV 結語

人道法は一般に *inter-party relations* を規律するが、特定の場合に *intra-party relations* も規律する。後者の最重要の例として、基本的保障がある。人道法の中核的規範とも言える基本的保障が *intra-party relations* も規律することは、その論理構成に争いは残るとしても、それ自体妥当である。私見では、基本的保障は、敵対行為遂行以外の状況では、「敵対行為に直接参加しない者」かを問わず、武力紛争と関連して規定の被害（例えば性暴力や不正な裁判）を受ける全ての者を保護し、ゆえに *intra-party relations* も規律すると考える。このことは、国家と異なり人権法の適用を当然視できない反徒と自軍構成員との関係にとって極めて重要である。にも拘らず、とくに反徒が自軍構成員に対して負う「公正な裁判」義務の中身が不明確なままで、反徒軍構成員を反徒の恣意的権力行使から十分に保護できていないという問題が横たわっている¹⁴⁶。

本稿は「人道法」による *intra-party relations* の規律に焦点を当て、「人権法」との関係には踏み込まなかった。この点は残された課題と言える。差し当たり2つの論点を提示しておく。

第一に、国家と自軍構成員との関係について、武力紛争下で国家の不適切な軍事作戦の計画・実施ゆえに自軍構成員を死亡させた場合、当該国家は如何なる人道法又は／及び人権法上の義務違反を問われるのか。「敵対」関係ではない国家と自軍構成員との関係は、敵対行為遂行を規律する人道法の対象外であるが、上述のように基本的保障は敵対行為遂行以外の状況では自軍構成員を含め全ての者を武力紛争に関連する規定の被害から保護する。加えて、人権法も国家と自軍構成員との関係を規律する。では、自軍構成員の生命に関し国家が人道法（基本的保障）上負う義務と人権法上負う義務とは如何なる関係にあるのか。人道法と人権法が抵触し人道法が人権法に優先適用されるのか、それとも両者は抵触せず人権法が人道法を補完ないし補強するのか。そもそも、自軍構成員の生命を軍事的に不必要な又は回避可能な危険に晒すことが、人権法上の生命権保護義務に違反するのかは明確でな

¹⁴⁶ ICC の Al-Hassan 事件では初めてこの問題が取り扱われており、今後の進展が注目される。See, *The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud*, ICC-01/12-01/18, Pre-Trial Chamber, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, 13 novembre 2019, paras. 369-386.

く¹⁴⁷、人道法上はその位置付け自体が議論される必要があろう。

第二に、反徒と味方文民（とりわけ反徒の領域的支配下にある文民）との関係は、反徒と自軍構成員との関係に比べ複雑で、かつ人道法だけでは対応できず、人権法の規律も必要になるのではないか。現代の非国際的武力紛争はしばしば長期化し、反徒が対立する国家の領域の一部を支配し、そこに所在する文民を「統治」という事態が生じている¹⁴⁸。ここに言う統治は、合法的な政府によらない事実上の住民生活の組織的管理を指し、具体的には、犯罪取り締まり等の治安維持、食料供給網の保護、公衆衛生や教育といった公共サービスの提供、民事紛争の解決、税金の徴集を含む¹⁴⁹。しかし、非国際的武力紛争を規律する人道法は、国際的武力紛争における占領法に相当するものを用意していない¹⁵⁰。たしかに、人道法は、反徒を含む紛争当事者のコントロール下にある領域全体に渡って、敵対行為が生じていない場合にも適用されるが¹⁵¹、「武力紛争と関連する」行為にしか適用されない。公共サービスの提供や民事紛争の解決といった事柄は明らかに「武力紛争と関連する」とは言えない。他方で、反徒が文民にそれら様々な統治権力を行使する事態は武力紛争がなければそもそも生じえなかったとすれば、反徒の全ての統治行為はある意味で「武力紛争と関連する」とも言えるかもしれない¹⁵²。とはいえ、やはり人道法のみでは反徒支配下の文民の基本的な日常生活全般をカバーすることは到底できず、少なくとも人権法が補完する必要がある、さらに、文民の保護を高める観点からは人権法が直接に反徒を拘束する根拠とその具体的な義務内容が検討されるべきということになる¹⁵³。

¹⁴⁷ 武力紛争下のイラクに派遣された英軍構成員が、防護装備の完全でない戦車や車両での任務中に友軍誤射を受けたり爆発装置を探知できなかつたりして死亡した事件につき、2013年英国最高裁判所判決は4:3という僅差の多数意見で、自軍構成員がその生命を守るのに必要な軍事訓練を施したり軍需品を供給しないこと等の軍事作戦上の失敗によって自軍構成員が死亡する場合、国家は合理的に予測可能で現実の切迫した生命への危険が自軍構成員に及ぶのを防止するために現実的で過度の負担にならない措置を講じなければ、その人権法上の生命権保護義務に違反する、とした。*Smith and Others v. The Ministry of Defence*, [2013] UKSC 41, Judgment of 19 June 2013, paras. 62-63, 68, 73 and 78. しかし、その少数意見のように、事前の又は戦闘任務中に現場でなされる軍需品供給に関する決定は軍需品を使用する軍事行動を考慮することと切り離せず、それらは全て本質的に司法判断に適していない (non-justiciable) 問題である、との考えも根強い (*Ibid.*, paras. 125, 135 and 148)。

¹⁴⁸ ICRCの推計では、2020年時点で反徒の排他的な統治下にある文民は、世界中で5～6千万人に及ぶ。Jerome Drevon and Irénée Herbert, “Engaging armed groups at the International Committee of the Red Cross: Challenges, opportunities and COVID-19” *International Review of the Red Cross*, Vol. 102, No. 915 (2020), pp. 1025-1026.

¹⁴⁹ Zachariah Mampilly, *Rebel Rulers: Insurgent Governance and Civilian Life during War* (Cornell University Press, 2011), p. 4.

¹⁵⁰ 国家は人道法を作る際、反徒が自国領域の一部を「占領」するなどという「怖い考え」を「端的に無視」したとされる。See, Marco Sassòli, “L’administration d’un territoire par un groupe armé, peut-elle être régie par le droit?”, in Michel Hottelier, Maya Hertig Randall and Alexandre Flückiger (eds), *Études en l’honneur du Professeur Thierry Tanquerel* (Schulthess, 2019), p. 269.

¹⁵¹ *Tadić* Decision, *supra* note 96, paras. 69–70.

¹⁵² Tilman Rodenhäuser, “The Legal Protection of Persons Living under the Control of Non-State Armed Groups” *International Review of the Red Cross*, Vol. 102, No. 915 (2020), pp. 1002–1004.

¹⁵³ E.g., Daragh Murray, *Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups* (Hart Publishing, 2016); Katharine Fortin, *The Accountability of Armed Groups under Human Rights Law* (Oxford University Press, 2017).

