

戦争犯罪処罰制度における「不法戦闘員」の位置*

黒 崎 将 広**

Summary

What is the legal status of non-combatants who have participated directly in hostilities without any qualifications as combatants? How should capturing states treat them under international laws of armed conflict? This is the question raised in the case of those held at Guantánamo Naval Base where the United States presently detains Taliban and Al Qaeda terrorists as "unlawful combatants" to be prosecuted for the crime of "violations of the laws of war and other applicable laws" by the military commissions. This is not only a current issue but also an age-old problem debated by many lawyers and ethicists, and one which this paper aims to address as well.

The prevailing opinion has been that, since there is no international legal rule to forbid non-combatants from taking up arms, enemy states are entitled to prosecute them as criminals under the states' own national laws. In this view, international law merely provides certain basic protections in line with the Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons and human rights law. Conversely, some scholars argue that direct participation in hostilities by non-combatants constitutes violations of the laws of war and leads to deprivation of non-combatant status, to say nothing of prisoner-of-war status. These people are to be prosecuted as unlawful combatants in the name of international law. The main point of conflict thus lies in whether international law itself prohibits and condemns such acts by non-combatants without lawful combatant status.

Legal order in warfare is based on the principle of distinction between combatants and non-combatants, which derives from military necessity and humanitarian considerations. As a consequence, those persons who take up arms as qualified combatants on any side of a conflict must distinguish themselves from non-combatants so that they can limit their targets to enemy combatants. In this sense, the lawful combatant system presupposes that one may depend on non-combatants never to attack combatants, and the erosion of this assumption undermines the nucleus of the normative order for mitigating the evils of war. Hence, those who commit hostile acts without distinguishing themselves from peaceful non-combatants commit serious violations of the laws of war. Furthermore, considering the fact that international law today has codified a punishment system for international crimes in international courts, such acts might even constitute war crimes under international law. Considering all of these factors and realities, it seems clear that unlawful combatants should be treated in the same way as international criminals and should not enjoy any of the privileges known to ordinary prisoners and civilians, aside from the basic human rights embedded in the Geneva conventions.

* 本稿の掲載にあたり、小寺彰教授および岩澤雄司教授ならびに匿名査読者二名の先生方による貴重なご指導を賜った。記して深謝の意を表したい。なお、本稿は、平成16年度科学研究費補助金（特別研究員奨励費）による研究成果の一部である。

** 東京大学大学院総合文化研究科国際社会科学専攻国際関係論分野博士課程

第一章 序論

第一節 アメリカの抑留政策

2001年9月11日におけるアメリカへのテロリズムに対して戦争状態を宣言した大統領 George W. Bush は、同年11月13日に、当該テロ行為の実行およびその援助に携わった者を「戦争法ならびにその他の適用法規の違反 (violations of the laws of war and other applicable laws)」の罪で訴追するための軍事諮問委員会 (military commissions) を設置する軍事命令を発令した¹。同命令に基づき当該委員会での訴追が予定されているアフガニスタン旧政府組織タリバーン (Taliban) およびテロリスト集団アル・カーイダ (Al Qaeda) の兵士たちは、アフガニスタン等で捕捉された後、現在に至るまでキューバ・グアンタナモ湾 (Guantánamo Bay) のアメリカ海軍基地において抑留されている。しかし、その取り扱いについてはすでに様々な問題がこれまでに指摘され、国際法学界に一大論争を巻き起こしてきた。

アメリカ政府は、アフガニスタンがジュネーヴ諸条約の当事国であったことから、同国を活動拠点とするタリバーンの兵士に対して当初ジュネーヴ第三 (捕虜) 条約の適用を認めたものの²、同条約第4条に規定する捕虜資格の要件を満たさないことを理由に、彼らの捕虜としての地位を否定した³。また、アル・カーイダ兵についても同政府は、彼らが締約国ではなく単なる国際テロ集団であることを根拠にジュネーヴ第三条約の適用を否定した⁴。こうしたアメリカ政府の見解に対しては、数多くの批判が国際法学者より寄せられている⁵。

第一に、彼らは、捕虜に関する「ジュネーヴ第三条約第4条 (A) (1) の文言に従えば、そして判例および大多数の学説によれば、軍隊構成員は四条件 (責任ある指揮を有すること、識別可能な標章を有すること、公然と武器を携行すること、戦争の法規慣例に従っていること) を明確には要求されていない」ことから、タリバーン兵士についても、彼らがアフガニスタンの政権を支える正

規軍隊員である以上、捕虜の地位が無条件に認められねばならないと主張する⁶。しかも、一部の国際法学者によって主張されるように、たとえ正規軍兵士であっても捕虜資格の条件が求められ⁷、なおかつそれが満たされていないのだとしても⁸、同条約第5条第2項の規定する「権限のある裁判所」すなわちアメリカの関係司法機関⁹による捕虜資格の認定が最終的になされるまで、アメリカ政府は同条約上の保護を彼らに対して与えなければならないという¹⁰。

第二に、アル・カーイダ兵についても、彼らは「大多数の見解によれば、たとえ捕虜の地位に対する資格を有していなくとも、1949年の文民に関するジュネーヴ第四条約に定められた人道的取り扱いのような保障により保護される」¹¹という。つまり、アメリカ政府がジュネーヴ第三条約に基づく捕虜としての待遇をアル・カーイダ兵については認めなくとも、タリバーン兵士の場合と異なり正規軍に属さない彼らに対しては、少なくとも非戦闘員たる文民としての国際法上の保護を提供しなければならないというのである¹²。こうして多くの国際法学者は、タリバーンやアル・カーイダの兵士たちを捕虜と文民のいずれかの地位に基づいて扱うよう求め、これに反して彼らを不当に抑留するアメリカ政府の行為を厳しく批判した。もっとも、このような彼らの批判はアメリカ政府のさらなる壁に阻まれることとなる。

大統領軍事命令第7節 (b) (2) は、次のように規定する。

[本命令に服する] 個人は、(i) 合衆国又は州の裁判所、(ii) 外国の裁判所、(iii) 国際裁判所のいずれにおいても、直接的又は間接的に救済を求めて訴訟手続を主張し、あるいは代理人を通じて救済又は訴訟手続を求める特権を有しない。

同命令は、タリバーンおよびアル・カーイダの兵士たちに対し、本来であれば国際人権規約B規約第9条やアメリカ合衆国憲法第1条第9節第2項などにおいて保証されているはずの、人身保護令状 (*a writ of habeas corpus*)¹³に基づく法的

救済手段をも認めない。彼らは、アメリカ政府による以上のような一方的抑留の不法性を争う場をそもそも持たないのである¹⁴。グアンタナモ基地が「ブラックホール、すなわち、捕虜として分類されるべきかについての『権限のある裁判所』による審理や聴聞のいかなる形式もなく——ジュネーブ諸条約で要求されるような決定すらなしに——、軍事命令または行政命令に基づいて個人が送致される場所」¹⁵と評されるのは、まさにこのことを意味している¹⁶。

こうした中、現地における独房の環境、ならびに強制的なフード着用や剃髪などの「非人道的な若しくは品位を傷つける取り扱い」は、抑留者の精神的不安を招き、多くの自殺未遂をもたらしているといった深刻な状況が赤十字国際委員会 (the International Committee of the Red Cross) などによって報告されている¹⁷。このような事情に鑑みても、これまで見てきたようなアメリカ政府による一連の抑留政策が果たしていかなる正当化の根拠を国際法に求め種々の批判に答えているのかを検討することは、国際法解釈論としてのみならず、実際問題としても極めて重大であるといえるだろう。テロリストと称されるタリバーンやアル・カーイダの兵士たちは、なぜ、捕虜や文民の待遇を享受することなく、一切の救済手段をも認められない「法のブラックホール (legal black hole)」¹⁸において苛酷な抑留生活を余儀なくされ、しかも「戦争法ならびにその他の適用法規の違反」の罪で処罰されなければならないのだろうか。問われるべきはアメリカ政府の依拠する「不法戦闘員 (unlawful combatants)」という法概念にある。事実、同政府は、グアンタナモ基地において抑留されているテロリストが戦闘員 (捕虜) でも非戦闘員 (文民) でもない「不法戦闘員」であるがゆえに、大統領軍事命令の下、彼らは戦争犯罪人として軍事諮問委員会で裁かれるのだと繰り返し主張してきた¹⁹。

第二節 「不法戦闘員」とは何か

アメリカ政府の見解によれば、タリバーンおよびアル・カーイダの兵士たちは、国際法上戦闘行為に合法的に参加する資格を持った「戦闘員」で

はない。合法的な戦闘員の資格を得るためには国際法上の諸条件を満たすことが求められるが、タリバーンに属する兵士たちは「實際上アフガニスタンの文民住民と区別をしてこなかった。しかも彼らは戦争法規慣例と合致した活動を行ってこなかった」²⁰。他方、アル・カーイダについても、西欧世界に対する戦争—聖戦 (jihad) —に従事しているという認識の下、彼らは文民を装い民間航空機を不法奪取してアメリカの世界貿易センターや国防総省を攻撃し、その結果、アメリカ国民のみならず、47カ国にわたる三千人もの無辜の文民の命が無差別に奪われた²¹。彼らは「戦争法により略奪行為および破壊行為として非難される、文民を装った海賊集団のように行動した」²²のである。このことに鑑みれば、こうした「目に余る戦争法違反 (flagrant violation of the laws of war)」²³を犯したアル・カーイダとそれを「支援」²⁴そして「扇動」²⁵したタリバーンに属するテロリストたちは、合法的な戦闘員の資格要件、とりわけ文民識別ならびに戦争法遵守の要件を満たしているとは到底いえない²⁶。紛れもなく、彼らは、戦闘員としての資格を有さないまま戦闘行為に従事し、それゆえジュネーブ諸条約上の特権が認められない「不法戦闘員」にほかならないというのである²⁷。このようにして、アメリカ政府は、自国の抑留政策の法的根拠を「不法戦闘員」という概念に求め、自国の行為が国際法上合法であることを強く主張したのであった。

しかし、このようにアメリカが主張の軸に据える「不法戦闘員」とは、そもそも国際法上適切な概念なのだろうか。事実、戦争法の中核をなすハーグ条約やジュネーブ諸条約に「戦闘員」という文言は存在するものの、「不法戦闘員」という文言は存在しない²⁸。このことから、今日「不法戦闘員」なる概念は「曖昧」²⁹で「不正確」³⁰であるとも言われている。とはいえ、たとえばGreenwoodのいうように、「不法戦闘員」とは「あるジャーナリストが主張するようにアメリカによって造られた用語ではなく、様々な理由で戦闘に参加する資格を有しないにもかかわらずそのように行動した戦闘員を描写するため、長きにわたり用いられてきた用語」である³¹。つまり「不法戦闘員」と

は、今回のアメリカの事例に留まらず、戦闘員資格を有さない者の地位についておよそ一世紀以上にもわたり問題とされてきた、国際法上の旧くて新しい問題なのである³²。それゆえ、今回のアメリカの実行を評価する際に我々は、これを国際法における「不法戦闘員」の問題に沿って検討していく必要がある。果たしてアメリカ政府は、「不法戦闘員」という法概念をもって自国の行為を正当化できるのだろうか。そもそも「不法戦闘員」とは国際法上いかなる性質を有する概念なのだろうか。

以上の問題意識に基づいて、本稿では、「不法戦闘員」の国際法上の位置づけについて検討を行う。本稿は次のように構成される。まず、次章では、現代戦争法における戦闘員資格の諸要件につき概観した上で、それらを満たさない「不法戦闘員」の地位に関して相対立する諸学説の整理を行う。これを踏まえた上で、第三章および第四章を通じて、これら諸学説のいずれが支持されるべきかにつき現段階での私見を述べ、つづく第五章において「不法戦闘員」なる概念が現代においていかなる法的意味を持つのか、そして今回のグアタモミ軍基地におけるアメリカの実行にいかなる評価をもたらすのかにつき、本稿の結論として検討を加えたい。

第二章 国際法違反説と国内法違反説の相克

第一節 戦闘員資格

国際法上の戦争は、伝統的に主権国家間で行われることを前提としてきたことから、交戦行為に従事できる者も、かつては国家機関たる正規軍兵士に限定されていた³³。しかしながら、今日では、一定の条件を満たすことによって、私人の資格で戦闘に直接参加する者（不正規兵）も、正規兵と同様に、敵の手に陥れば捕虜として国際法上の保護を享受する「戦闘員」と認められている。

この点につき、1899年および1907年の「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」付属規則（以下、ハーグ規則）は、第1条において、正規兵の他に「一

部下ノ為ニ責任ヲ負フ者其ノ頭ニ在ルコト、二 遠方ヨリ認識シ得ヘキ固著ノ特殊徽章ヲ有スルコト、三 公然兵器ヲ携帯スルコト、四 其ノ動作ニ付戦争ノ法規慣例ヲ遵守スルコト」といった諸条件を満たす民兵および義勇兵に対して、さらに第2条においては、未だ占領下でない人民で「公然武器ヲ携帯シ、且戦争ノ法規慣例ヲ遵守スル」群民兵（*levée en masse*）に対して交戦者資格を認めた。同規定は、「捕虜の待遇に関する千九百四十九年八月十二日のジュネーヴ条約」（ジュネーヴ第三条約）第4条第A項にも受け継がれている³⁴。

やがて、1960年の植民地独立付与宣言（国連総会決議1514vx）に示される人民の自決権確立に伴い³⁵、民族解放闘争を国際的に正当化しようとする新興独立諸国の試みが頂点に達すると、民族自決を掲げて自由独立のための戦いを政府に挑む「自由の戦士（*free fighters*）」と称される不正規兵の国際法上の保護が国際的な関心を集めた。その結果、当該闘争および自由の戦士に対する既存のハーグ規則およびジュネーヴ諸条約の有効性が様々な面で問題とされ、彼らに保護を与えるために、戦闘行為の実際に即した戦闘員資格のあり方が求められるようになった³⁶。これを受けて成立した1977年の「国際的武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書」（以下、第一追加議定書）は、第1条第4項で民族解放闘争が国際的武力紛争であることを認め、戦闘員および捕虜に関する新たな資格を第43条および第44条において規定している³⁷。

まず、第一追加議定書は、これまでなされてきた正規軍と不正規軍、つまり国家機関であるか否かといった形式的区別を廃し、実質的な軍隊組織に注目してこれを規律対象の中心に据えた。第43条第1項は、「紛争当事国の軍隊は、部下の行動について当該紛争当事国に対して責任を負う司令部の下にある組織され、武装されたすべての兵力、集団及び部隊から成る（当該紛争当事国を代表する政府又は当局が敵対する紛争当事国により承認されているかいないかを問わない。）。軍隊は、内部規律制度（特に武力紛争の際に適用される国際法の諸規則の遵守を強制する内部規律制度）に

従うものとする」と規定する。この軍隊を構成するすべての者が戦闘員として「敵対行為に直接参加する権利」（第43条2項）を有し、「敵対する紛争当事国の権力内に陥った者は、捕虜」となる（第44条1項）。しかも、従来不正規兵にとって必要とされてきた、ハーグ規則第1条およびジュネーヴ第三条約第4条の規定する交戦者ないし捕虜資格のための条件も、同議定書においては次のように緩和された。

第44条第3項は、戦闘員が「自己を文民たる住民から識別する」義務を負うと規定するものの、実際には「敵対行為の性質のため文民たる住民から自己を識別させることができない状況がある」ことから、戦闘員が「(a) 交戦に従事している間、(b) 参加することとなる攻撃の開始に先立つ軍事展開に従事しているときにおいて敵に目撃されている間」に「武器を公然と携行する」限り、当該文民識別義務に反してもなお「戦闘員資格としての地位を保持する」とした。つまり、戦闘員は、原則として「武力紛争の際に適用される国際法の諸規則を遵守する義務」を負うが、以上の第44条第3項 (a) (b) が規定する例外状況においては、武器の公然携行義務さえ履行すれば、たとえその他の国際法遵守義務に反していたとしてもなお、戦闘員として捕虜の待遇を享受する権利を喪失することはないのである（第44条第2項）。さらに言えば、この例外状況における公然携行義務にすら反して捕虜の権利を失ったとしても、完全に法の保護がなくなるわけではなく（第75条）、戦闘員には「捕虜に与える保護とあらゆる点で同等の保護」が与えられるのだという（第44条第4項）。もっとも、この第44条第4項については、捕虜の権利を失ってもなお捕虜と同等の保護が与えられるとするのは矛盾であるとの批判が起草段階の時点ですでに出ており³⁸、結局のところ、それが意味することについては未だ「謎めいた (elliptic)」³⁹ものとされている。それゆえ、同条項は、不正規兵の保護に消極的なアメリカ等の国々の第一追加議定書に対する大きな不信を招くこととなった⁴⁰。

現代の戦争法は、第一追加議定書をもって従来の戦闘員資格を大幅に緩和した結果、私人の資格

で行動する不正規兵に対して一見包括的な保護を与えるに至ったかのように見える⁴¹。しかしながら、とりわけ以上の同議定書第44条第3項および第4項の規定は、「自由の戦士」に対して無条件に戦闘員資格を与えることを求める第三国とそれに反対する軍事大国との間の妥協の産物であったことから⁴²、その曖昧な内容については多くの疑問が呈され⁴³、当該問題に関する同議定書の規定は極めて「複雑で、不明瞭さを残している」⁴⁴ことは否めない⁴⁵。

以上のことに鑑みれば、いみじくも Detter が述べるように、「戦闘員の地位を規定する基準は、実際に適用するには未だ曖昧で困難である。戦闘員としての資格に関する厳重な基準が欠如している結果、誰が戦闘員で誰が文民であるかについて未だ混乱があることは疑いない」⁴⁶。しかも、不正規兵は、しばしば「ゲリラ」や「テロリスト」等と称されるように⁴⁷、強大な軍事力を有する国家正規軍に対抗するために有効な奇襲や隠密行動を戦術としてきたのであるから、とりわけ特殊徽章着用や公然武器携行といった戦闘員資格の諸条件は、彼らにとって実施困難なものに他ならない。「戦闘員資格を有しない者」であるか否かという問題が今もなお戦争法上の重要な位置を占めることは、上述のグアタナモ基地におけるタリバンやアル・カーイダの兵士の地位をめぐる今日の論争が如実に示している⁴⁸。

第二節 国内法違反説

では、戦闘員資格を有しない者たちは一体どのような法的地位を有することになるのだろうか。この点については、大別するとこれまで二つの相対立する理解が学説上存在した。

一つは、戦闘員資格を有しなければ非戦闘員である以上、彼らの行為は国内法上の犯罪として敵国内で裁かれうるとする見解である。通説を構成するともいえるこの学説の多くは、国際法が国家間を規律する法であるがゆえに、私人による敵対行為が原則として国際法規範の射程外に置かれることを前提にしている。したがって、同説によれば、戦闘員資格を有しない者の処遇は、もっぱら敵国の国内法に委ねられることになる。この点に

つき、たとえば Oppenheim は次のように述べる。

国際法はもっぱら国家間のみの法であるから、私人が武器を取ることや敵対行動をとるのを禁ずる国際法諸規則は存在しない。ただし、そのような行動をとる私人は、軍隊の隊員が有する特権を享受しないがゆえに、敵国は、慣習国際法規則に則り、当該個人を戦時犯罪人とみなして処罰する権利を有する。私人によってなされる敵対武装行為は、それが交戦行為について認められた諸規則に実際に反しているからではなく、敵が当該行為を違法な交戦行為とみなして処罰する権利を有していることから戦時犯罪となるのである⁴⁹。

一般的に、戦闘員は、自らが敵の権力内に陥った場合、交戦行為への参加のみを理由として処罰されることはなく、捕虜としての待遇を享受する権利を有する。彼らが、法的に「敵の戦闘員を殺害し軍事目標物を破壊する許可」⁵⁰を得て交戦行動に直接従事する資格を有した「合法戦闘員 (lawful combatants)」⁵¹と称される所以である。これに対して、戦闘員資格の条件をみたさない者は、このような戦争法上の特権を有しないことから、「不法戦闘員」⁵²や「違法戦闘員 (illegal combatants)」⁵³、さらには「非特権の戦闘員 (unprivileged combatants)」⁵⁴等と呼ばれた⁵⁵。

もっとも、国内法違反説において言及される「不法」戦闘員とは、国際法上の戦闘員資格を有しないことを踏まえた上でなされた国内法上の評価であることに注意する必要がある。国際法の規律対象は、彼らを抑留した国家に限定されるにすぎないことから、同説における不法戦闘員の不法性とは国際法上の問題ではないのである。藤田は言う。「交戦者資格を有しない者（いわば非特権的戦闘員）が直接敵対行為に参加しても、そのこと自体が人道法上禁止された行為として戦争犯罪とみなされるわけではない。ただ、この非特権的戦闘員を捕えた相手国はその者に捕虜待遇を与える必要はなく、敵対行為参加に伴う個人責任を追究して処罰することができる、という効果をもつにすぎない」⁵⁶。戦闘員資格を有しない者の地位に

関するこうした見解は、以上の Oppenheim や藤田の他にも、Baxter⁵⁷、David⁵⁸、Dinstein⁵⁹、Ipsen⁶⁰、Kalshoven⁶¹、McCoubrey⁶²、Schwarzenberger⁶³、Stone⁶⁴、立⁶⁵、信夫⁶⁶をはじめとする多くの国際法学者によって共有されており⁶⁷、先述のアル・カーイダ兵およびタリバーン兵の捕虜問題についても、Aldrich⁶⁸や Paust⁶⁹等がこの理解を踏襲している⁷⁰。

第三節 国際法違反説

しかしながら、以上の通説的見解に対しては、次のような有力説が存在する。それは、国家機関のみならず、私人たる非戦闘員の敵対行為をも禁止する国際法が存在することを前提とした上で、当該行為を、国内法違反ではなく国際法違反であると主張する学説である。同説において言及される不法戦闘員の不法性とは、国際法上の評価である。

たとえば横田は次のように述べる。

兵力に属しないものは、つまり普通の平和的な私人は、敵の兵力から攻撃を受けないと同時に、自己も敵の兵力に対して攻撃を行うことができない。これは戦闘法規の一つの根本原則である。したがって、もし敵の兵力が普通の私人に攻撃を加えれば、この根本原則に反し、国際法上の違法な行為となる。他方で、兵力に属しないところの、普通の私人が敵の兵力に対して攻撃を加えれば、それも右の原則に反し、国際法上の違法な行為となる。これらの行為は、いずれも戦時犯罪を構成する⁷¹。

Draper も、以上の横田と同様に、「軍事的必要性」と「最小限の人道性」との「均衡原則 (principle of balance)」に基づき、文民を攻撃対象にしてはならないとする軍事目標主義の帰結として、戦闘員資格を持たない「文民の参加は、それがどのようなになされたものだとしても、それ自体が戦争法違反」⁷²であるがゆえに、「そのような不法参加者は、捕虜の地位に関する資格を有しない」⁷³と主張する。同様の見解は、今日においては少数ではあるが、横田や Draper の他にも、Castrén⁷⁴、

Detter⁷⁵、Greenwood⁷⁶、高野⁷⁷等においてみられる⁷⁸。

通説の代表論者であるBaxterは、十九世紀後半から二十世紀初頭の学説を振り返り、これまで「法学者の傾向は、国際法に違反する行為としてゲリラを非難するというものであった」と評価するが⁷⁹、しかしながら諸国家の実行が愛国心や自決のために戦う「ゲリラを国際的な犯罪とみなすことに消極的であったことは、まさに現代戦争法の始まりの時点ではっきりと見てとることができる」として、こうした見解を「極めて非現実的 (highly unreal)」であると批判した⁸⁰。彼もまた、戦闘員資格を有しない私人または私的集団をゲリラと定義した上で⁸¹、この者たちがこれまで敵国内で処罰されてきたのは、決して国際法に反していたからではなく、あくまでも間諜 (spies) と同様にその危険性ゆえにすぎなかったのだという。愛国心を動機とするゲリラを、血や掠奪を動機とする「盗賊や海賊と同一視」すべきではない⁸²。こうしてBaxterは、国際法上、戦闘員資格を持たない不正規兵が、国際社会によって非難されるべき「不法 (unlawful)」な犯罪者ではなく単に事実上「非特権的 (unprivileged)」な交戦主体にすぎないのだとして、「不法戦闘員」を国際法上不適切な概念であると主張したのである⁸³。

これに対して、有力説に与する先のDraperは、「交戦者による処罰は可能であるにもかかわらず合法的に用いることのできる活動という、間諜行為 (espionage) の極めて独特の法的地位と結びつける」この「非特権的交戦主体」論を、実際の実行に鑑みれば「やや不自然 (somewhat artificial)」であると批判する⁸⁴。彼によれば、むしろ文民の「違法な戦闘への参加は、攻撃からの免除の喪失、そして捕捉されれば裁判を経て有罪判決に基づく処罰に連なる戦争法違反であるという方が、交戦者の実行や、各国によって公刊された戦争法に関する公式マニュアル、そして戦争法を適用した国内裁判所の判決に、より調和するかもしれない」⁸⁵というのである。

第四節 国際法違反説と国内法違反説の法的帰結

また、不法戦闘員の法的効果についても、彼らが非戦闘員の地位を喪失するか否かをめぐって国際法違反説と国内法違反説との間には争いがある。非戦闘員すなわち文民であれば、原則として、彼らは「国際慣習法の基本原則 (Grundmaxime des Völkergewohnheitsrechts)」⁸⁶である「非戦闘員免除の原則 (the principle of non-combatant immunity)」⁸⁷に基づいて合法的な攻撃対象から除外されるとともに、文民の保護に関するジュネーヴ第四条約の下においても一定の保護を享受することができる。

しかしながら国際法違反説によれば、非戦闘員が敵対行為に直接参加する以上、もはや「彼らは、攻撃を免除される無辜の文民ではない」⁸⁸。これをDraperは、戦闘員でも非戦闘員でもない不法戦闘員という「中間的地位 (an intermediate status)」への陥落と呼んでいる⁸⁹。彼らは、自らが犯した国際法上の違法行為ゆえに「不法から法は生じない (*ex iniuria ius non oritur*)」⁹⁰ゆえに一、敵軍の正当な攻撃対象となり、しかもDetterのように厳格な立場をとる限り、敵に捕捉されても「国際法の下におけるいかなる保護をも享受しない」⁹¹と解されるのである⁹²。

このように、戦闘員資格を満たさない者が不法に戦闘行為に参加した結果、彼らの非戦闘員の地位の喪失を主張する国際法違反説に対し、国内法違反説は、彼らが戦闘行為に参加しても非戦闘員の地位は喪失しないと反論する。

そのような者たち〔戦闘行為に参加する文民〕は、文民としての自らの法的地位を喪失しない(第一追加議定書第51条第8項)。ただ、事実上の理由から (aus tatsächlichen Gründen)、文民に対して保証された保護を求めることができないにすぎない。なぜなら、敵対行為を行う者は誰でも攻撃を受けるが、文民の場合、それは敵対行為に直接参加している間だけだからである(第一追加議定書第51条第3項)。…もし、戦闘に参加するような者が敵の権力に陥った場

合、彼らは文民として扱われる。彼らは文民であるがゆえに、あらゆる権利なくなく自らの処遇に関する権利に対する資格を有する⁹³。

国内法違反説は、戦争法上存在するのは戦闘員（軍人）ないしは非戦闘員（文民）のいずれかしかないのであるから、国際法違反説の主張するように戦闘員資格を持たない文民が非戦闘員の資格をも失うというようなことはあり得ず、ジュネーヴ第四条約第5条や第一追加議定書第51条第3項が示すように、敵対行為に従事している間を除くことを事実上の条件として、彼らはあくまでも文民として非戦闘員免除原則やジュネーヴ第四条約の保護の下にあると主張する⁹⁴。同条約に関する赤十字国際委員会の注釈が、上述のように戦闘員でも非戦闘員でもない不法戦闘員の存在を主張する国際法違反説に反して「中間的地位は存在しない」⁹⁵ことを強調しているのは、このことを意味している。

とはいえ、以上の国際法違反説と国内法違反説の議論をみればわかるように、戦闘員資格を有しない非戦闘員が敵対行為に参加した場合、当該行為が国際法違反を構成し非戦闘員の地位を喪失するか否かにつき両説の間に形式的な相違があることを除けば、いずれの説を採用するにせよ、彼らが戦闘参加中に敵の攻撃対象になること、そして捕捉された場合には敵国の処罰対象になること、といった実際の状況は何ら変わらないように思える。だとすれば、こうした非戦闘員の敵対行為が国際法違反であるか否か、すなわち戦闘員でも非戦闘員でもない「不法戦闘員」という「中間的地位」を認めるか否かを論ずることには、果たして国際法上どのような意味があるのだろうか⁹⁶。次章からは、こうした点を踏まえて、戦闘員資格を有しない非戦闘員による敵対行為が国際法違反を構成するののかについて（第三章）、そしてそれが現代国際法においてどのような意味を持つのかについて（第四章）、さらに検討を進めていくことにしたい。

第三章 戦闘員と非戦闘員の規範原理

第一節 合法戦闘員制度

戦争から生じる被害を最小限のものとするため、今日の戦争法においては、軍事的必要性（military necessity）と人道性（humanity）が「制限戦争（limited warfare）」をめざす戦争法秩序の規範的理念を構成している⁹⁷。軍事的必要性とは、「最小限の生命および財産の支出をもって、可及的速やかに紛争の正当な目的すなわち敵の完全あるいは部分的な降伏を達成する」⁹⁸ことを交戦者に求める経済効率的規範観念である⁹⁹。これに対して、人道性とは「正当な軍事事務を達成する上で実際には必要でない苦痛、傷害、破壊を加えることを禁じる」¹⁰⁰倫理的規範観念である。これら双方の要請の下で、現代戦争法は、行為主体を戦闘員と非戦闘員とに分ける「区分原則（the principle of distinction）」¹⁰¹に基づき、戦闘行為をもっぱら戦闘員の間に限定する合法戦闘員制度を交戦法規制の中心に据えた¹⁰²。

戦争とは、その性格上、殺人、暴行、放火等といった、平時であればあらゆる国の刑法によって罰せられるような一連の暴力行為からなる¹⁰³。こうした暴力行為から生ずる被害を必要最小限に抑えるために、戦争法は、戦闘に参加しない非戦闘員の身体および財産に危害を加えないことを条件として、戦闘員に対してのみ、戦時において合法的に暴力行為に従事する資格を認めた。これにより、（合法）戦闘員については、戦時における自己の暴力行為について敵国により訴追および処罰されることが捕虜の特権として免除される一方¹⁰⁴、非戦闘員もまた、戦闘員による自己の身体および財産に対する侵害から免除されることとなる。このように、戦闘員や非戦闘員を保護する捕虜特権や非戦闘員免除の原則とは、まさに区分原則に基づく合法戦闘員制度の「論理的帰結」¹⁰⁵に他ならない¹⁰⁶。こうした合法戦闘員制度の国際法上の意義については、Spaightが「おそらく国際法の最大の功績であろう。戦争の惨禍を和らげるその効果は計り知れない」¹⁰⁷とこれを評していることが

らも伺うことができる。

もっとも、合法戦闘員制度は、上述のように、敵対行為を交戦者に与する（合法）戦闘員の間に限定することによって戦地にある戦闘員と非戦闘員の双方を保護し戦争の秩序化を図ることを目的とすることから、戦闘員の資格を有しない非戦闘員が当該敵対行為に参加することを認めない—「市民は市民でなければならず、兵士であってはならない」¹⁰⁸—。これは合法戦闘員制度を基礎としたハーグ条約ならびにジュネーヴ諸条約からなる戦争法秩序全体の「暗黙の前提（latent premise）」¹⁰⁹である。ある者が合法戦闘員であるか否かが特定されてはじめて、戦争法は戦闘員と非戦闘員の双方を効果的に保護することができるのであり¹¹⁰、とりわけ戦闘員資格を有しない非戦闘員が戦闘に参加することによって両者の区別が曖昧になれば、そのような状況は「必然的に戦争法の下で与えられる保護を危うくする」¹¹¹。それゆえ、戦闘員と非戦闘員とを区別する際には、戦闘中に合法戦闘員がこれを識別できる程度の公然性（openness）が常に求められることには留意しておかねばならない。

第二章第一節で述べたように、戦闘員の資格を得るためには、ハーグ条約ならびにジュネーヴ第三条約上、責任ある指揮官の存在や戦争法遵守に加えて、敵対行為に従事する意図を相手の戦闘員に知らしめるため、遠方より認識できる特殊徽章の着用と武器を公然と携行することが求められる。また、こうした戦闘員資格の要件が第一追加議定書においては大幅に緩和され、他の諸要件を満たすことができないような例外状況においても、武器を公然と携行しさえすれば戦闘員資格が認められるようになった（第44条第3項）。しかしながら、換言すればこのことは、いかなる状況であっても武器を公然と携行することが戦闘員資格を得るための絶対条件であることを意味している。これらの諸規定が如実に示しているように、戦闘行為に従事する資格を有する者と有しない者との間は、いかなる場合であっても明確に区別されなければならない、この区分原則を抜きにして合法戦闘員制度は成立し得ないのである。

戦闘員だけが戦闘に参加することを許されているがゆえに、文民はあらゆる軍事活動に参加することを慎まなければならない。軍隊の構成員だけが戦闘員である。彼らだけが軍事活動に参加する権利、そして合法であれば自らの行為の結果につき責任を負うことなく当該軍事活動の最中に傷害を引き起こす権利を有する。…文民の戦闘参加の禁止は、この直接の帰結であるのみならず、文民たる住民が軍事活動に巻き込まれてはならないとする原則の前提条件でもある。軍隊は、敵の文民たる住民からの攻撃の可能性がない場合においてのみ、当該住民を攻撃しない心構えができるのである¹¹²。

第二節 「不法戦闘員」は国際法違反者である

以上を踏まえるならば、国家機関であれ私人であれ、非戦闘員が戦闘員資格を有さないまま交戦者間の武力紛争に参加するということはすなわち、その者が、少なくとも自らが戦闘に従事していることを敵に公然と示すことなく、非戦闘員を装ったまま敵対行為に参加することを意味している。しかしながら、こうした行為は、相手方の非戦闘員が敵対行動に参加しないものと信じて行動する敵性戦闘員やその他非戦闘員の合法戦闘員制度に対する信頼を利用した背信行為に他ならない。

背信行為とは、「敵の信頼を裏切る意図をもって武力紛争の際に適用される国際法の諸規則に基づく保護を受ける権利を有するか又は保護を与える義務があると敵が信じるように敵の信頼を誘う行為」（第一追加議定書第37条第1項）として、長きにわたり戦争法上禁止されてきた¹¹³。また、背信行為は、「武力紛争の際に適用される国際法の諸規則を侵害し」なおかつ「国際法に基づく保護に関して敵の信頼を誘う」点において、敵を誤導することを目的とする奇計と性質を異にする（第一追加議定書第37条第2項）。もっとも、すべての背信行為が禁止されるわけではなく、今日の戦争法において禁止されるのは、ハーグ規則第23条（b）および第一追加議定書第37条第1項が規定するように、「敵を殺傷し又は捕らえる」ための背信行為である。当該行為は、そもそも法の

一般原則たる信義誠実原則と両立しないことから¹¹⁴、戦時における法の支配を実現する上で当然に禁止されなければならないものである¹¹⁵。

戦闘員資格を有しない非戦闘員による敵対行為への参加との関連では、第一追加議定書第37条第1項(c)において「文民又は非戦闘員の地位を装うこと」が戦争法上禁止される背信行為として規定されていることに留意する必要がある。ただし、これは戦闘員が非戦闘員を装う場合だけを想定しているものと解すべきではない。この場合、戦闘員が非戦闘員を装って敵対行為に参加しているのか、それとも非戦闘員が非戦闘員の外観を保持したまま敵対行為に参加しているのかは、とりわけ切迫した戦闘行為の最中に決断を迫られる相手方の戦闘員にとっては識別困難なものに他ならないからである。それゆえ、同規定の本質が、あくまでも非戦闘員の外観を装い、敵対行為に参加することによって合法戦闘員制度が侵害されるのを防ぐことにあることを見逃してはならない¹¹⁶。

以上のことに鑑みれば、戦闘員資格を有しない者による交戦者間の敵対行為への直接参加は、明らかに合法戦闘員制度の下で行動する敵性戦闘員および非戦闘員の信頼を利用した背信行為として戦争法上禁止される。「不法戦闘員」とは、まさにこうした違法行為に従事する国際法違反者に他ならない。しかも、上述のように、合法戦闘員制度が戦闘員と非戦闘員双方の保護を目的としている以上、これを侵害する不法戦闘員に対しては、その戦争法上の違法行為ゆえに、戦闘員(捕虜)と非戦闘員(文民)のいずれの地位も認められないものと解すべきである。事実、1949年のジュネーブ会議(「戦争犠牲者保護のための国際条約作成のための外交会議」)に参加した国々は、以上のような認識の下で、戦闘員資格を有しないにもかかわらず敵対行為に参加する非戦闘員の行為が戦争法違反を構成し、文民の地位を喪失せしめるという見解を表明していた¹¹⁷。

ジュネーブ第四(文民)条約の起草委員会では、第三(捕虜)条約で保護されない不法戦闘員が第四条約の対象として保護されるのかにつき各国の間で意見が対立していた。起草委員会においてソビエトやノルウェー等の代表が、怠業者(saboteu-

rs)、間諜、そして戦争法に違反する文民に対しても第四条約上の文民として保護を与えるべきであると主張したのに対し、アメリカやイギリス等の国がこれに真っ向から反対したのである¹¹⁸。イギリス代表の E. Kenneth Page は「文民条約の全体構想とは、戦争犠牲者たる文民の保護であり、不法な武装者たち(illegitimate bearers of arms)の保護ではない。彼らは、自らが遵守しない戦争法の下での完全なる保護を期待することはできない」ことを強調した¹¹⁹。オランダ代表の Martinus Mouton も、「(捕虜)条約の保護下にない者たちが自動的にその他の条約によって保護されるというのは明らかに真実ではない」¹²⁰とした上で、文民条約は「敵に対して武器を手にする戦地の文民を保護しないことは確かである」と述べた¹²¹。赤十字国際委員会代表の René J. Wilhelm ですら、捕虜条約と文民条約の双方につき「二つの条約は、関係するすべてのカテゴリーをカバーしているようにみえるかもしれないが、実際には不正規交戦者(irregular belligerents)は保護されなかった」¹²²ことに鑑み、「戦争の法規慣例に従わない者に保護を与えることが望ましいかどうかは残された課題(open question)である」¹²³として、現時点での不法戦闘員に対する文民としての保護に消極的な立場を示していたのである。

結局のところ、第四条約は、間諜と怠業者のみが「個人として占領国の安全に対する有害な活動を行った明白な疑いがある者として抑留された場合において、軍事上の安全が絶対に必要とするとき」を除き、文民として条約上の保護を享受するものとした(第5条)¹²⁴。もっとも、こうした間諜や怠業者ですら、同条約上の保護を享受できるのは、彼らが占領地や敵国領域内で捕捉された場合に限定されていることには留意しなければならない¹²⁵。不法戦闘員はもちろんのこと、戦闘地域においてはこうした間諜や怠業者に対してですら文民条約が適用されないことは、起草委員会におけるすべての代表の共通理解であった¹²⁶。戦闘員(捕虜)資格を有しない不法戦闘員がジュネーブ諸条約上の文民として扱われるわけでは決していないのである。

現代の戦争法は、ハーグ規則における群民兵や第一追加議定書における戦闘員の規定が典型的に示しているように、国家機関であるか私人であるか、そして自国民、敵国民、中立国民であるかを問わず¹²⁷、戦地にある者を戦闘員と非戦闘員とに明確に区分した上で、前者のみを軍隊構成員として交戦者間の武力紛争に合法的に参加することが認められる者、そして後者を当該紛争に参加することが認められない者と位置づけ、様々な権利義務を両者に設定することによって、双方を保護し、戦争の被害を最小限に抑える合法戦闘員制度の確立を目指してきた。戦闘員は、非戦闘員によって攻撃されないという信頼が生まれてはじめて敵対行為を戦闘員同士に限定する動機を持つことができるのであり、合法戦闘員制度を支えるこうした信頼が不法戦闘員の行為によって損なわれれば、戦争法の遵守に対する戦地の戦闘員や非戦闘員の動機づけが失われることはいうまでもない¹²⁸。それは、区分原則に基づく合法戦闘員制度を柱とした戦争法秩序の崩壊を意味する¹²⁹。

戦闘員と非戦闘員が各々に認められた捕虜あるいは文民としての保護を戦争法に求めるのであれば、自らに課された戦争法上の義務を遵守することが絶対条件である。合法戦闘員制度とは、文民を保護するためだけにあるのではない。同制度は「自国の軍隊に対する脅威を最小化するための知識および希望を表している」¹³⁰と評されるように、多くの被害をもたらす苛酷な戦争状態においては、戦闘員の安全が保証されてはじめて非戦闘員の保護が認められるのである。戦争犠牲者保護とりわけ文民保護の理念は「決して所与のものとして依拠することはできない」¹³¹。

以上のことに鑑みれば、戦闘員資格を有しない「不法戦闘員」とは、これまで戦争法の成文規定に現れることはなかったものの、合法戦闘員制度を侵害する戦争法違反者として、捕虜の地位も文民の地位も有することなく処罰される者であることは間違いない¹³²。愛国心のためであろうとなかろうと、いみじくもDraperが的確に述べたように、敵対行為への「文民の参加は、それがどのようなになされたのだとしても、それ自体が戦争法違反」である¹³³。しばしば援用される「ある者のテ

ロリストとは、他の者の自由の戦士である」¹³⁴という皮肉めいた格言は、このことを踏まえた上で理解されるべきであろう。

第四章 戦争犯罪処罰制度の国際法構造

第一節 戦時犯罪処罰制度

しかし、前章で検討したように不法戦闘員の敵対行為が戦争法違反であるのだとしても、必ずしも当該行為を国際法違反と捉えない国内法違反説が不法戦闘員の地位に関する妥当な解釈でないとは結論づけることはできない。国内法違反説は、前章で検討したような合法戦闘員制度という国際法の平面に着目して不法戦闘員の敵対行為を問題としているのではなく、もっぱら国内法上の戦争犯罪処罰制度という国内法の平面に着目して当該行為を捉えているからである。これまでわが国の国際法学者たちは、これを「戦時犯罪」ないしは「戦時重罪」の問題と位置づけてきた¹³⁵。

「大多数の国々の国内法や国際法の実行と理論は、交戦者が自らの手に陥った敵の軍隊構成員による戦時犯罪を処罰する権利を有することを認めている」¹³⁶ことから、とりわけ第二次大戦以前における戦争法違反者の処罰は、もっぱらこれを捕虜した敵の交戦国を通じて行われた。当時のほとんどの国際法学者も、属地主義、属人主義、保護主義に基づいて交戦国の法益侵害を理由とした戦時犯罪人処罰の管轄権問題を論じており¹³⁷、当時の国際法においては、たとえ戦争法違反者であっても、それは処罰国の国内法上の犯罪人を意味する戦時犯罪人に他ならなかった。それゆえ、とりわけフランスなどの一部の大陸法系諸国¹³⁸のように、被疑者の行為が戦争法に反していたとしても、問題となる戦争法上の違法行為に「いくらか類似性のある」¹³⁹国内犯罪に基づいてその処罰がなされる国においては、結局のところ、不法戦闘員の敵対行為が国際法違反であるかどうかというよりも、むしろその国の国内法違反であるかどうかの問題となるのである。

もっとも、他方において、アメリカやイギリス

などのコモン・ロー諸国は、自国における戦時犯罪人の処罰の際、これまで戦争法に直接依拠することによってこれを処罰してきた。たとえば、1945年7月14日の国王令状（Royal Warrant）¹⁴⁰に基づいて設置されたイギリスの軍事裁判所¹⁴¹や、ドイツ管理理事会法律第10号（Control Council Law No.10）に基づく裁判所と並行して設置されたアメリカの軍事諮問委員会¹⁴²において、戦時犯罪人は、戦争法違反を構成要件とする国内犯罪のかどで裁かれた。したがって、仮に戦闘員資格を持たない者が戦争法違反の敵対行動に従事し捕獲された場合、当該捕獲国がアメリカ¹⁴³、イギリス¹⁴⁴、カナダ¹⁴⁵、オーストラリア¹⁴⁶などのコモン・ロー系諸国であれば、関連国内法規定がなくとも、国際法に基づいて彼らが処罰されうることをごこれらの実行は示している。つまり、これらの国々において戦闘員資格を有しない者の処罰が問題となる際、国内法違反説だと関連国内法規不在の場合に彼らは不起訴となるのに対して、国際法違反説の場合だと、いみじくも Lauterpacht が述べたように、国内法の有無に関係なく彼らは「根本的に国際法違反について処罰される」¹⁴⁷のである。以下の Barberis の記述も、まさにこのことを示しているといえよう。

戦争法は、軍隊の構成員でない者についても義務を定めている。したがって、たとえば、交戦国の軍隊に属しない文民は、戦闘に参加しない義務を負う。もし文民が戦闘に参加する場合、彼らは戦争法に反し、捕獲されても捕虜とはみなされない。もし捕獲国が国内法を制定していない場合、当該国家は国際法の名の下に当該文民を裁判にかけ、処罰する（sanctionner）ことができる¹⁴⁸。

以上のことに鑑みれば、不法戦闘員の敵対行為に関する国内法違反説と国際法違反説は、それぞれが各国国内法の態勢を反映した解釈であったとみることができる。つまり、国際法が戦時犯罪処罰制度という枠組の下で不法戦闘員の処罰を各国の国内法制度に委ねる限り、処罰国によっては必ずしも不法戦闘員の行為が国際法違反であるかど

うかがわれるわけではない。しかしながら、その一方において、戦後における戦争犯罪処罰制度の展開に鑑みれば、こうした不法戦闘員の敵対行為が各国の国内法を越えて国際法違反を構成するの可否かを問題とせざるをえない、国際法上極めて重要な局面が今日生じうることも忘れてはならないだろう。

第二節 国際犯罪処罰制度

今日の戦争法における国内法違反説と国際法違反説の意義を考える上で何よりも重要な点は、第二次世界大戦後の展開において、国際裁判所の下での国際犯罪処罰制度が新たに形成されてきたことである¹⁴⁹。もっとも、こうした処罰制度の構想自体は、すでに第一次世界大戦後の講和会議においてみられる。

第一次世界大戦が引き起こした数々の戦争法違反による未曾有の悲劇は、欧州諸国にかつてない程の大きな衝撃を与え、戦争犯罪がもはや個別交戦国の法益侵害にとどまらない文明諸国全体に対する犯罪であるという意識を国際社会に芽生えさせた。第一次大戦終結後の1919年パリ講和予備会議において「戦争開始者責任および刑罰執行委員会」（十五人委員会）が提案した「世界戦争開始」の罪ならびに「戦争の法規慣例および人道の法の違反」の罪を裁く高等裁判所¹⁵⁰、さらにこれを踏まえて前ドイツ皇帝 Wilhelm 二世による「国際道義および条約の神聖に対する最高犯罪」を特別裁判所の下で裁くことを規定したベルサイユ講和条約第227条（カイザー訴追条項）が、こうした国際裁判所の下で国際犯罪人を処罰しようとする当時の機運を如実に表しているといえる。しかしながら、以上のようなパリ講和会議において打ち出された戦争犯罪処罰構想は、国際法上の根拠を欠いた事後法に基づく遡及処罰であるというドイツの抗議を招くとともに、Wilhelm 二世の亡命先であるオランダが政治犯不引渡原則を理由に連合国による身柄引渡要求に応じなかったことから実現には至らなかった¹⁵¹。その後も、国際刑事裁判所を設置しようとする試みは戦間期における戦争違法化の潮流の中で相次いでなされたものの¹⁵²、その努力が結実するには、第一次大戦以

上に国際社会を震撼させた第二次世界大戦の終結を待たねばならなかった。

第二次世界大戦では、ヨーロッパにおけるユダヤ人を中心に数百万人もの一般市民を殺害したナチ・ドイツの虐殺行為、ならびに日本軍の東アジアおよび東南アジアにおける数々の非人道的行為が、第一次大戦をも遙かに凌ぐ犠牲者を生み出した。すでに戦時中にロンドン非公式会合や戦争犯罪委員会を通じてこうした枢軸国の犯罪行為を国際裁判所で訴追することを計画していた連合国は、先のベルサイユ条約に基づく戦争犯罪人処罰の失敗を繰り返さぬよう外交努力を尽くした結果、1945年にはロンドン協定に基づきニュルンベルク国際軍事裁判所の設置を、さらに翌年の1946年にはマッカーサー命令に基づき極東国際軍事裁判所の設置を実現することができた¹⁵³。「勝者の裁き」ゆえにその先例としての価値については今日に至るまで様々な議論を呼びつつも¹⁵⁴、ここに史上初となる国際犯罪人を裁くための国際裁判所が誕生する。ニュルンベルク国際軍事裁判所では「人道に対する罪」と「(通例の)戦争犯罪」が、そして極東軍事裁判所では以上に加えて「平和に対する罪」が対象犯罪とされたことは周知の通りである¹⁵⁵。これらの犯罪は、国連総会の要請を受けて作成された1950年の国連国際法委員会(ILC)の報告書においても、国際法上の犯罪として処罰されるものと確認された¹⁵⁶。

こうしたニュルンベルクおよび東京における国際裁判所の実現をさらに推し進める形で、その後も国際法委員会の報告書に基づく国際刑事裁判所規程案を中心に、常設的な国際刑事裁判所の構想が国連の主導により展開される¹⁵⁷。これは裁判管轄権や対象犯罪における「侵略の定義」等をめぐる各国間の争いから一時は暗礁に乗り上げたものの、国連安全保障理事会が活性化した冷戦後の1990年代に、国連憲章第七章に基づく強制措置として「国際社会の平和および安全に対する脅威」を構成する旧ユーゴスラビアにおける民族浄化ならびにルワンダにおける集団殺害などを裁くための臨時国際刑事裁判所が立て続けに設置されると¹⁵⁸、これに後押しされる形で事態は急展開を見せた。戦後しばらくの間頓挫していた「人類の平

和と安全に対する罪の法典案」の作業を1996年に国際法委員会が完了したことを受けて、国連の主催の下、160カ国の国々、国際機関、非政府機関等が一堂に会した1998年のローマ外交会議において国際刑事裁判所規程が成立したのである(2002年に発効)¹⁵⁹。同規程において、「集団殺害罪」、「人道に対する罪」、「侵略の罪」とならんで「戦争犯罪」が、主要犯罪(core crimes)たる「国際共同体全体が関心を有する最も重大な犯罪」(第5条)として位置づけられたことは記憶に新しい¹⁶⁰。安保理決議ではなく、国家間の合意という条約形式に基づいて設立されたこの常設国際刑事裁判所は、アメリカの未批准という問題を抱えつつも、現代国際法における国際犯罪処罰制度の象徴として、その重要性を確固たるものにしたいえるだろう。

第三節 「不法戦闘員」は国際犯罪人である

こうした国際犯罪処罰制度の展開において、不法戦闘員の敵対行為はどのように位置づけられるのだろうか。果たして当該行為は国際刑事裁判所の対象犯罪を構成するのだろうか。これは、あらゆる戦争法違反が戦時犯罪のみならず国際犯罪をも構成するのに関わる問題であるといえる。

この点につき、たとえば旧ユーゴ国際刑事裁判所は「戦争の法規慣例に対する違反」を対象犯罪の一つとしているが(ICTY規程第3条)、同裁判所の判例によると、これはすべての戦争法違反ではなく「重大な違反」だけに限られる¹⁶¹。国際刑事裁判所の「戦争犯罪」についても、それがさらに「計画もしくは政策の一部として行われた場合または大規模な当該犯罪の一部として行われた場合」(同裁判所規程第8条第1項)にまで限定されるかをめぐり争いはあるが¹⁶²、ジュネーヴ諸条約や戦争法規慣例の「重大な違反」が当該犯罪であることに変わりはない(第8条)。

では、具体的にどのような行為が「重大な違反」を構成するのか。これは従来から問題とされてきたことであるが¹⁶³、国際刑事裁判所規程は、ジュネーヴ諸条約の重大な違反の他にも戦争犯罪を構成する「国際的武力紛争に適用される法規慣例の

その他の重大な違反」として26種類にわたる犯罪類型を列挙している。なかでも第8条第2項(b)(xi)の「敵対する国または軍隊に属する個人を背信的に殺害しまたは傷害を加えること」が不法戦闘員の敵対行為との関係では注目に値するといえるだろう。すでに前章において検討したように、不法戦闘員による敵対行為の国際法上の違法性の本質が、戦争法秩序の根幹をなす合法戦闘員制度に背いて敵の戦闘員および非戦闘員を殺傷する背信行為にあることに鑑みれば、以上の規定が示す様に、当該行為がもはや単なる戦争法違反ではなく国際刑事裁判所により裁かれる戦争法の「重大な違反」として国際犯罪を構成することは明白である。

戦争法違反が敵国の法益を侵害する国内法上の犯罪行為として処罰の対象となることに変わりはない。しかしながら、戦争法違反の中でもさらに重大な違法行為の場合、今日の国際法においてそれは交戦国の法益を越えた国際社会全体の共通法益を侵害する国際法上の犯罪を構成する。不法戦闘員がこうした戦争法の重大な違反者たる国際犯罪人として国際裁判所の下で処罰されうることには鑑みれば、戦時犯罪処罰制度に基づく国内法違反説は、現代国際法における不法戦闘員の地位を捉えるには限界があると言わねばなるまい。

第四節 国内法違反説と国際法違反説の妥当基盤

では、なぜ国内法違反説は、戦時犯罪処罰制度という国内法の枠組の中で不法戦闘員の問題を捉えてきたのだろうか。この点については、同説が「国際法はもっぱら国家間のみの法であるから、私人が武器を取ることや敵対行動をとるのを禁ずる国際法諸規則は存在しえない」という、Oppenheimに典型的な戦前の国際法における主権国家体系の枠組¹⁶⁴に即して不法戦闘員の問題を捉えてきたことに注意しておく必要がある¹⁶⁵。

「交戦法規違反の犯罪の国内的性格は、第一に、個人が国際法の主体ではないという伝統的原則に由来する。このルールは、戦争法において自明(axiomatic)である」¹⁶⁶といった当時の理解が示すように、戦争法違反者個人の処罰が国内法上の

問題として主権国家の枠組みにおしなべて還元されてきたことは、国際法の受範者を主権国家に限定する戦前の自律的・分権的国際法秩序の当然の帰結であった。すでに本章第一節において述べたように、戦争法違反を犯した個人の責任は、かつては当該違反者を捕捉した交戦国に認められる国際法上の処罰権の行使として国内で追求されるにとどまっていたのである¹⁶⁷。それゆえ、たとえ国際法違反説の主張するように不法戦闘員が戦争法違反者であったのだとしても、結局のところ、彼らは交戦国の国内犯罪人としてのみ刑事責任を負うにすぎなかった。この意味において国際法違反説と国内法違反説との間に実質的な差異はないのであり、以上のような主権国家体制に基づく伝統的な戦争法の構造に鑑みれば、国内法違反説がもっぱら戦時犯罪処罰制度という国内法の枠組の中で不法戦闘員の問題を捉えてきたことにもある程度妥当な根拠があったと言わねばならないだろう。

しかしながら、国際犯罪処罰制度が形成されるにつれ、現代戦争法は、こうした主権国家を超克する個人の刑事責任を確立していった。戦後のニュルンベルク裁判および東京裁判における上官命令の抗弁の否認やいわゆる「指導者責任観」¹⁶⁸、さらには、たとえば命令(コマンド)責任に関する旧ユーゴおよびルワンダの国際刑事裁判所判例をみてもわかるように¹⁶⁹、今日においては、武力紛争と関係する限り¹⁷⁰、国家機関のみならず私人に対してですら、戦争法の重大な違反に対する個人の刑事責任が国際裁判所の下で直接問われうるのである¹⁷¹。今日においても国際法は主権国家間を規律する法であることに変わりはないものの、少なくとも戦争法独自の世界においては、国家のみならず非国家機関たる私人もが国際法の受範者となることは強調されてしかるべきであろう¹⁷²。我々は、こうした法構造に基づく国際犯罪処罰制度を有するに至った現代においてこそ、非戦闘員による敵対行為の国際法上の違法性を重視してきた国際法違反説の方が、今では国内法違反説よりも不法戦闘員の地位をよりの確に捉える解釈論であると評価することができるのである。

第五章 結論

第一節 国内法違反説を超えて

戦闘員資格を有しない者が敵対行為に参加すれば、それは、敵対行為を戦闘員の間に限定してきた合法戦闘員制度を根底から揺るがし、非戦闘員が攻撃しないことを前提に行動してきた戦闘員の戦争法に対する信頼を損なう結果をもたらす。「不法戦闘員」とは、本来、こうした国際法上禁止される背信行為を犯した戦争法違反者として評価されるべき者である。

ただし、これまでみてきたように、かつての戦争犯罪とは、敵国だけが裁くことのできる国内法上の犯罪であった。それゆえ、戦闘員資格を有しない者である不法戦闘員の敵対行為について、これが国際法上禁止されるかといった問題に目を向けることなく、もっぱら処罰国の国内法上の問題としてこれを論じた国内法違反説は、少なくとも戦前においては各国の戦時犯罪処罰に関する国内法態勢を反映した一つの妥当な解釈であったと評価することができるのかもしれない。しかし、他方において、かつてLauterpachtが強調したように、アメリカやイギリスのように国際法違反であることを問題としてこれを国内犯罪の構成要件とする法体系の国が実際に存在する以上¹⁷³、たとえばそれが自覚的でないにせよ、主権国家の枠組の中で私人による敵対行為を国際法上の問題ととらえない国内法違反説の理解はやはり不十分であると言わざるをえない。まさにアメリカの司法制度が示すように、非戦闘員の敵対行為が戦争法違反を構成するか否かによって、通常の裁判所（civilian courts）で裁かれるのか、あるいは「法のブラックホール」と称された軍事諮問委員会で裁かれるのかという点で実際上の法的効果が大きく異なってくる場合もあることに鑑みれば、戦闘員の特権も非戦闘員の特権も有しない「不法戦闘員」という「中間的地位」を認めることにも解釈論上の意味はあると言えるだろう。

しかも、敵国だけにとどまらず、普遍的管轄権の理念の下、個人は国際犯罪人として国際社会全体により処罰されるべきであるというのが今日の

国際法における戦争犯罪処罰制度の立場である¹⁷⁴。戦後、戦争犯罪を規制するための国際法の枠組みが大きく展開してきたことに鑑みれば、戦闘員資格を有しない者による敵対行為が戦争法上禁止される以上、今日において不法戦闘員が戦時犯罪人としてのみならず国際法上の戦争犯罪人としても責任を負う可能性は否定できない。補完性原則の下で第一次的には各国の国内刑事手続が優先されるにせよ、不法戦闘員の敵対行為が国際刑事裁判所規程第8条第2項（b）（xi）の背信行為に該当する「戦争犯罪」を構成する限り、不法戦闘員は、もはや敵国における戦時犯罪人にとどまらず、国際刑事裁判所において裁かれる国際犯罪人となるのである。現代においては不法戦闘員の問題を国際法違反説に即して理解することに重要な意味があると考えるのは、何よりもこうした個人の刑事責任を国際法の平面で直接裁く国際犯罪処罰制度を確立した現代戦争法の特質が根拠にある。

第二節 アメリカの抑留政策の評価

以上のことを踏まえれば、不法戦闘員の処罰について、現代戦争法上、アメリカ政府は、これを国際犯罪人として国際裁判所で処罰するか、あるいは戦時犯罪人として国内裁判所で処罰するかといった二つの選択肢を持つことになる¹⁷⁵。これに対して同政府が打ち出した政策方針とは、序論において述べたように、軍事諮問委員会の下、「戦争法ならびにその他の適用法規の違反」の罪でグアンタナモ基地におけるタリバン兵士とアル・カーイダ兵士を裁くというものであった。不法戦闘員が戦闘員資格を有しないまま敵対行為に参加する者である以上、多くの一般市民の犠牲者をもたらした彼らの行為は明らかに重大な戦争法違反を構成するのであり、彼らを戦争法違反の罪を犯したアメリカ国内の戦時犯罪人として処罰しようとする同国の政策それ自体は、国際法上適法であるといえる。少なくとも自国の抑留政策を正当化するために「アメリカは、既存の国際法によっては規律されない中間的地位ないしは法の真空（legal limbo）を造り出そうと模索した」¹⁷⁶とはいえないのである。

とはいえ、以上のアメリカの抑留政策には問題

とされるべき点が多く存在するのも事実である。アメリカ政府は、捕虜や文民としての待遇を認めないが、ジュネーヴ諸条約の基本原則に従って抑留者を人道的に取り扱うことを繰り返し強調している¹⁷⁷。この点につき、同政府は、グアタナモ基地における抑留者が身体的および精神的虐待から保護されるのはもちろんのこと、赤十字国際委員会が個人的に抑留者を継続して訪問することもできる状態にあると述べた¹⁷⁸。さらに、彼らには、ムスリムの法に従った一日三食の食事、水、医療、被服および履物、避難所、シャワー、石けんおよび清潔具、寝具、タオルおよび手拭い、礼拝の機会、通信手段、食糧および被服を受領する能力（ただし安全点検に服する）が認められているという¹⁷⁹。これは、ジュネーヴ諸条約のいわゆる共通第3条や第一追加議定書第75条に規定されるように、戦闘員、非戦闘員、不法戦闘員といった戦争法上の地位の如何にかかわらず、すべての者に対して与えられる慣習国際法上の最低限の保障と合致する。

しかしながら、最近では、イラクのアブグレイブ収容所（Abu Ghraib Prison）における捕虜虐待事件を契機として¹⁸⁰、グアタナモ基地においても抑留者に対する同様の虐待疑惑が浮上している¹⁸¹。捕虜の取り扱いに関する責任は、「これを捕えた個人又は部隊の権力内にあるものではない。抑留国は、個人の責任があるかどうかを問わず、捕虜に与える待遇について責任を負う」（ジュネーヴ第三条約第12条、第131条）のであるから、アブグレイブ事件におけるアメリカ自身のジュネーヴ条約違反は言うまでもない。それゆえ、アメリカには、第三条約第132条等に基づく当該虐待事件の関係者の処罰にとどまることなく、当該国際違法行為によって国家責任が生じる限り、事後救済における違法行為の再発防止の一環として、グアタナモ基地におけるジュネーヴ諸条約の基本原則の遵守についても速やかに調査を実施し公表することが強く求められるといえよう¹⁸²。

また、アメリカ政府は、少なくともタリバーンに対してはジュネーヴ第三条約の適用を認めているのであるから、同兵士が捕虜であるかにつき「疑義が存在する場合」には、同条約第5条の

「権限のある裁判所」による判断を待たねばならず、それまでは彼らに捕虜と同等の待遇を与えなければならない¹⁸³。これに対してアメリカ政府は、当初、タリバーンやアル・カーイダの兵士たちが不法戦闘員であることは明白であってそうした疑義は存在しないとしてきたが¹⁸⁴、こうした主張の妥当性は改めて検討されなければならない。事実、2004年6月28日に合衆国最高裁判所は、この問題の重要性を裏づける判決を出した。グアタナモの外国人抑留者による自らの抑留の合法性に対する異議申し立てにつき、同裁判所は、アメリカの通常裁判所がこれを審理する管轄権を有することを認めたのである。

イギリス国籍を有する Shafiq Rasul および Asif Iqbal の二名の抑留者たちは¹⁸⁵、その他二名のオーストラリア人および十二名のクウェート人たちと共に、2002年に親族を通じて、アメリカ政府による抑留の合法性に対して異議を申し立てる訴訟をコロンビア特別区地方裁判所に提起した¹⁸⁶。これに対して同裁判所は、Johnson v. Eisentrager 事件における1950年最高裁判決¹⁸⁷に基づき、「アメリカの主権的領域外で抑留された外国人は、人身保護令状の請願を提起することができない」¹⁸⁸として、当該問題に対する管轄権の欠如を理由に原告の請求を棄却した。原告はコロンビア特別区控訴巡回裁判所に控訴したが、同裁判所もまた、最高裁の1950年判決はグアタナモの外国人抑留者が自己の抑留に対する異議を申し立てる訴訟をアメリカの裁判所に提起することを禁じていると判示し、第一審の判決を確認した¹⁸⁹。

しかしながら、最高裁判所は、アメリカとキューバとの間で締結された1903年のリース協定（Lease Agreement）およびこれを確認する1934年合意に基づき、「キューバとの合意における明確な規定により、アメリカは、グアタナモ湾海軍基地に対して『完全なる管轄権とコントロール』を行使しており、しかもそう望むのであれば永続的にこうしたコントロールを行使し続けることができる」¹⁹⁰と述べて、同基地がアメリカの主権的領域内にあることを認めた。その上で同裁判所は、現在の一般人身保護法はアメリカ人と外国人との

間を区別していないことに鑑み、「同基地で抑留されている外国人は、アメリカ国民と同様に、第2241条の下で連邦裁判所の当局に訴える権利を有する」¹⁹¹として控訴裁判所の判決を破棄し、「請願者の請求の実体的事項（merits）を第一に検討するよう地方裁判所に差し戻す」¹⁹²と判示した。

以上の最高裁判決を受けて、アメリカ政府は、9日後の2004年7月7日に、グアantanamo湾海軍基地で抑留されている外国人に対する抑留の合法性を審理するための戦闘員資格審査裁判所（Combatant Status Review Tribunal）の設置を命令した¹⁹³。これにより、各抑留者に対しては、同裁判所における審査手続との関連で個人的代理人（personal representative）と呼ばれる軍務官が割り当てられ、彼らの支援の下でアメリカの裁判所に人身保護令状を求める権利も認められることとなった¹⁹⁴。また、同裁判所は、海軍長官（the Secretary of Navy）の任命の下、三名の中立的なアメリカ陸軍将校（その内の一人は陸軍法務官を含むものとされる）で構成されるという¹⁹⁵。こうしたアメリカ政府の方針は、当初は抑留者に対して自己の抑留の合法性を争う場を一切認めなかった政策を事実上修正するものであるといえるだろう。

これまでみてきたように、アメリカがタリバーンやアル・カーイダの兵士たちを戦争法上の違法行為の実行者たる「不法戦闘員」として軍事諮問委員会で処罰するという政策は、戦争法と合致し

ないわけではない。しかしながら、抑留者たちの最低限の人道的取り扱いとあわせて何よりも問題とされなければならないのは、以上のアメリカ通常裁判所における人身保護問題や戦闘員資格裁判所における再審査問題が示しているように、果たして抑留された兵士たちのすべてが本当に戦闘員でも非戦闘員でもない「不法戦闘員」であったのかという事実認定についてであろう¹⁹⁶。実際、「彼らの（不法性）合法性の問題をオープンにしておく」¹⁹⁷ために、彼らの法的地位について言及する際、後にアメリカ政府が「不法戦闘員」から敢えて「敵性戦闘員（enemy combatants）」へと表現を変えたのには、こうした問題を回避しようとする同国の意図があるように思える。この点については、今後の課題としてさらなる検討が必要とされることは言うまでもない。

戦争法とは、想像を絶する理不尽な戦地の惨状においてもなお、そこにある法の支配の可能性を探求するために、時として利己的な法解釈に基づく圧倒的な力とそれに対抗するために法を顧みない様々な抵抗手段との応酬という悪循環に直面しながらも、絶えず秩序や正義とは何かを突きつけられる国際法の世界である。不法戦闘員の地位をめぐる問題とは、まさにこうした戦争法が長きにわたり抱えてきた基本的諸問題の縮図に他ならず、その解決への道程には未だ多くの課題が残されているのだと言えよう。

¹ Military Order, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism [hereinafter: Military Order], 66 Fed. Reg. 57, 833 (Nov. 16, 2001), § 1 (e). 同軍事命令は、いついかなる場所における軍事諮問委員会の設置をも認めている。Id. at § 4 (c) (1). また、これを受けて、同命令を実施するための軍事諮問委員会命令第一号も出された。U.S. Dep't of Defense, Military Commissions Order No. 1, Procedures for Trials by Military Commissions of Certain Non-United States Citizens in the War Against Terrorism (Mar. 21, 2002), at <<http://www.defenselink.mil/news/Mar2002/d20020321ord.pdf>>. 軍事諮問委員会一般については、see 2 William Winthrop, Military Law and Precedents 831-845 (reprint 2000) (2nd rev. ed., 1920).

² もっとも、当初アメリカ政府は、タリバーン政権を国際法上の政府とは認めず、またアフガニスタンの暫定政権もこれを支持していたことから、タリバーン兵士がジュネーブ諸条約の適用対象外にあると主張していた。Afghan Agrees with Bush on Prisoners, N.Y. Times, Jan. 30, 2002, at A9.

³ Ari Fleischer, White House Spokesman, Special White House Announcement Re: Application of Geneva Conventions in Afghanistan (Feb. 7, 2002), available in LEXIS, Legis Library, Fednew File.

⁴ Id.

⁵ こうしたアメリカ政府の政策が抱える問題点を法的観点から概観し、整理・批判したものとして、たとえば、

Yutaka Arai-Takahashi, *Disentangling Legal Quagmires: The Legal Characterisation of the Armed Conflicts in Afghanistan Since 6/7 October 2001 and the Question of Prisoner of War Status*, 5 Y.B. Int'l Humanitarian L. 61 (2005).

⁶ Luisa Vierucci, *Is the Geneva Convention on Prisoners of War Obsolete?: The Views of the Counsel to the US President on the Application of International Law to the Afghan Conflict*, 2 J. Int'l Crim. Just. 866, 868 (2004).

⁷ See, e.g., Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* 36 (2004).

⁸ Greenwood は、正規軍兵士であっても文民識別義務は捕虜資格のための条件として要求されると理解する。Christopher Greenwood, *International Law and the 'War against Terrorism'*, 78 Int'l Aff. 301, 316 (2002).

⁹ アメリカの主要な ROE (Rules of Engagement: わが国では「部隊行動基準」や「武器使用基準」、「交戦規則」等と訳される場合が多い) の一つである陸戦法規マニュアル (Field Manual 27-10) によれば、ジュネーヴ第三条約第5条にいう「権限のある裁判所」とは、同国においては「少なくとも三人の将校 (officers) からなる委員会」である。U.S. Dep't of the Army, *The Law of Land Warfare*, § 71 (c) (Field Manual 27-10, 1956). なお、アメリカ国防省は、2004年7月7日に、グアンタナモ湾で抑留されている者たちの戦闘員資格を審査する戦闘員資格審査裁判所 (the Combatant Status Review Tribunal) の設置を発表した。U.S. Dep't of Defense, *Combatant Status Review Tribunal Order Issued*, No. 651-04 (July 7, 2004), at <<http://www.defenselink.mil/releases/2004/nr20040707-0992.html>>.

¹⁰ E.g., Joan Fitzpatrick, *Speaking Law to Power: the War against Terrorism and Human Rights*, 14 Eur. J. Int'l L. 249 (2003); Michael J.D. Sweeney, *Detention at Guantánamo Bay - a Linguistic Challenge to Law*, 30 Hum. Rts. 14 (2003); Jordan Paust, *War and Enemy Status after 9/11: Attacks on the Laws of War*, 28 Yale J. Int'l L. 325 (2003); Catherine Moore, *International Humanitarian Law and the Prisoners at Guantánamo Bay*, 7 Int'l J. Hum. Rts. 1 (2003); Manooher Mofidi & Amy E. Eckert, *"Unlawful Combatants" or "Prisoners of War": The Law and Politics of Labels*, 36 Cornell Int'l L.J. 59 (2003); Neil McDonald & Scott Sullivan, *Rational Interpretation in Irrational Times: The Third Geneva Convention and the "War on Terror"*, 44 Harv. Int'l L.J. 301 (2003); Gabor Rona, *Interesting Times for International Humanitarian Law: Challenges from the War on Terror*, 27 Fletcher F. World Aff. 55 (2003); George H. Aldrich, *The Taliban, Al Qaeda, and the Determination of Illegal Combatants*, 96 Am. J. Int'l L. 892 (2002).

¹¹ Vierucci, *supra* note 6, at 866.

¹² See, e.g., Anthea Roberts, *Righting Wrongs or Wronging Rights? The United States and Human Rights Post-September 11*, 15 Eur. J. Int'l L. 721, 742 (2004); Marco Sassòli, *The Status of Persons Held in Guantánamo under International Humanitarian Law*, 2 J. Int'l Crim. Just. 96, 103-105 (2004).

¹³ 人身保護令状とは、違法な拘束を受けている疑いのある者を裁判所に出廷させる令状である。英米法における人身保護令状については、さしあたり、田中英夫『英米法総論下』(1980年) 570-579頁を参照せよ。

¹⁴ ただし、こうした政府の方針は、*Rasul v. Bush* 事件の合衆国最高裁判決を受けて発表された戦闘員資格審査裁判所の設置により、修正を余儀なくされる。最高裁判所は、2004年6月28日に、自らの抑留の合法性に異議を申し立てる訴訟を合衆国の裁判所に対して提起する権利を否定した合衆国コロンビア特別区の地方裁判所判決ならびに巡回控訴裁判所判決を破棄し、外国人抑留者たちの人身保護の権利を認めた。*Rasul v. Bush*, 542 U.S. 1 (2004). この点については、後述する。

¹⁵ George P. Fletcher, *Black Hole in Guantánamo Bay*, 2 J. Int'l Crim. Just. 121, 122-3 (2004).

¹⁶ 法学者は、抑留者の人身保護の特権を認めないこうした点についてもアメリカ政府を激しく非難した。たとえば Fletcher は、アメリカが国際人権規約B規約第4条のいわゆる逸脱条項を援用できないこと、ならびに合衆国憲法上、人身保護令状を停止できるのは大統領ではなく議会であることを理由に、同国による人権侵害の違法性を主張する。*Id.* at 114-6.

¹⁷ 赤十字国際委員会によれば、18ヶ月で32件の自殺未遂が発生したという。See, e.g., Neil A. Lewis, *Red Cross Criticizes Indefinite Detention in Guantánamo Bay*, N.Y. Times, Oct. 10, 2003, A1; D.A. Mundis, *The Use of Military Commissions to Prosecute Individuals Accused of Terrorists Acts*, 96 Am. J. Int'l L.

320, 325 (2002). これに対してアメリカ政府は、第一追加議定書第75条に規定されるようなジュネーヴ諸条約の基本原則に従って抑留者を人道的に取り扱うとしている。See, e.g., Ruth Wedgwood, *Let Military Rules Apply While the War Goes On*, Int'l Herald Trib., Dec. 2, 2003. なお、赤十字国際委員会によって実施されたグアタナモ基地の状況に関する独立調査の報告は、同組織の守秘義務により公開されていない。

¹⁸ Johan Steyn, *A Monstrous Failure of Justice: Guantánamo*, Int'l Herald Trib., Nov. 28, 2003; *Guantánamo Bay: The Legal Black Hole*, 53 Int'l Comp. L.Q. 1 (2004).

¹⁹ See, e.g., Fleischer, *supra* note 3. See also White House, Office of the Press Secretary, Statement by the Press Secretary on the Geneva Convention (May 7, 2003) at <<http://www.whitehouse.gov/news/release/2003/05/20030507-18.html>>. 戦時にアメリカが捕捉した敵の兵士は、通常であれば統一軍事司法典(U.C.M.J.: the Uniform Code of Military Justice)に基づき軍法会議(courts-martial)で裁かれる。しかしながら、同会議は、その裁判管轄権を自国軍隊構成員、捕虜、そして特定の文民に限定しており、軍法会議の管轄権の外にある不法戦闘員は、これまで軍事諮問委員会の下で訴追されてきた。10 U.S.C. § 802, Art. 2 (2000). See also Mundis, *supra* note 17, at 321.

²⁰ White House, *supra* note 19.

²¹ Ruth Wedgwood, *Al Qaeda, Terrorism, and Military Commissions*, 96 Am. J. Int'l L. 328, 328-9 (2002).

²² *Id.* at 329.

²³ *Id.* at 335.

²⁴ Fleischer, *supra* note 3.

²⁵ Wedgwood, *supra* note 21, at 335.

²⁶ *Id.*

²⁷ White House, *supra* note 19.

²⁸ なお、"unlawful combatants"という概念が最初に用いられたのは、1942年のQuirin事件合衆国最高裁判決においてであると言われている。Ex parte Quirin et al., 317 U.S. 1 (1942).

²⁹ Luisa Vierucci, *Prisoners of War or Protected Persons qua Unlawful Combatants? The Judicial Safeguards to which Guantánamo Bay Detainees are Entitled*, 1 J. Int'l Crim. Just. 284, 285 (2003).

³⁰ Fletcher, *supra* note 15, at 123.

³¹ Greenwood, *supra* note 8, at 315-316.

³² Jason Callen, *Unlawful Combatants and the Geneva Conventions*, 44 Va. J. Int'l L. 1025, 1026 (2004).

³³ Alexander Pearce Higgins, *War and the Private Citizen: Studies in International Law* 11-13 (1912).

³⁴ ただし、ジュネーヴ第三条約の起草過程において、ハーグ規則第1条の交戦者資格の四条件については、ほとんど検討がなされなかったという。樋口一彦「一九七七年ジュネーヴ諸条約第一追加議定書における戦闘員の資格(一)」『法学ジャーナル(関西大学大学院)』第44号(1986年)56-61頁。

³⁵ 松井芳郎「現代国際法における民族自決権の確立」岡倉古志郎＝長谷川正安(編)『民族の基本的権利』(1973年)を見よ。

³⁶ こうした経緯については、竹本正幸『国際人道法の再確認と発展』(1996年)201-252頁; Keith Suter, *An International Law of Guerrilla Warfare: The Global Politics of Law-Making* (1984)を参照せよ。

³⁷ See generally S.E. Nahlik, *L'extension du statut de combattant à la lumière du Protocole I de Genève de 1977*, 164 Recueil de cours 171 (1979-III).

³⁸ See, e.g., Ruth Lapidoth, *Qui a droit au statut de prisonnier de guerre?*, 82 Revue générale de droit international public [RGDIP] 204 (1978); 竹本『前掲書(注36)』237頁。

³⁹ Stephen Oeter, *Terrorism and "Wars of National Liberation" from a Law of War Perspective: Traditional Patterns and Recent Trends*, 49 Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht [ZaöRV] 445, 459 (1989).

⁴⁰ 事実、現代における様々な国際的武力紛争に当事者として関わってきたアメリカやイスラエルといった軍事大国は、第一追加議定書を批准していない。このことから、現代における不正規兵の地位は、未だにハーグ規則やジュネーヴ第三条約を中心に論じられる場合も少なくない。他方、第一追加議定書の慣習法としての地位については、さしあたりTheodor Meron, *The Geneva Conventions as Customary Law*, 81 Am. J. Int'l L. 348 (1987)を参照せよ。ただし、とりわけ第一追加議定書第44条が慣習国際法規則を宣言したものではないとみな

されていることについては、Christopher Greenwood, *Customary Law Status of the 1977 Additional Protocols, in The Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead* 93 (A. Delissen and G. Tanja eds., 1991) を参照せよ。なお、近年のイギリスとフランスの参加により「国際社会の普遍的規則になりつつある」という認識の下で第一追加議定書を展望するものとして、樋口一彦「一九七七年ジュネーヴ諸条約追加議定書の『普遍化』—作成から二五年後の評価—」『琉大法學』第69号(2003年)。

⁴¹ George Abi-Saab, *Les mécanismes de mise en œuvre du droit humanitaire*, 82 RGDIP 177 (1978).

⁴² アメリカは、まさに戦闘員および捕虜資格に関する第一追加議定書の規定がテロリズムに国際的地位を与え、助長することになることを懸念していた。See, e.g., Abraham D. Sofaer, *The United States Decision Not to Ratify Protocol I*, 82 Am. J. Int'l L. 786 (1988). こうした懸念を否定するものとして、See, e.g., Hans-Peter Gasser, *An Appeal for Ratification by the United States*, 81 Am. J. Int'l L. 910 (1987); George H. Aldrich, *Prospects for United States Ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions*, 85 Am. J. Int'l L. 1 (1991).

⁴³ 捕虜資格との関係で第一追加議定書が抱える問題点については、藤田久一「捕虜資格と国際人道法の展開」『国際法外交雑誌』第77巻第5号(1979年)を参照せよ。

⁴⁴ 藤田久一『国際人道法(新版再増補)』(2003年)142頁。また、グアタナモ基地の抑留者に対するアメリカの政策を支持する Wedgwood も、第一追加議定書の慣習法化による非締約国への適用を否定しただけでなく、同議定書が戦闘員と捕虜資格の要件を曖昧にしたとしてその実効性をも批判した。Wedgwood, *supra* note 21, at 336.

⁴⁵ もっとも、不正規兵が第一追加議定書の下で保護されるかどうかについて争いが生じたとしても、同兵は「その地位が権限のある裁判所により決定されるまでの間、捕虜の地位を有するものとし、第三条約及びこの議定書により保護」される(第45条第1項)ことには留意しておかねばならない。これはジュネーヴ第三条約の捕虜資格についても同様である(第5条)。

⁴⁶ Ingrid Detter, *The Law of War* 146 (2nd ed., 2000).

⁴⁷ テロリズムやゲリラという用語に固有の法的意味はない。これらは、国家によるものであろうと個人によるものであろうと、非合法で広く非難される活動を一般に指す便宜上の概念とされている。See Rosalyn Higgins, *The General International Law of Terrorism, in Terrorism and International Law* 13, 28 (Rosalyn Higgins & Maurice Flory eds., 1997).

⁴⁸ See, e.g., Otto Kimminich, *Guerrilla Forces, in 2 Encyclopedia of Public International Law [EPIL]* 639 (Rudolf Bernhardt ed., 1992). なお、本稿は、ゲリラやテロリストという用語を、あくまでも、戦闘員資格を有しない、私人の資格で敵対行動に従事する者としてのみ用いる。

⁴⁹ 2 Lassa Oppenheim, *International Law, A Treatise: War and Neutrality* 266-267 (1906) (傍点筆者)。なお、この初版で示された Oppenheim の見解につき、現時点での第二巻の最新版である Hersch Lauterpacht の編による第七版では、本稿で引用した箇所最初の一文の「国際法はもっぱら国家間のみの法であるから」という記述が削除されている。これは、第四章第四節においても後述するように、国際法の受範者を国家に限定する Oppenheim と個人にも注目する Lauterpacht との間にある戦争法観念の違いによるものと思われる。See 2 Lassa Oppenheim, *International Law, A Treatise: Disputes, War and Neutrality* 574 (Hersch Lauterpacht ed., 7th ed., 1952).

⁵⁰ Inter-American Commission on Human Rights, Report on Terrorism and Human Rights, OEA/Ser.L/V/II.116 Doc. 5 rev. 1 corr. (Oct. 22, 2002).

⁵¹ See, e.g., Dinstein, *supra* note 7, at 29.

⁵² See, e.g., Detter, *supra* note 46, at 147.

⁵³ See, e.g., Aldrich, *supra* note 10, at 892.

⁵⁴ See, e.g., Richard R. Baxter, *So-Called 'Unprivileged Belligerency': Spies, Guerrillas and Saboteurs*, 28 Brit. Y.B. Int'l L. 323 (1951).

⁵⁵ なお、本稿では、こうした「不法戦闘員」、「違法戦闘員」、「不正規戦闘員」等と称される国際法上の戦闘員資格を有しない兵士のことを、便宜的に「不法戦闘員」と統一して称することとする。

⁵⁶ 藤田『前掲書(注44)』87頁(傍点筆者)。

⁵⁷ Baxter, *supra* note 54.

⁵⁸ Eric David, *Principes de droit des conflits armés* 397 (2^e éd., 1999).

⁵⁹ Dinstein, *supra* note 7, at 29.

⁶⁰ Ipsen は、文民の戦闘行為への参加の禁止を、国内法上の禁止ととらえる。「戦闘員は直接敵対行動に参加できるが、『医療・宗教要員』ならびに『非戦闘員』は、直接戦闘に参加する権限から除外されているので参加できない—医療・宗教要員は国際法によって、そして非戦闘員は自らが属する紛争当事国の法律行為 (Rechtsakt seiner Konfliktpartei) によって排除されている—」Knut Ipsen, *Kombattanten und Nichtkombattanten*, in *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten* [Handbuch] 58 (Dieter Fleck hrsg., 1994).

⁶¹ Frits Kalshoven, *The Position of Guerrilla Fighters under the Law of War*, 11 *Revue de droit pénal militaire et le droit de guerre* [RDPMDG] 55 (1972).

⁶² Hilaire McCoubrey, *International Humanitarian Law: Modern Developments in the Limitation of Warfare* 137 (2nd ed., 1998).

⁶³ 2 Georg Schwarzenberger, *International Law As Applied By International Courts and Tribunals: The Law of Armed Conflict* 116 (1968).

⁶⁴ Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict: A Treatise on the Dynamics of Disputes and War Law* 562-570 (1954).

⁶⁵ 立作太郎『戦時国際法論』(1934年) 44-45 頁。

⁶⁶ 信夫淳平『戦時国際法講義第二巻』(1941年) 76 頁。

⁶⁷ See also Robert A. Friedlander, *Terrorism*, in 4 *EPIL* 846 (2000) ; W. Thomas Mallison & Sally V. Mallison, *The Juridical Status of Privileged Combatants under the Geneva Protocol of 1977 Concerning International Conflicts*, 17 *L. & Contemp. Probs.* 4, 5-6 (1978). 新井京「テロリズムと武力紛争法」『国際法外交雑誌』第101巻第3号(2003年) 123 頁; 「『テロとの戦争』と武力紛争法—捕虜資格をめぐる—」『法律時報』5月号(2002年) 20 頁; 稲角光恵「文民の保護」村瀬信也=真山全(編)『武力紛争の国際法』(2004年) 535 頁。

⁶⁸ Aldrich, *supra* note 10, at 892-4.

⁶⁹ Paust, *supra* note 10, at 326.

⁷⁰ See also Mofidi & Eckert, *supra* note 10, at 59.

⁷¹ 横田喜三郎『戦争犯罪論(増訂版)』(1949年) 14 頁(傍点筆者)。

⁷² G. I. A. D. Draper, *The Status of Combatants and the Question of Guerilla Warfare*, 45 *Brit. Y.B. Int'l L.* 173, 175-176 (1971) (傍点筆者)。

⁷³ *Id.* at 217.

⁷⁴ Erik Castrén, *The Present Law of War and Neutrality* 155 (1954).

⁷⁵ Detter, *supra* note 46, at 136-141.

⁷⁶ Christopher Greenwood, *The Law of War (International Humanitarian Law)*, in *International Law* 789, 794 (Malcolm D. Evans ed., 2003).

⁷⁷ 高野雄一『国際法概論(全訂新版)』(1986年) 448, 471 頁。

⁷⁸ See also Julio A. Barberis, *Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale*, 179 *Recueil des cours* 145, 210 (1983-I) ; 2 Charles Cheney Hyde, *International Law Chiefly As Interpreted and Applied by the United States* 296-297 (1922) (reprint 1983).

⁷⁹ この当時の学説の代表格として Baxter は Oppenheim (第六版) を挙げている。しかしながら、上述のように、Oppenheim は不正規兵の行為自体を国際法の埒外とみなしているのであって、これを国際法違反とはみなしていない。

⁸⁰ Baxter, *supra* note 54, at 333-335.

⁸¹ *Id.* at 333.

⁸² *Id.* at 337 n.4.

⁸³ *Id.* at 342-343.

⁸⁴ Draper, *supra* note 72, at 176.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ Stephen Oeter, *Kampfmittel und Kampfmethoden*, in *Handbuch* 138.

⁸⁷ See, e.g., Judith Gail Gardam, *Non-Combatant Immunity As a Norm of International Humanitarian*

Law 2 (1993).

⁸⁸ Draper, *supra* note 72, at 182.

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ 「*ex iniuria*」原則一般については、小寺彰『パラダイム国際法—国際法の基本構成—』19-22頁(2004年)を見よ。

⁹¹ Detter, *supra* note 46, at 148. See also Ingrid Detter (de Lupis Frankopan), *Foreign Warships and Immunity for Espionage*, 78 Am. J. Int'l L. 53, 62 (1984).

⁹² もっとも、DraperやGreenwoodは、たとえ国際法違反の不法戦闘員であっても、身分の如何にかかわらず享受できるマルテンス条項、「戦時における文民の保護に関する千九百四十九年八月十二日のジュネーヴ条約」(以下、ジュネーヴ第四条約)第5条の「公平な且つ正式の裁判を受ける権利」、第一追加議定書第75条に規定される基本的保障といった最低限の保障は認められるとしている。Draper, *supra* note 72, at 217; Greenwood, *supra* note 8, at 316. See also Barberis, *supra* note 78, at 210.

⁹³ Hans-Peter Gasser, *Internierung von Zivilpersonen*, in Handbuch 169 (傍点筆者).

⁹⁴ それゆえDörmannは、捕虜資格を満たさない不法戦闘員に対するジュネーヴ第四条約の適用を問題としないDetterやGreenwood等の見解を批判する。Knut Dörmann, *The Legal Situation of 'Unlawful/Unprivileged Combatants'*, 85 Int'l Rev. Red Cross 46, 59 (2003). See also R. W. Gehring, *Loss of Civilian Protections under the Fourth Geneva Convention and Protocol I*, 19 RDPMDG 9 (1980).

⁹⁵ International Committee of the Red Cross, *Commentary: IV Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* 51 (Jean Pictet ed., 1958).「敵の手にあるすべての者は国際法の下での何らかの地位を有しなければならない。すなわち、第三条約によってカバーされる者としての捕虜と第四条約によってカバーされる文民、あるいは第一條約によってカバーされる軍隊の医療要員のいずれかである。中間的な地位は存在しない。敵の手にあるすべての者は法の外には存在し得ないのである。」

⁹⁶ 真山もまた、問題点を指摘するにとどまるものの、不法戦闘員につき本稿と同様の問題意識を共有しているものと思われる。「合法的戦闘員でなければ一切の合法的敵対行為をなしえないかの問題はある。確かに、いずれの条約も文民の敵対行為参加を明文で違法とはしていない。第1追加議定書51条3項も条文上は敵対行為に直接参加する文民は保護されないということとどまる。行為は禁止されないが処罰対象となるとみると、敵対行為参加文民は、間諜のようなunprivileged combatantに類似したものとされることになる。また、行為が禁止され処罰対象にもなるとみれば、敵対行為参加文民はジュネーヴ第4条約適用対象たる illegal/unlawful combatant と称すべきものとなる。」真山全「現代における武力紛争法の諸問題」『前掲書(注67)』23頁注31。

⁹⁷ See, e.g., UK Ministry of Defence, *The Manual of the Law of Armed Conflict* 21 (2004).

⁹⁸ *Id.* at 21-22.

⁹⁹ See, e.g., Silja Vöneky, *Der Lieber's Code und die Wurzeln des modernen Kriegsvölkerrechts*, 62 ZaöRV 423 (2002); Burrus M. Carnahan, *Lincoln, Lieber and the Laws of War: The Origins and Limits of the Principle of Military Necessity*, 92 Am. J. Int'l L. 213 (1998).

¹⁰⁰ UK Ministry of Defense, *supra* note 97, at 23.

¹⁰¹ この区分原則が確立したとされる十八世紀後半以降の戦争法や戦争法学にRousseauの『社会契約論(La Contrat Social)』—戦争は国家間の関係にして国家と個人又は個人相互間の関係に非ず—が多大なる影響を与えたことはしばしば指摘されることである。See, e.g., Gardam, *supra* note 87, at 10-27. しかし、これに対して田岡は、十八世紀以前の中世・近世においても同原則は確立していたと主張し、Rousseauの言説をもって非戦闘員の地位を論ずる国際法学説を「現行法の正しき理解を妨げ、且つ此の説に従ふ時、非戦闘員に関する十七世紀以前の法規と現行法規との主義の共通性是否認せられるに至り、先入主たる偏見を以て戦争法の歴史の研究に臨む弊害を生ずる」と批判する。田岡良一「非戦闘員の戦争法上の地位」『戦争法の基本問題』(1944年)3-51頁。

¹⁰² See Michael A. Meyer & Hilaire McCoubrey, *Prefatory Note*, in *Reflections on Law and Armed Conflicts: The Selected Works on the Laws of War by the Late Professor Colonel G.I.A.D. Draper, OBE* [Selected Works by Draper] 194 (Michael A. Meyer & Hilaire McCoubrey eds., 1998)

¹⁰³ Dinstein, *supra* note 7, at 31.

¹⁰⁴ See, e.g., Allan Rosas, *The Legal Status of Prisoners of War: A Study in International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts* 82 (1976).

¹⁰⁵ Oeter, *supra* note 86, at 138.

¹⁰⁶ Ipsen の言葉を借りれば、捕虜とは、戦闘員という一次的な地位 (primären Status) より導かれる二次的な地位 (sekundären Status) であり、したがって戦闘員資格の条件を満たす者の特権である。Ipsen, *supra* note 60, at 56. ただし、厳密に言えば、戦闘員資格は捕虜資格と必ずしも同義ではない。ジュネーヴ第三条約第4条が規定するように、戦闘員でなくとも、例えば、認可を受けた従軍者にも捕虜資格が認められるからである。また、抑留国の好意によって、捕虜資格の有無にかかわらず捕虜の地位が認められる場合もある。Brigadier M. H. F. Clarke, Lt. Colonel T. Glynn & Lt. Colonel A. P. V. Rogers, *Combatant and Prisoner of War Status*, in *Armed Conflict and the New Law* 107, 109 (Michael A Meyer ed., 1989).

¹⁰⁷ J.M. Spaight, *War Rights on Land* 37 (1911).

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ Draper, *supra* note 72, at 191 n.2.

¹¹⁰ Dinstein, *supra* note 7, at 29.

¹¹¹ Detter, *supra* note 46, at 135.

¹¹² Gasser, *supra* note 93, at 169 (傍点筆者).

¹¹³ See generally Hans-Peter Furrer, *Perfidie in der Geschichte und im heutigen Kriegsvölkerrecht* (1988); Dieter Fleck, *Ruses of War and Prohibition of Perfidy*, 13 RDPMDG 269 (1974); 田中誠「背信行為禁止規範の形成と展開」『前掲書 (注67)』。

¹¹⁴ Knut Ipsen, *Perfidy*, in 3 EPIL 978 (1997).

¹¹⁵ UK Ministry of Defence, *supra* note 97, at 60.

¹¹⁶ See Michael Gimmerthal, *Kriegslist und Perfidieverbot im Zusatzprotokoll vom 10. Juni 1977 zu den vier Genfer Rotkreuz-Abkommen von 1949*, 117-118 (1990).

¹¹⁷ 「ある者は当該〔文民〕条約が同条約の言及するすべての者に例外なく適用されるもの[・]と考える一方、戦争法に反する罪を犯した者が同条約の利益に対する資格を有しないことは明白であるようだと考える者もいた。しかしながら、これらの相異なる見解は〔準備交渉の間は〕表明されることなく、〔ジュネーヴ会議に提出する草案を起草するために開かれた〕ストックホルム会議後まで問題は生じなかった。その時点で問題が生じたのは、同会議が、正規戦闘部隊 (regular combatant forces) の一員でないにもかかわらず敵対行為を行った者で保護される者の定義を採択したからである」International Committee of the Red Cross, *supra* note 95, at 52 (傍点筆者)。

¹¹⁸ 2 Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949 [Final Record], A, 621 *et seq.* (1949).

¹¹⁹ 2 Final Record, A, 621.

¹²⁰ 2 Final Record, B, 271.

¹²¹ *Id.*

¹²² 2 Final Record, A, 433.

¹²³ *Id.*

¹²⁴ 2 Final Record, B, 377, 384 (賛成25、反対9、棄権6)。

¹²⁵ *Id.* at 380.

¹²⁶ See also Callen, *supra* note 32, at 1028-29.

¹²⁷ See Castrén, *supra* note 74, at 155.

¹²⁸ Callen, *supra* note 32, at 1060.

¹²⁹ 「戦闘員と非戦闘員との区別を曖昧にすることは、人道法のルールを真剣に実施する機会を極度に侵害する。この区別を曖昧にするいかなる傾向も国際共同体により厳格に処罰されなければならない。さもなければ、区別の概念に基づく全体のシステムが崩壊することとなる」Gasser, *supra* note 93, at 201.

¹³⁰ G.I.A.D. Draper, *The Legal Classification of Belligerent Individuals*, in *Selected Works by Draper* 196, 202.

¹³¹ Hugo Slim, *Why Protect Civilians? Innocence, Immunity and Enmity in War*, 79 Int'l Aff. 481, 482 (2003).

¹³² 「我々は、戦闘を幫助するかあるいは戦闘に参加する文民は戦争法の下での戦時犯罪人として処罰されるというルールが確立しているもの[・]と考える。」In *re List and Others* (Hostages Trial), Case No. 215 (1948), in *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases* 1948, 632, 640 (Hersch Lauterpacht ed., 1953) (傍点筆者); 「世界中の合意と実行により、戦争法は、交戦国の軍隊と無辜の住民との間を、そして合法

戦闘員である者と不法戦闘員である者との間を区別している。合法戦闘員は、敵対する軍隊により捕捉され、捕虜として抑留される。不法戦闘員も同様に捕捉され抑留されるのだが、さらに彼らは自らの交戦行動を不法なものとする行為について軍事裁判所により裁かれ処罰されるのである。」*Ex parte Quirin et al.*, 317 U.S. 1, 30-31 (1942).

¹³³ こうした Draper の主張は、彼自身が、「現実主義」を重視し、「国際人道法」として戦争法が再構築されることに対して「懐疑的で批判的な論者」であったことを反映しているのかもしれない。See Michael Bothe, *Books and Reviews: Reflections on Law and Armed Conflicts: The Selected Works on the Laws of War by the Late Professor Colonel G.I.A.D. Draper, OBE*, 834 Int'l Rev. Red Cross 427 (1999).

¹³⁴ Friedlander, *supra* note 67, at 846.

¹³⁵ 戦時犯罪は、戦闘員資格を有しない文民である不法戦闘員の敵対行為に加えて、間諜や戦時反逆などがこれに含まれるものとされた。藤田『前掲書（注44）』196-197頁；立『前掲書（注65）』41-49頁を見よ。

¹³⁶ Hersch Lauterpacht, *The Law of Nations and the Punishment of War Crimes*, in 5 International Law, Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht, Q.C., L.L.D., F.B.A.: Disputes, War and Neutrality, Parts IX-XIV 491, 495 (Sir Elihu Lauterpacht ed., 2004).

¹³⁷ See, e.g., Paul Pic, *Violation systématique des lois de la guerre par les Austro-Allemands. Les sanctions nécessaires*, 23 RGDIP 243 (1916) ; A. Mérignhac, *De la sanction des infractions au droit des gens commises, au cours de la guerre européenne, par les empires du centre*, 24 RGDIP 5 (1917) ; Louis Renault, *De l'application du droit pénal aux faits de guerre*, 25 RGDIP 5 (1918) ; 2 James W. Garner, *International Law and the World War* 472-480 (1920) ; *Punishment of Offenders Against Laws of War*, 14 Am. J. Int'l L. 70 (1920) ; 横田『前掲書（注71）』14頁。これに対して Cowles は、戦争法違反の戦時犯罪人が普遍主義に基づく国家管轄権行使の対象であると主張する。Willard B. Cowles, *Universality of Jurisdiction over War Crimes*, 33 Cal. L. Rev. 177, 181 (1945). Baxter は、この Cowles の主張を実行に裏づけられたものではないとするが、将来の戦争法の発展如何によっては戦争犯罪に対する普遍的管轄権の確立もありうると述べていた。Baxter, *supra* note 54, at 390-393.

¹³⁸ See, e.g., *In re Bommer et al.* (1947), in 9 Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission [Law Reports] 62 (1949) ; *In re Baus* (1947), in *id.* at 68 ; *In re Szabados* (1946), in *id.* at 59 ; *In re Holstein et al.* (1947), in 8 Law Reports 22 (1949) ; *In re Wagner et al.* (1946), in *id.* at 23 (1948) ; *In re Lex* (1946), in 7 Law Reports 74 (1948). See also R. Malézieux, *Le statut international des criminels de guerre*, 49 RGDIP 167 (1941-5) ; B. V. A. Röling, *The Law of War and the National Jurisdiction Since 1945*, 100 Recueil des Cours 322, 335-354 (1960).

¹³⁹ Richard R. Baxter, *The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction over War Crimes*, 28 Brit. Y.B. Int'l L. 382, 383 (1952).

¹⁴⁰ Royal Warrant: Regulations for the Trial of War Criminals 1945, 0160/2498 A.O. 81/1945 (Jun. 1945) ; 1 Law Reports 105 (1947).

¹⁴¹ See, e.g., *In re Schonfeld et al.* (1946), 11 Law Reports 64 (1949) ; *In re Killinger et al.* (1945), in 8 Law Reports 67 (1948).

¹⁴² See, e.g., *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942) ; *In re Yamashita*, 327 U.S. 1 (1946) ; *United States v. Eisentrager et al.* (1947), 14 Law Reports 8 (1949) ; *United States v. Sawada et al.* (1946), in 5 Law Reports 1 (1948).

¹⁴³ Military Order, *supra* note 1. See also U.S. Dep't of the Army, *The Law of Land Warfare*, § § 499, 505.

¹⁴⁴ War Crimes Act 1991, c.13 (May 9, 1991).

¹⁴⁵ Crimes Against Humanity and War Crimes Act, 2000, c.24 (Jun. 29, 2000).

¹⁴⁶ An Act to Provide for the Trial and Punishment of War Criminals (War Crimes Act 1945), No. 48, 1945 (Nov. 10, 1945).

¹⁴⁷ Lauterpacht, *supra* note 136, at 498.

¹⁴⁸ Barberis, *supra* note 78, at 210 (傍点筆者).

¹⁴⁹ See generally Kai-Michael König, *Die völkerrechtliche Legitimation der Strafgewalt internationaler*

Strafjustiz 52-148 (2003) ; Antonio Cassese, *International Criminal Law* 327-347 (2003) ; 藤田久一『戦争犯罪とは何か』(1995年)。

¹⁵⁰ See Report of the Commission on the Responsibility of the Authors of War and on Enforcement of Penalties (Mar. 1919), *reprinted in* 14 Am. J. Int'l L. 95 (1920).

¹⁵¹ ベルサイユ条約第227条の抱える問題については、大沼保昭『戦争責任論序説—「平和に対する罪」の形成過程におけるイデオロギー性と拘束性—』(1975年) 37-69頁を見よ。

¹⁵² 藤田久一「国際刑事裁判所構想の展開—ICC 規程の位置づけ」『国際法外交雑誌』第98巻第5号(1999) 35-37頁。

¹⁵³ See The United Nations War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War* (1948).

¹⁵⁴ See, e.g., König, *supra* note 149, at 87-110; B.V.A. Röling and Antonio Cassese, *The Tokyo Trial and Beyond* (1993).

¹⁵⁵ See 2 *The Law of War: A Documentary History* 913-1026, 1029-1183 (Leon Friedman ed., 1972).

¹⁵⁶ Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, *reprinted in* *The Laws of Armed Conflicts* 923-924 (Dietrich Schindler & Jiri Toman eds., 3rd rev. ed. 1988).

¹⁵⁷ See Report of the International Law Commission on the Question of International Criminal Jurisdiction, UNGAOR, 5th Sess., UN Doc. A/CN.4/15 (1950) ; Report of the Committee on International Criminal Jurisdiction, UNGAOR, 7th Sess., Supp. (No. 12), UN Doc. A/26645 (1954).

¹⁵⁸ See SC Res. 827 (May 25, 1993) ; SC Res. 955 (Nov. 8, 1994).

¹⁵⁹ ローマ会議での審議については、小和田恒「国際刑事裁判所設立の意義と問題点」『国際法外交雑誌』第98巻第5号(1999年)を見よ。

¹⁶⁰ See, e.g., Cassese, *supra* note 149, at 47-109; 真山全「国際刑事裁判所の対象犯罪」『ジュリスト』1146号(1998年)。

¹⁶¹ See *Prosecutor v. Tadić*, No. IT-94-1-AR72 (Oct. 2, 1995), para. 94.

¹⁶² 真山全「国際刑事裁判所規程と戦争犯罪」『国際法外交雑誌』第98巻第5号(1999年) 104-106頁。

¹⁶³ See, e.g., Cassese, *supra* note 149, at 50-53.

¹⁶⁴ See also Benedict Kingsbury, *Legal Positivism as Normative Politics: International Society, Balance of Power, and Lassa Oppenheim's Positive International Law*, 13 Eur. J. Int'l L. 401 (2002).

¹⁶⁵ 他方、通説的見解の代表者として頻繁に援用される Baxter の非特権の交戦主体論は、愛国心のために武装する一般市民を国際犯罪人とみなすことが、国際社会の支持の下にある民族解放闘争を中心とした「現代の戦争の現実にとれほど一致しているか」(Baxter, *supra* note 54, at 334.) を問題としていた。Baxter は、彼らの行為が、少なくとも国際社会によって非難されてはいないという「肯定的 (positive) な意味において、実質的な国際的関心ではない」(Baxter, *supra* note 139, at 389.) ことを強調し、不法戦闘員を国際社会によって非難される国際犯罪人とみなすのは「極めて非現実的である」と批判した。彼が不法戦闘員による敵対行動の違法性を、国際法の平面からではなく国内法の平面から評価するよう再構成した背景には、「非特権の交戦主体」概念に込められた以上のような彼独特の不法戦闘員観があったものと思われる。

¹⁶⁶ George Manner, *The Legal Nature and Punishment of Criminal Acts of Violence Contrary to the Laws of War*, 37 Am. J. Int'l L. 407 (1943).

¹⁶⁷ See Dinstei, *supra* note 7, at 228.

¹⁶⁸ 大沼『前掲書(注151)』347-348頁を見よ。

¹⁶⁹ たとえば、旧ユーゴ国際刑事裁判所 (ICTY) は、Delalić 事件において「(我々は) いかなる状況の現実にも常に目を向け、極悪な行為について最大の責任を有する個人を覆い隠すような形式主義のバールを打ち破る心構えを有していなければならない」(Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić and Landžo, No. IT-96-21-T Nov. 16, (1998), para. 377.) という決意の下、「権限を有する地位にある個人は、文民であろうと軍事組織に属する者であろうと、上司 (superior) という事実上の (de facto) 地位と法上の (de jure) の地位に基づく命令責任原則の下で責任を負う。したがって、部下の行動をコントロールする単なる形式的な法的権限が欠如しているからといって、当該責任追及が妨げられるものとみなされるべきではない」(Id., para. 354) と判示した。同裁判所は、Aleksovski 事件においても「文民の上司であるか軍人の上司であるかは問題ではない」(Prosecutor v.

Aleksovski, No. IT-95-14/1-A (Mar. 24, 2000), para.76.) と判示している。また、ルワンダ国際刑事裁判所 (ICTR) も、Akayesu 事件においては「第6条第3項に定められた個人の刑事責任原則を文民に適用することは、いまだ議論の分かれるところであると考える」(*Prosecutor v. Akayesu*, No. ICTR-96-4-T (Sep. 2, 1998), para. 491) と慎重な姿勢を示して個々の事例による検討を主張したが、Kayishema および Ruzindana 事件においては一転して「文民に対して必要な刑事責任原則の適用について争いはない」(*Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, No. ICTR-95-1; ICTR-96-10 (May 21, 1999), para. 213.) と判示している。See also Lindsay Moir, *The Law of Internal Armed Conflict* 180-183 (2002).

¹⁷⁰ See, e.g., *Prosecutor v. Tadić*, No. IT-94-1-T (July 14, 1997), para. 573; *Prosecutor v. Akayesu*, No. ICTR-96-4-T (Sep. 2, 1998), paras. 630-4, 638-44.

¹⁷¹ See also E. van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law* (2003).

¹⁷² See René Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law* 78-117 (2002).

¹⁷³ See Lauterpacht, *supra* note 136, at 491-492.

¹⁷⁴ See Theodor Meron, *War Crimes Law Comes of Age* 296-309 (1998).

¹⁷⁵ 事実、タリバーンやアル・カーイダの兵士たちの処罰については、彼らを国際裁判所で裁くか国内裁判所で裁くか、さらに国内裁判所の場合であっても、通常裁判所で裁くか軍事裁判所で裁くかをめぐってアメリカ国内で政策論争が生じた。この点に関し、国際裁判所による処罰については、たとえば Slaughter がこれを自国の国益に適うものとして主張していたが (Anne-Marie Slaughter, *Al Qaeda Should Be Tried Before the World*, N.Y. Times, Nov. 17, 2001, at A23.)、アメリカが国際刑事裁判所規程を批准していないことはもちろんのこと、多くの自国民犠牲者を出したアメリカ自身の手を離れ、安保理決議や条約に基づく臨時国際裁判所に彼らを引き渡して裁くことにアメリカ自身が消極的であった等の理由により、国際裁判所による処罰の実現は実際上困難であるとの立場が国内では根強かった。この背景には、たとえば Anderson によれば、被害者たるアメリカ市民の感情を緩和する公平な裁判とは、自国民の民意を反映した「民主的正統性」を有する国内裁判所を通じてはじめて実現されるのであり、普遍的な公正中立を掲げて様々な思想や文化を背景とした多国籍の判事で構成される国際裁判所ではかえってアメリカの正義が期待できないという保守層の懸念がある。また、国内裁判所よりも国際裁判所の方が、はるかに裁判の運営費用がかかるという問題もある。Kenneth Anderson, *What to do with Bin Laden and Al Qaeda Terrorists?: A Qualified Defense of Military Commissions and United States Policy on Detainees at Guantanamo Bay Naval Base*, 25 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 591 (2002). これに対して、Slaughter は、ムスリムの判事を含む多国籍の判事で構成されるような国際裁判ではアメリカの民主的正義が実現できないとする主張を、根拠を欠いた推論にすぎないとした上で (さらに自身の説もそうであると自覚した上で)、アメリカが「テロとの戦争」を国際社会全体での取り組みと位置づけて主導していこうとする以上、国際裁判所の下でタリバーンやアル・カーイダの兵士たちを国際犯罪人として処罰するのがアメリカの政策に最も適した選択であることを強調した。Slaughter は、国際法上個人が国際犯罪人として刑事責任を有するという普遍的な法構造をもたらした今日の国際社会における「個人の尊厳と世界秩序」の成熟を重視しているものと思われる。Anne-Marie Slaughter, *Beware the Trumpets of War: A Response to Kenneth Anderson*, 25 Harv. J.L. & Pub. Pol'y 965 (2002).

他方、国内裁判所での処罰について、アメリカでは、軍事裁判所のみならず連邦および州の通常裁判所もまた、不法戦闘員の処罰に対する管轄権を有している。しかしながら、テロリストを処罰するために通常裁判所を利用する際には、判事、検察官、弁護士、そして陪審員を含む関係者の身の危険性、ならびに審理の過程において国家機密に関係する情報がテロリスト側に漏れて将来のテロ活動を促してしまう危険性 (これは国際裁判所や他国の国内裁判所による処罰の場合にも当てはまる) が重大な問題として生じる。アメリカ政府はこうした事情に鑑みて、以上の問題を克服しうる司法制度を有した軍事諮問委員会をアル・カーイダおよびタリバーンの兵士たちを処罰するために最適なフォーラムと判断した。See, e.g., American Bar Association, *American Bar Association Task Force on Terrorism and the Law Report and Recommendations on Military Commissions* 14 (Jan. 4, 2002), at <<http://www.abanet.org/leadership/military.pdf>>.

もっとも、軍事諮問委員会においては、自国の軍事的安全を理由に、通常の裁判に比べて法の適正手続 (due process of law) が制限されることから、同委員会の判決が公正を欠くのではないかという問題も他方において存在する。この点につきたとえば Koh によれば、こうした公正を欠く軍事諮問委員会でテロリストたちを裁けば、それはアメリカの法の支配そしてそれを支える司法制度に対する自国民の信頼を損なうばかりか、世界各国が納

得できる正義すら示すことができなくなるという。それゆえ、彼は、全世界の関心であるテロリズムとの戦いをアメリカが主導権を握って展開していくためには軍事諮問委員会を用いるべきではないとして自国の通常裁判所での処罰を主張した。Harold Hongju Koh, *The Case against Military Commissions*, 96 Am. J. Int'l L. 337 (2002) ; *We Have the Right Courts for Bin Laden*, N.Y. Times, Nov.23, 2001, at A39. See also Michael J. Matheson, *U.S. Military Commissions: One of Several Options*, 96 Am. J. Int'l L. 354 (2002).

¹⁷⁶ Roberts, *supra* note 12, at 742.

¹⁷⁷ White House, *supra* note 19.

¹⁷⁸ See White House Fact Sheet: Status of Detainees at Guantanamo (Feb. 7, 2002), at <<http://www.whitehouse.gov/news/releases/20020207-13.html>>.

¹⁷⁹ *Id.*

¹⁸⁰ See, e.g., *U.S. Abuse of Iraqi Detainees at Abu Ghraib Prison*, 98 Am. J. Int'l L. 591 (2004).

¹⁸¹ See, e.g., Neil A. Lewis, *Broad Use of Harsh Tactics Is Described at Cuba Base*, N.Y. Times, Oct. 17, 2004, at A1. また、こうした事態をある意味容認した政府法律家たちの言動を問題とするものとして、Richard B. Bilder & Detlev F. Vagts, *Speaking Law to Power: Lawyers and Torture*, 98 Am. J. Int'l L. 689 (2004).

¹⁸² アブグレイブ事件における国際法上の問題については、see, e.g., Leila Nadya Sadat, *International Legal Issues Surrounding the Mistreatment of Iraqi Detainees by American Forces*, ASIL Insights (May 2004), at <<http://www.asil.org/insights/insigh134.htm>>.

¹⁸³ もっとも、アル・カーイダがタリバーンの指揮下になれば、アル・カーイダ兵士に対しても捕虜の特権が認められる可能性はある。しかし、こうした考えは一般的に支持されておらず、両者は互いに独立した存在とみなされている。Cf. Carsten Stahn, *International Law at Crossroads?*, 62 ZaöRV 183, 203-204 (2002).

¹⁸⁴ Katharine Q. Seelye, *Detainees Are Not POWs, Cheney and Rumsfeld Declare*, N.Y. Times, Jan. 28, 2002.

¹⁸⁵ なお、この内のイギリス人二名は、後にアメリカ政府により釈放された。

¹⁸⁶ *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 1, 3 (2004). 彼らは、自分たちがアメリカに敵対する戦闘員でもなければいかなるテロ行為にも関わっていないと主張し、罪状を知る権利、弁護士に接見する権利、家族と面会する権利、公正な裁判所にアクセスする権利等を主張し、自己の身柄の解放を求めた。

¹⁸⁷ *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (2004).

¹⁸⁸ *Rasul v. Bush*, 215 F. Supp. 2d 55, 68 (DC 2002).

¹⁸⁹ *Rasul v. Bush*, 321 F.3d 1134, 1144 (CADC 2003).

¹⁹⁰ *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 1, 12 (2004).

¹⁹¹ *Id.* at 12-13.

¹⁹² *Id.* at 17.

¹⁹³ Deputy Secretary of Defense, Memorandum for the Secretary of the Navy: Order Establishing Combatant Status Review Tribunal (July 7, 2004), at <<http://www.defenselink.mil/news/Jul2004/d20040707review.pdf>>.

¹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁵ *Id.*

¹⁹⁶ しかしながら、他方において、嫌疑不十分として釈放された者が再びアメリカに対するテロ活動に復帰しているという事実がアメリカ当局により確認されており、当該問題は困難極まる様相を呈しているともいえる。See Kathleen T. Rhem, *Officials Try to 'Strike Right Balance' in Releasing Terror War Detainees* (Dec. 20, 2004), at <http://www.defenselink.mil/news/Dec2004/n12202004_2004122010.html>.

¹⁹⁷ Frits Kalshoven, *'Enemy Combatants' in American Hands: Are There Limits to the President's Discretion?*, in *Making the Voice of Humanity Heard: Essays on humanitarian assistance and international humanitarian law in honour of HRH Princess Margriet of the Netherlands* 271 (Liesbeth Lijnzaad, Johanna van Sambeek and Bahia Tahzib-Lie eds., 2004).

[付記] 本稿脱稿後に、Judith Wiczorek, *Unrechtmäßige Kombattanten und humanitäres Völkerrecht* (2005); 森川幸一『「対テロ戦争」への国際人道法の適用』『ジュリスト』No.1299 (2005年)に接した。