

INTERPRETIVE GUIDANCE ON THE NOTION OF DIRECT PARTICIPATION
IN HOSTILITIES UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

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

赤十字国際委員会法律顧問 ニルス・メルツァー 著



ICRC



ICRC

International Committee of the Red Cross

赤十字国際委員会 駐日事務所

〒105-0001 東京都港区虎ノ門5-13-1 虎ノ門40MTビル6階

TEL:03-6459-0750 FAX:03-6459-0751

tok_tokyo@icrc.org www.jrc.or.jp/ICRC/

©ICRC, June 2012 原文:英語

INTERPRETIVE GUIDANCE ON THE NOTION OF DIRECT PARTICIPATION
IN HOSTILITIES UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

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

赤十字国際委員会法律顧問 ニルス・メルツァー 著
防衛大学校総合安全保障研究科准教授 黒崎 将広 訳

目次

CONTENTS

序文	4
謝辞	7
序論	8
1. 本解釈指針の目的と性質	8
2. 文民による敵対行為への参加という問題	9
3. 主要な法的諸問題	10
第1部：ICRC 勧告	13
第2部：勧告と解説	17
A. 文民の概念	18
I. 国際的武力紛争における文民の概念	18
1. 文民、軍隊、および群民兵という諸概念の相互排他性	18
2. 軍隊	19
3. 群民兵	22
4. 結論	22
II. 非国際的武力紛争における文民の概念	23
1. 文民、軍隊、および組織された武装集団という諸概念の相互排他性	23
2. 国の軍隊	25
3. 組織された武装集団	26
4. 結論	29
III. 民間請負業者と文民たる従業員	30
1. 民間請負業者と文民たる従業員に関連した特有の困難	30
2. 国際的武力紛争	31
3. 非国際的武力紛争	32
4. 結論	32
B. 敵対行為への直接参加の概念	33
IV. 特定の行為としての敵対行為への直接参加	34
1. 敵対行為への直接参加の概念の基本的構成要素	34
2. 特定の行為への制限	35
3. 結論	36

V. 敵対行為への直接参加の構成要素	37
1. 危害の敷居 (threshold)	37
2. 直接因果関係	40
3. 交戦者とのつながり	46
4. 結論	51
VI. 敵対行為への直接参加の開始と終了	52
1. 準備措置	52
2. 展開と帰還	53
3. 結論	54
C. 保護の喪失を規律する手続	55
VII. 保護の喪失の時間的範囲	55
1. 文民	56
2. 組織された武装集団の構成員	57
3. 結論	58
VIII. 予防措置と疑いのある場合の推定	59
1. 実行可能な予防措置の要求	59
2. 文民の保護の推定	60
3. 結論	61
IX. 直接の攻撃の際の力の行使に関する制約	62
1. 国際人道法の個別諸規定に定められた禁止と制限	62
2. 軍事的必要性と人道性という諸原則	63
3. 結論	66
X. 文民の保護の回復が意味するもの	67
1. 国内訴追免除の欠如	67
2. 国際人道法を尊重する義務	68
3. 結論	68
訳者あとがき	70

序文

FOREWORD

文民の保護は国際人道法の主たる目標の1つである。敵対行為の遂行に関する同法の諸規則に基づき、文民たる住民と個々の文民は、敵対行為の影響からの一般的保護を享有する。このため同法は、文民たる住民と戦闘員とを常に区別し、軍事目標のみを行動の対象とする義務を武力紛争当事者に課している。国際人道法はまた、文民を故意の攻撃の対象とすることができないことも規定している。同様に、国際人道法は、文民が敵の権力内にある場合には人道的に取り扱われねばならないことを要求している。このように多岐にわたる規範は、生命を脅かすあらゆる形態の暴行および拷問、または残虐的、非人道的、もしくは品位を傷つける取扱いを禁止する規定を含む、国際人道法の多くの規定に表れている。

今日では奇異に思えるかもしれないが、文民の包括的な保護は、常に国際人道法の主な焦点であったわけではない。国際人道法の起源は、少なくとも条約上の規則という点では、概ね文民たる住民が敵対行為の直接の影響から隔離され、実際の戦いが戦闘員によってのみ遂行されていた時代にある。最初のジュネーヴ条約が採択された1864年、軍は明確に前線の引かれた戦場で対峙していた。軽減される必要があったのは、交戦の後、負傷して、または死を目前にして横たわっていた何万もの兵士の苦痛であった。文民の保護にも対処する必要が出てきたのは、兵器にまつわる技術革新が戦時に大規模な文民の苦痛と犠牲者を引き起こすようになってからのことである。

やがて、とりわけ第2次世界大戦後になると、国際人道法は、ますます頻発する文民による敵対行為への直接参加の影響をも規制しなくなってきた。次の2つの事態がこれを象徴するものである。第1は民族解放戦争で、政府軍が植民地住民の自由のために戦う「不正規」の武装編隊と対峙していた。1977年、第1追加議定書は、このような戦争を特定の状況下では国際的性質を有するとみなすことができると認めた。第2の事態は、今日では一般的なものとなったが未だ大きな関心事であり続ける国際的性質を有さない武力紛争である。それは、政治的、経済的その他の理由から、政府軍と組織された非国家の武装集団との間で、あるいは当該集団同士で行われる。こうした類の紛争においては、文民たる住民の一部が事実上戦闘部隊へと変貌するが、文民が主な犠牲者でもあることから、当該紛争が無数の生命の損失、傷害および破壊の原因となり続けていることはいうまでもない。

国際人道法は、ジュネーヴ諸条約の両追加議定書にある基本ルールを規定することで、文民による敵対行為への参加が増大しているという傾向に対処してきた。そのルール

に基づいて文民は、「敵対行為に直接参加していない限り」直接の攻撃からの保護を受ける。この概念——敵対行為への直接参加——の意味こそ、本解釈指針が解説しようとするものである。敵対行為への直接参加という概念を検討するにあたり、赤十字国際委員会（ICRC）は、同概念の実際の適用をめぐる長きにわたるジレンマ（例えば、ある者が昼は保護される農夫だが、夜には標的にできる兵士となりうるのか）に直面せざるをえなただけでなく、明確化の必要性を一層際立たせる最新の傾向にも取り組まねばならなかった。そうした傾向の1つは、市街戦の場合を含め、敵対行為が文民たる住民の密集している地域で行われるようになったという著しい変化である。それはこれまでに例のない文民と武装行為主体との混同を特徴としている。もう1つの傾向は、かつては伝統的に軍の担ってきた任務を、民間請負業者や文民たる公務員のような各種文民に外部委託するケースが増えてきたことである。これにより、直接の攻撃からの保護を享有する者としらない者とを区別することが一層困難になった。3つ目の傾向でとくに憂慮すべきことは、文民であれ軍隊または武装集団の構成員であれ、敵対行為に直接参加する者が自己を文民から十分に区別することができなくなってきたことである。

本解釈指針は、区別原則の実施を強化するために「敵対行為への直接参加」の概念の法的読解を提供するものである。文民を対象とする攻撃を完全に禁止するためには、武力紛争——国際的であろうと非国際的であろうと——の当事者の軍隊と文民とを区別する必要があり、さらに敵対行為に直接参加することが一切ない文民と、もっぱら敵対行為に単独で、散発的にまたは非組織的に直接参加する文民とを区別する必要もある。本文書は、敵対行為への直接参加の概念に関する国際人道法の解釈に指針を与えることで、これらの区別を容易にしようとするものである。その際、本文書は次の3つの問題について考察する。つまり、区別原則の適用上、誰が文民とみなされるのか、どのような行為が敵対行為への直接参加に当たるのか、そしてどのような手続が直接の攻撃からの保護の喪失を規律するのか、である。

本解釈指針で与えられる回答とそこで得られる解釈は、最も困難であるが未だ解決されていない国際人道法諸問題の1つに取り組むものである。ICRCは、人道的理由から実際の文民保護を強化する必要性と、国際人道法のより良い理解と誠実な適用にむけて努力するようICRCに与えられてきた国際的負託の双方に基づき、敵対行為への直接参加の概念に関する検討に着手した。このことに関連して次の3つの所見を述べておくのが適当である。第1に、本指針はもっぱらICRCの見解の表明にすぎない。敵対行

為への直接参加の概念に関する国際人道法については著名な法律専門家集団により何年にもわたって考察がなされ、ICRCはこれに対して多大な感謝の意を表す。ただし、ここで明示された見解は、あくまでもICRCとしての見解である。第2に、本解釈指針は、ICRCの見解を反映しているものの、法的に拘束する性質を有した文書ではなく、またそのような拘束力を持ち得ない。国家の合意（条約）、そして特定の問題に関する法的な義務感から踏襲された国家実行（慣習）だけが、拘束力を有する法を生み出すことができる。第3に、本指針は法の変更を意図するものではなく、既存の法の範囲内で敵対行為への直接参加の概念に解釈を与えるものである。

本文書は、敵対行為への直接参加の概念を、敵対行為の遂行という点からのみ解釈している。それゆえ、ある者がいつ、どれほどの間、直接の攻撃からの保護を失うものとみなされるのかに関する指針を提供していることを別にすれば、本文書は、その者が敵の権力内に陥った際に敵対行為へ直接参加したことについてどう処遇されるかまでは扱っていない。その場合については国際人道法の他の諸規則がこれを規律しているのであるが、なかでも真っ先に問題となるのは、すでに述べた人道的取扱いの原則である。

残念なことに、文民による敵対行為への参加が増加しているという昨今の傾向が、やがて収束していくだろうと考える理由はほとんど見当たらないように思われる。今日では、これまで以上に、文民たる住民が誤ってあるいは恣意的に標的にされるのを防ぐべく、とりわけ困難で複雑な現代の戦闘状況の中で、区別原則をどのように実施すべきかという点で信頼できる指針に基づき、すべての実行可能な措置を講じることが何よりも重要である。この解釈指針を上梓するに当たり、敵対行為に直接参加しない人々が国際人道法の下で認められる人道的保護を確実に受けられるよう、ICRCが寄与することができれば幸いである。

ヤコブ・ケレンベルガー
赤十字国際委員会総裁

謝辞

ACKNOWLEDGEMENTS

本解釈指針は、赤十字国際委員会（ICRC）の機関刊行物であり、2003年から2008年にかけてICRCが実施した専門家の調査分析を経た成果である。

本解釈指針を構想、起草および刊行するにあたり、多くの人々の関与と貢献がなければ実現しなかったであろう。ここではそのうちの数名の名を挙げ、感謝を述べたい。まず初めに、2004年以降の専門家による調査分析のプロセスの責任者で、本解釈指針ならびに同プロセスの間に作成された大部分の背景文書および専門家会合報告書の執筆者でもある、ICRC法律顧問ニルス・メルツァー博士に対して個人的な感謝を述べたい。また、個人の資格で会合に参加してくれた専門家各位にも心から感謝の意を表したい。彼らの関与、専門的知見、そして経験なくして、明確化に向けた今回の作業が成功裏に終わることはなかったであろう。最後に、本解釈指針を作成する上で意見を寄せてくれ、組織内や専門家会合のフォローアップでも貴重な支援を提供し、また刊行の手助けをしてくれたICRCのすべての同僚に心から感謝したい。

赤十字国際委員会

2009年2月

序論

INTRODUCTION

1. 本解釈指針の目的と性質

本解釈指針の目的は、敵対行為への直接参加という概念に関する限りにおいて、国際人道法の解釈についての勧告を与えることである。したがって、**本解釈指針が行う10の勧告とそれらに付随する解説は、慣習上および条約上の国際人道法の拘束力ある規則を変更しようと努めるものではなく、現代の武力紛争において一般的に存在する状況に照らし、既存の国際人道法がいかに解釈されるべきかについて、ICRCの組織的立場を示すものである。**

本解釈指針はさまざまな淵源に依拠しているが、そこには、何よりもまず慣習上および条約上の国際人道法の規則および原則、また必要に応じて条約の準備作業 (*travaux préparatoires*)、国際判例、軍隊教範および標準的な法学文献が含まれる。加えて、国際人道法上の敵対行為への直接参加の概念を明確にすべく、ICRCとTMC アッセル研究所が共同で始めた専門家による分析調査プロセスで作成された膨大な資料も本解釈指針は活用している¹。2003年から2008年にかけて、5回にわたる非公式の専門家会合がハーグとジュネーブで開催されたが、それぞれの会合には、個人の資格で参加した学会、軍、政府、非政府組織の各界に属する40名から50名の法律専門家が集った²。

本解釈指針は、これら専門家会合における議論から広く情報を得ているが、必ずしも専門家たちの一致した見解や多数派の意見を反映しているわけではない。むしろ、多岐にわたる様々な関係関心事項を考慮に入れるとともに、国際人道法の目的および原則と合致する明確で一貫した法解釈を確保できるよう、バランスある実際の解決を提示するよう努めている。**最終的に本解釈指針についての責任は、国際人道法のより良い理解を促進し、またそのために活動することを諸国家からなる国際共同体より負託されている、中立的かつ独立した人道的組織としてのICRCが負っている**³。法的拘束力を持つ国際人道法の解釈は、権限ある司法機関や国家自身が集団で定式化できるようにするが、ICRCは、本指針を支える包括的な法的分析および人道的利益と軍事的利益の慎重なバランスによって、最終的な勧告が、国家、非国家の行為主体、実務家そして研究者にとって一様に説得力あるものとなることを願っている。

本解釈指針は10の勧告と解説からなる。それぞれの勧告はある特定の法的問題に関する国際人道法解釈についてのICRCの立場を要約しており、解説は各勧告の根拠を説明

1 専門家プロセスの過程で作成された報告書や背景文書等の資料のすべては、www.icrc.orgで入手できる。

2 専門家プロセスに関するさらなる情報については、*Overview of the ICRC's Expert Process (2003-2008)* という文書を見よ。

3 例えば、国際赤十字・赤新月運動規約 (Statutes of the International Red Cross and Red Crescent) 第5条2項 (c)、(g) を見よ。

している。本文全体にわたって、とりわけ意見の大きな相違が専門家たちの中で生じていた箇所については、関連する議論が記録された専門家会合の報告書や背景文書の一節を脚注として参照している。**本解釈指針のセクションと勧告は相互に密接に関連している**ので、**全体を通読してはじめてこれらを適切に理解することができる**。同様に、本指針を通じて取り上げられた諸事例は、ある特定の事態または行為の法的資格に関する絶対的な陳述ではなく、それらが言及された正確な文脈の範囲内で、なおかつ一般的に認められた国際人道法の規則や原則と合致して、誠実に解されねばならない。それらは、区別すべき場合に依拠する諸原則を説明することができるだけであり、関連する時と場所における実際の状況を注意深く評価することに取って代わることはできない。

最後に、**本解釈指針が、もっぱら敵対行為の遂行という点から敵対行為への直接参加の概念を考察していることは強調されるべきである**。本指針の結論は、自由を奪われた者たちのような敵対行為の外にある者の地位、権利、および保護を規制する国際人道法の解釈の基礎として資することまでは意図していない。さらに、本解釈指針はもっぱら国際人道法に関するものであるが、**その結論は、人権法または国家間武力行使を規律する法 (*jus ad bellum*) のような、その他の適用可能な国際法分野の下での敵対行為への直接参加に関連する諸問題の分析に何ら影響を与えるものではない**。

2. 文民による敵対行為への参加という問題

国際人道法の主な目的は、軍事的必要性と人道性とのバランスに基づき、武力紛争の犠牲者を保護し、敵対行為の遂行を規制することにある。国際人道法の根幹にあるのは、武力紛争当事者のために敵対行為を行う軍隊と、敵対行為に直接参加していないと推定され、それゆえ軍事行動から生ずる危険から保護されねばならない文民との区別原則である。歴史を通して、文民たる住民は、例えば武器、装備、食料および避難所の生産や供給、あるいは経済面、運営面、政治面での支援を通じて、絶えず武力紛争当事者の一般的な戦争遂行努力に寄与してきた。しかし、このような活動は戦場から離れたままであったし、しかも従来はごく少数の文民だけが軍事行動を行うことに関与していたにすぎなかった。

ところが、ここ数十年でこのパターンは大きく変化した。敵対行為が文民たる住民の密集している地域で行われるようになったことで、文民と武装行為主体との混在は増え、文民による軍事行動に関連した活動へのより密接な関与も促された。ごく最近では、伝統的に軍の担ってきた任務を外部委託することが増えてきたことで、多くの民間請負業者、文民たるインテリジェンス要員その他文民たる公務員が、現代の武力紛争の世界に投入されるようになった。さらに軍事行動はしばしばかつてないレベルの複雑さにまで達し、様々な場所で相互に依存した人的および技術的資源の多種多様な協同を伴ってきている。

現代戦の持つこれら様相のすべてが、正当な軍事目標と直接の攻撃から保護される者との区別について混乱と不確実性を引き起こした。たとえば、秘密軍事行動の最中に、あるいは昼は農夫として夜は兵士として活動する際に、武装行為主体が自己と文民たる住民とを区別しない場合、これらの困難はさらに増す。その結果、文民は錯誤によるまたは恣意的な標的選定の犠牲になるおそれが増す一方、(敵を適切に特定することのできない) 軍隊は文民たる住民と区別することのできない者によって攻撃される危険を一層冒すことになる。

3. 主要な法的諸問題

こうした傾向は、文民と軍隊とを区別するだけでなく、敵対行為に直接参加する文民とそうでない文民とをそれぞれ区別することもまた重要であることを明確に示している。国際人道法上、敵対行為への直接参加の概念とは、文民によって行われる場合に、軍事行動によって生ずる危険からの保護を停止させる行為を指している⁴。最も注目すべきこととして、自己が敵対行為に直接参加している間、文民は戦闘員であるかの如く直接攻撃せられる。ジュネーブ諸条約共通第3条に由来する敵対行為への直接参加 (direct or active part in hostilities) の概念は、国際人道法上の多くの規定にみられる。しかし、それがもたらす重大な法的帰結にもかかわらず、ジュネーブ諸条約と追加諸議定書のいずれも敵対行為への直接参加の定義を規定していないのである。こうした状況から、国際的、非国際的武力紛争の双方に適用される国際人道法において、以下の3つの問題を明確にすることが求められている。

- 区別原則の目的に照らして文民とみなされるのは誰か？

この問いに答えることにより、敵対行為に直接参加していない限り直接の攻撃から保護される文民の範囲が決まる⁵。

- いかなる行為が敵対行為への直接参加に当たるのか？

この問いに答えることにより、直接の攻撃からの文民の保護を停止させる個別の行為が決まる⁶。

4 本解釈指針の目的上、「敵対行為への直接参加 (direct participation in hostilities)」、「敵対行為に直接参加している (taking a direct part in hostilities)」および「敵対行為に直接参加している (directly participating in hostilities)」という表現は同義的に用いられる。

5 敵対行為を行わない者の地位、権利および保護は、文民としての資格によってではなく、関連する地位、権利および保護を付与する規定の正確な属人的適用範囲によって決まる (例えば、ジュネーブ第3条約第4条、ジュネーブ第4条約第4条、ジュネーブ諸条約共通第3条、第1追加議定書第75条、第2追加議定書第4-6条)。

6 簡潔な記述のため、文民による敵対行為への直接参加の帰結について議論する際、本解釈指針ではこれを「直接の攻撃」からの保護の喪失を一般的に指すものとする。特段の記述のない限り、この用語はその他の「軍事行動から生ずる危険」からの文民の保護の停止をも含む (第1追加議定書第51条1項、3項。第2追加議定書第13条1項、3項)。これにより、例えば敵対行為に直接参加する文民は、直接攻撃せられるのみならず近傍の軍事目標が攻撃される場合の均衡性評価において考慮されることもない、ということになる。

- ・いかなる手続が直接の攻撃からの保護の喪失を規律するのか？

この問いに答えることにより、直接の攻撃からの保護が喪失する期間、予防措置と疑いのある場合の推定、正当な軍事目標に対する力の行使を規律する規則と原則、そして直接の攻撃からの保護を回復することの結果、といった諸問題が明らかになるだろう。

第1部:

敵対行為への直接参加の概念に関する
国際人道法の解釈についての

ICRC勧告

RECOMMENDATIONS OF THE ICRC
concerning the interpretation of international humanitarian law
relating to the notion of direct participation in hostilities

I. 国際的武力紛争における文民の概念

国際的武力紛争における区別原則の目的上、紛争当事者の軍隊の構成員でも群民兵でもないすべての者は文民であり、したがって敵対行為に直接参加していない限り、直接の攻撃からの保護を受けることができる。

II. 非国際的武力紛争における文民の概念

非国際的武力紛争における区別原則の目的上、紛争当事者たる国の軍隊または組織された武装集団の構成員でないすべての者は文民であり、したがって敵対行為に直接参加していない限り、直接の攻撃からの保護を受けることができる。非国際的武力紛争において組織された武装集団は、非国家たる紛争当事者の軍隊を構成し、敵対行為への直接参加を継続的任務とする個人のみで構成される（「継続的戦闘任務」）。

III. 民間請負業者と文民たる従業員

文民たる武力紛争当事者の民間請負業者と従業員は（上記、IIを見よ）、敵対行為に直接参加していない限り、直接の攻撃からの保護を受けることができる。ただし彼らは、たとえ敵対行為に直接参加しなくても、自己の活動内容や位置によっては付随的な死傷の危険に一層さらされるおそれがある。

IV. 特定の行為としての敵対行為への直接参加

敵対行為への直接参加という概念は、武力紛争当事者間で行われる敵対行為の一環として、個人により遂行される特定の行為を指す。

V. 敵対行為への直接参加の構成要素

敵対行為への直接参加を構成するには、ある特定の行為が、次の累積基準を満たしていなければならない。すなわち、

1. 当該行為は、武力紛争当事者の軍事行動もしくは軍事能力に不利な影響を及ぼすおそれがあるか、また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与えるおそれがあるものでなければならない（危害の敷居）。
2. 当該行為と、当該行為または当該行為が不可分の一部をなす協同軍事行動のいずれかから生じるおそれのある危害との間に、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支援しかつ他方の当事者を害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）。

VI. 敵対行為への直接参加の開始と終了

敵対行為への直接参加という特定の行為を実施するための準備の措置は、実施場所への展開および実施場所からの帰還と同様に、当該行為の不可分の一部を構成する。

VII. 保護の喪失の時間的範囲

敵対行為への直接参加に当たる特定の個別行為を行う間、文民は直接の攻撃からの保護を失う。他方、非国家の武力紛争当事者に属する組織された武装集団の構成員は、文民でなくなり（上記IIを見よ）、継続的戦闘任務を負っている限り、直接の攻撃からの保護を失う。

VIII. 予防措置と疑いのある場合の推定

ある者が文民であるかどうか、また文民である場合にその文民が敵対行為に直接参加しているかどうかを決定するには、すべての実行可能な予防措置がとられなければならない。疑いのある場合、その者は直接の攻撃から保護されていると推定されなければならない。

IX. 直接の攻撃の際の力の行使に関する制約

戦闘の特定的手段と方法について国際人道法により課された制約に加え、またその他の適用可能な国際法領域から生じるさらなる制限の適用を妨げることなく、直接の攻撃からの保護を受けることのできない者を相手に許容される力の種類と程度は、当面する状況において正当な軍事目的を達成する上で実際に必要なものを超えてはならない。

X. 文民の保護の回復が意味するもの

国際人道法は、文民による敵対行為への直接参加を禁止することも特権を付与することもしない。文民が敵対行為に直接参加するのをやめる場合、または非国家の武力紛争当事者に属する組織された武装集団の構成員が自己の継続的戦闘任務を負わなくなる場合、彼らは直接の攻撃からの文民の保護を完全に回復するが、自らの行った国内法および国際法の違反に対する訴追を免れない。

第2部:

勧告と解説

RECOMMENDATIONS AND COMMENTARY

A. 文民の概念

THE CONCEPT OF CIVILIAN

区別原則の目的上、文民の定義は、敵対行為に直接参加していない限り、直接の攻撃からの免除を享有する者を指している⁷。国際人道法が文民以外の者に直接の攻撃からの免除を与えている場合、保護の喪失と回復は、敵対行為への直接参加の概念と必ずしも同じではないが、それと類似した基準によって規律される⁸。したがって、敵対行為への直接参加という概念自体を解釈する前に、国際的および非国際的な武力紛争に適用される国際人道法上の文民の概念を明確にしておく必要があるだろう。

I. 国際的武力紛争における文民の概念

国際的武力紛争における区別原則の目的上、紛争当事者の軍隊の構成員でも群民兵でもないすべての者は文民であり、したがって敵対行為に直接参加していない限り、直接の攻撃からの保護を受けることができる。

1. 文民、軍隊、および群民兵という諸概念の相互排他性

第1追加議定書⁹によれば、国際的武力紛争の事態において、文民は、紛争当事者の軍隊の構成員でも群民兵として参加する者でもないすべての者として消極的に定義されている¹⁰。第1追加議定書以前の条約上の国際人道法は文民を明確に定義していないものの、ハーグ規則 (H I V R) とジュネーブ諸条約 (G C I-I V) で用いられる用語はそれでも文民、軍隊および群民兵といった諸概念が相互に排他的であること、ならびに敵対行為の遂行に加わる者または敵対行為の遂行によって影響を受ける者のすべてがこれら3つのカテゴリーの中の1つに該当することを示唆している¹¹。換言すれば、国際的武力紛争を規律するすべての文書上、文民の概念は、軍隊と群民兵の定義に該当しない

7 第1追加議定書第51条3項、第2追加議定書第13条3項。またHenckaerts/Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume 1: Rules* (Cambridge University Press, 2005), Rules 6 [以下、*Customary IHL*] も見よ。本指針で用いられる「直接の攻撃からの保護の喪失」という用語については、上記注6を見よ。

8 例えば、軍隊の医療要員や宗教要員は、その特権的任務から逸脱した「敵対的な」行為または「有害」行為の場合に、その保護を失う (ジュネーブ第1条約第21条、第2追加議定書第11条2項。 *Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 25)。戦闘外にある戦闘員は、「敵対行為」を行うか、あるいは「逃走を企てる」場合にその保護を失う (第1追加議定書第41条2項)。

9 2008年11月現在、168カ国が第1追加議定書の締約国である。さらにジュネーブ諸条約の批准は事実上全世界に及んでいる (194カ国が締約国)。

10 第1追加議定書第50条1項。 *Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 5によれば、この文民の定義は国際的武力紛争における慣習国際人道法を反映している。ジュネーブ第3条約第4条A項 (1)、(2)、(3) に規定するカテゴリーは、第1追加議定書第43条1項における軍隊の一般的定義に含まれている。Sandoz et al. (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Geneva: ICRC, 1987), §§ 1916 f. [以下、*Commentary AP*] も見よ。

者として定められている¹²。軍隊と群民兵双方の定義については以下でさらに詳しく考察する。

2. 軍隊

a) 基本概念

第1追加議定書によれば、紛争当事者の軍隊は、部下の行動について当該紛争当事者に対して責任を負う司令部の下にある、組織されおよび武装したすべての兵力、集団および部隊からなる¹³。一見したところ、この広範囲で機能的な軍隊の概念は、ハーグ規則やジュネーブ諸条約を基礎とする軍隊の概念よりも広いように思われる。これらの条約は軍隊を明確に定義していないが、国内法でそのようなものとして認められた正規の軍隊とは別の民兵隊や義勇隊の構成員に対して次の4要件を満たすことを求めている。すなわち、(a) 責任を負う指揮官、(b) 遠方から認識することのできる固着の特殊標章、(c) 公然と武器を携行していること、(d) 戦争の法規および慣例に従って行動していることである¹⁴。しかし厳密に言えば、これらの要件は、捕捉後における戦闘員の特権と捕虜の地位に対する不正規の軍隊の権利に関する条件を構成するものであって、紛争当事者の軍隊の構成要件ではない。

それゆえ、4要件を満たすことのできない不正規の軍隊の構成員は、捕捉後に戦闘員の特権と捕虜の地位を得る権利を有しないからといって¹⁵、敵対行為の遂行といった点に

11 例えばブリュッセル宣言(1874年)第22条2項とハーグ規則第29条(1907年)は、「文民」を「兵士」と対比させて規定している。同じく、タイトルが示唆するように、ジュネーブ諸条約(1949年)は「文民(civilian persons)」(ジュネーブ第4条約)という一般カテゴリーを「軍隊」(ジュネーブ第1、第2条約)の構成員を補充するものとして用いている。各々の条約の適用範囲は個々のタイトルにいう一般カテゴリーと正確には一致しないが、4つの条約すべてにおいて「文民」や「軍隊」というカテゴリーが相互に排他的なものとして用いられていることは明らかである。例えば、ジュネーブ第1、第2、第4条約は「文民」たる傷者、病者および難船者(第1条約第22条5項、第2条約第35条4項、第4条約第20、21、22条)を、第1、第2条約によって保護される一般カテゴリーすなわち「軍隊」の傷者、病者および難船者(第1、第2条約のタイトル)の対語として規定している。同じく第4条約第57条も、「軍」の傷者および病者を第4条約が保護する一般カテゴリーすなわち「文民」の対語として規定している。ジュネーブ諸条約のその他の規定も「文民」を「軍」(第3条約第30条2項:「軍又は軍以外(civilian)の医療施設」、第4条約第32条:「文民機関又は軍事機関」、第4条約第144条1項「軍事教育及び非軍事教育(civil instruction)」、第3条約第93条2項:おそらくは軍服の対語としての「軍服以外の被服(civilian clothing)」、第4条約第18、19、20、57条:おそらくは軍用病院の対語としての「文民病院」、第4条約第144条2項「文民の当局、軍当局、警察当局その他の当局」)または「戦闘員及び非戦闘員」(第4条約第15条)の対語として用いている。文民、軍隊の構成員、群民兵のいずれの資格も有しないさらなる人間のカテゴリーの存在など、どの文書も示唆してはいないのである。

12 *Commentary AP* (above N 10), § 1914もまた肯定的である。旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所(ICTY)は、国際的武力紛争の場合に関する文民の概念を、「軍隊の構成員でない、あるいはもはやそうでない者」と定義した(ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, Case No.IT-95-14-T, Judgment of 3 March 2000, § 180)。専門家会合の間の関連する議論については、Report DPH 2005, pp. 43f, 58, 74; Report DPH 2006, pp. 10, 12ff.; Report DPH 2008, pp. 35, 37を見よ。

13 第1追加議定書第43条1項: *Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 4.

14 ハーグ規則第1条、ジュネーブ第1、第2条約第13条1、2、3、6項、ジュネーブ第3条約第4条A項(1)、(2)、(3)、(6)。

15 ICRCの見解では、国際的武力紛争において、ジュネーブ第3条約第4条に基づく捕虜の資格のないすべての者には、慣習法の性格を得た第1追加議定書第75条に定める基本的な保障が与えられねばならず、また、ジュネーブ第4条約第4条の国籍要件を条件として、彼らは同条約の意味における「被保護者」にとどまる。

ついてまでその者が必然的に軍隊のカテゴリーから除外されて文民とみなされねばならないということにはならない¹⁶。むしろ、単に自己を文民たる住民と区別したり、公然と武器を携行したり、あるいは戦争の法規および慣例に従って行動したりすることができないという理由で文民たる住民に与えられたより保護の手厚い法制度の下に不正規の軍隊を置けば、それは区別原則の論理に反することになるだろう。したがって、ハーグ規則やジュネーブ諸条約の規定上ですら、軍事面で十分組織化された紛争当事者に属するすべての武装行為主体は、その当事者の軍隊の一部とみなされねばならないのである¹⁷。

b) 紛争当事者に「属する」ことの意味とその重要性

組織された武装集団が国際人道法上の軍隊の資格を持つには、その集団が紛争当事者に属していなければならない。この要件は、明文では組織的抵抗運動団体を含む不正規の民兵隊や義勇隊についてのみ明らかにされているのであるが¹⁸、紛争当事者「の」軍隊について諸条約が規定している箇所ではすべてこのことが暗示されている¹⁹。「属する」という概念は、組織された武装集団と紛争当事者との間に少なくとも事実上の関係があることを要求している。この関係は公式に宣言されることがあるが、黙示の合意やその集団がどの当事者のために戦っているのかを明らかにする決定的な行為によって示されることもある²⁰。組織された武装集団の行為が国家責任の国際法に基づいて国に帰属するなら、間違いなくその集団はその国に属しているといえることができる²¹。組織された武装集団の行為について国に責任を負わせるために求められる支配の程度は、国際法において解決されてはいない²²。実際のところ、組織された武装集団が紛争当事者に属するためには、同集団がその当事者の合意を得てその当事者のために敵対行為を行っていることが不可欠であるように思われる²³。

16 間諜（ハーグ規則第29-31条、第1追加議定書第46条）や国際人道法が要求するような自己を区別すること（第1追加議定書第44条）のできない他の戦闘員の取り扱いが示すように、戦闘員の特権または捕虜の地位に対する権利の喪失は、必ずしも軍隊の構成員であることまでも失わせるものではない。

17 2006年の専門家会合の間の支配的な意見はこの解釈を支持するものであったが、このアプローチによってジュネーブ第3条約でも第4条約でも保護されない者のカテゴリーが生まれると誤解されかねないことについていくつか懸念が示された（Report DPH 2006, pp. 15 f.）。この点におけるICRCの立場については、例えば上記注15を見よ。

18 ジュネーブ第1、第2条約第13条、第3条約第4条A（2）を見よ。

19 例えば、ハーグ規則第3条、ジュネーブ第3条約第4条A（1）、および第1追加議定書第43条を見よ。

20 Pictet (ed.), *Commentary on the Third Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War* (Geneva: ICRC, 1960), p. 57 [hereinafter: *Commentary GC III*].

21 Report DPH 2006, p. 16も見よ。

22 この点における基本的立場については、とりわけ注目すべきものとして次を見よ。ICJ, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment of 27 June 1986 (Merits), § 115; ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-A, Judgment of 15 July 1999 (Appeals Chamber), § 145; ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment of 27 February 2007, § 413; ILC, Report to the General Assembly on the work of its 53rd session (2001), UN Doc. A/56/10, Draft Article 8, Commentary § 5.

23 下記注26も見よ。

国際的武力紛争の一方の当事者に属することなく、組織的な武力による暴力行為を別の当事者に対して行っている集団は、第1追加議定書、ハーグ規則およびジュネーブ諸条約のいずれに基づこうとも、その当事者の軍隊の構成員とみなすことはできない。したがって、これら3つの文書上、彼らは文民である²⁴。他に見解があるとするなら、それはすべての武力紛争における紛争当事者の軍隊と文民たる住民との間の区別を放棄するものだろう。またそれは、国家間の対立であって国家と非国家たる行為主体との間の対立ではないという国際的武力紛争の定義と矛盾するものにもなるだろう²⁵。国際的武力紛争のより広い文脈の中で当該紛争の当事者に属することなく行動する組織された武装集団であれば、必要とされる敷居に暴力行為が達することを条件として、別個に存在する非国際的武力紛争の当事者とみなすことはできる²⁶。その場合、個人が文民であるか紛争当事者の軍隊の構成員であるかは、非国際的武力紛争を規律する国際人道法に基づいて決定されねばならないだろう²⁷。

最後に、国際的武力紛争の地位も非国際的武力紛争の地位も有しない組織的な武力による暴力行為は、その実行者が暴徒、テロリスト、海賊、暴力団、人質犯その他の組織的犯罪者のいずれであろうとも、法執行の問題に留まるということは指摘しておくべきである²⁸。

c) 構成員資格の決定

国の正規の軍隊の場合、個人の構成員資格 (membership) は一般的に国内法で規律され、制服、記章および装備によって識別できる常設部隊への公式の統合を通じて表される。同じことは、警察、国境警備隊または類似の制服部隊が国の正規の軍隊に編入される場合にも当てはまる。正規に構成された軍隊の構成員は、その軍隊で自己が担

24 これは専門家会合の間支配的な見解であった (Report DPH 2006, pp. 16 ff.; Report DPH 2008, pp. 43 f.)。この立場を反映した最近の国内判例については、次を見よ：Israeli High Court of Justice, *The Public Committee Against Torture v. the Government of Israel et al.*, (HCJ 769/02), Judgment of 13 December 2006, § 26. 同判決において裁判所は、国際的武力紛争を規律する国際人道法上、戦時占領 (belligerent occupation) の状況で行動する独立したパレスチナの武装集団は必ず文民の資格を持つと判示した。ただし、当該集団の構成員に関する保護の喪失の時間的範囲について、裁判所は次のように結論した：

「自己の『家』と化したテロ組織に参加した文民は、当該組織における自己の役割の枠組みの中で連続した敵対行為を行っている。その合間には束の間の休息の期間があるわけだが、そのような連続した敵対行為を『行っている間』、その者は攻撃からの免除を喪失する。実際、そのような文民にとって、敵対行為の合間の休息は次の敵対行為のための準備に他ならない。」(Ibid., § 39)。

25 Report DPH 2006, pp. 16 ff., 52 f.; Report DPH 2008, pp. 43 f. も見よ。第1追加議定書の締約国にとって、国際的武力紛争を規律する法は、国家と第1追加議定書第1条4項の意味における民族解放団体との間の武力紛争にも適用される。

26 *Commentary GC III* (above N 20) p. 57によると「組織的抵抗運動団体は第2条の意味における『紛争当事国』のために戦っていないならば、そうでなければ非国際的武力紛争に関する第3条の規定が適用される。そのような民兵隊や義勇隊は自己を『紛争当事国』と称する権利を持たないからである。同一の武力紛争をより大きな背景の中で見たときに国際的武力紛争と非国際的武力紛争とが並行して存在する可能性があることについて、条約の準備作業は沈黙している。専門家会合の間の関連する議論については、DPH 2005, p. 10; Report DPH 2006, pp. 17 ff. and 53 f.; Report DPH 2008, pp. 43 f. を見よ。また、「暴動、独立の又は散発的な暴力行為その他これに類する性質の行動等国内における騒乱及び緊張の事態」(第2追加議定書第1条2項)が、別の非国際的武力紛争の発生に必要とされる「長期的な武力による暴力行為 (protracted armed violence)」の敷居に達しないことは留意しておくべきである (ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction of 2 October 1995, § 70)。

27 下記Section IIを見よ。

28 Report DPH 2006, p. 16; Report DPH 2008, pp. 44, 49を見よ。

う個別の行為または任務にかかわらず、文民ではない。区別原則の目的からして、現役の任務から離れて文民の生活に復帰する場合、それが除隊によるものであろうと任務を解かれた予備役兵としてであろうと、正規の国の軍隊における構成員としての地位は停止し、文民の保護が回復する。

紛争当事者に属する民兵隊、義勇隊または抵抗運動団体のような不正規の軍隊における構成員資格は、一般的に国内法によって規律されておらず、非国際的武力紛争における組織された武装集団に適用されるような任務基準に基づいて確実に決定することしかできない²⁹。

3. 群民兵

群民兵に関する限り、関連するすべての文書は同一の定義を基礎としているが、その定義は、未だ占領されていない領域の住民で、敵の接近に当たり、正規の軍隊を編成するとまがなく、侵入する軍隊に抵抗するために自発的に武器をとる者（ただし、公然と武器を携行し、なおかつ戦争の法規慣例を尊重することを条件とする）を指している³⁰。群民兵として参加する者は、その名が示すとおり、自発的に行動するがゆえに軍隊の構成員としての資格を有するための十分な組織や指揮を欠いているとはいえ、文民たる住民から除外される唯一の武装行為主体である。単に自発的、散発的または非組織的に敵対行為に直接参加するだけのその他の者はすべて、文民とみなされねばならない。

4. 結論

国際的武力紛争における区別原則の目的上、紛争当事者の軍隊の構成員でも群民兵でもないすべての者は文民であり、したがって敵対行為に直接参加していない限り、直接の攻撃からの保護を受けることができる。紛争当事者に属する、不正規に構成された組織的抵抗運動団体を含む民兵隊や義勇隊の構成員資格は、非国際的武力紛争における組織された武装集団に適用されるものと同一の任務基準に基づいて決定されねばならない。

29 下記Section II.3. (b) を、また民間請負業者についてはSection III.2を見よ。

30 ハーグ規則第2条、ジュネーブ第3条約第4条6項。また、第1追加議定書第50条1項におけるジュネーブ第3条約第4条6項への言及も見よ。

II. 非国際的武力紛争における文民の概念

非国際的武力紛争における区別原則の目的上、紛争当事者たる国の軍隊または組織された武装集団の構成員でないすべての者は文民であり、したがって敵対行為に直接参加していない限り、直接の攻撃からの保護を受けることができる。非国際的武力紛争において組織された武装集団は、非国家たる紛争当事者の軍隊を構成し、敵対行為への直接参加を継続的任務とする個人のみで構成される（「継続的戦闘任務」）。

1. 文民、軍隊および組織された武装集団という諸概念の相互排他性

a) 条約上の法における明確な定義の欠如

非国際的武力紛争を規律する条約上の国際人道法は、明文で定義することなく「文民」、「軍隊」および「組織された武装集団」の用語を用いている。したがってこれらの概念は、文脈によりかつ国際人道法の趣旨および目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈されねばならない³¹。

非国際的武力紛争における国の軍隊の構成員が文民の資格を有しないことは一般的に認められているが、同じことが組織された武装集団（すなわち、非国家たる武力紛争当事者の軍隊）にも当てはまるかどうかについて、条約、国家実行および国際判例は明確に解決してこなかった³²。組織された武装集団は国内法上正規軍隊の資格を有しえないのが一般的であるので、当該集団の構成員であるということは、単に文民による敵対行為への直接参加の継続的な形態にすぎないと結論づけたい衝動に駆られるかもしれない。そうなれば、組織された武装集団の構成員は、自己の継続的な敵対行為への直接参加ゆえに、構成員であるすべての期間は直接の攻撃からの保護を喪失する文民とみなされることになるだろう。しかしこのアプローチだと、とくに、自己の軍隊のすべてが文民たる住民の一部のままという非国際的武力紛争の当事者が生まれることになるので、区別原則の根底をなす人のカテゴリーの概念的一体性が大きく揺るがされてしまう³³。ジュネーブ諸条約共通第3条と第2追加議定書の文言や論理が明らかにしているように、紛争当事者の文民、軍隊および組織された武装集団は、非国際的武力紛争においても相互に排他的なカテゴリーなのである。

31 条約法に関するウィーン条約第31条1項。

32 *Customary IHL*, above N7, Vol. I, p. 19を見よ。

33 特定の行為を超えて敵対行為への直接参加という概念を広げることの危険性については、下記Section IV.2を見よ。専門家会合の間、敵対行為への継続的な直接参加に基づくアプローチは、行為に基づく保護の喪失（文民）と地位または任務（軍隊または組織された武装集団の構成員）という国際人道法によって定められた区別を曖昧にするものとして批判された。Background Doc. DPH 2004, p. 36; Background Doc. DPH 2005, WS IV-V, p. 10; Report DPH 2005, pp. 44, 48, 50を見よ。Report DPH 2006, pp. 20 ff.; Report DPH 2008, pp. 46 ff.も見よ。

b) ジュネーブ諸条約共通第3条

ジュネーブ諸条約共通第3条は、一般的に、敵対行為の遂行を規律するものとはみなされていないものの、その文言から、非国際的武力紛争における軍隊と文民たる住民との間の一般的な区別に関する結論をいくらか導き出すことはできる。とくに注目すべきは、ジュネーブ諸条約共通第3条が、「各紛争当事者」は「敵対行為に直接に参加しない者（武器を放棄した軍隊の構成員および病気、負傷、抑留その他の事由により戦闘外に置かれた者を含む。）³⁴に保護を与えなければならない」と規定していることである。したがって国家と非国家の紛争当事者は、双方ともに文民とは区別される軍隊を有している³⁵。この一節はまた、そうした軍隊の構成員が、他の者とは対照的に、自己の戦闘任務から離れる（「武器を放棄する」）かあるいは戦闘外に置かれる場合にのみ「敵対行為に直接に参加しない」とみなされることも明らかにしている。ゆえに単なる戦闘の停止というだけでは不十分である。このようにしてジュネーブ諸条約共通第3条は、紛争当事者のために「武器を携行しない」個人からなる文民の概念を暗示しているのである³⁶。

c) 第2追加議定書

第2追加議定書³⁷は、ジュネーブ諸条約共通第3条よりはるかに狭い適用範囲を有し、また同条とは異なる文言を用いているものの、人の一般的な分類については双方ともに同じである³⁸。1974-77年外交会議の間、第2追加議定書第25条1項の草案は、文民の概念を「軍隊または組織された武装集団の構成員でない者」を含むと定義していた³⁹。この条文は、同議定書を「簡略化」しようとする土壇場の努力の中で、敵対行為の遂行に関する他の大半の規定とともに削除されたが、最終的な文章は当初提案された文民の概念を反映したままである。同議定書によると、「軍隊」、「反乱軍」および「その他の組織された武装集団」は、「持続的にかつ協同して軍事行動を行う」任務と能力を有する⁴⁰。一方、「文民たる住民及び個々の文民」は、「敵対行為に直接参加していない限り」、これらの実力組織（forces）によって行われた「軍事行動から生ずる危険からの一般的保護を受ける」⁴¹。

34 ジュネーブ諸条約共通第3条。

35 *Commentary GCIII* (above N 20) p. 37によると、「一般的に言えば、第3条に規定される紛争とは、双方側の『軍隊』が『敵対行為』に従事している武力紛争——要するに多くの点で国際的な戦争に類似した紛争——である事は認められねばならない（略）」。

36 Pictet (ed.), *Commentary on the Fourth Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (Geneva: ICRC, 1958), p. 40によれば、「第3条は極めて広い適用範囲を有しており、軍隊の構成員も敵対行為に参加しない者も規定している。しかし、この場合同条は、何よりもまず文民——すなわち武器を携行しない人々——に適用されるのが当然である」。

37 2008年11月1日現在、164カ国が第2追加議定書の締約国である。

38 第2追加議定書の適用が持つ高い敷居については、第2追加議定書第1条1項を見よ。

39 第2追加議定書第25条1項案は、1975年4月4日に第3委員会においてコンセンサスで採用された（OR, Vol. XV, p. 320, CDDH/215/Rev.1）。1974年-77年の外交会議に提出された第2追加議定書草案第25条1項の原版については、ICRCのコメンタリー（1973年10月）も見よ（「前条の意味における武力紛争が生じている締約国の領域にある者で、軍隊または武装集団を構成しないすべての者は、文民とみなされる（略）」）。

40 第2追加議定書第1条1項。

41 第1追加議定書第51条〔原文では13条と表記〕第1項および第3項。この解釈は、さらに同議定書が「文民」（第2追加議定書第13条、14条、17条）と「文民たる住民」（第2追加議定書第4編の表題、同議定書第5条1項（b）および（e）、13条、14条、15条、17条、18条）について規定するそれぞれの文脈からも支持される。

d) 用語の調整

第2追加議定書において、「軍隊」という用語は国の軍隊に限定されているのに対し、非国家たる当事者の軍隊は「反乱軍」または「その他の組織された武装集団」と規定されている。一方、ジュネーヴ諸条約共通第3条における「軍隊」の概念は、第2追加議定書第1条1項で列記された3つのカテゴリーのすべて、つまり国の軍隊、反乱軍、およびその他の組織された武装集団を包含している。このように、国際的武力紛争の場合と同様に、非国際的武力紛争における文民の概念も、「軍隊」（ジュネーヴ諸条約共通第3条）、あるいは第2追加議定書の用語で表現するなら、国の「軍隊」、「反乱軍」および「その他の組織された武装集団」の定義に該当しない者として定められている⁴²。本解釈指針の目的上、非国際的武力紛争の当事者である国の軍隊は「国の軍隊」と規定されるのに対し、非国家たる当事者の軍隊は「組織された武装集団」と記される⁴³。特段の記述がない限り、「組織された武装集団」という概念は、「反乱軍」と「その他の組織された武装集団」（第2追加議定書第1条1項）の双方を含むものとする。

2. 国の軍隊

a) 基本概念

両追加議定書の締約国が国際的武力紛争の事態と非国際的武力紛争の事態とで異なる国の軍隊の定義を望んでいたと推測する理由はない。第2追加議定書の準備作業によれば、同議定書第1条1項における締約国の軍隊の概念は、事実上軍隊の任務を引き受けていることを条件として、州兵、税関、警察隊のように必ずしも国内法上軍隊の資格を有しない武装行為主体をも包含できるほど広いものであることが意図されていた⁴⁴。こうして、第1追加議定書における軍隊の概念と同様に第2追加議定書上の国の軍隊もまた、正規の軍隊と、当該国に対して責任のある指揮に基づいて組織されたその他の武装集団または部隊の双方を含んでいるわけである⁴⁵。

42 肯定的なものとして、ICTY, *Prosecutor v. Martić*, Case No. IT-95-11-A, Judgment of 8 October 2008, §§ 300-302. これは専門家会合の間も支配的な見解であった (Report DPH 2005, pp. 43 f.; Report DPH 2006, pp. 20 ff.; Report DPH 2008, pp. 46 ff.を見よ)。

43 正規の軍隊とは別に、紛争当事者に対して責任を負う指揮に基づいて行動し、それゆえ当該当事者の軍隊の一部としての資格を有する組織された武装行為主体を表すために、国際的武力紛争を規律する国際人道法においても組織された武装集団の概念が用いられていることには注意せよ (第1追加議定書第43条1項。前述Section Iを見よ)。

44 *Commentary AP*, (above N 10), § 4462. そこでは、O.R., Vol. X, p. 94, CDDH/I/238/Rev.1に言及して次のように述べられている。「締約国の『軍隊』という用語は、最も広い意味で理解されるべきである。実際、この用語は、いくつかの国内法では軍の定義に含まれないもの（州兵、税関、警察隊その他類似の部隊）をも含むすべての軍隊を網羅するために、たとえば『正規の軍隊』のような他に提案されたものよりも好ましいものとして選ばれた」。警察部隊が紛争当事者の軍隊の一部をなすことの潜在的資格については、Report DPH 2005, p. 11; Report DPH 2006, pp. 43, 52 f.; Report DPH 2008, pp. 54, 64, 68における議論も見よ。

45 Bothe et al., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1982), p. 672によれば、第2追加議定書第1条1項における「組織された」と「責任ある指揮に基づいて」という文言は、「推察するに、第1追加議定書第43条に基づいて規定された必須条件、つまり、軍隊が紛争当事者の1つと結びついていること、軍隊が組織されていること、そして軍隊が責任ある指揮に基づいていること、を認めている」。

b) 構成員資格の決定

少なくとも正規の軍隊に関する限り、国の軍隊における構成員資格は、一般的に国内法によって定義され、なおかつ制服、記章および装備によって識別できる常設の部隊への公式的な統合を通じて表される。同じことは、警察隊、国境警備隊その他類似の制服部隊が軍隊に編入される場合にも当てはまる。正規に構成された部隊の構成員は、自己の単独行動または自己が軍隊内で負う任務にかかわらず文民ではない。区別原則の目的からして、構成員が現役から離れて文民の生活に復帰する場合、それが除隊によるものであろうと任務を解かれた予備役兵としてであらうと、正規の国の軍隊における構成員としての地位は停止し、文民の保護が回復する。まさに国際的武力紛争における場合と同様に、民兵隊、義勇隊または準軍事的な集団のような国の不正規の軍隊における構成員資格は、一般的に国内法によって規律されておらず、非国家たる紛争当事者の組織された武装集団に適用されるものと同じ任務基準に基づいて確実に決定できるにすぎない⁴⁶。

3. 組織された武装集団

a) 基本概念

非国家たる武力紛争当事者に属する組織された武装集団は、反乱軍とその他の組織された武装集団の両方を含む。反乱軍は、政府に敵対してきた国の軍隊の一部を構成している⁴⁷。その他の組織された武装集団は、主に文民たる住民から構成員を採用するが、国の軍隊と同一の手段、規模および練度を持つわけではないものの、紛争当事者のために敵対行為を行うに十分なほど、軍事面で組織化されている。

どちらの場合でも、非国家の紛争当事者（たとえば、反徒、反乱団体または分離独立運動団体）とその軍隊（すなわち組織された武装集団）とを区別することは、文民たる住民の保護にとって極めて重要である⁴⁸。国が武力紛争当事者である場合と同様に、非国家の当事者もまた、戦闘部隊、ならびに政治部門および人道部門のような文民たる住民からなる支援部局で構成される。ただし、組織された武装集団という用語は、もっぱら非国家たる当事者の武装または軍事部門、つまり任務上の意味における自己の軍隊のみを指している。この区別は、非国家の紛争当事者との協力または同当事者への支援というその他の形態に相対するものとして、組織された武装集団における構成員資格を決定する上で重要な意味を持っている。

46 上記Section I.2. (c) およびSection II.3. (b) を見よ。

47 *Commentary AP*, (above N 10), § 4460を見よ。

48 第2追加議定書第1条は、国の軍隊と反乱軍その他の組織された武装集団との「間の」武力紛争を規定しているが、そのような武力紛争の実際の当事者は、もちろん締約国と敵対する非国家の当事者であって、当事者の各々の軍隊ではない。

b) 構成員資格の決定

反乱軍：反乱軍の構成員はもはや国の軍隊の構成員でないものの、単に自己の政府に敵対してきたというだけでは文民にならない。少なくともかつて属していた国の軍隊の構造に基づいて組織されたままである限り、これらの構造は、当然反乱軍においてもなお個人の構成員としての地位を引き続き決定する。

その他の組織された武装集団：より難しいのは、反乱軍とは別に組織された武装集団における構成員資格の概念である。不正規に構成されたこれらの集団における構成員資格は、国内法に根拠を有さない。当該集団のための特定の任務に就く以外に、統合するという行為によって構成員資格が定式化されることはほとんど考えられないし、制服や固着の特殊標章または身分証明書によってそれが一貫して表明されるわけでもない。組織された武装集団が行動する文化面、政治面および軍事面での多種多様な文脈を考慮するなら、必ずしも国際人道法の意味における「構成員資格」に該当しない当該集団との様々な度合の協力関係はあるかもしれない。ある場合において協力関係は個人の選択に依存しているかもしれないし、別の場合では強制的な徴集に、さらに別の場合だと部族または家族といったより伝統的な概念にそれは依存しているかもしれない⁴⁹。実際、ほとんどの組織された武装集団が持つ非公式かつ秘密の構造および構成員資格の可変的な性質によって、非国家の紛争当事者とその軍隊とを区別することはとくに難しくなっている。

以上で示してきたように、非国際的武力紛争を規律する国際人道法において、組織された武装集団の概念は、厳格に任務上の意味における非国家の軍隊を指している。したがって、区別原則の実際の目的からして、そのような集団における構成員資格は、錯誤、恣意性または濫用を引き起こしやすい抽象的な協力関係、家族の絆その他の基準に依存することができない。むしろ構成員資格は、個人の引き受けた継続的任務が、集団全体として集団的に行うこと、すなわち非国家の紛争当事者のために敵対行為を行うということと合致しているかどうかによって左右されるものでなければならない⁵⁰。それゆえ、国際人道法上、組織された武装集団における個人の構成員資格の決め手となる要件とは、ある者が、自己の敵対行為への直接参加を伴う当該集団のための継続的任務（以下、「継続的戦闘任務」）を引き受けているかどうかである⁵¹。継続的戦闘任務は、戦闘員の特権に対する法上の権利を暗示するものではない⁵²。むしろそれは、非国家たる当事者の組織された戦闘部隊の構成員と、単に自発的、散発的もしくは非組織的に

49 Background Doc. DPH 2005, WS IV-V, P. 15.

50 継続的戦闘任務の集団的または個別的性質については、Report DPH 2008, pp.55 ff.を見よ。

51 敵対行為への直接参加としての行為の資格については、下記Section Vを見よ。

52 戦闘員の特権、つまり適法な戦争行為に関する国内での訴追免除が認められるという敵対行為に直接参加する権利は、国際的武力紛争の当事者の軍隊の構成員（医療要員および宗教要員を除く）や群民兵として参加する者にのみ与えられる（ハーグ陸戦規則第1条および2条。第1追加議定書第43条1項）。特権を持つすべての戦闘員は敵対行為に直接参加する権利を有するが、必ずしもそうしなければならない任務を有しているわけではない（例えば、調理師や事務員）。逆に、特権を持つ者のカテゴリーの外にあるのに継続的戦闘任務を引き受ける個人は、非国際的武力紛争の場合と同様に、国際人道法上の戦闘員の特権に対する資格を有しない（下記Section Xも見よ）。

敵対行為に直接参加している文民、またはもっぱら政治的、行政的その他の非戦闘的な任務を引き受けている文民とを区別するものである⁵³。

継続的戦闘任務は、非国家たる武力紛争当事者の軍隊として行動する組織された武装集団に持続的に統合されていることを必要とする。したがって、敵対行為への直接参加に該当する行為もしくは行動の準備、実施または指揮に携わることが継続的任務となる個人は、現に継続的戦闘任務を負っている。当該集団のために継続的かつ直接的に敵対行為に参加すべく同集団によって採用され、訓練されそして装備した個人は、たとえ初めて敵対的な行為を行う前であっても、継続的戦闘任務を負っているとみなすことができる。この場合は、基本訓練の期間または現役構成員である期間ののち武装集団を離れて文民の生活に復帰している予備役兵に相当する者とは区別されねばならない。そのような「予備役兵」は、現役に復帰しない限り、文民である⁵⁴。

組織された武装集団に継続的に随伴しまたはこれを支援しているが、自己の任務が敵対行為への直接参加に関係していない個人は、国際人道法の意味における同集団の構成員ではない。むしろ彼らは、国の軍隊に随伴する民間請負業者や文民たる従業員と同様に、支援任務を引き受けている文民のままである⁵⁵。したがって、採用、訓練、財務、宣伝の担当者たちは、非国家たる当事者の一般的な戦争遂行努力に継続して寄与することがあるものの、さらに自己の任務が敵対行為への直接参加に該当する活動を含まない限り、当該当事者に属する組織された武装集団の構成員ではない⁵⁶。同じことは、自己の任務が特定の軍事行動とは関係のない兵器その他の装備の購入、密輸、製造および整備に限定される個人、または戦術的性質を持つインテリジェンスとは別のものの収集に限定される個人にも当てはまる⁵⁷。そのような者は、組織された武装集団に随伴したり、紛争当事者に実質的な支援を与えたりしているものの、継続的戦闘任務を引き受けておらず、区別原則の目的からして組織された武装集団の構成員とみなすことはできない⁵⁸。たとえ自己の活動や位置によって付随的な死傷のおそれが一層高まるとしても、文民として彼らは、敵対行為に直接参加していない限り、直接の攻撃からの保護を受ける。

53 非国際的武力紛争の当事者に属する組織された武装集団のために継続して敵対行為への直接参加を伴う任務（「継続的戦闘任務」）を引き受ける限り、その者は国際人道法の意味における文民でなくなる、というのが専門家会合の間の支配的な見解であった（Expert Paper DPH 2004 (Prof. M. Bothe); Report DPH 2005, pp. 43 ff., 48 ff., 53 ff., 82 ff.; Report DPH 2006, pp. 9 ff., 20 ff., 29-32, 66 ff.; Report DPH 2008, pp. 46-60）。

54 上記Section I.2. (c)、II.2. (b)、そしてより一般的には、下記Section VII.2を見よ。

55 下記Section IIIを見よ。

56 敵対行為への直接参加として採用、訓練、財政支援および宣伝を行うための資格については、下記Section V.2 (a) および (b)、VI.1を見よ。

57 インテリジェンスの収集および提供、ならびに兵器、爆発物および装備の購入、密輸、輸送、製造および整備に関する敵対行為への直接参加の資格については、下記Section V.1. (a); V.2. (a), (b) and (g); VI.1を見よ。

58 明らかにそのような「構成員資格」の欠如は、国内法上、および国際犯罪の場合には国際法上、組織された武装集団の文民たる支援者が自己の活動について刑事責任を負うかもしれないことを排除するものでない。下記Section Xを見よ。

実際問題として、区別原則は、現実に入手可能で、かつ通常の状況でも信頼できると合理的にみなすことのできる情報に基づいて適用されなければならない。継続的戦闘任務は、制服や特殊標章の着用、または特定の武器の携行を通じて公に示されることがある。もっとも、決定的な行動に基づいてそれが特定されることもある。たとえば、ある特定の行動の間に引き受けた行為が、自発的、散発的または一時的な役割というよりもむしろ継続的任務をなしていることを示す状況の中で、ある者が、組織された武装集団を支援して繰り返し敵対行為に直接参加してきたような場合である。ある具体的な文脈で区別原則を実施する際、いかなる基準が適用されようとも、それは、非国家たる紛争当事者の軍隊の構成員と、敵対行為に直接参加しない文民または単に自発的、散発的もしくは組織化されることなく参加している文民とを確実に区別できるものでなければならない⁵⁹。後述するように、その決定は、すべての実行可能な予防措置をとること、および疑いのある場合は保護されると推定することを引き続き条件とする⁶⁰。

4. 結論

非国際的武力紛争における区別原則の目的上、紛争当事者たる国の軍隊または組織された武装集団の構成員でないすべての者は文民であり、したがって敵対行為に直接参加していない限り、直接の攻撃からの保護を受けることができる。非国際的武力紛争において組織された武装集団は非国家たる紛争当事者の軍隊を構成し、継続的に敵対行為に直接参加することを任務（継続的戦闘任務）とする個人によってのみ構成される。

59 Report DPH 2006, pp. 25 ff.; Report DPH 2008, pp. 49-57も見よ。

60 下記Section VIIIを見よ。

III. 民間請負業者と文民たる従業員

文民たる武力紛争当事者の民間請負業者と従業員は（上記I、IIを見よ）、敵対行為に直接参加していない限り、直接の攻撃からの保護を受けることができる。ただし彼らは、たとえ敵対行為に直接参加しなくても、自己の活動内容や位置によっては付随的な死傷の危険に一層さらされるおそれがある。

1. 民間請負業者と文民たる従業員に関連した特有の困難

ここ数十年で武力紛争の当事者は、伝統的に軍隊要員が遂行してきた多様な任務において民間請負業者や文民たる従業員を雇用することが多くなってきた⁶¹。一般論としていえば、武力紛争当事者の民間請負業者や従業員が国際人道法上の文民であるかどうか、また彼らが敵対行為に直接参加しているかどうかは、他の文民に適用されるのと同じの基準の内容次第である⁶²。そうした要員の持つ特別の役割については、軍隊や敵対行為との地理的かつ組織的な密接性についての細心の注意と適切な考慮をもって判断する必要がある。

文民と軍隊の構成員との間を区別する目的が、国内法と国際法とでは異なる場合があることも注意しておくべきである。国内法にもよるが、軍隊における構成員資格は、敵対行為を行う際の区別原則とは関係なく、行政面、管轄面およびその他の分野において重要な意味を有しているかもしれない。国際人道法上、軍隊における構成員資格の主要な帰結とは、文民というカテゴリーからの除外、そして国際的武力紛争において紛争当事者のために敵対行為に直接参加する権利（戦闘員特権）を有することである。文民と軍隊の諸概念が敵対行為の遂行という点から定義される場合、関連する諸要件は、国際人道法から導かれねばならない⁶³。

武力紛争で現在活動している民間請負業者や文民たる従業員の大多数は、国の軍隊に編入されておらず、紛争当事者のための敵対行為への直接参加（すなわち継続的戦闘任務）とは明らかに関係しない任務を引き受けている⁶⁴。それゆえ国際人道法上、一般的に彼らは文民の定義に該当する⁶⁵。かくして彼らは直接の攻撃からの保護を受ける資格

61 この傾向は、ICRCとの協力で、民間軍事警備会社の問題に取り組むためのスイス政府によるイニシアティブをもたらした。このイニシアティブにより、2008年9月17日の「武力紛争中の民間軍事警備会社の行動に關係する国家のための、関連国際法的義務と模範実行に関するモントルー文書 (Montreux Document on pertinent international legal obligations and good practices for States related to operations of private military and security companies during armed conflict)」が生まれ、17か国の参加国がこれに合意した。

62 文民の概念については、上記Section IおよびIIを見よ。敵対行為への直接参加の概念については、下記Section IVからVIを見よ。

63 Report DPH 2005, pp. 74 f.を見よ。

64 継続的戦闘任務の概念については、上記Section II.3. (b)を見よ。

65 Report DPH 2005, p. 80.

を有するものの、彼らは軍隊その他の軍事目標に近接しているため、軍事行動から生ずる付随的な死傷を含む危険に他の文民よりも一層さらされるかもしれない⁶⁶。

もっとも、請負業者の活動が文民としての性質を有しているか軍事的な性質を有しているかを決定することが極めて難しい場合があるかもしれない。たとえば、敵の攻撃から軍事要員その他の軍事目標を防護すること（敵対行為への直接参加）と、敵対行為とは無関係の犯罪または暴力から同じ人や物を保護すること（法執行／自己または他人の正当防衛）との間の境界が薄いということもありうる。それゆえこの文脈では、予防措置や疑いのある場合の推定に関する国際人道法の一般規則を遵守することがとくに重要である⁶⁷。

2. 国際的武力紛争

軍隊に随伴することを公式に許可された者や捕捉時に捕虜の地位を有する者を含め、文民が紛争当事者のために敵対行為に直接参加しているとみなされることはかつて一度もなかった⁶⁸。軍隊に編入されていない限り、民間請負業者や文民たる従業員は、単に軍隊に随伴していたり、あるいは敵対行為の遂行とは別に伝統的に軍隊要員が遂行してきた任務を引き受けているというだけの理由で文民でなくなることはない。そのような要員が紛争当事国の明示または黙示の許可なしに敵対行為に直接参加している場合、彼らは文民のままであるが、敵対行為に直接参加している間は、直接の攻撃からの保護を失う⁶⁹。

国内法に基づく形式的な手続を通じてであろうと継続的戦闘任務の付与による事実上の手続を通じてであろうと、紛争当事者の軍隊に編入されたことが明らかでない請負業者や従業員については別の結論に達しなければならない⁷⁰。国際人道法上、そのような要員であれば、紛争当事者に対して責任を負う指揮に基づいて組織された軍隊、集団または部隊の構成員となるだろうし、区別原則の目的からしても、もはや文民の資格を有さないだろう⁷¹。

66 Report DPH 2006, pp. 34 f.

67 下記Section VIIIを見よ。

68 ジュネーブ第3条約第4条1項から6項に基づき捕虜の地位に対する権利を有する者のカテゴリーのうち、同条約第4条4項（軍隊に随伴する文民）および5項（商船および民間航空機の文民たる乗組員）で明記された者は文民である（第1追加議定書第50条1項）。その他の文民のように彼らは、戦闘員の特権に対する資格を有するカテゴリー、つまり軍隊の構成員や群民兵から除外されるので（第1追加議定書第43条1項および2項、第50条1項、ハーグ規則第1条および第2条）、国内での訴追免除とともに敵対行為に直接参加する権利を有しない。下記Section X、およびReport DPH 2006, pp. 35 f.における基本的な議論も見よ。

69 Report DPH 2005, p. 82.

70 継続的戦闘任務の概念については、上記Section II.3. (b)を見よ。とりわけ国際的武力紛争において補助的任務を負う構成員資格の決定については、上記Section I.3. (c)を見よ。

71 専門家会合の間に表明された支配的見解とは、敵対行為を行うことこの目的からして、自国のために敵対行為に直接参加することを国によって許可された民間請負業者と従業員は、公式の編入によるか否かにかかわらず、国際人道法上は文民でなくなり、同国の軍隊の構成員になるだろうというものであった。歴史上の私掠船に発付された私掠状から現代の戦闘員特権に至るまで、国の許可を得た敵対行為への直接参加は常に正当なもののみならず、またそのようなものとして国内での訴追から免除されてきた。Report DPH 2003, pp. 4 f.; Report DPH 2004, pp. 11 ff, 14; Expert Paper DPH 2004 (Prof. M. Schmitt), p. 8 ff.; Report DPH 2005, pp. 74 ff. and 80 f.; Background Doc. DPH 2005, WS VIII-IX, p. 17.

3. 非国際的武力紛争

以上の見解はまた、必要な修正を加えた上で、非国際的武力紛争にも当てはまる。したがって民間請負業者は、非国家の当事者に属する組織された武装集団のために継続的戦闘任務を引き受ける限り、当該集団の構成員となる⁷²。理論的には、民間軍事会社であれば非国際的武力紛争における独立した非国家たる当事者にすらなることができるだろう⁷³。しかし、国の軍隊でも組織された武装集団の構成員でもない民間請負業者や文民たる従業員は、文民とみなされねばならず、したがって敵対行為に直接参加していない限り、直接の攻撃から保護される。

4. 結論

紛争当事者の民間請負業者や従業員が国際人道法の意味における文民の資格を有しているかどうか、また彼らが敵対行為に直接参加しているかどうかは、他の文民に適用されるものと同一の基準の内容次第である。そのような要員は地理的にも組織的にも軍隊や敵対行為と近接していることから、以上の認定に際しては細心の注意を払わなければならない。文民の資格を有する者は、たとえ自己の活動や位置によって付随的な傷害や死の危険に一層さらされることがあるとしても、敵対行為に直接参加していない限り、直接の攻撃からの保護を受けることができる。このことは、敵対行為の遂行とは別の目的のために国内法が国際人道法とは異なる形で民間請負業者や従業員の地位を規制する可能性を排除するものではない。

72 Report DPH 2005, pp. 81 f.

73 *Ibid.*

B. 敵対行為への直接参加の概念

THE CONCEPT OF DIRECT PARTICIPATION IN HOSTILITIES

条約上の国際人道法は敵対行為への直接参加を定義しておらず、また、国家の実行または国際判例からも同概念の明確な解釈は生まれていない。したがって敵対行為への直接参加の概念は、文脈において、かつ国際人道法の趣旨および目的に照らして同概念を構成する文言に与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈されねばならない⁷⁴。

条約上の国際人道法が敵対行為に言及する場合、その概念は国際的または非国際的な武力紛争の事態と本質的に結びついている⁷⁵。したがって、敵対行為への直接参加という概念は、暴動、独立のまたは散発的な暴力行為その他これらに類する性質の行為を含む国内における騒乱や緊張といった⁷⁶、武力紛争外の事態で起こる行為に言及するものではない。しかも武力紛争の間でさえ、すべての行為が敵対行為の一部を構成するわけではない⁷⁷。ある具体的な行為が敵対行為への直接参加に当たるのかどうか、また、もしそうであるならそれはどのくらいの期間であるのかを決定する基準を明確にすることが本章の目的である。

実際、文民による敵対行為への参加は、様々な形態や烈度において、また広範囲にわたる地理的、文化的、政治的および軍事的文脈の中で起こっている。したがって、ある具体的な行為が敵対行為への直接参加に当たるのかどうかを決定する際には、関連する時と場所において当面する状況に対し、適切な考慮を払わなければならない⁷⁸。ただし、敵対行為への直接参加については、国際人道法の基本原則を反映する理論的に妥当かつ一貫した手法で解釈することが求められており、解釈の柔軟性は制約されている。個々の事案を取り巻く状況を考慮することは重要であるが、以上の点には留意しておくべきである。

74 ウィーン条約法条約第31条1項。

75 敵対行為の概念は、国際的および非国際的武力紛争の事態を規律する条約中の、たとえば次のような文脈で頻繁に用いられる。すなわち、敵対行為の開始、敵対行為の遂行 (conduct of hostilities, acts of hostility)、敵対行為に直接参加する(しない)者、敵対行為の影響、敵対行為の停止、敵対行為の終了。開戦条約名称および第1条、ハーグ規則第2款表題、ジュネーブ諸条約共通第3条1項、ジュネーブ第1条約第17条、ジュネーブ第2条約第33条、ジュネーブ第3条約第2部表題、第21条3項、第67条、第118条、第119条、ジュネーブ第4条約第49条2項、第130条、第133条、第134条、第135条、ジュネーブ第1条約第33条、第34条、第40条、第43条2項、第45条、第47条、第51条3項、第59条、第60条、第1追加議定書第4編第1部表題、第2追加議定書第4条、第13条3項、爆発性戦争残存物 (ERW) 議定書第3条1-3項、第4条を見よ。

76 第2追加議定書第1条2項によれば、そのような事態は武力紛争を構成しない。

77 事実、武力紛争は敵対行為が起こらなくても発生しうる。つまり、戦争を宣言したり武力抵抗を受けることなく領域を占領したりすることを通じて発生する場合がそうである (ジュネーブ諸条約共通第2条)。さらに国際人道法のかなりの部分が敵対行為を行うことは別の問題、とりわけ注目すべきは紛争当事者の権力内にある者や領域に対する権力や権限を行使することの問題を扱っている。
Report DPH 2005, pp. 13, 18 f.も見よ。

78 下記Section VIIIも見よ。さらにReport DPH 2006, pp. 25 ff., 70 ff.を見よ。

IV. 特定の行為としての敵対行為への直接参加

敵対行為への直接参加という概念は、武力紛争当事者間で行われる敵対行為の一環として、個人により遂行される特定の行為を指す。

1. 敵対行為への直接参加の概念の基本的構成要素

敵対行為への直接参加という概念は、本質的に2つの要素、すなわち「敵対行為」という要素とそれへの「直接参加」という要素からなる⁷⁹。「敵対行為」の概念は紛争当事者が害敵手段および方法に（集団的に）訴えることを指すのに対し、敵対行為への「参加」はこうした敵対行為に人が（単独で）関与することを指している⁸¹。そのような関与の質や程度次第ではあるが、この敵対行為への単独での参加はさらに「直接的な」または「間接的な」ものとして記述することができる。敵対行為への直接参加という概念は、ジュネーブ諸条約共通第3条で用いられる「敵対行為に直接に参加しない」という表現が起源である。ジュネーブ諸条約や追加議定書の英語文は「active」⁸²や「direct」⁸³をそれぞれ用いているが、同様に正文である仏語文において「*participent directement*」という表現が一貫して用いられているということから、「active」や「direct」という文言は同じ質や程度の敵対行為への単独参加を指している⁸⁴。さらに、敵対行為への直接参加の概念が第1追加議定書と第2追加議定書で同義的に用いられていることからしても、国際的武力紛争と非国際的武力紛争において、同概念は同一の手法で解釈されるべきである⁸⁵。

79 Report DPH 2005, p. 17; Background Doc. DPH 2005, WS II-III, p.2.

80 ハーグ規則第22条（「戦闘（hostilities）」に関する第2款）。条約上の法は敵対行為の遂行について同一の用語法を確立していないが、「敵対行為」の他に、「戦闘（warfare）」（第1追加議定書第3編第1部第35条1項）や「軍事行動（military operations）」、（ジュネーブ第4条約第53条、第1追加議定書第51条1項、第2追加議定書第13条1項）、または単に「operation（軍事行動）」（第1追加議定書第48条）にも言及している。

81 第1追加議定書第43条2項、第45条1項および3項、第51条3項、第67条1項（e）、第2追加議定書第13条3項を見よ。

82 ジュネーブ条約共通第3条。

83 第1追加議定書第51条3項、第43条2項、第67条1項（e）、第2追加議定書第13条3項。

84 これは専門家会合の間でも支配的な見解であった（Report DPH 2005, p.29; Report DPH 2006, p.62）。ルワンダ国際刑事裁判所（ICTR: The International Criminal Tribunal for Rwanda）は、敵対行為への参加に関する「active」と「direct」の概念が同じ意味であることを確認した。ICTR, *Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment of 2 September 1998, § 629. 国際刑事裁判所（ICC: International Criminal Court）設立準備委員会が、子ども兵士採用の文脈で『*using*』と『*participate*』という文言は、戦闘（combat）への直接（direct）参加と戦闘に関連した軍事活動への直接（active）参加の双方を網羅するために選択された」と説明した際、一見すると同委員会は「active」と「direct」の用語の区別を暗示していたように思われるかもしれない。しかし厳密に言えば、委員会は「戦闘」と「戦闘に関連した軍事活動」との区別を行ったのであって、「active」な参加と「direct」な参加とを区別していたわけではない。

85 これは専門家会合の間でも支配的な見解であった（Background Doc. DPH 2004, p.30; Report DPH 2004, pp. 15ff.; Report DPH 2005, p.13）。もちろんこれは、とくに敵対行為に直接参加したことに関する訴追免除との関係で、国際的武力紛争や非国際的武力紛争に関与している種々な人間のカテゴリーについての帰結のいくつかを異なる形で規制することを排除するものではない。

2. 特定の行為への制限

条約上の国際人道法において、敵対行為の一部を構成する個人の行為は、その個人が文民であるか軍隊の構成員であるかにかかわらず、敵対行為への直接参加として記される⁸⁶。個人が単独で、散発的もしくは非組織的に敵対行為に直接参加しているかどうか、または紛争当事者に属する組織された軍隊もしくは武装集団のために引き受けた継続的任務の一部として敵対行為に直接参加しているかどうかは、自己の文民としての地位にとっては決定的であるかもしれないが、敵対行為への直接参加を構成する行為の範囲にはいかなる影響も及ぼさない。これは、敵対行為への直接参加という概念がある者の地位、機能または協力関係を指すものではなく、自己の特定の敵対的な行為への従事を指しているためである⁸⁷。要するに、敵対行為という概念は、敵対行為に直接参加する個人により遂行されたすべての敵対的な行為の集合体として規定することができるわけである⁸⁸。

文民が一貫して反復的に敵対的な行為に従事する場合、各々の敵対的な行為を敵対行為への直接参加とみなすだけでなく、将来においての不特定の敵対的な行為を遂行しようとする継続的意図がそこにあるとさえみなしたい誘惑にかられるかもしれない⁸⁹。しかし、敵対行為への直接参加の概念を特定の行為を超えて拡大すれば、国際人道法において定める（敵対行為への直接参加ゆえの）活動を基準とした一時的な保護の喪失と、（戦闘員の地位または継続的戦闘任務ゆえの）地位または任務を基準とした継続的な保護の喪失との間の区別が曖昧になるだろう⁹⁰。実際、国際人道法が依拠する文民に関する保護の喪失を規律する制度と、国の軍隊または組織された武装集団の構成員に関する保護の喪失を規律する制度という別々の制度を混同すれば、証拠をめぐる解決不可能な問題を招くことになる。敵対行為を行う者は、特定の敵対的な行為（敵対行為への直接参加）に従事している文民とそうでない文民とを区別し、さらにこれら双方を、組織された武装集団（継続的戦闘任務）と国の軍隊の構成員から区別するという困難な課題にすでに直面している。行動面での現実からすれば、今は敵対的な行為を準備も実施もしていない文民が、かつてはそれを一貫して反復的に行っていたかどうか、また再びそうしようとする継続的意図を有しているかどうかを十分な信頼性をもって

86 第1追加議定書第43条2項、第51条3項、第67条1項(e)、および第2追加議定書第13条3項を見よ。

87 これは専門家会合の間でも支配的な見解であった。(Report DPH 2004, pp. 24 f.; Report DPH 2005, pp. 17-24; Report DPH 2006, pp. 37 f.; Report DPH 2008, pp. 33 ff.を見よ)。

88 本解釈指針の目的上、「敵対的な」行為とは、敵対行為への直接参加の資格を有するある特定の行為を指している。*Commentary AP* (above N 10), § 1943によれば、「『敵対行為』という言葉は、文民が実際に武器を使用している時だけでなく、たとえば文民が武器を携帯している時や武器を使わずに敵対的な行動に着手している事態をも網羅しているように思われる」。Verri, *Dictionary of the International Law of Armed Conflict* (Geneva: ICRC, 1992), p. 57は敵対行為を次のように定義している：「抵抗を終わらせて服従を強いるための交戦者による敵への暴力行為」、またSalmon, *Dictionnaire de droit international public* (Bruxelles: Bruylant, 2001), p. 550 (*hostilités*) は次のように定義する：「武力紛争の場合に交戦者によって行われる攻勢的または防衛的な行動、および軍事行動の集合」。第1追加議定書第41条2項および第42条2項における「敵対行為 (*hostile acts*)」という用語の使用も見よ。「*hostilities*」と「*hostile acts*」という諸概念の意味と相互関係については、さらに次を見よ：Report DPH 2004, pp. 24 f.; Report DPH 2005, pp. 17-24; Report DPH 2006, pp. 37 f.

89 Report DPH 2006, pp. 28 f.; Report DPH 2008, pp. 35-40. 近年の国内判例でなされた類似の議論については、Israel HCJ, *PCATI v. Israel*, above N 24, § 39を見よ。

90 上記Section II.3も見よ。組織された武装行為主体と文民に関する保護の喪失の時間的範囲が異なることについては、下記Section VIIを見よ。

決定することは不可能だろう。保護の継続的喪失が、そのような推測による基準に基づいて判断されることになれば、文民に対する錯誤による、または恣意的な攻撃が必ず生じ、国際人道法の中心をなす彼らの保護は揺るがされることになる⁹¹。したがって、国際人道法の趣旨および目的と合致させるなら、敵対行為への直接参加の概念は、特定の敵対的な行為に制約されるものと解されねばならない⁹²。

3. 結論

敵対行為への直接参加という概念は、武力紛争当事者間で行われる敵対行為の一環として個人により遂行される特定の敵対的な行為を指す。国際的武力紛争と非国際的武力紛争の事態においてそれは同義的に解釈されねばならない。「direct」と「active」という条約上の文言は、敵対行為への単独での参加につき、質と程度において同一のものを表している。

91 Report DPH 2008, pp. 36-42.

92 これもまた専門家会合の間支配的な見解であった (Report DPH 2006, p. 38を見よ)。

V. 敵対行為への直接参加の構成要素

敵対行為への直接参加を構成するには、ある特定の行為が、次の累積基準を満たしていなければならない。すなわち、

1. 当該行為は、武力紛争当事者の軍事行動もしくは軍事能力に不利な影響を及ぼすおそれがあるか、また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与えるおそれがあるものでなければならない（危害の敷居）。
2. 当該行為と、当該行為または当該行為が不可分の一部をなす協同軍事行動のいずれかから生じるおそれのある危害との間に、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支援しかつ他方の当事者を害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）。

敵対行為への直接参加に該当する行為は、次の3つの累積要件を満たさなければならない。（1）当該行為から生ずるおそれのある危害に関する敷居、（2）当該行為と予測される危害との間の直接因果関係、（3）当該行為と武力紛争当事者間で行われる敵対行為との間の交戦者とのつながり、である⁹³。これらの要素は極めて密接な相関関係にあり、また相互に重複する部分もあるかもしれないが、ここでは、そのそれぞれについて別個に検討することとする。

1. 危害の敷居

必要とされる危害の敷居に到達するためには、ある特定の行為が、武力紛争当事者の軍事行動もしくは軍事能力に不利な影響を及ぼすおそれがあるか、また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与えるおそれがあるものでなければならない。

ある特定の行為が敵対行為への直接参加を構成するためには、そこから生じるおそれのある危害が特定の敷居にまで到達しなければならない⁹⁴。この敷居は、明確に軍事的な性質を有する危害を引き起こすか、あるいは直接の攻撃から保護される人や物に対して、死、傷害または破壊を与えるかのいずれかによって到達することができる。ある行為が直接参加となる上で必要なのは、敷居に到達する危害の実体化（*materialization*）ではなく、当該行為がそのような危害を引き起こすだろうという客

93 これら諸要件の累積的性質については、Report DPH 2006, pp. 40 f., 43 ff., 49 f.も見よ。

94 Background Doc. DPH 2004, pp. 27 f.; Background Doc. DPH 2005, WS II-III, p. 6.

観的な可能性 (likelihood) である。したがって、関連する敷居の決定は、「おこりうる」危害、すなわち直面する状況において、ある行為から生じると合理的に予測することのできる危害に基づかなければならない⁹⁵。

a) 紛争当事者の軍事行動または軍事能力に不利な影響を及ぼすこと

ある行為が明確に軍事的な性質を持つ危害を引き起こすと合理的に予測できる場合、敷居の要件は一般的に量的な重大性とは関わりなく満たされるだろう。この文脈で軍事的な危害は、軍事要員または軍用物に、死、傷害または破壊を与えることだけでなく⁹⁶、本質的に紛争当事者の軍事行動または軍事能力に不利な影響を及ぼす何らかの結果をも包含している⁹⁷。たとえば、軍事要員の殺傷や軍用物への物理的または機能的損傷の発生以上に、破壊活動その他の武装または非武装の活動が展開、兵站および通信を制約または混乱させ、紛争当事者の軍事行動または軍事能力が不利な影響を受ける可能性がある。また、軍事要員、軍用物および領域を獲得したり、あるいはそれらに対して支配を確立または行使して敵を害することでも不利な影響は生じうる。たとえば、特定の物、装備および領域を敵が軍事的に使用することを拒絶したり⁹⁸、捕捉した敵の軍事要員が強制的に解放に打って出るのを防ぐために（権限の行使とは別の形で）彼らを警護したり⁹⁹、また、敵が敷設した地雷を除去したりする場合¹⁰⁰であれば、それらは必要とされる危害の敷居に到達するだろう。コンピューターネットワークへの電子妨害であっても、それがネット攻撃 (CNA: computer network attacks) を通じてであろうとネット攻略 (CNE: computer network exploitation) を通じてであろうと¹⁰¹、

95 Background Doc. DPH 2004, p.25; Report DPH 2005, p.33.

96 人的かつ物的な敵の力に対する暴力行為を実行するために武器その他の手段を用いることは、おそらく敵対行為への直接参加について最も争いのない例であろう (*Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 6, p.22)。

97 敵対行為の一部としての軍事的危害の発生は、必ずしも軍隊の使用、もしくは死、傷害または破壊の発生を前提とするものでないが (Report DPH 2005, p. 14)、それが「敵の軍事目的または目標の追求に不利な影響を及ぼすもしくは不利な影響を及ぼすことを目的とするすべての行為」を本質的に含むことについては、専門家会合の間、広く合意が存在していた (Report DPH 2005, pp. 22 f., 31)。軍事行動または軍事能力に「不利な影響を及ぼす」という基準があまりにも広く曖昧であることから、なんら軍事的必要性がなくても文民を殺害することを許可するものと誤解されうると何人かの専門家たちが懸念を表明したことについては、Section IXで以下扱われる (Report DPH 2006, pp. 41 f.を見よ)。

98 Report DPH 2005, pp. 11, 29.

99 捕捉された軍事要員を警護することは敵対行為に直接参加していることの明白な事例である、というのが専門家会合の間での支配的な見解であった (Background Doc. DPH 2004, pp. 9; Report DPH 2005, pp. 15 f.)。とはいえ、実際に可能な限りで、敵が彼らを解放するのを妨げる手段として捕捉された軍事要員を警護すること、暴動や逃走の場合を含む紛争当事者の権力内にある間に、彼らに対して敵対的な軍事行動の一部ではない行政上、司法上、懲罰上の権限を行使することは区別されるべきである。この微妙な区別については、専門家会合の間は議論されなかった。下記の注163-165とそれらに付随する文にある、「人または領域に対する権力または権限の行使」に関する議論も見よ。

100 Report DPH 2005, p. 31.

101 CNAは、暫定的に「コンピューターおよびコンピューターネットワークにある情報、またはコンピューターおよびネットワークそれ自体を混乱させ、遮断し、質を低下させ、破壊するための行動」と定義されてきた (Background Doc. DPH 2003, pp. 15 ff., with references)。CNAはまた、電波または国際通信ネットワークを通じて長距離にわたり行動することができるものを解放する。それらは直接的物理的損害を伴わないこともあるが、結果として生じるシステムの機能不全は悲惨なものとなりうる。CNE、すなわち「情報システムをホストとした情報へのアクセスを獲得する能力、およびそのシステム自体を活用する能力」(ibid., with references)は、直接には破壊的性質を有しないものの、CNAと同様に重大な軍事上の関わり合いを有することがある。専門家会合の間、武力紛争の事態に敵に軍事上の危害を引き起こすCNAは、敵対行為の一部であると明確にみなされていた (Report DPH 2005, p. 14)。

敵の最高司令部の盗聴¹⁰²や攻撃のための戦術上の標的情報の送信¹⁰³と同様に、充足されう。

その一方、単に紛争当事者の軍事行動または軍事能力に有利な影響を及ぼすことができないという理由だけで、文民の行為がそれらに不利な影響を及ぼしていると解釈することはできない。したがって、情報提供、偵察または監視に従事する者として紛争当事者に協力することを拒否しても、その拒否の根底にある動機にかかわらず、必要とされる危害の敷居にそれが達することはないだろう。

b) 直接の攻撃から保護される人や物に対して、死、傷害または破壊を与えること

特定の行為は、たとえ紛争当事者の軍事行動または軍事能力に不利な影響を及ぼすおそれがないとしても、敵対行為の一部を構成することはある。しかし、そのような軍事的な危害がない場合、特定の行為は、少なくとも死、傷害または破壊を引き起こすおそれがあるものでなければならない¹⁰⁴。たとえ軍事的な危害がなくても敵対行為への直接参加の資格を有しうる行為について、最も異論のない事例は、文民や民用物を対象とした攻撃である¹⁰⁵。国際人道法において攻撃とは、「攻勢であるか防御としてであるかを問わず、敵に対する暴力行為」と定義される¹⁰⁶。「敵に対する」という表現は、標的を指しているのではなく、攻撃の交戦者とのつながり¹⁰⁷を指しているため、文民または民用物を明確に対象とした暴力行為であっても敵対行為への直接参加に該当しうる¹⁰⁸。たとえば、文民に対する狙撃¹⁰⁹や文民の村落または都市部の居住区域への砲撃または爆撃¹¹⁰は、直接の攻撃から保護される人や物に対して、死、傷害または破壊を与えるおそれがあるので、敵対する紛争当事者への軍事的な危害の有無にかかわらず、敵対行為への直接参加の資格を有する。

102 Report DPH 2005, p. 29を見よ。

103 専門家会合の間、攻撃を行う敵軍にその位置を示すために、部隊が避難していた建物を繰り返しのぞき込んでいた文民たる女性の事例が示された。彼女の行動が敵対行為への直接参加の資格を有する決め手となる要件とは、送信された直接の危害の発生に関する情報、つまり具体的な軍事行動の実行に関する情報の重要性であると考えられた。Report DPH 2004, p. 5を見よ。

104 ある行動が物または人に対して物質的損害、すなわち死、傷害または破壊を引き起こすと合理的に予測されうる場合に、必要とされる危害の敷居が充足されることは明白であろうということが専門家会合の間で考えられていた (Report DPH 2005, pp. 30 f.; Background Doc. DPH 2004, pp. 5 f., 9 f., 28)。

105 したがって、「(戦闘 (hostilities))と題された) ハーグ規則第2款 [原文ではSection III] では、「防衛せざる都市、村落、住宅又は建物は、如何なる手段に依るも、之を攻撃又は砲撃すること」が禁止されている (ハーグ規則第25条)。

106 第1追加議定書第49条1項。国際人道法の意味における攻撃 (第1追加議定書第49条1項) は、人道に対する犯罪の文脈で理解されるものとしての攻撃 (下記注167) や、武力行使法 (*ius ad bellum*) の意味における武力攻撃と混同されるべきではない。もっとも、これらは双方ともに本研究の範囲外である。

107 交戦者とのつながりについては、下記Section V.3を見よ。1974年-1977年外交会議の間の第1追加議定書第44条草案に関連する議論については、CDDH/III/SR.11, pp. 93 f.を見よ。

108 いうまでもなくそのような攻撃は、国際的および非国際的武力紛争の双方を規律する国際人道法上、常に禁止されている。たとえば第1追加議定書第48条および第51条、第2追加議定書第13条、*Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 1を見よ。

109 狙撃が国際人道法の意味における攻撃を構成するには、例えば、ICTY, *Prosecutor v. Galic*, Case No. Case No. IT-98-29-T, Judgment of 5 December 2003における § 52と併せて § 27を見よ。

110 ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Case No. IT-01-42-T, Judgment of 31 January 2005, § 282 f. in conjunction with § 289.

軍事的性質を有する危害を引き起こさない行為や、保護された人または物に対して、死、傷害または破壊を与えない行為は、敵対行為の資格に必要な「戦闘」¹¹¹または「害敵」¹¹²それぞれの手段または方法を用いることと同一視することはできない。柵および道路障害物の設置、電気、水道および食料の供給の妨害、車輛および燃料の窃取、コンピューターネットワークの操作、ならびに人の拘束または移送などは、公共の安全、衛生および通商に深刻な影響を及ぼすことがあり、また、国際人道法においても禁止されうる。しかし、軍事上の不利な影響がないのであれば、それらが敵対行為への直接参加を構成するのに必要とされる種類や程度の危害を引き起こすことはないだろう。

c) 要約

ある特定の行為が敵対行為への直接参加の資格に必要な危害の敷居に到達するには、紛争当事者の軍事行動または軍事能力に不利な影響を及ぼすおそれがない限り、また、軍事的な危害がなくても、ある行為が直接の攻撃から保護される人または物に対して、死、傷害または破壊を与えるおそれのある場合、それは当該敷居に到達しうる。どちらの場合であっても、必要とされる危害の敷居に達する行為は、さらに直接因果関係と交戦者とのつながりという諸要件を満たさない限り、敵対行為への直接参加に該当することはない。

2. 直接因果関係

直接因果関係の要件が満たされるには、ある特定の行為と、当該行為または当該行為が不可分の一部をなす協同軍事行動のいずれかから生じるおそれのある危害との間に、直接的な因果関係の結びつきがなければならない。

a) 敵対行為の遂行、一般的な戦争遂行努力、および継戦活動

直接の攻撃からの保護の喪失を伴う文民の行為を指す敵対行為への「直接」参加という条約上の用語は、そのような保護の喪失をもたらさない敵対行為への「間接」参加もまたありうることを暗示している。事実、ある者による敵対行為への直接参加と間接参加との間の区別は、敵対する武力紛争当事者という集団的なレベルで見れば、敵対行為の遂行と、一般的な戦争遂行努力の一部または継戦活動と特徴づけることのできるその他の活動との間の区別に対応している¹¹³。

111 第1追加議定書第35条1項。

112 ハーグ規則第22条（戦闘 [hostilities] に関する第2款）。

一般的に言えば、実際に敵対行為の遂行以外にも、一般的な戦争遂行努力には、敵の軍事的敗北に客観的に寄与するすべての活動（たとえば、具体的な軍事行動の文脈以外での武器および軍事装備の設計、生産および輸送、ならびに道路、港、空港、橋梁、鉄道その他インフラの建設または改修）が含まれるということが出来る。他方、継戦活動であればさらに、一般的な戦争遂行努力を支援する政治、経済またはメディアに関する活動（たとえば政治的プロパガンダ、金融取引、農産物または非軍事産業製品の生産）が含まれるだろう。

確かに、一般的な戦争遂行努力と継戦活動は、突き詰めれば双方ともに敵対行為への直接参加の資格に必要な敷居に達する危害を引き起こしうる。これらの活動のいくつかは、たとえば資金、食料および避難所を軍隊に提供したり、武器および弾薬を生産する等、敵を害する上で必要不可欠ですらあるかもしれない。しかし、必要とされる危害を引き起こす——つまりその実現をもたらす——ことが意図されている敵対行為の遂行とは異なり、一般的な戦争遂行努力や継戦活動は、そのような危害を引き起こす能力を単に維持または構築する活動をも含んでいる¹¹⁴。

b) 直接因果関係と間接因果関係

ある特定の行為が、敵対行為への「間接」参加ではなく「直接」参加としての資格を有するには、当該行為と発生する危害との間に十分かつ密接に結びついた因果関係がなければならぬ¹¹⁵。「危害の間接因果関係」¹¹⁶または「実質的に誘発する危害」¹¹⁷のような基準では明らかに広すぎる。このような基準だと、戦争遂行努力のすべてが敵対行為への直接参加という概念の中に入れられ、文民たる住民の大部分が直接の攻撃からの保護を奪われることになるからである¹¹⁸。むしろ敵対行為への直接参加と間接参加との区別は、危害の直接因果関係と間接因果関係との区別と一致するように解釈されねばならない¹¹⁹。

113 *Commentary AP* (above N 10), § 1679によると、「現代の戦闘では、間接的にはあれ、すべての住民がある程度は戦争遂行努力に参加している。したがって、この概念〔つまり敵対行為への直接参加〕を戦争遂行努力全体にまで拡大するのは広すぎるとしても、戦闘や現実の軍事行動にまでこれを制限するというのでは、あまりに狭すぎるであろう。このことを踏まえるなら、住民を戦闘員とみなすことなどできない（略）。同様に、*ibid.*, *Commentary Art. 51 API*, § 1945. ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Case No. IT-01-42-A, Judgment of 17 July 2008, §§ 175-176も肯定的である。ジュネーブ第4条約第15条1項 (b) で「敵対行為に参加」と「軍事的性質を有する仕事」とが区別されていることも見よ。こうしたコメントリーに反映された立場は、専門家会合の間に表明された支配的な意見と一致している (Report DPH 2005, p. 21)。

114 *Commentary AP* (above N 10), § 1944によれば、「(略)『直接』参加とは、その性質または目的によって、敵の軍隊の要員や装備に対して実際の危害を引き起こすおそれのある戦争行為を意味している」。ICTY, *Prosecutor v. Strugar, Appeal*, (above N 16), § 178も肯定的である。専門家会合の間、敵対行為への「直接参加」が敵対行為への「関与」または「貢献」と同義ではなく、また誰かが敵対行為に直接参加するのを「準備すること」または「可能にすること」と同義でもないこと、むしろ本質的にそれは、個人が個人的に「進行中の害敵行使に参加」(Report DPH 2004, p. 10) し、なおかつ個人的に敵対行為の「一部」である敵対的な行為を遂行している (Report DPH 2005, pp. 21, 27, 30, 34) ことを意味している、ということが強調されていた。

115 *Commentary AP* (above N 10), § 4787によれば：「『敵対行為への直接参加』という用語は（略）、参加という行為とそれによる直接の結果との間に十分な因果関係が存在することを暗示している」。Report DPH 2005, pp. 30, 34 ff.も見よ。

116 Report DPH 2005, p. 28.

117 Background Doc. DPH 2004, p. 27; Report DPH 2005, pp. 28, 34.

118 Background Doc. DPH 2004, pp. 27 f.; Report DPH 2005, pp. 11, 25; Report DPH 2005, pp. 28, 34も見よ。

119 *Commentary AP* (above N 10), § 1679によれば、「敵対行為への直接参加は、従事した活動とその活動が生じる時と場所において敵に対して行った危害との間にある直接因果関係を暗示している」。

本指針の文脈において直接因果関係とは、問題となる危害が1つの原因段階 (one causal step) で引き起こされることを意味するものと解釈されるべきである。したがって、自己の敵を害する当事者の能力を単に構築したり維持したりするだけの個人の行動、またはその他の方法で間接的に危害を引き起こすだけの個人の行動は、敵対行為への直接参加の概念から除外される。たとえば、武力紛争当事者に経済制裁を課したりその金融資産を剥奪したりすること¹²⁰、あるいは敵に(電気、燃料、建設資材、融資、金融サービスのよう)¹²¹物品や役務を提供したりすることなどは、当該当事者の軍事能力または軍事行動に対して潜在的に重要であるが、間接的な影響を及ぼすものとなるだろう。その他の間接参加の例として、必要とされる危害の敷居を直接引き起こすことを意図した特定の軍事行動と不可分の一部として遂行されたものでない限り、武器や装備の科学的研究や設計¹²²のみならず、それらの生産¹²³や輸送¹²⁴もこれに含まれる。同様に、要員の採用や訓練も紛争当事者の軍事能力にとって極めて重大なものであるが、敵に与える危害との因果関係の結びつきは一般的に間接的なままである¹²⁵。ある者たちが予定された敵対的な行為の実施のために採用され訓練されていることが明らかな場合にのみ、そのような活動を当該行為と不可分の一部、ひいては敵対行為への直接参加とみなすことができるのである¹²⁶。

120 Background Doc. DPH 2004, pp. 9 f.; Report DPH 2005, pp. 14 f.

121 Background Doc. DPH 2004, pp. 14 f.

122 専門家会合の間、文民たる科学者や兵器の専門家たちは一般的に直接の攻撃から保護されるとみなされていたが、この評価が極端な場合、すなわち第2次世界大戦中の核兵器専門家の場合のように、ある特定の文民の持つ専門知識が武力紛争の結果について極めて例外的かつ潜在的に決定的な価値を有している場合でも支持できるかどうかについてはいくつか疑問も存在した (Report DPH 2006, pp. 48 f.)。

123 弾薬工場における文民たる作業員は、敵を害するための紛争当事者の能力を単に構築しているだけであってそれ自体で危害を直接引き起こすわけではない、ということにつき専門家会合の間は一般的な合意が存在していた。したがって、敵に対して危害を引き起こすために生産された弾薬を実際に使用する文民とは異なり、このような工場作業員たちが敵対行為に直接参加しているとみなすことはできない (Report DPH 2003, p. 2; Report DPH 2004, pp. 6 f.; Report DPH 2005, pp. 15, 21, 28 f., 34, 38; Report DPH 2006, pp. 48 ff., 60; Report DPH 2008, p. 63を見よ)。しかし、非国家の行為主体が即席爆発装置 (IED) やミサイルを組み立てる場合、それがあつた特定の状況では単なる能力構築を超えるのかどうか、また、産業上の兵器生産とは対照的にそれが具体的な軍事行動の準備措置となりうるかどうかについては、専門家の間でも意見が分かれたままであつた (Report DPH 2006, pp. 48 f., 60)。

124 弾薬輸送トラックの文民たる運転手の事例については、下記Section V.2. (e)を見よ。

125 Report DPH 2004, p. 10; Report DPH 2005, pp. 35 f. 反対意見については、Report DPH 2006, pp. 26, 65; Report DPH 2008, p. 51, 53 ff.を見よ。

126 下記Sections V.2 (c) およびVI.1.を見よ。

しかも、直接因果関係の要件を満たすためには、その行為が危害の原因と不可分である必要はなく、またそれで十分というわけでもない¹²⁷。たとえば、軍隊に向けた武器に関する資金調達またはその生産、および食料の供給は、後に危害を与えることと不可分の関係にあるが、直接の原因となるわけではない。他方、待ち伏せの間に複数の見張り役の一人として行動する者であれば、自己の寄与が危害の原因と不可分であるとはいえないかもしれないが、敵対行為に直接参加していることは確実であろう。結局のところ、行為と行為の結果が絶えず原因となる一連の出来事を通じて結びついているというだけでは十分でないのである。たとえば、作業場で即席爆発装置 (IED: improvised explosive device) を組み立てたり貯蔵したり、あるいはその部品を購入したり密輸したりすることは、絶えず原因となる一連の出来事を通じて後に生じる危害と結びつくことがあるけれども、当該装置の設置や起爆とは異なり、その危害を直接に引き起こすわけではない。

c) 集団行動における直接因果関係

危害の直接因果関係について必要とされる基準としては、現代の軍事行動が持つ集団的性質や複雑性を考慮に入れなければならない。たとえば無人航空機が行う攻撃には、遠隔制御を通じて同機を操作するコンピューターの専門家、標的を照射する者、データを収集する航空機乗組員、ミサイル発射を管制する専門家、命令を伝達する通信士、および全体の指揮官などの多くの人が同時に関与している¹²⁸。これらすべての人がその行動に不可欠であり敵対行為に直接参加している一方、必要とされる危害の敷居を個別に直接引き起こしているといえる活動を行っているのは、そのうちの一部でしかない。それゆえ直接因果関係の基準には、他の行為と連動してはじめて危害を引き起こす行為が含まれるものと解されねばならない。より正確に言うなら、ある特定の行為がそれ自体では必要とされる危害の敷居を引き起こさないとしても、その行為が危害を直接引き起こす具体的かつ協同的な戦術行動の不可分の一部をなすのであれば、直接因果関係の要件はやはり満たされることになるだろう¹²⁹。そのような行動の例を挙げるとするなら、とりわけ、標的の識別や設定 (marking)¹³⁰、戦術上のインテリジェンスの分析や攻撃部隊への伝達¹³¹、特定の軍事行動を実施するために部隊に与えられる指示や支援¹³²がこれに含まれるだろう。

127 「なかりせば (but for)」という因果関係 (つまり、その行為が「なければ」問題となる危害は生じなかったであろう、ということ) に関する専門家会合の間の議論については、Report DPH 2004, pp. 11, 25; Report DPH 2005, pp. 28, 34 を見よ。

128 Report DPH 2005, p. 35.

129 Report DPH 2004, p. 5; Report DPH 2005, pp. 35 f.

130 Background Doc. DPH 2004, pp. 13; Report DPH 2004, p. 11, 25; Report DPH 2005, p. 31.

131 Report DPH 2005, pp. 28, 31. 「射撃管制システム (fire control system)」に相当するものとして明記される、注103で挙げられた事例も見よ。

132 Report DPH 2004, p. 10; Report DPH 2005, pp. 33, 35 f.

d) 因果的、時間的および地理的接近性

直接因果関係の要件としては、ある程度の因果関係における接近性をあげることができ、単に時間的または地理的接近性を示すだけの要素とこれを混同すべきではない。たとえば、地雷、ブービートラップおよびタイマー制御装置のような遅延式（つまり時間的遠隔）兵器システムを通じてのみならず、遠隔操作（つまり地理的遠隔）ミサイル、無人航空機およびネット攻撃をも通じて武力紛争当事者が敵対行為を行うことが実に一般的になってきた。そのような手段の使用とそれに次いで生じる危害との間の因果関係は、時間的または地理的接近性に関係なく、直接的なままである。逆に、戦闘員の部隊のために食料を配達したり準備したりすることは、闘いと同じ場所、同じ時に起こりうるが、そのような支援活動と、敵対する紛争当事者への危害について必要とされる敷居との間にある因果関係の結びつきは、間接的なままである。このように、結果として生じる危害との時間的または地理的接近性は、ある特定の行為が敵対行為への直接参加に該当することを示すことがある一方、直接因果関係のない場合には、これら諸要因だけでは十分でないだろう¹³³。先に留意したように、必要とされる危害がまだ実体化していない場合、直接因果関係という要素は、具体的な行為または行動から直接生じると合理的に予測することのできる危害（「おそれのある」危害）を参照することによって決定しなければならない¹³⁴。

e) 選択事例

弾薬トラックの運転：文民たるトラック運転手が、前線で活動している射撃拠点にまで弾薬を運搬すれば、それはほぼ確実に、現在進行中の戦闘行動の不可分の一部であり、したがって敵対行為への直接参加とみなされなければならないであろう¹³⁵。他方、さらに遠方にある紛争地帯の貯蔵施設へと輸送するために工場から港にまで弾薬を輸送することは、その後の危害を直接引き起こす特定の軍事行動の際の弾薬使用からは遠く離れすぎている。弾薬トラックは正当な軍事目標のままであるが、このトラックを運転しても敵対行為への直接参加には当たらないので、文民たる運転手が直接の攻撃からの保護を奪われることはないだろう¹³⁶。したがって同トラックを直接攻撃する場合には、常に比例性の評価において文民たる運転手の死の可能性が勘案されねばならないことになる¹³⁷。

133 Report DPH 2005, p. 35.

134 上記Section V.1を見よ。

135 Background Doc. DPH 2004, p. 28; Report DPH 2006, p. 48. 「進行中の双方の戦闘行動に時間的にも空間的にも近接したところで地对空ミサイル2基を搭載した車輛を運転すること」(U.S. Military Commission, *USA v. Salim Ahmed Hamdan*, 19 December 2007, p. 6)、および「敵対行為のために使用する予定の場所へ弾薬を運搬すること」(Israel HCJ, *PCATI v. Israel*, above N 24, § 35) について、近年、国内判例でも同様の理由づけが採用された。

136 Report DPH 2006, p. 48.

137 Report DPH 2005, pp. 32 f. も見よ。専門家会合の間、文民たる弾薬トラックの運転手は軍隊の構成員と間違われる危険性に直面せねばならないかもしれないことが認められていたが、軍事目標に存在することが判明したいかなる文民も、敵対行為に直接参加していない限りは比例性の均衡で勘案されねばならないことについても広く合意が得られていた (Report DPH 2006, pp. 72 f.)。

自発的な人間の盾：同じ論理は、直接の攻撃からの保護を受けることのできる者としての自己の存在（自発的な人間の盾）によって軍事目標を掩護しようとする文民にも当てはまる。紛争当事者の軍事行動に対する物理的な障害を作るため、自発的かつ意図的に文民が身を挺する場合、彼らは、敵対行為への直接参加の資格に必要な危害の敷居を直接引き起こしうる¹³⁸。この状況は、文民が自己の支援する戦闘要員に物理的な掩護を与えようとする場合、あるいは敵対する歩兵部隊の動きを阻止しようとする場合など、市街地における地上作戦でとくに問題になるかもしれない¹³⁹。

逆に、砲撃や空爆のようなより強力な兵器を伴う作戦では、自発的な人間の盾の存在は、多くの場合、掩護された軍事目標を特定し破壊する攻撃者の能力に何ら不利な影響を及ぼすことはない。それどころか、選定された目標周辺の文民の存在は、攻撃者が不利になるほどにまで比例性評価の要因を変化させるるので、予測される付随的危害が予期される軍事的利益との比較において過度であるとみなされねばなくなる可能性を増大させる¹⁴⁰。自発的な人間の盾が実際には——物理的なというよりもむしろ——法的な障害を軍事行動にもたらすものとみなされているというまさにその事実こそが、彼らが直接の攻撃から保護されると認められているということ、換言すれば、彼らの行為が敵対行為への直接参加には当たらないということを証明しているのである。確かに、自発的な人間の盾という存在は最終的に攻撃者による行動の中止または停止をもたらすかもしれないが、彼らの行為と結果として生じる危害との間にある因果関係は間接的なままである¹⁴¹。状況次第ではあるが、自発的な人間の盾になることが、必要とされる危害の敷居に到達するかどうかもまた、問題であるかもしれない。

軍事目標を掩護するために直接の攻撃からの保護に対する自己の法的権利を自発的かつ意図的に濫用する文民がいても、それ以上のことがない限り、その事実によって彼らが自らの保護を失い、掩護された目標とは関係なく直接の攻撃の対象となるわけではない¹⁴²。もっとも、正当な軍事目標の近傍に自発的に存在することで、自発的な人間の盾は、とりわけ軍事行動の危険にさらされることから、軍事目標に対する攻撃の間、付随的な死または被害を受ける危険を一層冒している¹⁴³。

138 この見解は、専門家会合の間でも一般的に共有されていた (Report DPH 2006, pp. 44 ff.; Report DPH 2008, pp. 70 ff.)。

139 専門家会合の間、この状況は、ある女性が2人の兵士をふくらしたドレス (billowing robe) で掩護し、自身の背後から敵に発砲することを可能にさせるという具体的な事例で説明された (Report DPH 2004, pp. 6 f.)。

140 第1追加議定書第51条5項 (a)、また国際的・非国際的武力紛争における当該規則の持つ慣習的性質については、*Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 14を見よ。関連する専門家会合の間の議論については、Report DPH 2004, pp. 6 f.; Report DPH 2006, pp. 44 ff.; Report DPH 2008, p. 70を見よ。

141 強制的な人間の盾であれば敵対行為に直接参加しているとみなすことはできないということについて、専門家会合の間は一般的な合意が存在していたものの、いかなる状況で自発的な人間の盾として行動すれば敵対行為への直接参加に該当することになるのかわからないのかということについてまで専門家たちは合意することができなかった。様々な立場の概要については、Report DPH 2004, p. 6; Report DPH 2006, pp. 44 ff.; Report DPH 2008, pp. 70 ff.を見よ。

142 第1追加議定書第51条7項および8項も見よ。これらの規定によれば、文民を人間の盾として用いることに関する禁止のいかなる違反によっても、攻撃者は、必要とされる予防措置をとる義務を含め、文民たる住民と個々の文民に関する自己の義務から解放されない。

143 Report DPH 2004, p. 7; Report DPH 2008, pp. 71 f.を見よ。

f) 要約

問題となる特定の行為、または当該行為が不可分の一部をなす具体的かつ協同的な軍事行動のいずれかが、必要とされる敷居に到達する危害を——1つの原因段階で——直接引き起こしていると合理的に予測することができる場合、直接因果関係の要件は満たされる。ただし、たとえ直接因果関係の要件を満たし、なおかつ必要とされる危害の敷居に到達している行為であっても、第3の要件である交戦者とのつながりをさらに満たさない限り、敵対行為への直接参加に該当することはありえない。

3. 交戦者とのつながり

交戦者とのつながりという要件を満たすためには、ある行為が、一方の紛争当事者を支援しかつ他方の当事者を害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。

a) 基本概念

武力紛争当事者の軍事行動もしくは軍事能力に直接不利な影響を及ぼす行為、また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直接与える行為のすべてが、必ずしも敵対行為への直接参加に該当するわけではない。既に指摘したように、敵対行為への直接参加の概念は、武力紛争当事者間で行われる敵対行為と極めて密接に関係しているがゆえに当該敵対行為と不可分の一部をなす特定の行為に制限されている¹⁴⁴。条約上の国際人道法は、敵対行為という用語を「敵を害する」¹⁴⁵手段および方法に訴えること、ならびに「敵に対して」¹⁴⁶向けられた個別の攻撃であると記している。換言すれば、敵対行為への直接参加に該当するためには、ある行為が最初の2つの基準を充たす危害を与えるおそれが客観的にあるだけでなく、武力紛争の一方の当事者を支援し、かつ他方の当事者を害する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)¹⁴⁷。

144 上記Section IVを見よ。

145 ハーグ規則第22条(「戦闘」に関する第2款)を見よ。

146 なかでも注目すべき点として、「(略)敵に対する」(第1追加議定書第49条)暴力行為としての「攻撃」の定義を見よ。Report DPH 2005, pp. 22 f., 26, 40; Report DPH 2006, pp. 50 ff.

147 交戦者とのつながりの要件は、ある行為が戦争犯罪となる資格を持つ前提条件としての一般的なつながりというICTYやICTRの判例で展開された要件よりも狭く解される(見よ: ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Case No. IT-96-23, Judgment of 12 June 2002 (Appeals Chamber), § 58; ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3, Judgment of 26 May 2003 (Appeals Chamber), § 570)。一般的なつながりという要件が行為と武力紛争の事態全体との関係を指すのに対し、交戦者とのつながりという要件は、行為と武力紛争当事者間で敵対行為を行うこととの関係を指している。専門家会合の間、敵対行為との十分なつながりを欠けたいかなる行為もそのような敵対行為への直接参加の資格を持ちえないということについては、一般的な合意が得られた。Report, DPH 2005, p. 25、またより一般的にはBackground Doc. DPH 2004, pp. 25 f.; Report DPH 2004, pp. 10, 25; Background Doc. DPH 2005, WS II-III, p. 8; Report DPH 2005, pp. 9 f., 22 ff., 27, 34。

反対に、武力紛争当事者を害することが意図されていない、または一方の当事者を支援する形でそうすることが意図されていない武力による暴力は、これら当事者の間で生じている敵対行為への「参加」のいかなる形態にも該当しえない¹⁴⁸。そのような暴力が別の武力紛争を生じさせるのに必要な数居に達していない限り、それは非交戦的性質を有するに留まるので、法執行措置を通じて対処されねばならない¹⁴⁹。

b) 交戦者とのつながりと主観的意図

交戦者とのつながりは、主観的意図 (subjective intent)¹⁵⁰や敵対的意図 (hostile intent)¹⁵¹のような概念とは区別されるべきである。これらが関係者の心理状態に関連するものであるのに対して、交戦者とのつながりは行為の客観的な目的と関連するものである。その目的は行為または行動計画において表されるものであって、参加するすべての個人の考え方に依存するものではない¹⁵²。その行為だけに関係する客観的基準として、交戦者とのつながりは一般的に、個人的な苦悩や選好といった要因、または自らの行為に責任を負う者の精神的な能力もしくは意欲に影響されない。したがって、たとえ敵対行為に直接参加することを強いられた文民¹⁵³、または合法的な採用年齢を下回る子ども¹⁵⁴であっても、直接の攻撃からの保護を失うことはありうる。

心理状態によって文民による行為と交戦者との結びつきを問題にできるのは、例外的な場合においてのみである。こうした状況は、とりわけ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（たとえば、遠隔制御爆弾を輸送しているのを知らない運転手）、または物理的な行動の自由を完全に奪われている場合（たとえ

148 Report DPH 2006, pp. 51 f.

149 同じことは、たとえば国際的武力紛争における独立した武装集団により遂行された武力による暴力にも当てはまる（上記注24-27とそれに付随する文も見よ）。専門家会合の間、武力紛争の文脈で法執行行動と敵対行為の遂行とを区別することの重要性については一般的な合意が存在した。Report DPH 2005, pp. 10 f.; Report DPH 2006, pp. 52 f.; Report DPH 2008, p. 49, 54, 62 ff.を見よ。

150 専門家会合の間、軍事行動を行っている間に特定の行為を遂行するよう文民を駆り立てる主観的な動機を確実に認定することはできず、したがってこの主観的な動機が「瞬時の (split second)」標的決定のための明確で運用可能な基準として機能することはできないということでは意見が一致した。Report DPH 2005, pp. 9, 26, 34, 66 f.; Report DPH 2006, pp. 50 f.; Report DPH 2008, p. 66を見よ。

151 専門家会合の間、敵対的意図が国際人道法の用語ではなく国内法に基づいて起草された部隊行動基準 (ROE: Rules of Engagement) で用いられる専門用語であるということについて合意が得られた。ROEは、特定の文脈における自己の行為について武装要員に指針を与えることが意図された、国内の指揮統制にかかる法律文書を構成している。そのようなものとしてROEは国際人道法の正確な内容を必ずしも反映していないことから、敵対行為への直接参加の概念を定義するためにこれを用いることはできない。たとえばある特定のROEでは、政治的または作戦上の理由から、特定の活動に対処する際、たとえそれが敵対行為への直接参加に該当するとしても、致死力を行使するのを禁止されることがある。反対に、敵対行為への直接参加に該当しない暴力行為に対する個人の正当防衛の際の致死力の行使に関する規則をROEが持つこともある。それゆえ敵対行為への直接参加を定義するために敵対的意図を参照するのは、有益でない、混乱を招く、あるいは危険ですらあるとみなされるのが一般的であった。Report DPH 2005, p. 37を見よ。

152 Report DPH 2005, pp. 22 f., 26, 40; Report DPH 2006, pp. 50 f.

153 ただし、ジュネーブ第4条約に基づいて保護される文民が「軍事行動の遂行に直接関係がない」労働をすること、および敵の軍隊または補助部隊で勤務することを強制されないこと（ジュネーブ第4条約第40条2項および第51条1項）、ならびに文民たる医療要員および宗教要員はその人道的使命と両立しない任務を遂行することを強要されないこと（第1追加議定書第15条3項および第2追加議定書第9条1項）には留意しておくべきである。

154 それゆえ武力紛争のすべての当事者は、15歳未満の子どもが敵対行為に直接参加しないよう確保するためのすべての実行可能な措置をとる義務、とりわけ彼らを自己の軍隊または組織された武装集団に採用するのを差し控える義務を負っている（第1追加議定書第77条2項、第2追加議定書第4条3項 (c)、*Customary IHL*, above N 7, Vol. 1, Rule 137)。もちろん、子どもが直接の攻撃からの保護を回復すれば、ただちに国際人道法上子どもに与えられる特別の保護も回復する（第1追加議定書第77条3項、第2追加議定書第4条3項 (d)）。

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となる場合)に生じうる。このような極限状態にある文民を、何らかの意図を持って行動している(つまり何かをしている)とみなすことはできないので、彼らを戦闘手段として用いる軍事行動については、交戦者とのつながりにかかわらず、彼らは引き続き直接の攻撃から保護される。したがって、付随的な危害をこれら文民に与えるおそれのある軍事行動の期間中は、比例性を評価する際、彼らの存在を勘案しなければならないだろう。

c) 交戦者とのつながりの実際的意義

武力紛争の間、多くの活動は、たとえかなりのレベルの危害を引き起こすにしても、交戦者との結びつきを欠いている。たとえば、普通の銀行強盗の最中に警察と人質犯との間で行われる銃撃戦¹⁵⁵、紛争とは関係のない理由で発生した暴力犯罪、および私的利用のための軍事装備品の窃盗¹⁵⁶などは、必要とされる危害の敷居を引き起こすこともありうるが、一方の紛争当事者を支援するために他方の当事者を害することが明確に意図されているわけではない。同様に、戦略的に重要な区域に通じる道路が難民その他避難中の文民の大集団によって遮断される場合、紛争当事者の軍事行動は直接かつ不利な影響を受ける可能性がある。しかし、これらの文民の行為は、一方の紛争当事者に危害を引き起こすことによって他方の当事者を支援することが明確に意図されたものではないので、交戦者とのつながりを欠いている。もちろん、政府軍の到着を遅らせることで反従軍の撤収を容易にするために(あるいはその逆のために)文民が道路を遮断するならば話は変わってくるだろう。敵対行為への直接参加に当たる活動と当たらない活動とを区別する場合、交戦者とのつながりという基準は、次の4つの場合においてとりわけ重要性を持つ。

個人の正当防衛：国際人道法上禁止された暴力から個人が自己または他人を守る際に危害が発生しても、交戦者とのつながりを欠いている¹⁵⁷。たとえば、掠奪兵士による不法な攻撃または掠奪ならびに強姦および殺人から身を守るために文民が実力を行使すれば、必要とされる敷居の危害は発生するかもしれないが、その目的が一方の紛争当事者を支援して他方の当事者に敵対するためでないことは明らかである。万が一、禁止された暴力に対する個人の正当防衛によって直接の攻撃からの保護が喪失するということになるなら、それは先行する不法な攻撃を正当化するという不条理な帰結をもたらすものとなるだろう。それゆえ、そのような場合における必要で比例した実力行使を、敵対行為への直接参加とみなすことはできない¹⁵⁸。

155 Report DPH 2005, pp. 9, 11も見よ。

156 Report DPH 2004, p. 25.

157 これはまた専門家会合の間支配的な意見でもあった (Report DPH 2003, p. 6; Background Doc. DPH 2004, pp. 14, 31 f.)。

158 自己または他人を守るための個人による実力行使は、武力攻撃に対する自衛の際の国家による武力行使とは別の問題である。国家による武力行使は武力行使法 (*jus ad bellum*) によって規律されるので、本研究の範囲外である。

人または領域に対する権力または権限の行使：国際人道法は、敵対行為の遂行と、人または領域に対する権力または権限の行使とを基本的に区別している。それゆえ、国際人道法の意味における自己の「権力 (hands)」¹⁵⁹または「権力 (power)」¹⁶⁰内に陥った人または物に対して、文民が死、傷害または破壊を与えても、それ以上のことがない限り、敵対行為の一部を構成することはない。

たとえば文民当局が、ある紛争地域で暴動その他の国内における社会的混乱 (civil unrest) を鎮圧したり¹⁶¹、掠奪を防止したり、またはその他の方法で法と秩序を維持したりするために軍事力を用いる場合、それは死、傷害または破壊を引き起こすかもしれないが、一般的に武力紛争当事者間で行われる敵対行為の一部を構成することはない¹⁶²。同様に、軍事要員が捕らえられた場合 (したがって戦闘外にある者となる場合) であれば、暴動の鎮圧や逃走の防止¹⁶³または適法な死刑の執行¹⁶⁴は、敵対する紛争当事者に軍事的危害を直接引き起こすことが意図されていないので、交戦者との結びつきを欠いている¹⁶⁵。

敵対行為への直接参加という概念から除外される行為には、紛争当事者を代表して行われる行政上、司法上または懲戒上の権限の適法な行使のみならず、敵対行為の外で行われた戦争犯罪その他の国際人道法違反行為も含まれる。したがって、集団に科する罰、人質をとる行為、ならびに身体を拘束された者に対する虐待および即決処刑は、国際人道法で常に禁止されているが、敵対行為の遂行の一部ではない¹⁶⁶。そのような違反行為は国内犯罪または国際犯罪を構成しうるので、法執行または自己もしくは他人の正当防衛の問題として、実行犯に対して軍事力を適法に用いることが認められる¹⁶⁷。しかし、国際人道法の意味における直接の攻撃からの保護の喪失とは、犯罪行為に対する制裁ではなく、敵対行為を行う際の軍事的必要性の帰結である¹⁶⁸。

159 たとえばジュネーブ第4条約第4条。

160 たとえばジュネーブ第3条約第5条、第1追加議定書第75条1項。

161 国内における社会的混乱の交戦者とのつながりについては、下記の注169とそれに付随する文を見よ。

162 条約上の国際人道法は、たとえば占領軍 (ハーグ規則第43条) や非国際的武力紛争の当事者たる国 (第2追加議定書第3条1項) の法執行の役割を明確に確認している。

163 たとえばジュネーブ第3条約第42条。

164 たとえばジュネーブ第3条約第100条および第101条。

165 上記注99およびそれに付随する文も見よ。

166 たとえば、ジュネーブ諸条約共通第3条、ジュネーブ第4条約第32条、第1追加議定書第75条2項を見よ。人質をとる行為が敵対行為への直接参加の資格を有することに関する専門家会合の間の意見の相違については、Report DPH 2004, p. 4; Report DPH 2005, p. 11; Report DPH 2006, pp. 43 f.; Report DPH 2008, pp. 67 ff.

167 人道に対する犯罪の文脈における「攻撃」の概念は、必ずしも国際人道法上の敵対行為への直接参加に該当する行為を意味するわけではない。ICTYによって説明されたように、「人道に対する犯罪の文脈における『攻撃』という用語は、戦争法の場合とはわずかに異なる意味を持っている。それは敵対行為を行うことに限定されない。抑留されている者のように、敵対行為に直接参加していない者の虐待の場合をも網羅しうるのである」(ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Case No. IT-96-23, Judgment of 22 February 2001 (Trial Chamber), § 416.これは同事件の2002年6月12日上訴審判決 § 89によっても確認された)。Report DPH 2006, pp. 42 f.も見よ。

168 専門家会合の間の関連する議論については、Report DPH 2008, pp. 63-65を見よ。

国内における社会的混乱：武力紛争の間、政治デモや暴動その他の国内における社会的混乱の形態は、しばしばかなりの度合いの暴力を特徴としており、時に軍事力で対処されることもある。事実、国内における社会的混乱は、死、傷害および破壊をもたらすことが十分にありうるし、また究極的には、政治的圧力、経済不安、破壊および混乱を通じて別の紛争当事者の領域的な権限や支配を揺るがすことで、一方の紛争当事者の一般的な戦争遂行努力を利することすらありうる。それゆえ、敵対行為への直接参加——それは一方の紛争当事者を支援して他方の当事者と敵対することが明確に意図されている——と、その主たる目的が領域当局または抑留当局への不満を表明することにありうる国内における社会的混乱という暴力形態とを区別することは重要である¹⁶⁹。

文民同士の暴力：同様に、敵対行為を行うことの一部となるには、別の文民に対するある文民による実力行使が、たとえそれが広範囲にわたるものであっても、武力紛争当事者間の軍事的対立において、一方の当事者を支援することが明確に意図されたものでなければならない¹⁷⁰。単に文民が暴力犯罪を実行するために法と秩序の破綻を利用する場合であればこれに該当しないだろう¹⁷¹。文民同士の暴力が、彼らを取り巻く武力紛争の根底にあるのと同じ政治的紛争または民族的憎悪を動機とする場合や、明確に軍事的な性質を有する危害を引き起こしたりする場合であれば、交戦者とのつながりが存在する可能性は最も高い。

d) 交戦者とのつながりの実際上の認定

ある行為の交戦者とのつながりを認定する作業には、実際上のかなりの困難が伴うことがある。たとえば、多くの武力紛争において暴力団や海賊は、武力紛争とは無関係な暴力犯罪、または単に武力紛争によって容易となった暴力犯罪と敵対行為とを区別するのが困難な状況にあるグレーゾーンの中で活動する。こうした中でつながりを認定する際には、当該認定の実施を要請されている者が合理的に入手できる情報を基礎としなければならないが、当該認定は常に客観的に検証可能な要因から演繹されねばならない¹⁷²。実際、決め手となる問題とは、関連する時と場所において当面する状況を踏まえつつ、ある文民の行為が、必要とされる危害の敷居を別の当事者に直接引き起こすことで、一方の紛争当事者を支援しようと意図された行為であると合理的に考えることができるか否かである。交戦者とのつながりを認定すれば、文民が持つ直接の攻撃からの保護を奪うことになるかもしれないので、錯誤によるまたは恣意的な標的選定を防止するためにもすべての実行可能な予防措置がとられねばならず、また疑いのある場合には、その者が直接の攻撃から保護されていると推定されねばならない¹⁷³。

169 Report DPH 2004, p. 4; Report DPH 2008, p. 67も見よ。

170 Report DPH 2004, p. 4; Report DPH 2005, pp. 8, 11も見よ。

171 文民による暴力とそれを取り巻く武力紛争との間の一般的な結びつきの存在に関しては、ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda* (above N 147), § 570で同様の結論に到達した。

172 Report DPH 2005, pp. 9 f., 22, 26, 28, 34, 40.

173 下記Section VIIIを見よ。

e) 要約

交戦者とのつながりという要件を満たすためには、ある行為が、武力紛争の一方の当事者を支援し、かつ他方の当事者を害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。一般ルールとしては、(a) 国際人道法上禁止される暴力に対する個人による自己または他人の正当防衛、(b) 人または領域に対する権力または権限の行使、(c) 当局に対する国内における社会的混乱の一部、そして (d) 文民同士の暴力、によって生じた危害は、敵対行為への直接参加を構成する上で必要とされる交戦者とのつながりを欠いている。

4. 結論

危害の敷居、直接因果関係および交戦者とのつながりという3つの要件をあわせて適用することにより、敵対行為への直接参加に当たる活動と、武力紛争の文脈で発生しているが敵対行為の遂行の一部ではないことから直接の攻撃からの保護を喪失しない活動とを確実に区別することが可能となる¹⁷⁴。ただし、たとえある特定の行為が敵対行為への直接参加に該当しても、その対処に用いられる力の種類や程度は、国際人道法その他の適用可能な国際法の規則および原則に従うものでなければならない¹⁷⁵。

174 これらの諸要件を満たさない活動に対処するための力の行使は、対象となる脅威や取り巻く状況の性質を勘案しつつ、法執行や個人の正当防衛に関する基準によって規律されなければならない。

175 下記Section IXを見よ。

VI. 敵対行為への直接参加の開始と終了

敵対行為への直接参加という特定の行為を実施する準備のための措置は、実施場所への展開および実施場所からの帰還と同様に、当該行為の不可分の一部を構成する。

文民は、敵対行為に直接参加している「間 (for such time)」は直接の攻撃からの保護を失う。よって敵対行為への直接参加に該当する特定の行為の開始と終了については、最大限の注意を払ってこれらを決定しなければならない¹⁷⁶。敵対行為への直接参加の概念には、疑いの余地なく、*危害の敷居*、*直接因果関係*および*交戦者とのつながり*という3つの基準を満たす特定の行為の実施が直前に迫った段階も含まれている。実施場所への展開および実施場所からの帰還と同じく、そのような行為を実施する準備のための措置もまた、特定の行為または行動の不可分の一部を構成する場合には、この概念に含まれる¹⁷⁷。

1. 準備措置

準備措置が敵対行為への直接参加に当たるかどうかは、抽象的な表現では包括的に記すことのできない多くの状況要因によって左右される¹⁷⁸。敵対行為への直接参加に該当する準備措置は、本質的に条約上の国際人道法が「攻撃の準備のための軍事行動」¹⁷⁹と記していることに一致する。それは明確に軍事的な性質を有し、また事後の特定の敵対的な行為の実施と密接に結びついてもいるので、すでに当該行為と不可分の一部をなしている。反対に、特定の行動ではなく、一般的な作戦行動の準備であれば、敵対行為への直接参加に当たらないだろう。敵対行為への直接参加と間接参加との区別に則すなら、*特定の敵対的な行為の遂行を目指している準備措置は、敵対行為への直接参加に該当するが、不特定の敵対的な行為を遂行する一般的な能力の確立を目指している準備措置は該当しない*といえる¹⁸⁰。

ある準備措置が特定の敵対的な行為の実施の直前に（時間的近接性）もしくは地理的にすぐ近くで行われるということ、あるいは実施のためには準備措置が必要不可欠であるということは、敵対行為への直接参加を構成する上で必要なことでも十分なことでもない。たとえば、敵対行為が行われる区域にある軍事目標を直接攻撃するため航空機に爆弾を搭載することは、特定の敵対的な行為のための準備措置となり、敵対行為

176 Report DPH 2006, pp. 54-63における議論も見よ。保護の喪失の時間的範囲については、下記Section VIIを見よ。

177 集団行動における直接因果関係に関連した議論である上記Section V.2.(c)も見よ。

178 専門家会合の間の関連する議論については、Background Doc. DPH 2004, pp. 7, 10, 13, 21; Background Doc. DPH 2005, WS VI-VII, p.10; Report DPH 2005, p.19; Report DPH 2006, pp. 56-63を見よ。直接の攻撃からの保護の喪失を伴う準備措置、展開および撤収と、刑事責任を伴う準備、企てその他の関与の形式との区別については、Report DPH 2006, pp. 57 ff.を見よ。

179 第1追加議定書第44条3項。

180 上記注114およびそれに付随する文章、ならびにSection V.2.(b)を見よ。

への直接参加に該当する。たとえその行動が翌日まで遂行されない、その行動の間だけしか標的が選定されない、準備に続く攻撃の場所と準備措置を行う場所が距離的に遠く隔たっているとしても、そうである。逆に、爆弾を工場から飛行場にある貯蔵場所に輸送したり、また用途は決めていないが将来における使用のためにさらに紛争地帯にある別の貯蔵施設に運搬することを目的として輸送したりする場合は、単なる間接参加に該当する一般的な準備措置を構成することとなる。

同様に、特定の敵対的な行為の実施のために遂行される限り、次のすべてがほぼ確実に、敵対行為への直接参加に該当する準備措置を構成することになる。つまり、要員の装備、指示および輸送、インテリジェンスの収集、ならびに武器および装備品の準備、輸送および配備である。直接の攻撃からの保護の喪失を伴わない一般的な準備の例としては通常、武器の購入、密輸および隠蔽、要員の一般的な採用および訓練、ならびに武装行為主体への財政的、行政的および政治的支援を挙げることができる¹⁸¹。これらの例は、必要とされる区別を行う際の基本となる原則を説明することしかできないため、具体的な文脈や行動の時間と場所において、当面する状況を全体的に注意深く評価することが何よりも重要となる点は強調しておくべきである¹⁸²。

2. 展開と帰還

敵対行為への直接参加という特定の行為の実施に先立ち、配置上の展開を必要とする場合、その展開はすでにその行為の不可分の一部をなしている¹⁸³。同様に、敵対的な行為の実施後の帰還が敵対的な行為の不可分の一部をなすものであれば、それは軍事上の撤収を構成するので、降伏その他の事情で戦闘外にある者と混同してはならない¹⁸⁴。敵対行為への直接参加に該当する展開は、展開する個人が特定の行動を遂行すべく物理的移動に着手した時点で始まる。特定の敵対的行動の実施からの帰還は、参加した個人が、たとえば使用した武器その他の装備を放棄し、格納または隠蔽して当該行動とは別の活動を再開することなどによって、当該行動から物理的に離脱した時点で完了する。

181 敵対行為への直接参加となるような活動の資格については、上記Section V.2. (a) (b) も見よ。

182 敵対行為への直接参加の資格を有する準備措置とそうでない準備措置とのそれぞれの区別は、実際の戦いからあまりに遠くにある行為によって文民保護の喪失が引き起こされないよう確保するためにも、最大限の注意を払って行うべきであるということが専門家会合の間で強調された。敵対行為への直接参加という表現における「直接」という文言が何らかの意味を保持するためにも、文民は、もっぱら銃に弾薬を装填するなどのような認識できる直近の準備の間と特定の軍事行動という枠組み内での展開の間にだけ、直接の攻撃の対象となるべきである (Report DPH 2006, pp. 55, 60 f.)。

183 *Commentary AP* (above N 10), §§ 1679, 1943, 4788を見よ。この解説は、1974-77年外交会議における何人かの代表が、敵対行為の概念が戦闘のための準備や戦闘からの帰還を含むのを示唆していたことを想起させる。2004年のアンケートに対する回答では、大多数の専門家が、敵対的な行為の地理的な位置への展開は敵対行為への直接参加の資格をすでに有していると考え、またより躊躇しながらも、その位置からの帰還についてもこれと同じ結論を辿る傾向があった。Background Doc. DPH 2004, pp. 7 (l, 1.3.), 10 (l, 2.4.), 13 (l, 3.4.), 20 (l, 6.4.)を見よ。Report DPH 2005, pp. 65 f.も見よ。

184 これは専門家会合の間支配的な意見であったものの (Report DPH 2005, p. 66を見よ)、特定の敵対的な行為の実施後も引き続き保護を喪失することは恣意的で無用の標的選定を招くと懸念する専門家もいた (Report DPH 2006, pp. 56 f., 61 ff.)。

ある特定の個人が展開を行っているか、あるいは特定の敵対的な行為の実施から帰還しているかどうかは、抽象的な表現では包括的に記すことのできない多くの状況要因に左右される。決め手となる基準は、展開と帰還の双方が敵対行為への直接参加に該当する特定の行為の不可分の一部として遂行されていることである。その決定は最大限の注意を払い、当面する状況の合理的な評価を基礎としなければならない¹⁸⁵。ネット攻撃または遠隔制御式兵器システムの例のように、敵対的な行為の実施が地理的移動を必要としない場合、敵対行為への直接参加の期間は、当該行為の即時的実行および当該行為と不可分の一部を形成する準備措置の間に制限されるだろう。

3. 結論

準備措置および配置上の展開または撤収が、敵対行為への直接参加に該当する特定の行為または行動の不可分の一体をなす場合、当該行為または行動の開始と終了は、即時的な実施の段階を超えた広がりを持つ。

185 Report DPH 2005, p. 66; Report DPH 2006, p. 55を見よ。

C. 保護の喪失を規律する手続

MODALITIES GOVERNING THE LOSS OF PROTECTION

慣習国際人道法および条約国際人道法上、文民は、敵対行為に直接参加するか、あるいは完全に文民でなくなる、すなわち武力紛争当事者に属する国の軍隊または組織された武装集団の構成員となるかのいずれかによって、直接の攻撃からの保護を失う¹⁸⁶。関係する諸個人にとっては深刻な帰結であることに鑑み、本章では、そのような国際人道法上の保護の喪失を規律する正確な手続を明確にしたい。以下のセクションでは、直接の攻撃からの保護を喪失する時間的範囲 (VII)、予防措置と疑いのある場合の推定 (VIII)、正当な軍事目標に対する力の行使を規律する規則と原則 (IX)、および直接の攻撃からの保護の回復が意味すること (X) について考察する。

本解釈指針の目的に即して、本章は、敵対行為に直接参加した場合 (文民) における保護の喪失だけでなく、継続的戦闘任務の場合 (組織された武装集団の構成員) における保護の喪失の考察にも焦点を当てることとする。継続的戦闘任務の概念は敵対行為への直接参加の概念と本質的に結びついているからである¹⁸⁷。国の軍隊における構成員資格の場合の保護の喪失については、国内法に基づく公式の採用、編入、除隊または退役などのように、主として敵対行為への直接参加とは無関係の基準に基づいているため、一部を除き検討の対象としない¹⁸⁸。このことは、国際人道法においてそれを否定する規定がない限り、第VII部から第X部で得られた結論を、必要な修正を加えて国の軍隊の構成員にも同様に適用する可能性までも排除するものではない。

VII. 保護の喪失の時間的範囲

敵対行為への直接参加に当たる特定の個別行為を行う間、文民は直接の攻撃からの保護を失う。他方、非国家の武力紛争当事者に属する組織された武装集団の構成員は、文民でなくなり (上記IIを見よ)、継続的戦闘任務を負っている限り、直接の攻撃からの保護を失う。

186 本解釈指針で用いられる「直接の攻撃からの保護の喪失」という用語については、上記注6を見よ。

187 継続的戦闘任務の概念については、上記Section II.3.(b)を見よ。

188 国に属する不正規に構成された民兵隊、義勇隊および組織的抵抗運動団体における構成員資格を認定するために継続的戦闘任務の基準を適用することについては、上記Section I.2.(c)を見よ。

1. 文民

国際的および非国際的武力紛争に適用される条約国際人道法および慣習国際人道法によれば、文民は、敵対行為に直接参加「していない限り」直接の攻撃からの保護を享有する¹⁸⁹。敵対行為に直接参加している文民であっても文民たる住民の一部でなくなることはないが、直接の攻撃からの保護は一時的に停止する。「していない限り」という表現は、そのような保護の停止が、敵対行為への直接参加に文民が従事している間だけしか続かないことを明確にしている¹⁹⁰。これは必然的に、敵対行為への直接参加に従事する間隔に応じて文民が直接の攻撃からの保護を喪失したり回復したりするという帰結をもたらす（いわゆる文民保護の「回転扉」）。

文民保護の「回転扉」は、国際人道法の不可分の一部であって同法の機能不全ではない。それは、ある時点において軍事的脅威を示さない文民が攻撃されるのを防止している。自己の継続的任務が紛争当事者のために敵対行為を遂行することにある、組織された武装集団の構成員とは対照的に、個々の文民の行動は絶えず変化する多くの状況に左右されるので、これを予測するのは極めて困難である。自発的にであれ圧力の下にであれ、文民が繰り返し敵対行為に直接参加してきたという事実があるにせよ、将来の行為について確実に予測することはできない¹⁹¹。敵対行為への直接参加の概念が特定の敵対的な行為を指している以上、国際人道法は、自己の敵対的な行為への関与が終わる度に直接の攻撃からの文民の保護を回復する¹⁹²。問題となる文民が敵対行為への直接参加という特定の行為に再び従事するまで、彼らに対する力の行使は、法執行または個人の正当防衛の基準に従わなければならない。

保護の「回転扉」のメカニズムは、敵対する軍隊または組織された武装集団が文民による敵対行為への直接参加に効果的に対処するのを一層困難とするであろう。しかし、文民たる住民を錯誤によるまたは恣意的な攻撃から保護することはなおも必要であり、そのような参加が単に自発的、非組織的または散発的に生じているだけの間であれば、行動中の軍隊または武装集団にとっても回転扉のメカニズムは容認できるものであろう。

189 第1追加議定書第51条3項、第2追加議定書第13条3項、*Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 6。この規則の慣習的性質は、先例を参照したICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. IT-95-14-A, Judgment of 29 July 2004, § 157でも確認された。「していない限り (for such time as)」という表現を含む第1追加議定書第51条3項の慣習的性質を明確に認めた近年の国内判例については、次を見よ。Israel HCl, *PCATI v. Israel*, above N 24, § 30。

190 敵対行為への直接参加の開始と終了については、上記Section VIを見よ。

191 将来の文民の行為を確実に予測することが実際には不可能であることにつき、Report DPH 2006, pp. 66 ff.も見よ。

192 *Commentary AP* (above N 10), § 4789によれば、「文民が敵対行為に直接参加する場合、その参加が持続している間は攻撃からのいかなる保護も享有しないことは明らかである。その後であればその者は敵に対してもはやいかなる危険も示さないものであるから、攻撃されることはない」。ICTY, *Prosecutor v. Strugar*, Appeal, (above N 16), § 178における敵対行為への直接参加が潜在的に「断続的で不連続の (intermittent and discontinuous)」ものであるとする記述も見よ。専門家会合の間、保護の回転扉のメカニズムはいくらかの論争を引き起こしたが、支配的な見解は、ジュネーブ諸条約共通第3条および追加議定書の文言上、文民保護の継続的喪失は、個々の文民による再発行為に基づくことはできず、もっぱら国の軍隊または非国家の紛争当事者に属する組織された武装集団における構成員資格の概念に基づくことしかできないというものであった。Report DPH 2004, pp. 22 f.; Report DPH 2005, pp. 63 f.; Report DPH 2006, pp. 64-68; Report DPH 2008, pp. 33-44。

2. 組織された武装集団の構成員

非国家の紛争当事者に属する組織された武装集団の構成員は、継続的戦闘任務を有して構成員に留まっている限り文民でなくなる¹⁹³。したがって、彼らはもはや、形式的には敵対行為に直接参加「していない限り」文民に与えられる保護を受けない。実際、保護の喪失を特定の敵対的な行為の期間に制限したのは、文民による自発的、散発的または非組織的な敵対的な行為に対処するためなのであるから、組織された武装集団にこれを適用することはできない。もし適用するということになれば、当該集団の構成員は、継続的に攻撃されうる国の軍隊の構成員よりも行動面で大きく優位に立つことになるだろう。このような不均衡が存在すれば、組織された武装集団が昼は農夫としてそして夜は兵士として行動するのを助長することになるだろう。長期的に見れば、不利な立場となった当事者が、国際人道法は敵対行為の遂行を満足に規制することができるという点に寄せる信頼は揺らぎ、極端にリベラルな国際人道法の解釈から同法が与える保護の完全な無視に至るまでの深刻な状況が生じることになるだろう¹⁹⁴。

このような事態が生じることのないよう、個人が自発的、散発的または非組織的な敵対行為への直接参加の域を超えて紛争当事者に属する組織された武装集団の構成員となる場合、国際人道法は、個人が当該集団の構成員に留まる間、その個人に関しては直接の攻撃からの保護を失うとしている¹⁹⁵。換言すれば、構成員としての地位に基づいて保護の「回転扉」が作動し始めるのである¹⁹⁶。先述のように、組織された武装集団の構成員の資格は、文民が同集団のために継続的戦闘任務を事実上引き受けた瞬間から始まり、その任務を引き受けるのをやめるまで継続する¹⁹⁷。組織された武装集団から離脱することについて公の宣言は必要ない。同集団から持続的に物理的な距離を置くこと、および文民の生活に復帰すること、またはもっぱら非戦闘的な任務（たとえば、政治的または行政的活動）を永続的に再開することなど、離脱したことを確実に示す行動によって表明することもできる。実際問題、何をもって継続的戦闘任務を引き受け、同任務から離脱したと見るかは、政治的、文化的および軍事的文脈によって変わりうる基準に左右される¹⁹⁸。それゆえ、その決定は誠実にかつ当面する状況の合理的な評

193 文民と組織された武装集団という概念の相互排他性については、上記Section II.1を見よ。継続的戦闘任務の概念については、上記Section II.3. (b)を見よ。

194 Report DPH 2005, p. 49; Report DPH 2006, p. 65.

195 *Commentary AP* (above N 10), § 4789によれば、「軍隊または武装集団に属する者はいかなる時でも攻撃されうる」。Expert Paper DPH 2004 (Prof. M. Bothe) も見よ。武装集団の構成員が捕獲、降伏、負傷その他の事由の結果戦闘外に置かれる場合、直接の攻撃からの保護が回復される（ジュネーブ諸条約共通第3条1項。第1追加議定書第41条も見よ）。

196 専門家会合の間、こうして広く支持された妥協案は「任務別構成員資格アプローチ (functional membership approach)」と記された。議論の概要については、Report DPH 2003, p. 7; Background Doc. DPH 2004, pp. 34 ff.; Report DPH 2004, pp. 22 f.; Report DPH 2005, pp. 49, 59-65; 82 ff.; Report DPH 2006, pp. 29 ff., 65 f.を見よ。

197 上記Section II.3を見よ。Report DPH 2005, p. 59も見よ。

198 上記Section II.3も見よ。専門家会合の間、積極的な離脱が行われたかどうかの問題は具体的な状況に基づいて決定されねばならないことが強調された (Report DPH 2005, p. 63)。予防措置と疑いのある場合に守られるべき推定については、下記Section VIIIを見よ。

価に基づいて行わねばならず、疑いのある場合には文民として保護を受けることができると推定しなければならない¹⁹⁹。

3. 結論

慣習国際人道法および条約国際人道法上、敵対行為に直接参加する文民は、紛争当事者に属する組織された武装集団のために継続的戦闘任務を引き受けている者と同様に、直接の攻撃からの保護を失う。ただし、保護の喪失の時間的範囲に関する限り、文民と組織された武装行為主体は明確に区別されなければならない。敵対行為への直接参加に当たるそれぞれの特定の行為の間、文民は自己の保護を失う。他方、紛争当事者に属する組織された武装集団の構成員はもはや文民ではないので、構成員である間、つまり継続的戦闘任務を引き受けている間、直接の攻撃からの保護を失う。

¹⁹⁹ 専門家会合の間、保護の「回転厚」は第1追加議定書第51条3項および第2追加議定書第13条3項で表明された文民による敵対行為への直接参加に関するルールの一部であるものの、組織された武装集団の構成員と文民とを実際に区別することは極めて困難であるということが繰り返し指摘された。攻撃を受けて遂行される対処行動の間、行動部隊は十分なインテリジェンスを欠くことがしばしばであったことから、個別の行為に基づいてなされた推定に依拠しなければならなかった。したがってそのような行動を行う場合、一般的には自己が対処する具体的な敵対的な行為の間に当該行動は制限されることになるだろう。逆に、組織された武装集団内の者の任務に関する確かなインテリジェンスに基づいて軍隊が先制して行動する場合は、標的となる者が敵対行為に直接参加していない時でも当該行動を遂行することができる (Report DPH 2006, pp. 56 f.を見よ)。

VIII. 予防措置と疑いのある場合の推定

ある者が文民であるかどうか、また文民である場合にその文民が敵対行為に直接参加しているかどうかを決定する際には、すべての実行可能な予防措置がとられなければならない。疑いのある場合、その者は直接の攻撃から保護されていると推定されなければならない。

文民による敵対行為への様々な程度の参加が引き起こした主たる実際の諸問題の一つは、敵を特定することに関する疑義の問題である。たとえば、多くの反乱鎮圧作戦で軍隊は、多かれ少なかれ敵対的な態度をとる個人に絶えず直面する。そのような軍隊にとっての困難とは、敵対する紛争当事者に属する組織された武装集団の構成員と、自発的、散発的または非組織的に敵対行為に直接参加している文民、さらには敵に支援を提供しているか否かは不明であるが、その時は敵対行為に直接参加していないという文民とを確実に区別することである。直接の攻撃からの保護を受けることのできる文民が、錯誤により、または恣意的に標的とされるのを避けるためにも、とられるべき予防措置と疑いのある場合に守られるべき推定については明確でなければならない。

1. 実行可能な予防措置の要求

攻撃に先立っては、標的とされた者が正当な軍事目標であることを確認するためにすべての実行可能な予防措置がとられなければならない²⁰⁰。ひとたび攻撃が開始されれば、その責任を負う者は、標的が正当な軍事目標でないことが明白となった場合、攻撃を中止または停止しなければならない²⁰¹。攻撃の前および攻撃の間は、標的とされた者が文民であるかどうか、そして文民である場合にはその者が敵対行為に直接参加しているかどうかを決定するために、実行可能なすべての措置がとられなければならない。標的とされた者が文民としての保護を受けることが明白となれば、責任を負う者はただちに攻撃を行うのを差し控えなければならない、また攻撃がすでに進行中であればそれを中止または停止しなければならない。この決定は、誠実にかつ特定の事態において合理的に利用可能とされるすべての情報を踏まえて行わなければならない²⁰²。条約上の国際人道法で規定されるように、「実行可能な予防措置とは、人道上及び軍事上

200 第1追加議定書第57条2項 (a) (i)。 *Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 16によれば、この規則は国際的武力紛争と非国際的武力紛争の双方において慣習的性質を獲得した。

201 第1追加議定書第57条2項 (b)。 *Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 19によれば、この規則は、国際的武力紛争と非国際的武力紛争の双方において慣習的性質を獲得した。

202 Report DPH 2006, p. 70 ff.

の考慮を含むその時点におけるすべての事情を勘案して実施し得る又は実際に可能と認められる予防措置をいう」²⁰³。さらに文民が戦闘外となる場合にも、その者に対する直接の攻撃は中止または停止されねばならない²⁰⁴。

2. 文民の保護の推定

区別原則の目的上、国際人道法は、人に関する2つの一般的カテゴリー、すなわち文民と紛争当事者の軍隊の構成員との間を区別している。国の軍隊の構成員（医療要員および宗教要員を除く）または組織された武装集団の構成員は、降伏するかあるいはその他の事情で戦闘外とならない限り正当な軍事目標とみなされるのが一般的である。文民は一般的に、敵対行為に直接参加していない限り直接の攻撃から保護される。それぞれのカテゴリーについての例外に関する諸要件が充足されるまでは、これらの一般ルールが適用される。

したがって、ある特定の文民による行為が敵対行為への直接参加に該当するか否かについて疑いのある場合には、文民の保護に関する一般ルールが適用され、当該行為は敵対行為への直接参加に当たらないと推定されなければならない²⁰⁵。ある者が紛争当事者に属する組織された武装集団の構成員となったかどうかについても、疑いのある場合には、なおさら文民の保護の推定が適用される²⁰⁶。むろん、標的を決定する際に適用される疑義に関する基準は、刑事手続の際に適用される疑義に関する厳格な基準と比較できるものではなく、むしろその状況で合理的に得られる確実性の度合いを反映するものでなければならない。実際、これを決定する際には、とりわけ意思決定者が利用できるインテリジェンス、事態の緊急性、ならびに行動部隊または直接の攻撃から保護される人および物に対して加えられるおそれのある、錯誤に基づく決定から生じる危害が勘案されねばならないだろう。

203 1980年特定通常兵器使用禁止制限条約（CCW）議定書II第3条4項、CCW議定書III第1条5項、1996年CCW修正議定書II第3条10項。第1追加議定書第57条の仏文（「実際に可能なすべてのことを行う（*faire tout ce qui est pratiquement possible*）」）も見よ。

204 文民が現に敵対行為に直接参加しているかどうかについての決定を別にしても、攻撃の際の予防措置原則はまた、巻き添えによる文民の死亡、文民の傷害、民用物の損傷を回避し、かついかなる場合にもこれを最小限に抑えるためのすべての実行可能な予防措置をとるよう要求している。同原則は責任を負う者に対して、予期される軍事的利益との比較において「過度」となる付随的損害を引き起こすおそれのある攻撃を行うのを差し控え、中止または停止することも義務づけている（第1追加議定書第57条2項（a）（ii）、第57条2項（a）（iii）および第57条2項（b）、ならびに国際的武力紛争および非国際的武力紛争の双方においてこれらの諸規則が持つ慣習的性質については、*Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rules 17, 18, and 19）。

205 専門家会合の間、文民が正当な軍事目標を構成するかどうかについて疑いのある場合、その文民が直接の攻撃から保護されると推定されねばならない、ということについては合意が得られていた（Report DPH 2005, pp. 44 f., 67 f.; Report DPH 2006, p. 70 ff.）。

206 国際的武力紛争の事態のためにこの原則は第1追加議定書第50条1項で法典化された。非国際的武力紛争については、*Commentary AP* (above N 10), § 4789も見よ。そこでは、「ある個人の地位について疑いのある場合、その者は文民であると推定される」と述べられている。

文民の保護の推定は、その行為が明確には敵対行為への直接参加には該当しないが、公共の安全、法および秩序に重大な脅威をもたらす文民に対して軍事力を用いることまでも排除するものではない。ただしそのような場合、力の行使は、対象となる脅威や取り巻く状況の性質を勘案しつつ、法執行や個人の正当防衛に関する基準によって規律されねばならない²⁰⁷。

3. 結論

実際、文民による敵対行為への直接参加は、区別原則を実施する際に深刻な混乱と不確実性を引き起こすおそれがある。それゆえ、直接の攻撃からの保護を受けることのできる文民が錯誤によるまたは恣意的な標的となるのを避けるためにも、ある者が文民であるかどうか、また文民であるなら敵対行為に直接参加しているかどうかを決定する際には、すべての実行可能な予防措置がとられることがとくに重要である。疑いのある場合、問題となる者は直接の攻撃から保護されると推定されなければならない。

207 Report DPH 2005, pp. 11 f.も見よ。

IX. 直接の攻撃の際の力の行使に関する制約

戦闘の特定の手段と方法について国際人道法により課された制約に加え、またその他の適用可能な国際法領域から生じうるさらなる制限の適用を妨げることなく、直接の攻撃からの保護を受けることのできない者を相手に許容される力の種類と程度は、当面する状況において正当な軍事目的を達成する上で実際に必要なものを超えてはならない。

直接の攻撃からの保護を喪失しても、それが敵対行為への直接参加によるものであろうと（文民）継続的戦闘任務によるものであろうと（組織された武装集団の構成員）、保護を喪失した者が法の埒外に置かれることを意味するわけではない。「交戦者は、害敵手段の選択に付、無制限の権利を有するものに非ず」²⁰⁸というのが慣習上および条約上の国際人道法の基本原則である。事実、正当な軍事目標に対する直接の攻撃でさえ、国際人道法の特定の諸規定、同法全体の根底をなす諸原則、またはその他の適用可能な国際法領域のいずれに基づこうとも、法的制約に服するのである。

1. 国際人道法の個別諸規定に定められた禁止と制限

武力紛争の事態に遂行されるいかなる軍事行動も、敵対行為の遂行を規律する慣習国際人道法および条約国際人道法上の適用可能な諸規定に従わねばならない²⁰⁹。これらには区別原則、予防原則および比例性原則に由来する諸規則だけでなく、助命拒否の禁止および背信行為の禁止も含まれる。さらに、特定兵器の制約または禁止、ならびに過度の傷害または無用の苦痛 (*maux superflus*) を引き起こす性質を有する戦闘の手段および方法の禁止も含まれる²¹⁰。ただし、戦闘の特定の手段および方法の禁止または制約を別にすれば、国際人道法の特定の諸規定は、正当な軍事目標に対して許容される力の種類や程度を明確には規制していない。むしろ国際人道法は、敵対行為に直接参加している文民を含む特定の人のカテゴリーに対して、直接の「攻撃」すなわち「攻勢としてであるか防御としてであるかを問わず、敵に対する暴力行為」²¹¹からの保護を与えるのを単に差し控えているにすぎない。ただ、特定の人のカテゴリーが攻勢または防御における暴力行為から保護されないという事実は、それ以上の考慮なくそ

208 ハーグ規則第22条。第1追加議定書第35条1項「いかなる武力紛争においても、紛争当事者が戦闘の方法および手段を選ぶ権利は、無制限ではない。」も見よ。

209 Report DPH 2006, p. 76; Report DPH 2008, pp. 24, 29 ff. も見よ。

210 たとえば、毒（ハーグ規則第23条1項イ、窒息性ガス、毒性ガスまたはこれらに類するガスおよびこれらと類似のすべての液体、物質または考案を禁止する1925年ジュネーブ議定書）、拡張弾（1899年ハーグIV/3宣言）、その他の特定兵器（1980年、1995年および1996年のCCW条約および議定書、1997年対人地雷禁止条約、2008年クラスター弾に関する条約）の使用に関して課せられた禁止または制約、ならびに助命拒否（第1追加議定書第40条、ハーグ規則第23条1項二）および背信行為に訴えること（ハーグ規則第23条1項口、第1追加議定書第37条）を伴う方法の禁止。Report DPH 2006, p. 76; Report DPH 2008, pp. 18 f.

211 第1追加議定書第49条1項。

の者を殺害する法的権利が与えられていることを意味しない。もっとも、自由に殺害する「権利」がないからといって、状況の如何にかかわらず殺害よりも捕捉を優先する法的義務を示唆しているわけでもない。

2. 軍事的必要性と人道性という諸原則²¹²

正当な軍事目標に対する攻撃の際に認められる力の種類や程度は、明示的な規制のない場合には、何よりもまず軍事的必要性と人道性という基本原則に基づいて決定されねばならない。これらの基本原則は、国際人道法の全体的な規範枠組みの根底をなし、また同枠組みを特徴づけるものであることから、国際人道法の諸規則を解釈する際に依拠しなければならない文脈を形成している²¹³。軍事的必要性と人道性という考慮は、国際人道法の特定の諸規定から逸脱するものでもこれらを覆すものでもなく、これら人道法諸規定により設定された範囲内で交戦者の権利および義務を解釈するための指針となる諸原則を構成するものである²¹⁴。

今日、軍事的必要性の原則は、「正当な紛争の目的、すなわち最小限の生命と資源の犠牲で可及的速やかに敵の完全または部分的な降伏を達成するために必要とされる程度や種類の力のうち、武力紛争法により特段禁止されていないものだけ」²¹⁵を認めるものと一般的には認識されている。また、軍事的必要性を補完し、かつそこに内在するのが人道性の原則である。同原則は、「正当な軍事目的を達成するのに実際には必要でな

212 専門家会合の間、本解釈指針のSection IX.2は常に大きな論争を呼んでいた。ある専門家集団は、直接の攻撃からの保護を受けることができない者に対する致死力の使用は捕捉が可能でない場合にのみ許容されると考える一方、別の専門家集団は、国際人道法上、殺害よりも捕捉を優先する法的義務など存在しないと強く主張した。しかし、直接の攻撃からの保護を受けることができない敵の生命を守るためにさらなる危険を負う義務があるとか、明らかに軍事的にそうする必要がない場合でもそのような者を適法に殺害することができるというような主張は、議論を通じてなされることがなかった。関連する議論の概要については、Report DPH 2004, pp. 17 ff.; Report DPH 2005, pp. 31 f., 44. ff., 50, 56 f., 67; Report DPH 2006, pp. 74-79; Report DPH 2008, pp. 7-32を見よ。

213 なかでも注目すべきものとして*Commentary AP* (above N 10), § 1389を見よ。

214 Report DPH 2008, pp. 7 f., 19 f.「これらの主題[すなわち敵対行為を行うこと]に関する法は、既存の法ではなく、人道、文明の生存および個々の人間の尊厳といったより強制力のある (more compelling) 考慮を参照することによって——とにかく形成される限りは——形成されねばならない」(*Commentary AP* (above N 10), § 1394にて引用) というLauterpachtの陳述も見よ。

215 United Kingdom: Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford: OUP, 2004), Section 2.2 (Military Necessity) .その他の現代の多くの軍隊教範や用語集でも同様の解釈がなされている。たとえば、NATO: *Glossary of Terms and Definitions (AAP-6V)*, p. 2-M-5; United States: Department of the Army, *Field Manual 27-10* (1956), § 3; US Department of the Navy, *The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, NWP 1-14M/MCWP 5-12-1/COMDTPUB P5800.7A* (2007), § 5.3.1, p. 5-2.; France: Ministry of Defence, *Manuel de Droit des Conflits Armés* (2001), pp. 86 f.; Germany: Federal Ministry of Defence, *Triservice Manual ZDv 15/2: Humanitarian Law in Armed Conflicts* (August 1992) § 130; Switzerland: Swiss Army, *Regulations 51.007/IV, Bases légales du comportement à l'engagement* (2005), § 160を見よ。現代の軍事的必要性の概念は、歴史的には「リーバー規則」(United States: *Adjutant General's Office, General Orders No. 100*, 24 April 1863) 第14条で規定された定義の影響を強く受けてきた。

い苦痛、傷害または破壊を与えることを禁止している」²¹⁶。軍事的必要性と人道性の諸原則は、相互に連携し合いながら、許容される軍事行動の限界を、国際人道法によって明示的に禁止されていないすべての行動から、当面する状況において正当な軍事目的を達成する上で実際に必要な行動のみへと狭めているのである²¹⁷。

個々の事態において使用される力の正確な量を事前に決定することは不可能であるが、人道性を考慮すると、国際人道法の個別の諸規定により設定された範囲内で、当面する状況において正当な軍事目的を達成する上で実際に必要なものを超えて、死、傷害または破壊を引き起こしてはならない²¹⁸。いかなる種類や程度の力が特定の軍事目標に対する攻撃の際に必要なものとみなすことができるのかについては、行動上および文脈上の多種多様な状況に基づいた複雑な評価が伴う。ただし、それが意味するのは、柔軟性を欠いた基準または非現実的な基準が軍隊指揮官の判断に勝るということではない。むしろ、指揮官が行う事態の評価に基づいて戦闘の手段および方法を選択するための指針となる諸原則を提供することで、錯誤、恣意性および濫用を回避するというのがその趣旨である²¹⁹。

十分に装備され組織された軍隊または武装集団同士の古典的な大規模対立では、国際人道法の特定の諸規定がすでに要求している範囲を超えてまで軍事的必要性と人道性の諸原則が正当な軍事目標に対する力の行使を制約することはありそうにない。両原則の持つ抑制機能の実際的重要性は、軍事行動が行われる状況や区域を支配する紛争当事者の能力とともに増大するだろうし、平時の治安維持に相当する事態で特定の個人に対し軍隊が行動する場合には決定的となりうる。実際、紛争当事者が実効的な領

216 United Kingdom, *Manual of the Law of Armed Conflict* (above N 215), Section 2.4 (Humanity)。すでに効力を失ってはいるが、United States: Department of the Air Force, *Air Force Pamphlet, AFP 110-31* (1976), § 1-3 (2), p. 1-6 で規定された定式化も見よ。このように、それらが死、傷害または破壊を正当な軍事目的のために実際に必要なものと限定しようとする限り、軍事的必要性と人道性の諸原則は相反することなく、相互に補強しあう。ひとたび軍事行動が正当な軍事目的を達成する上で必要であると合理的にみなすことができるようになれば、軍事的必要性と人道性の諸原則は、国際人道法の特定の諸規定で明示されるように、相互に釣り合いを保たねばならない相対立する考慮となる。

217 *Commentary AP* (above N 10), § 1395を見よ。戦闘員に対して無用の苦痛を引き起こす性質を持つ戦闘の手段および方法の使用の禁止が、国際慣習法の逸脱不可能な (intransgressible) 原則および「正当な軍事目的を達成する上で回避できない危害以上のもの」の発生を違法化する国際人道法の基本原則を構成するという国際司法裁判所の判断も見よ。ICJ, *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, 8 July 1996, § 78。

218 1868年サンクト・ペテルブルク宣言も見よ。同宣言は次のように述べる。「戦時において諸国が達成しようとする唯一の正当な目的は、敵国の軍隊の弱体化であること。その目的を達成するためには、できる限り多くの者の戦闘能力を奪えば(仏語正文では *mettre hors de combat*) 足りること」。

219 条約上の国際人道法で明示的に規制されていない問題が「明文なきの故を以て、規定せられる総ての場合を軍隊指揮者の擅断に委する」(ハーグ条約前文)ものではなく、有名なマルテンス条項の文言にある「文民及び戦闘員は、この議定書その他の国際取極がその対象としていない場合においても、確立された慣習、人道の諸原則及び公共の良心に由来する国際法の諸原則の支配の下に置かれる」(第1追加議定書第1条2項)ということは長きにわたり認められてきた。1899年ハーグ条約で最初に採用され、その後1世紀以上にもわたり条約や判例で確認されてきたマルテンス条項は、武力紛争の事態に単に条約上の法で明示的に禁止または特段規制されていないからといって、特定の行為が必ずしも合法となるわけではないということを絶えず想起させることに引き続き資するものとなっている。たとえば1907年ハーグ条約、第2追加議定書および1980年CCWの前文、1949年ジュネーブ第1条約第63条、1949年ジュネーブ第2条約第62条、1949年ジュネーブ第3条約第142条、1949年ジュネーブ第4条約第158条、ICJ, *Nuclear Weapons AO* (N 217), § 78; ICTY, *Prosecutor v. Kupreskic et al.*, Case No. IT-95-16-T-14, Judgment of January 2000, § 525を見よ。専門家会合の間のマルテンス条項に関する議論については、Report DPH 2008, pp. 22 f.を見よ。

域支配を、とくに占領地や非国際的武力紛争で行っている場合、そうした考慮は一層意味を持つようになる可能性がある²²⁰。

例えば、とあるレストランにいる非武装の文民が無線または携帯電話を用いて戦術上の標的に関するインテリジェンスを攻撃側の空軍に送信する場合、それはおそらく敵対行為に直接参加しているとみなされねばならないだろう。しかし、万が一そのレストランが敵対する当事者の確固たる支配の下にある区域内に位置するのであれば、行動部隊または周囲の文民たる住民にさらなる危険を及ぼすことなく、捕捉その他の非致死的手段を通じてその文民が引き起こした軍事的脅威を無力化することができるかもしれない。同様に、組織された武装集団の反徒軍指揮者が単に政府の支配する領域内の親類を訪問するために自己の武器、制服および識別標章を一時的に破棄したというだけでは、国際人道法上、その者が文民として直接の攻撃からの保護を回復することはないだろう。しかしそれでもなお、状況次第で政府の軍隊または警察部隊は、死に至らしめることなくその指揮者を捕捉することができるかもしれない。さらに、反徒集団を追跡している政府の地上部隊が通過するのを阻止すべく、大量の非武装文民が故意に橋の上に集まっている場合、それはおそらく敵対行為に直接参加しているとみなされねばならないだろう。しかしほとんどの場合、軍隊であれば、直接軍事攻撃を行うよりも害の少ない手段を通じてこれらの文民が引き起こした物理的障害を取り除くことは合理的に可能であろう。

要するに、武装した敵を生け捕りにするために、自己または文民たる住民を一層危険にさらすよう行動部隊に求めることなど到底できないものの、明らかに致死力を使用する必要がないのに敵を殺害したりまたは降伏の機会を与えるのを差し控えたりするならば、それは人道性という基本概念を否定することになるだろう²²¹。そうした場合にこそ、正当な軍事目標に対して許容される力の種類と程度を決定する上で、軍事的必

220 この立場を反映している最近の国内判例については、Israel HCl, *PCATI v. Israel*, above N 24, § 40を見よ。同判決で裁判所は次のように判示した。「もしより有害でない手段を用いることができるのであれば、敵対行為に直接参加している文民に対し、当該行為を行っている間でも攻撃することはできない。(略) 逮捕、取り調べおよび裁判は常に用いることのできる手段ではない。時にはその使用の可能性がまったくないこともある。その使用には兵士の生命に極めて大きな危険が伴うことがあるので、その使用が要求されているわけでもない(略)。ただし、行動の行われる区域を軍が支配し、時に逮捕、取り調べおよび裁判も実施可能となる戦時占領の状況であればとくに有用となることの実際あるかもしれない。もちろん、ある特定の場合の状況に鑑みれば、そのような可能性は存在しないかもしれない。時にほとんど無辜である文民に対してそれを使用することの危害が、それを差し控えることによって生ずる危害を上回ることもありうる。そうした状況でそれを用いてはならない」。

221 Pictetの次の有名な陳述が理解されねばならないのはこの意味においてである。「もし我々が捕捉することである兵士を行動の外に置くことができるなら、我々はその者を傷つけてはならない。もしその者を傷つけることで同じ結果を得ることができるなら、我々はその者を殺害してはならない。もし同一の軍事的利益を達成する手段が2つ存在するなら、我々は引き起こす害悪のより少ない方を選択しなければならない」。Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law* (Dordrecht, Nijhoff 1985), pp. 75 f.を見よ。専門家会合の間、大規模対立を引き起こす古典的な戦場という状況においてPictetが提案したアプローチは作用しそうにないということ(Report DPH 2006, pp. 75 f., 78)、また武力紛争の事態において行動する軍隊は、たとえ洗練された兵器および観測手段を装備していたとしても、殺害よりも捕捉を優先する手段または機会を常に有するわけではないかもしれないということ(Report DPH 2006, p. 63)が一般的に認められた。

要性と人道性という諸原則は重要な役割を果たしている。最後に、本解釈指針は国際人道法の分析と解釈のみを扱っているが、本指針の結論は、とりわけ国際人権法または国家間武力行使を規律する法 (*jus ad bellum*) など、その他の適用可能な国際法の枠組みに基づいて生じうる、さらなる力の行使に係る制約の適用を妨げるものではない²²²。

3. 結論

武力紛争の事態では、直接の攻撃からの保護を受けることのできない者に対する力の行使でさえ、法的制約を受ける。国際人道法により課された戦闘の特定的手段および方法に関する制約に加え、その他の適用可能な国際法領域で生じうるさらなる制約の適用を妨げることなく、直接の攻撃からの保護を受けることのできない者に対して許容される力の種類や程度は、当面する状況において正当な軍事目的を達成する上で実際に必要なものを超えてはならない。

222 第1追加議定書第51条1項によれば、同議定書第51条3項に明示された規則は「適用される他の国際法の諸規則に追加される」。同様に第1追加議定書第49条4項もまた、第1追加議定書第1部(第48条-第67条)の諸規定が「締約国を拘束する他の国際取極に含まれる人道的保護に関する諸規則並びに、(略)敵対行為の影響から保護することに関する他の国際法の諸規則に追加される」ことを想起させる。これら諸規定は、主に第1追加議定書それ自体とは別の国際人道法の淵源を指している一方、「武力紛争時に文民たる住民の運命に肯定的な影響を及ぼしうる」(Commentary AP (above N 10), Commentary Art. 51, [1] API, § 1937)「人権の保護に関する地域的および普遍的な条約および規約」(*ibid.*, Commentary Art. 49 API, § 1901)その他の適用可能な諸条約などといった「武力紛争の事態に引き続き完全にまたは部分的に適用される、より一般的な適用可能性を持った法文書」(*ibid.*, §§ 128-131)をも包含することを目指している。専門家会合の間、Section IXでなされた議論が生命に対する人権を基礎としなければならないことを示唆する専門家たちもいた。しかしながら、本指針は国際人道法上許容される力の種類や程度に対する人権法の影響を考察するものではないというのが支配的な意見であった。むしろ、一般的な留保条項を通じて、人権法のようなその他の法規範の適用可能性に影響を及ぼすことなく本解釈指針の文章は起草されたのだということが明確にされねばならない(Report DPH 2006, pp. 78 f.; Report DPH 2008, p. 21 f.)。

X. 文民の保護の回復が意味するもの

国際人道法は、文民による敵対行為への直接参加を禁止することも特権を付与することもしない。文民が敵対行為に直接参加するのをやめる場合、または非国家の武力紛争当事者に属する組織された武装集団の構成員が自己の継続的戦闘任務を負わなくなる場合、彼らは直接の攻撃からの文民の保護を完全に回復するが、自らの行った国内法および国際法の違反に対する訴追を免れない。

1. 国内訴追免除の欠如

国際人道法は、国際的武力紛争の当事者たる軍隊の構成員と群民兵についてのみ、敵対行為に直接参加する明示的な「権利」を与えている²²³。この権利は、国際人道法上禁止された行為を遂行することを認めるものではなく、国際人道法に従ってはいるが、紛争当事者の国内刑法上の犯罪を構成しうる行為について、単に国内訴追免除を戦闘員に与えているだけにすぎない（いわゆる戦闘員特権）²²⁴。敵対行為に直接参加する文民の権利が国際人道法において明示的に存在しないことは、文民の参加が国際的に禁止されていることを必ずしも暗示するものではない。事実、そのようなものとして、文民による敵対行為への直接参加は国際人道法によって禁止されておらず²²⁵、過去のまたは現在のどの国際刑事裁判機関の諸規程においても犯罪とされてはいない²²⁶。しかしながら、文民は——ジュネーブ第3条約第4条4項および5項に基づき捕虜の地位を有する者も含め——戦闘員特権を有しないことから、彼らは適法な戦争行為、すなわち国際人道法を尊重しつつ敵対行為に直接参加したことについて、国内での訴追免除を享有することはない²²⁷。したがって、敵対行為に直接参加した文民や非国家の紛争当事者に属する組織された武装集団の構成員は²²⁸、自己の活動、構成員としての地位または自らが引き起こした危害について、国内法が（反逆、放火、殺人などとして）刑罰を科している限り、訴追され処罰されることがある²²⁹。

223 第1追加議定書第43条2項（医療要員および宗教要員を除く）、ハーグ規則第1条および第2条。

224 逆に戦闘員特権は、国際人道法違反に関する国際刑事法上または国内刑法上の訴追免除を一切与えない。

225 これは専門家会合の間支配的な見解でもあった（Report DPH 2006, p. 81を見よ）。専門家たちは、国内法上または国際法上のある行為の合法性または違法性が自己の敵対行為への直接参加の資格とは無関係であることについても同意していた（Background Doc. DPH 2004, p. 26; Report DPH 2004, p. 17; Report DPH 2005, p. 9; Report DPH 2006, p. 50）。

226 第2次世界大戦後に生まれた軍事裁判機関（すなわち、在ニュルンベルク国際軍事裁判所および在東京極東国際軍事裁判所）の諸規程も、現在のICTY、ICTR、ICCおよびシエラレオネ特別法廷（SCSL: the Special Court for Sierra Leone）の諸規程のいずれも、そのようなものとして文民による敵対行為への直接参加に刑罰を科してはいない。

227 マルテンス条項（上記注219）は、確立した占領軍に対して武器をとる文民が特権的戦闘員として扱われるべきかあるいは処刑に服する義勇遊撃兵（*franc-tireurs*）として扱われるべきかについて1899年平和会議の参加国が合意することができなかった後で定式化された妥協を表している。以来、国家は、群民兵、民兵隊、義勇隊（1907年ハーグ規則）、組織的抵抗運動団体（1949年ジュネーブ第1-第3条約）および特定の民族解放運動団体（1977年第1追加議定書）にまで戦闘員の特権を継続的に拡大してきた。しかしながら文民に関する限り、国際人道法は、敵対行為への直接参加をいまだ禁止せず、また彼らに国内での訴追免除を与えてもいない。

228 むろん、第1追加議定書が適用可能である場合、同議定書第1条4項の意味における民族解放運動団体の軍隊の構成員は、たとえ自己の属する団体が非国家たる武力紛争の当事者であっても戦闘員の特権を受けることとなり、したがって適法な戦争行為については訴追を免除される。

229 Background Doc. DPH 2004, p. 26; Report DPH 2004, p. 17; Report DPH 2005, p. 9; Report DPH 2006, pp. 80 f.

2. 国際人道法を尊重する義務

第2次世界大戦後に生まれた国際軍事裁判機関²³⁰であるICTYとICTRの判例は、個々の文民でさえ国際人道法諸規定に違反し戦争犯罪を犯しうることを一貫して認めている。国際人道法上それらの関連性について決め手となるのは、行為の性格や行為の紛争とのつながりであって、実行者の地位ではない²³¹。敵対行為に直接参加している文民が敵対行為の遂行に関する規定を含む国際人道法の諸規則を尊重しなければならないこと、また、彼らが国の軍隊または組織された武装集団の構成員と同様に戦争犯罪について責任を問われることがあるということについては、何ら疑いの余地がない。たとえば、もし文民が直接の攻撃から保護される人や物に向けて敵対的な行為を行ったり、戦闘外にある敵に対して助命を拒否したり、背信行為に訴えて敵を捕らえ、負傷させまたは殺害したりすれば、国際人道法違反となるだろう。

実際問題、背信行為に関する禁止は、敵対行為に直接参加している文民が、しばしば公然と武器を携行しなかったり、あるいはその他の方法で自己と文民たる住民とを区別しないことがあることから、とくに興味深いものである。文民が敵を捕らえ、負傷させまたは殺害し、しかもその際に直接の攻撃からの文民の保護を受ける資格があると敵が信ずるように仕向けるため、自己と文民たる住民とを区別しない場合には、当該行為は慣習上および条約上の国際人道法に反する背信行為に該当する²³²。

3. 結論

結局のところ、国際人道法は、文民による敵対行為への直接参加を禁止も特権を付与することもしない。それゆえ、文民が敵対行為に直接参加するのをやめる場合、あるいは個人が自己の継続的戦闘任務から離脱することによって組織された武装集団の構成員でなくなる場合、彼らは直接の攻撃からの文民の保護を完全に回復する。ただし、直接参加している間または構成員である間に犯した行為については、戦闘員特権がないことから、彼らは国内刑法に基づく訴追を免除されない。さらに、国の軍隊または武力紛争当事者に属する組織された武装集団の構成員と同様に、敵対行為に直接参加している文民もまた敵対行為の遂行を規律する国際人道法諸規定を遵守しなければならず、戦争犯罪その他の国際刑事法違反について個人の責任を負うことがある。

230 上記注226を見よ。

231 ICTYとICTRによって確立されたものとしてのつながりの基準については、とりわけ注目すべきものとして、ICTY, *Prosecutor v. Tadic*, Interlocutory Appeal (above N 26), §§ 67, 70; ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.* (N 147), §§ 55 ff.; ICTR, *Prosecutor v. Rutaganda* (N147), §§ 569 f.を見よ。

232 ハーグ規則第23条1項口、第1追加議定書第37条1項(国際的武力紛争)。非国際的武力紛争におけるこの規則の慣習的性質については、*Customary IHL*, above N 7, Vol. I, Rule 65を見よ。ICC規程上、「敵対する紛争当事国又は軍隊に属する個人」(国際的武力紛争、第8条2項 (b) (xi))あるいは「敵対する戦闘員」(非国際的武力紛争、第8条2項 (e) (ix))を背信的に殺害または負傷させることは、戦争犯罪である。

訳者あとがき

本訳書は、国際人道法の観点から、主にわが国自衛隊の指揮官および幕僚の部隊運用に資することを企図して作成されたものである。

ICRC自らも認めるように、本書は、あくまでも国際人道法解釈の「指針」ととどまるものであって、その内容のすべてが国際社会において普遍的に認められた実定国際法であるというわけではない。しかし、これが数多の武力紛争における実践を通じて培われたICRCによる人道法解釈の1つの到達点であることに変わりはなく、少なくともその内容の一部を支持している国があるのもまた事実である（この点で米国国務省法律顧問ハロルド・コーが、本指針の中核をなす、「任務」基準に依拠した組織された武装集団の構成員資格を支持しているのは注目に値する）。ともあれ、武力紛争において自衛隊が本書の内容に反する行動を今後とることになれば、ICRCはただちに（自らが考える）国際人道法違反としてその行動を非難することだろう。国際共同体のマンデートを得たICRCの日本外交への影響力は決して無視できない。そうした意味でも本書は、ICRCがどのように戦争のルールを理解し、自分たちの作戦行動を監視することになるのかを予測する上で重要な意義を有しているように思われる。創設以来、幸いにしてわが国自衛隊は実戦を経験することがなかったが、しかしそうであるからこそ、自衛隊員は改めて自らが属する組織に課せられた主たる任務を想起し、本指針を現代の武力紛争を映しだす1つの鏡として今後の作戦立案に一層活かさねばならないのではないだろうか。

他方で、本指針は、潜在的に攻撃の危険にさらされる文民にとっても重要な意義を有しているように思われる。とりわけ、官民間わず、紛争地での人道支援に携わる（あるいはそれを志す）すべての人々にとって、本書は、現地におけるどのような振る舞いが紛争当事者による正当な攻撃を招くことになるのかを予測する上で（いわばリスク管理の面で）何かしらの参考になるかもしれない。

本書を刊行するにあたって、ICRC駐日事務所の方々には並々ならぬお世話を頂いた。本日本語訳の責任はすべて訳者にあるとはいえ、この難解な専門用語が散りばめられた拙い訳に少しでもわかりやすい部分があるとすれば、それはひとえにスタッフの方々の惜しみないご支援の賜物である。ここに記して、深謝の意を表したい。

2012年6月
黒崎 将広

赤十字国際委員会の使命

赤十字国際委員会 (ICRC) は、公平で中立、かつ独立した組織で、武力紛争およびその他暴力の伴う事態によって犠牲を強いられる人々の生命と尊厳を保護し、必要な援助を提供することをその人道的使命としています。

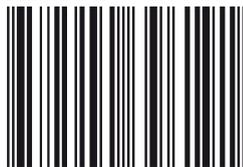
ICRCは、国際人道法および世界共通の人道的諸原則を普及させ、また強化することによって人々に苦しみ及ばないよう尽力しています。

1863年に設立されたICRCは、ジュネーブ諸条約および国際赤十字・赤新月運動の創設者でもあります。武力紛争およびその他暴力の伴う事態において、国際赤十字・赤新月運動による国際活動の指揮・調整にあたります。



ICRC

ISBN978-2-940396-19-1



9782940396191