



外国人軍隊構成員の戦闘員資格 — ウクライナ紛争に係る法的争点

NIDS コメンタリー

理論研究部政治・研究室主任研究官 永福 誠也
 第 234 号 2022 年 8 月 4 日

はじめに：問題の所在

2022 年 2 月 24 日、ロシアのウクライナ侵攻によってウクライナとロシア間で武力紛争が始まった¹。これを踏まえ、ウクライナのウォロディミル・ゼレンスキー (Volodymyr Zelenskyy) 大統領は、2 月 27 日、ウクライナを防衛するための国際部隊 (International Legion) 創設を声明、これに呼応し 52 か国から 20,000 名以上が応募したと言われている²。また、ロシアのウラジミール・プーチン (Vladimir Putin) 大統領も、3 月 11 日、中東出身の義勇兵 (volunteers) 16,000 名をウクライナの東部ドンバス地方でロシア軍とともに戦わせるという国防大臣の提案に同意したと言われている³。このことから、ウクライナだけではなくロシアの側にも外国人が加わり、戦闘に参加していることがうかがわれる。しかし、ドネツク人民共和国として独立を宣言したウクライナ東部にある親露派武装集団の裁判所は、6 月 9 日、ウクライナ軍に参加していた英国人 2 名とモロッコ人 1 名に傭兵活動等の罪で死刑の判決を言い渡した⁴。また、ロシアの大統領報道官は、6 月 21 日、6 月中旬にロシア側に拘束されたことが判明し、ドネツク人民共和国に連行された米国人戦闘員 2 名について、彼らは傭兵であり (捕虜の取り扱いについて定めた) ジュネーヴ条約は適用されないと述べた⁵。他方、英国の外相は、6 月 9 日、上述の裁判について、当該英国人等は捕虜であり、死刑判決に正当性がないと批判した⁶。また、ウクライナ軍国際部隊の報道官は、6 月 13 日の記者会見で、同部隊の参加者は国際法上の軍人 (軍隊構成員) であり、傭兵ではないと説明した⁷。

¹ 戦争とは、国際法上、当事国のいずれか一方による宣戦布告のような明示の戦意 (*animus belligerendi*) の表明又は黙示の戦意の表明によって成立する法状態であり、当事国間で実際の交戦がなくても存在し得るとされてきた。1949 年のジュネーヴ諸条約でも「すべての宣言された戦争又はその他の武力紛争」(1949 年 8 月 12 日のジュネーヴ諸条約 2 条。下線筆者) と規定されているように、戦争と戦意の表明のない武力紛争は区別されている。ウクライナとロシア間の現在の闘争に関し、両国のいずれも国際法上戦意の表明を行っているとは言い難いため、本稿では当該両国間の闘争を武力紛争と呼称している。田畑茂二郎『国際法新講 (下)』(東信堂、1991 年) 184、243-245 頁。

² Lisa Abend, “Meet the Foreign Volunteers Risking Their Lives to Defend Ukraine—and Europe,” *TIME*, March 7, 2022.

³ Alessandro Arduino, “Game changer: Russia authorizes the use of mercenaries in Ukraine,” *Janes Defence and Intelligence Review*, vol. 1, no. 6 (June 2022), p. 4.

⁴ 『読売新聞』2022 年 6 月 11 日夕刊。

⁵ 『産経新聞』2022 年 6 月 27 日、<https://www.sankei.com/article/20220627-4Y1LHM6IJJNWBH6FUJA05DCSHQ/>.

⁶ 『読売新聞』2022 年 6 月 11 日夕刊。

⁷ 「ウクライナ軍外国人部隊参加者は『傭兵』ではない」*UKRINFORM*, June 13, 2022, ukinform.jp/rubric-ato/3506046-ukraina-jun-wai-guo-ren-bu-dui-can-jia-zheha-yong-bingdehanaibao-dao-guan.html.

以上のように、ウクライナ側の兵力に加わり戦闘に参加している外国人が国際法上の戦闘員か戦闘員と認められない傭兵かについて、ウクライナ側とロシア側で主張は異なっている。そこで、本稿では、戦闘員と傭兵に係る国際法の諸規則を紹介した上で、ウクライナ軍に参加している外国人の国際法上の地位、特に、戦闘員資格の有無について検証する。

1 戦闘員の定義

武力紛争当事国の国民ではない者、すなわち、外国人に当該武力紛争当事国の戦闘員としての地位が認められるか否かを検証するためには、まず戦闘員とはいかなる者か、すなわち、戦闘員の定義と要件を確認する必要がある。もっとも、武力紛争に関連する条約等の中に、戦闘員とは何かを直接定めたものは認められない。しかし、当該条約等の中には、戦闘員の有する固有の権利と戦闘員となり得る者の要件を定めたものが存在する。よって、これらを確認することによって、戦闘員とはいかなる者かを導き出すことができるだろう。

そこで、まず国際法上認められている戦闘員の権利についてであるが、これには大きく2つあることが確認できる。1つは、敵対行為に直接参加する権利、もう1つは、敵紛争当事者、すなわち、敵紛争当事国又は国際法主体性を有する敵交戦団体の権力内に入った場合、捕虜としての地位を得る権利である。前者について定めた規定としては、1949年8月12日のジュネーヴ諸条約の国際的な武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書（以下、第1追加議定書⁸）43条2が、後者について定めた規定としては同議定書44条1及び2が挙げられる。ただし、捕虜としての地位を得る権利は戦闘員に固有のものではなく、戦闘員以外の者であっても一定の範囲の者は、敵紛争当事者の権力内に陥った場合、捕虜としての地位を得る（捕虜の待遇に関する1949年8月12日のジュネーヴ条約（以下、ジュネーヴ第3条約）第4条A(4)(5)）。（また、戦闘員であっても、本稿2(3)で説明しているように自己と文民を区別する義務に違反している間に敵紛争当事者の権力内に陥った場合、諜報活動に従事している間に敵紛争当事者の権力内に陥った場合には、例外的に捕虜となる権利が認められない（第1追加議定書45条4、46条1）。）

他方、敵対行為に直接参加する権利は、戦闘員に固有のものであり、当該権利に由来する原則として、戦闘員免除（combatant immunity）がある。これは、敵対行為への直接参加としての行為、かつ、武力紛争法に則った行為に関し、訴追されることはないという原則である⁹。もっとも、戦闘員免除という文言（phrase）自体は、ジュネーヴ条約等の条文中で明示されてはいない。その概念は、エミリー・クロフォード（Emily Crawford）とアリソン・パート（Alison Pert）が指摘しているように、戦闘員は敵対行為に直接参加する権利を有することを定めた実定規則から導き出され得る¹⁰。すなわち、戦闘員免除は、戦闘員に敵対行為への直接参加が認められることの効果として生ずる原則である。ただし、戦闘員であれば、あらゆる敵対行為に関して訴追を免れ得るわけではなく、既述のとおり「武力紛争時に適用される国際法の諸規則上の制限を超えない」¹¹ことが条件である。

なお、敵対行為に関し、英国国防省のマニュアルでは「敵対する軍隊間及び軍事目標に対してのみ実施し、

⁸ ウクライナもロシアもジュネーヴ諸条約及び第1追加議定書に加入している。

⁹ Emily Crawford and Alison Pert, *International Humanitarian Law*, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2020) p. 96.

¹⁰ Ibid., p. 97. 戦闘員免除の第1追加議定書上の根拠について、クロフォードとパートは、43条2に由来すると説明している。

¹¹ Michael Bothe, Karl Partsch and Waldemar Solf (eds.), *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1942*, 2nd ed. (Leiden: Koninklijke Brill NV, 2013), pp. 277–278.

文民や民用物に対しては可能な限り控えるべきである」¹²とあるように、敵対行為の基本態様として想定されるのは、交戦国軍隊間の戦闘や軍事目標への攻撃などであるが、敵対行為は敵戦闘員の殺傷、捕獲、軍事目標たる財物の破壊などを直接引き起こす（実行）行為に限定されるわけではなく、その準備のための行為なども含むと解されている¹³。ただし、戦闘員免除との関係では、当該免除に係る敵対行為は、敵戦闘員の殺傷、軍事目標たる財物の破壊など、国内法（刑法）に照らせば、殺人、傷害等、犯罪となり得る行為に外形上一致する行為と言える。

また、戦闘員の権利としての敵対行為への参加は、第 1 追加議定書が「直接参加」と規定している以上、間接参加も認められ得ることは法理上当然と解される。よって、敵対行為への参加が直接か間接かで問題となるのは戦闘員ではなく、戦闘員ではない者（戦闘員の要件については「2 戦闘員の要件」を参照）¹⁴、特に文民が敵対行為に参加した場合である¹⁵。したがって、敵対行為への直接参加と間接参加の区別基準、文民が敵対行為に直接参加することについての法的評価は武力紛争法上の重要な論点ではあるが、本稿の主題である外国人軍隊構成員の戦闘員資格とは直接関係しないため、本稿では取り上げない。

以上のとおり、戦闘員の特質は敵対行為に直接参加することをその固有の権利として国際法上認められていることにあると言える。よって、クヌート・イプセン (Knut Ipsen) が説明しているように、国際法上の用語としての戦闘員は、武力紛争に適用される国際法に従って戦うことを国際法によって認められた者を意味すると言えよう¹⁶。

2 戦闘員の要件

(1) 戦闘員の基本的要件

次に、戦闘員の要件、すなわち、戦闘員となり得る者の国際法上の要件についてであるが、これは、軍隊の構成員であることを基本要件としつつ、新たな国際法（条約）が定立されていく過程で、軍隊概念の拡大等により緩和・拡大されてきた。まず、1907 年の「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約（ハーグ陸戦条約）」の付属書である「陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則（以下、ハーグ陸戦規則）」は、戦争の法規及び権利義務は、軍隊の他、以下の 4 つの要件、すなわち、

- ① 部下について責任を負う 1 人の者が指揮していること。
- ② 遠方から認識することができる固着の特殊標章を有すること。
- ③ 公然と武器(arms)を携行していること。
- ④ 戦争の法規及び慣例にしたがって行動していること。

という要件を充足する民兵、義勇兵団にも適用すると規定し（1 条）、さらに、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時日がなく、侵入する軍隊に抵抗するために自発的に武器を執る者、すなわち、群民蜂起 (*levée en masse*) への参加者（群民兵）についても、公然と武器を携行し、且つ、戦争の法規及び慣例を遵守する場合、交戦者 (belligerents) と認めると規定し（2 条）、これらを交戦者の資

¹² UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* (Oxford: Oxford University Press, 2004) p. 52.

¹³ 黒崎将広、坂元茂樹、西村弓、石垣友明、森肇志、真山全、酒井啓亘『防衛実務国際法』（弘文堂、2021 年）341 頁。

¹⁴ Knut Ipsen, “Combatant and Non-combatant,” in *The Handbook of International Humanitarian Law*, 4th ed., ed. Dieter Fleck (Oxford: Oxford University Press, 2021) p. 98.

¹⁵ 文民とは軍隊構成員でも群民蜂起への参加者（群民兵）でもない者をいう。第 1 追加議定書 50 条 1。戦闘員でない者、すなわち、非戦闘員は、戦闘員には当たらない軍隊構成員、文民が該当する。

¹⁶ Ipsen, *Combatant and Non-combatant*, p. 95.

格(qualifications of belligerents)を得るための要件としている。

そして、1949年のジュネーヴ第3条約は、4条で捕虜となり得る者の要件を規定しているが、4条Aは同時に戦闘員となり得る者の範囲及び要件を示したものと解されている¹⁷。具体的には、次の4類型がジュネーヴ第3条約で規定された戦闘員となり得る者の要件と解されている。

- ① 紛争当事国の軍隊の構成員及びその軍隊の一部をなす民兵隊又は義勇隊の構成員（4条A（1））、
- ② 紛争当事国に属するその他の民兵隊及び義勇隊の構成員（組織的抵抗運動団体の構成員を含む）で、その領域が占領されているかどうかを問わず、その領域の内外で行動するもの。ただし、それらの民兵隊又は義勇隊（組織的抵抗運動団体を含む）は、次の条件を満たすものでなければならない（4条A（2））。
 - (a) 部下のために責任を負う者によって指揮されていること。
 - (b) 遠方から認識できる固着の特殊標章を有すること。
 - (c) 公然と武器（arms）を携帯していること。
 - (d) 戦争の法規及び慣例にしたがって行動していること。
- ③ 正規の軍隊の構成員で、抑留国が承認していない政府又は当局に忠誠を誓った者（4条A（3））
- ④ 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時日がなく、侵入する軍隊に抵抗するために自発的に武器を執る者。ただし、それらの者が公然と武器を携行し、且つ、戦争の法規及び慣例を尊重する場合に限る（4条A（6））。

このうち、①、③はともに正規軍隊の構成員であるが、①は紛争当事国の軍隊の構成員であるのに対し、③は、抑留国が未承認の政府又は当局に忠誠を誓った正規軍隊の構成員であり、具体例としては、第2次大戦中のフランス共和国臨時政府におけるド・ゴールに率いられた軍隊の構成員や、1943年9月以降南部イタリアでドイツ軍に抵抗して戦ったイタリア部隊の構成員が挙げられる¹⁸。また、②は紛争当事国に属する不正規軍隊の構成員であり、従来占領地域内で住民が武器を執って占領軍に抵抗することは違法とみなされてきたが、第二次大戦中のフランス等における組織的抵抗運動団体の経験から、そのような団体の構成員もハーグ陸戦規則でも課されていた4つの要件を満たしていれば戦闘員であり、捕虜の地位が与えられることを定めたものである¹⁹。そして、④はハーグ陸戦規則で規定された群民蜂起への参加者（群民）に関する要件を踏襲したものである。すなわち、①、②、③は、国際法の主体である国家又は交戦団体の軍隊の構成員の類型と総括されるのに対し、④は軍隊の構成員以外の者で戦闘員となる者である。より法的にこの区分を説明すると、①、②、③は、国際法の主体、すなわち、国際法上の権利・義務を享有するものとしての性質を持つ者（具体的には国家や（交戦団体承認を受けた反乱団体のような²⁰）国家以外で国際法主体性を認められた者）のために、当該主体の機関として活動・行為する戦闘員の要件であるのに対し、④は当該主体の機関としての地位を持たない者が戦闘員となる場合の要件と言える。このように、戦闘員となり得る者は、正規軍隊、不正規軍隊を問わず軍隊の構成員である者と、軍隊の構成員以外の者に理論上2分されるという構成は、戦闘員の範囲の拡大というハーグ陸戦規則からジュネーヴ第3条約への変化の中でも共通しており、かつ、軍隊の構成員以外のものが戦闘員となるのは群民蜂起への参加者（群民兵）に限定し、かつ、限定的な状況を前提とするという点も共通している。よって、ハーグ陸戦規則でもジュネーヴ第3条約でも、軍隊の構成員以外のものが戦闘員となり得る

¹⁷ Crawford and Pert, *International Humanitarian Law*, p. 98.

¹⁸ 竹本正幸『国際人道違法の再確認と発展』（東信堂、1996年）230頁。

¹⁹ 同上。

²⁰ 交戦団体承認の例として、アメリカの南北戦争に際し、イギリスが南部連合を交戦団体として承認した事案が挙げられる。

のはあくまで例外であって²¹、軍隊の構成員であることが戦闘員の基本要件になっていると言える。

そうすると、軍隊の定義が問題となるが、ハーグ陸戦規則やジュネーヴ第 3 条約に軍隊の定義を直接定めた規定は無い。しかし、第 1 追加議定書は、「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及び武装したすべての兵力、集団及び部隊から成る（当該紛争当事者を代表する政府又は当局が敵対する紛争当事者によって承認されているか否かを問わない。）（43 条 1）」と規定している。すなわち、本規定は、構成員の行動に関する法的責任が司令部を介して紛争当事者に結び付けられるようなすべての兵力等を軍隊とするというものであり、ハーグ陸戦規則やジュネーヴ第 3 条約でうたわれている正規軍隊と不正規軍隊を包括したものとして、軍隊を観念していると言える²²。また、第 1 追加議定書は、紛争当事者は、準軍事的機関 (paramilitary) 又は武装した法執行機関 (armed law enforcement agency) を自国の軍隊に編入したときは、他の紛争当事者にその旨を通報せねばならないことも規定している (43 条 3)。そして、今日では、軍隊に関する上述の第 1 追加議定書の規定が、戦闘員の基本要件である軍隊の構成員に該当するか否かを判断する上での軍隊に関する (国際法上の) 基準になると一般に解されている²³。さらに、第 1 追加議定書は、軍隊について規定 (43 条 1) した上で、軍隊の構成員は衛生要員及び宗教要員を除き戦闘員であり²⁴、戦闘員は敵対行為に直接参加する権利を有する旨規定している (43 条 2)。なお、群民蜂起への参加者 (群民兵) が一定の要件の下戦闘員になるという原則は、第 1 追加議定書では明示されていない。よって、軍隊の構成員であることが戦闘員の基本的要件であるという原則、すなわち、国際法の主体である国家や交戦団体の機関としての地位にあることが戦闘員の基本要件であるという原則は、第 1 追加議定書でも維持されており²⁵、群民蜂起への参加者に関する規定がなくなっていることに照らせば、むしろ強化されていると言えるかもしれない。もっとも、群民蜂起への参加者 (群民兵) が一定の要件の下戦闘員とみなされるという原則は、慣習国際法上は今日もなお有効と解されており²⁶、第 1 追加議定書でも「この条の規定は、いずれかの者が第 3 条約第 4 条の規定に基づいて捕虜となる権利を害するものではない (44 条 6)」と、ジュネーヴ第 3 条約に基づく当該原則の有効性が示唆されている²⁷。しかしながら、既述のとおり、第 1 追加議定書以前の条約においても、戦闘員となり得る要件は軍隊の構成員であることがあくまで基本であり、群民蜂起への参加は例外的なものであることに留意する必要がある²⁸。

²¹ Ipsen, *Combatant and Non-combatant*, p. 107.

²² Lawrence Hill-Cawthorne, "Persons Covered by International Humanitarian Law: Main Categories," in *The Oxford Guide to International Humanitarian Law*, ed. Ben Saul and Dapo Akande (Oxford: Oxford University Press, 2020) p. 101; Ipsen, *Combatant and Non-combatant*, p. 100.

²³ Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Law*, p. 16.

²⁴ ハーグ陸戦規則では交戦当事者の兵力は戦闘員及び非戦闘員で編成され得る旨規定 (3 条) されているように、軍隊の構成員は総員が戦闘員ではなく、非戦闘員も含まれているのが通常である。第 1 追加議定書では非戦闘員たる軍隊構成員として衛生要員及び宗教要員のみが規定されているが、衛生要員及び宗教要員以外の軍隊構成員であっても、当該軍隊所属国の国内法によって敵対行為への直接参加が認められていない者は (当該国内法上) 非戦闘員となる。Ipsen, *Combatant and Non-combatant*, p. 97.

²⁵ Ipsen, *Combatant and Non-combatant*, p. 101.

²⁶ Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Law*, Vol. 1 (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), p. 16.

²⁷ 第 1 追加議定書のコメンタリーでは、第 1 追加議定書策定のための外交会議における討議の中で、群民蜂起はもはや認められないとする考えは一切示されず、そのような意図も想定されていなかったため、第 3 条約 4 条 A(6) はそのまま残り続けている旨説明されている。International Committee of the Red Cross, *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protections of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*, 8 June 1977, *Commentary of 1987*, para. 1722.

²⁸ また、イプセンが指摘しているように、今日の軍隊は、狩猟用の武器などでは到底対抗できないほど強力に武装しているため、群民蜂起の今日的意義は低下していると言えよう。Ipsen, *Combatant and Non-combatant*, p.

以上のように、戦闘員となり得る者の国際法上の基本要件は、ハーグ陸戦規則から第 1 追加議定書に至るまで紛争当事者の軍隊の構成員であることとされているが、軍隊構成員の要件として国籍に関するものは無い。すなわち、紛争当事国の国民であることや、交戦団体の構成員であることは、ハーグ陸戦規則、第 3 条約、第 1 追加議定書のいずれにおいても軍隊構成員の要件としていない。また、紛争当事者が外国人を自らの軍隊の構成員とすることを禁止する国際法上の規則は無く、自国民が紛争当事者の軍隊の構成員となるのを防止する国家の義務も国際法上存在しない。

(2) 戦闘員としての地位が不明確な場合における処遇

敵紛争当事者の権力内に陥った戦闘員が、何らかの事情で戦闘員としての資格を疑われた場合の処遇について、ジュネーヴ第 3 条約と第 1 追加議定書は、敵紛争当事者の権力内に陥った者が戦闘員としての地位を疑われる場合であっても、権限ある裁判所によって地位が確定されるまでは、捕虜としての権利を享有し得ると規定している（ジュネーヴ第 3 条約 5 条 2、第 1 追加議定書 45 条 1 第 1 文）。また、第 1 追加議定書では、敵対行為に参加して敵紛争当事者の権力内に陥った者については、その者が捕虜としての地位を要求した場合、その者が捕虜となる権利を有すると認められる場合、又はその者が属する締約国が抑留国又は利益保護国に対する通告によりその者のために捕虜の地位を要求した場合、捕虜であると推定し、ジュネーヴ第 3 条約に基づいて保護すると規定している（第 1 追加議定書 45 条 1 第 1 文）。

(3) 第 1 追加議定書における特別な要件：区別義務違反による戦闘員としての地位の喪失等

なお、第 1 追加議定書は、戦闘員が捕虜となる権利を失う例外的状況として、戦闘員が自己と文民を区別する義務に一定の要件下で違反した場合を規定している。（43 条 2、3、4。）すなわち、第 1 追加議定書は、攻撃又は攻撃の準備のため軍事行動を行っている間、自己と文民たる住民とを区別する義務を戦闘員に課す（44 条 3 第 1 文）と同時に、武力紛争において敵対行為の性質のため自己と文民たる住民を区別することができない状況において、(a) 交戦の間、(b) 自己が参加する攻撃に先立つ軍事展開中に敵に目撃されている間、武器を公然と携行することを条件として、戦闘員としての地位を保持すると規定している（44 条 3 第 2 文。下線筆者）。この区別に関する緩和規定は、民族解放闘争に際しての経験に照らし、ジュネーヴ第 3 条約（4 条 A（2））の不正規軍隊の構成員に関する要件は、隠密性と破壊工作に依拠するゲリラ戦に従事する場合にはそぐわないという意見を踏まえ、加えられたものである²⁹。なお、西欧諸国が、戦闘員が自己を文民から区別しなかった場合、捕虜資格を認めないのが現行国際法の規則であり、捕虜資格が与えられないという心理的圧迫によって文民からの区別を戦闘員に守らせることが可能になると主張したのに対し、第 3 世界諸国は捕虜資格を奪うことに反対した³⁰。そこで、両者の意見の妥協を図るべく、第 1 追加議定書は、区別のための緩和要件を戦闘員が満たさなかった場合「捕虜となる権利を失う（44 条 4 第 2 文）」と規定すると同時に、ジュネーヴ第 3 条約及び第 1 追加議定書が捕虜に与える保護とあらゆる点で同等の保護が与えられると規定している（44 条 4 第 2 文）。この点について、竹本正幸は「明白な矛盾と言わざるを得ないであろう」³¹と指摘している。

なお、当該緩和要件を充足しなかった結果について、第 1 追加議定書は「捕虜となる権利を失う」としか規定していないが（44 条 4）、赤十字国際委員会（以下、ICRC）のコメンタリーは、当該規定の前の項において、

108.

²⁹ Crawford and Pert, *International Humanitarian Law*, p. 102.

³⁰ 竹本『国際人道法の再確認と発展』236-237 頁。

³¹ 同上、237 頁。

区別のための当該緩和要件を履行することを条件として「戦闘員としての地位を保持する」と規定していることから（44 条 3 第 2 文）、当該緩和要件を充足しなかったことにより「捕虜となる権利を失う」ことは、同時に戦闘員である地位も喪失することを意味する旨説明している³²。この戦闘員である地位の喪失は、戦闘員としての権利の喪失、すなわち、敵対行為に直接参加する権利を失うことを意味するため、当該戦闘員としての地位喪失以後に直接参加した敵対行為に関しては、それが国際法上合法的な行為であったとしても敵紛争当事者の権力内に陥った場合、犯罪として敵の国内法（刑法）により処罰され得ることとなる³³。もっとも、第 1 追加議定書は、戦闘員が、攻撃又は攻撃の準備のための軍事行動を行っていない間に敵紛争当事者の権力内に陥った場合、それ以前の活動を理由として戦闘員である権利及び捕虜となる権利を失うことはないとも規定している（44 条 6）。よって、ICRC のコメンタリーも、区別のための緩和要件違反により「捕虜となる権利を失う」戦闘員は、現行犯的に敵に捕らえられた者に限定される旨指摘している³⁴。したがって、当該区別緩和要件違反として戦闘員の地位を喪失し、それによって処罰範囲が拡大される場合は、実際には極めて限定されると考えられる。

さらに、第 1 追加議定書は、文民と戦闘員との区別義務を緩和する当該規定は、制服を着用した正規の部隊に配属された戦闘員について、制服を着用することに関する各国の慣行であって一般に受け入れられているものの変更を意図するものではないことも規定している（44 条 7）。よって、当該区別義務緩和規定は、現実には正規軍隊の構成員たる戦闘員には適用されず、いわゆるゲリラ兵（*guerilla fighters*）のような不正規軍隊の構成員たる戦闘員にのみ適用されると解されている³⁵。

なお、竹本が指摘しているように、区別のための緩和要件ではなく、攻撃又は攻撃の準備のため軍事行動を行っている間自己と文民たる住民とを区別する義務に違反した戦闘員がいかなる待遇を受けるかについて、第 1 追加議定書には明文の規定がない³⁶。しかしながら、仮に当該区別義務違反の場合も区別緩和要件違反の場合と同様戦闘員としての地位を喪失するとしても、上述のとおり、敵紛争当事者権力内に陥る以前の活動を理由として戦闘員である権利及び捕虜となる権利を失うことはないとされている以上、区別緩和要件違反の場合と同様、それは現行犯的に捕らえられた者に限定されよう。ちなみに、ICRC のコメンタリーでは、特別な状況に該当しない状況下で区別義務に違反した戦闘員は、当該区別義務緩和要件の違反者になり得る旨説明している³⁷。

もっとも、当該区別義務緩和の前提条件となる「武力紛争において敵対行為の性質のため自己と文民たる住民を区別することができない状況（44 条 3 第 2 文）」がいかなる状況を指すか、規定上明確でない。そこで、日本、ヨーロッパ諸国等は、当該状況が第 1 追加議定書 1 条 4 に規定する武力紛争、すなわち、植民地支配及び外国による占領並びに人種差別体制に対して戦う武力紛争中の状況に限定されるとする解釈宣言を行っている³⁸。また、「攻撃に先立つ軍事展開中（44 条 3 第 2 文 (b)）」の「展開」については、「攻撃が行われる場所へのあらゆる移動」を意味するものと解釈することもあわせて宣言している³⁹。

³² ICRC, *Commentary of 1987*, para. 1719.

³³ Ibid.

³⁴ ICRC, *Commentary of 1987*, para. 1721.

³⁵ Ipsen, *Combatant and Non-combatant*, p. 106.

³⁶ 竹本『国際人道法の再確認と発展』237 頁。

³⁷ ICRC, *Commentary of 1987*, para. 1719.

³⁸ 当該解釈宣言を行っている国は、以下のとおり。イギリス、オーストラリア、ベルギー、カナダ、ドイツ、アイルランド、イタリア、日本、オランダ、ニュージーランド、韓国、スペイン。なお、アメリカとイスラエルは区別原則の崩壊につながるとして 44 条 3 を批判し、第 1 追加議定書に加入していない。

³⁹ 第 1 追加議定書への加入に当たり、日本が行った解釈宣言は以下のとおり。

このように、第 1 追加議定書は、自己と文民たる住民を区別することを戦闘員の義務として明示し、一定の要件下での当該区別義務違反に関しては、戦闘員としての地位を喪失させるような規定をおいている。このような規定は従来の国際法には無く、戦闘員資格に関する第 1 追加議定書上の新たな要件である。また、第 1 追加議定書は、軍隊構成員が捕虜となる権利を持たない特別な要件として、区別義務違反以外では紛争当事者の軍隊の構成員が諜報活動を行っている間に敵紛争当事者の権力内に陥った場合を規定している。しかしながら、既述のとおり、戦闘員の地位に関し、国籍は第 1 追加議定書でも要件とされていない。

3 傭兵の地位及び要件

既述のとおり、戦闘員は、国際法上敵対行為に直接参加する権利及び敵対する紛争当事者の権力内に陥った場合捕虜となる権利を認められているが、傭兵にはそのような権利が認められていない。これは慣習国際法上の規則になっていると解されているが⁴⁰、第 1 追加議定書でも、傭兵は戦闘員である権利も捕虜となる権利も有さない旨明示されている（47 条 1）。また、傭兵となる者の要件に関し、第 1 追加議定書は、次のすべての条件を満たす者と規定している（47 条 2）。

- (a) 武力紛争において戦うために現地又は国外で特別に採用されていること。
- (b) 実際に敵対行為に直接参加していること。
- (c) 主として私的な利益を得たいとの願望により敵対行為に参加し、並びに紛争当事者により又は紛争当事者の名において、当該紛争当事者の軍隊において類似の階級に属し及び類似の任務を有する戦闘員に対して約束され又は支払われる額を相当上回る物質的な報酬を実際に約束されていること。
- (d) 紛争当事者の国民でなく、また、紛争当事者が支配している地域の居住者でないこと。
- (e) 紛争当事者の軍隊の構成員でないこと。（下線筆者）
- (f) 紛争当事者でない国が自国の軍隊の構成員として公の任務で派遣したものでないこと。

よって、上述の要件を 1 つでも満たさない者は、第 1 追加議定書上、傭兵に該当しない⁴¹。また、ジャン・マリー・ヘンケルス (Jean-Marie Henckaerts) とルイーゼ・ドズワルド・ベック (Louise Doswald-Beck) は、傭兵の定義に関する諸国の軍隊のマニュアルの記述を確認した上で、傭兵は戦闘員である権利も捕虜となる権利も有さないという慣習規則 (customary rule) は、第 1 追加議定書の当該 6 要件を満たす者にのみ適用されると結論付けられ得ると、第 1 追加議定書の当該要件が、傭兵の定義に関する慣習国際法上の規則となっている旨示唆している⁴²。さらに、ヘンケルスとドズワルド・ベックが、武力紛争当事者の軍隊の構成員であって当該当事者の国民ではなく、かつ、第 1 追加議定書 47 条の傭兵の定義に関する 6 つの要件を全て充足しない者は、捕虜の地位を有することが想起されねばならないと指摘していることに示されるように⁴³、上述の要件 (e) に

「日本国政府は、1949 年 8 月 12 日のジュネーヴ諸条約の国際的な武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書（議定書 I）の第 44 条 3 中段に規定する状況は、占領地域又は同議定書第 1 条 4 に規定する武力紛争においてのみ存在し得ると理解するものであることを宣言する。

また、日本国政府は、同議定書第 44 条 3 (b) の展開とは、攻撃が行われる場所へのあらゆる移動をいうものと解釈するものであることを宣言する。」https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/k_jindo/sengen.html; See Ipsen, *Combatant and Non-combatant*, pp. 105-106; Adam Roberts and Richard Guelff (eds.), *Documents on the Laws of War*, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 2000), pp. 500-512.

⁴⁰ Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Law*, p. 393.

⁴¹ Crawford and Pert, *International Humanitarian Law*, p. 109.

⁴² Henckaerts and Doswald-Beck, *Customary International Law*, p. 393.

⁴³ Ibid.

において、紛争当事者の軍隊の構成員であることに関し国籍は要件とされていない。それゆえ、紛争当事者の国民でない外国人であったとしても、紛争当事者の軍隊構成員であれば傭兵に該当せず、衛生要員・宗教要員である場合を除き、戦闘員としての権利を認められることになる。したがって、フランスの外人部隊(Légion étrangère)のように、外国人で構成される部隊であっても正規軍隊の部隊の1つであるものは、ジュネーブ第3条約と第1追加議定書にいう軍隊の一部であり、外国人であるその隊員も国際法上軍隊構成員であり、傭兵にはあたらないと言える。

また、1989年に採択された傭兵の募集、活用、資金供与及び訓練に対する国際条約(以下、国連傭兵条約)における傭兵の定義中、武力紛争を前提とした傭兵の要件については、第1追加議定書中の傭兵の要件の(b)が無いこと以外と同じ内容である(1条1)。

私的な利益を得たいとの願望により敵対行為に参加し、かつ、高い報酬を約束されている外国人という傭兵の一般的イメージは、第1追加議定書、国連傭兵条約の傭兵の要件中の1つに合致するが、そうであったとしても、紛争当事者の軍隊の構成員であれば、第1追加議定書上も、国連傭兵条約上も、傭兵には該当しない。したがって、紛争当事者の軍隊の構成員であるか否かは、戦闘員に該当するか否かを判断する上での基本要件であるだけでなく、傭兵であるか否かを判断する上での基本(基盤)要件でもあると言えよう。

4 外国人軍隊構成員の戦闘員資格

1、2で説明したように、戦闘員は敵対行為に直接参加する権利と捕虜となる権利を国際法上認められており、区別義務違反のような特段の事情がない限り、当該権利を失うことはない。また、敵対行為に直接参加する権利を有することの効果として、戦闘員免除を享有する⁴⁴。このような権利を享有し得る戦闘員となるための基本要件は、2で説明したように、紛争当事者の軍隊の衛生要員及び宗教要員以外の構成員となることであり、軍隊について、ウクライナ、ロシアも加入している第1追加議定書は、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及び武装したすべての兵力、集団及び部隊、すなわち、紛争当事者と司令部を介して法的つながりのあるすべての兵力等と規定している。また、紛争当事者の軍隊構成員は当該紛争当事者の国民でなければならないとする国際法上の規則は無く、紛争当事者が外国人を自らの軍隊の構成員とすることを禁止する国際法上の規則もない。さらに、国際法上、国家には自国民が紛争当事者の軍隊の構成員となることを防止する義務もない。加えて、3で説明したように、傭兵には戦闘員となる権利も捕虜となる権利も国際法上認められていないが、紛争当事者の軍隊の構成員であれば、国際法上傭兵には該当しない。よって、外国人が紛争当事者の軍隊の構成員であり、かつ、衛生要員及び宗教要員のいずれでもなければ、当該外国人は戦闘員であり、敵対行為に直接参加する権利を有し、敵対紛争当事者の権力内に陥っても戦闘員免除を享有し、かつ、原則捕虜として取り扱われる権利を有する。

ウクライナ軍国際部隊の報道官によれば、当該国際部隊の構成員は、ウクライナ軍に属していることを証明するウクライナ法で定められた文書を所有しているとのことである⁴⁵。そうであるならば、言い換えると、ウクライナ当局が当該国際部隊の外国人隊員をウクライナの軍隊の構成員として認可し、また、当該国際部隊以外のウクライナ軍兵力に参加している外国人であってもウクライナの軍隊の構成員と認可しているならば、上述の諸規則から当該外国人は国際法上傭兵にあらず、衛生要員及び宗教要員を除き国際法上戦闘員であり、敵対行為に直接参加する国際法上の権利を有し、ロシアの権力内に陥った場合、戦闘員免除を享有し、か

⁴⁴ Ipsen, *Combatant and Non-combatant*, p. 101.

⁴⁵ 「ウクライナ軍外国人部隊参加者は『傭兵』ではない」 *UKRINFORM*, June 13, 2022, ukinform.jp/rubricato/3506046-ukraina-jun-wai-guo-ren-bu-dui-can-jia-zheha-yong-bingdehanaibao-dao-guan.html.

つ、ロシア当局から捕虜として取り扱われる国際法上の権利を有することになる。したがって、そのような戦闘員としての権利を持つ外国人を傭兵とみなし、訴追することは国際法に違反する不当なものと言えよう。

なお、ロシア軍が捕らえたウクライナ軍国際部隊の戦闘員がロシア国民だった場合のように、紛争当事者の権力内に陥った敵紛争当事者軍隊の構成員が当該紛争当事者の国民であった場合、当該紛争当事者はその自国民を母国に対する忠誠義務違反等の罪で国内法に基づき処罰し得るか⁴⁶、あるいは、戦闘員免除、捕虜となる権利を国際法に基づき保障せねばならないかについては議論があり⁴⁷、別途検討が必要な問題と言えよう。

おわりに

以上説明してきたとおり、ウクライナ軍国際部隊やその他のウクライナ軍部隊に所属している外国人は国際法上傭兵にあらず、衛生要員及び宗教要員以外の者は国際法上戦闘員であり、敵対行為に直接参加する権利と敵紛争当事者の権力内に陥った場合、戦闘員免除を享有し、かつ、捕虜となる権利を有すると言える。よって、ロシアがウクライナ軍に参加している外国人戦闘員を傭兵とみなし、権力内に置いた当該外国人戦闘員に戦闘員免除を認めず訴追し、捕虜としての処遇も与えないのは不法と言えよう。

また、ウクライナ軍に参加している外国人戦闘員の国際法上の権利に関し、報道等では捕虜となる権利に焦点が当てられているように感じられるが、「はじめに」で紹介したようなウクライナ軍外国人戦闘員に対するロシア側の訴追がなぜ不当であるかの考察・説明に際しては、戦闘員は敵対行為に直接参加する権利を有し、その効果として戦闘員免除を享有し得ることに留意する必要があるだろう。

もっとも、外国人がウクライナ軍に所属してロシア軍と戦うことが法的に許容されるのは、あくまで国際法に照らしてのことであり、各外国人の国籍国の国内法に照らし許容されるかは別の問題であることについても、あわせて留意する必要がある⁴⁸。

(2022年7月29日脱稿)

⁴⁶ 例えば、日本の刑法は82条で「日本国に対して外国から武力の行使があったときに、これに加担して、その軍務に服し、その他これに軍事上の利益を与えた者は、死刑又は無期若しくは2年以上の懲役に処する」と外患援助の処罰を定めている。

⁴⁷ 紛争当事者が敵の軍隊構成員を捕らえた場合において、当該敵軍隊構成員が自国民の場合又は自国民の可能性がある場合、当該者を捕虜として取り扱わなければならないかについては、例えば次を参照。R. R. Baxter, "The Privy Council on the Qualification of Belligerents," *American Journal of International Law*, vol. 63, 1969, pp. 290-296; 竹本正幸「オイ・ヘー・コイ等捕虜事件」田畑茂二郎、太寿堂鼎編『ケースブック国際法(新版)』(有信堂、1997年)356-359頁。竹本『国際人道法違反の再確認と発展』157-179頁。

⁴⁸ 例えば、日本国民が外国軍隊の構成員となり当該外国と敵対する紛争当事国の軍隊との敵対行為に直接参加した場合、当該敵対行為への参加が刑法35条にいう正当業務に該当し違法性が阻却されるかについては、国際法上の許容性とは別に国内法に基づく秩序維持の観点から、慎重な検証が必要であろう。また、日本の国際関係上の安全を図るという目的から、日本の刑法は、93条で、外国に対して私的に戦闘行為をする目的でその予備又は陰謀をした者を処罰することを規定している。なお、私戦の未遂・既遂の処罰は規定せず、国外犯の処罰も規定していないが、私戦が実行された場合、殺人罪等の一般規定による罪が成立するという見解が通説である。前田雅英編集代表『条解刑法(第4版)』(弘文堂、2020年)294頁。

プロフィール

profile

理論研究部

政治・法制研究室

主任研究官 永福 誠也

専門分野：国際法（武力紛争法、海洋法）

本欄における見解は、防衛研究所を代表するものではありません。
NIDS コメンタリーに関する御意見、御質問等は下記へお寄せ下さい。
ただし記事の無断転載・複製はお断りします。

防衛研究所企画部企画調整課

直 通：03-3260-3011

代 表：03-3268-3111（内線 29177）

F A X：03-3260-3034

※ 防衛研究所ウェブサイト：<http://www.nids.mod.go.jp/>