

# 非国際的武力紛争における抑留に関する一考察

藤井京子

はじめに

1. 抑留を規律する現行法の状況
  - 1.1 武力紛争の分類と適用法
  - 1.2 非国際的武力紛争の類型
  - 1.3 非国際的武力紛争における抑留を規律する法規則
2. いかなる者が抑留されるのか
  - 2.1 捕虜条約と文民条約の検討
  - 2.2 国際人権法・国内法の適用可能性
3. 被抑留者の再審査手続
  - 3.1 捕虜条約と文民条約の検討
  - 3.2 国際人権法の検討

おわりに

## はじめに

国際的または非国際な武力紛争において抑留は、通常の戦闘手段であって広く行われている。今日の紛争における被抑留者は多数に上り、その抑留期間が長期化するなど被抑留者の待遇が非人道的であると批判され、抑留をめぐる問題が関心を集めている。

例えば、コソボ紛争において1999年6月以降、国連安全保障理事会によって授権された多国籍部隊は、安全な環境を樹立する手段の一つとして抑留を行い、最初の1年間で1,800人を、2年目にはさらに810人を抑留した<sup>1</sup>。また9.11テロ以降、アメリカは‘テロとの戦い’を開始し、その一環として‘抑留作戦 (detention operation)’が実施された。アメリカは、アフガニスタンにおいて数千人を抑留し、イラクでは2003年3月の武力紛争開始以降、抑留が行われたが、最も混乱した2006年にはアメリカの管理下での被抑留者数は少なくとも27,870人<sup>2</sup>に上った。

特にアメリカがテロとの戦いにおいて採用した抑留政策に関して、諸外国政府、NGO、国際組織、研究者、メディアなどが、国際義務に違反する側面を有しているという懸念を表明し

---

<sup>1</sup> これはBondsteel駐屯地における抑留所における被抑留者の延べ人数であり、最初の2年間で被抑留者の人口が最も多かったのは約120人である。Center for Law and Military Operations (CLAMO), *Law and Military Operations in Kosovo: 1999-2001 Lessons Learned for Judge Advocates*, Charlottesville, VA, 2001, p. 107.

<sup>2</sup> この数は赤十字国際委員会 (ICRC) がモニターした人数である。同様にICRCによれば、アフガニスタンでは2011年12月時点で約3,000人がカブル北部の米国軍基地内の抑留所に収容されている。一方、キューバにある米国軍基地グアタナモの収容者は約700人と言われたが、2011年12月時点で171人となっている。International Committee of the Red Cross, 'Persons detained by the US in relation to armed conflict and the fight against terrorism – the role of the ICRC', 09-01-2012. (<http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/united-states-detention.htm>)

てきた。また、被抑留者が抑留の合法性をめぐる提訴する事件が起きている<sup>3</sup>。

これは、紛争においてどのような場合にどのような個人を抑留することができるのか、また、抑留された者の保護に関連する法規則が必ずしも明確ではないことがその理由の1つであると考えられる。例えば、2011年に赤十字国際委員会（International Committee of the Red Cross、以下ICRCと省略する）が作成した報告書によれば、国際人道法はほとんどの問題について武力紛争当事者の行為を規律する適切な法枠組を提供しているが、全ての側面で完璧ということではなく、強化されねばならないとし、その一分野として非国際武力紛争における「被抑留者（自由を奪われた者）の保護」があげられている<sup>4</sup>。その背景には、例えばテログループのような非国家アクターが紛争に関与し、それによって文民と戦闘員の区別が曖昧にされたことがある。国際人道法では、原則として敵対行為をとる戦闘員と敵対行為に従事しない文民という、その地位に基づいて保護が提供される。抑留についても、戦闘員であるか文民であるかという地位に応じて保護されるが、例えばアル・カーイダ構成員は文民を装って敵対行為に従事することがある。こうした新しい事態に対して国家は、従来の国際人道法に基づくだけでは十分に対応できないと主張している<sup>5</sup>。

一方、抑留を規律する法規則は国際人道法並びに国際人権法、関係国の国内法など現行法によって十分に提供されており、抑留に関する問題は適用法の不明確性ではなく、法が遵守されていないことであるという意見<sup>6</sup>も表明されている。

<sup>3</sup> 例えば、多国籍部隊による抑留に関しては、欧州人権裁判所に提訴されたサラマティ事件、イギリスの国内裁判所に提訴されたアル・ジェッタ事件がある。

The European Court of Human Rights, 'Grand Chamber decision as to the Admissibility of Application no. 71412/01 by Agim BEHRAMI and Bekir BEHRAMI against France and Application no. 78166/01 by Ruzhdi SARAMATI against France, Germany and Norway', 2 May 2007; Opinions of House of Lords of Appeal, R (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent), [2007] UKHL 58 (12 December 2007)

アメリカではRasul事件、Hamdi事件、Boumediene事件をはじめ被抑留者が提訴した事件が多数ある。アメリカでの抑留に関する裁判については、本稿3節を参照のこと。

<sup>4</sup> ICRCは、その第31回国際会議のために2つの報告書を作成した。その1つが「武力紛争犠牲者に対する法的保護の強化」と題されている。同報告書は、武力紛争における人道問題に人道法が適切に対応しているか否か又その範囲・程度を検討する2008年に開始されたプロセスを要約するものである。

同報告書では、現行人道法によって十分に取組まれていないため、強化されるべき人道法の4分野として、①被抑留者の保護、②国内避難民の保護、③武力紛争における環境保護、④人道法の遵守メカニズムが挙げられ、検討されている。

The International Committee of the Red Cross, 'Strengthening legal protection for victims of armed conflicts', EN311C/11/5.1.1 (Report for 31st INTERNATIONAL CONFERENCE OF THE RED CROSS AND RED CRESCENT, Geneva, Switzerland, 28 November –1 December 2011) EN311C/11/5.1.1

<sup>5</sup> その一例として2006年にイギリスの国防長官John Reidが、「21世紀の紛争を20世紀の規則で戦い続けるリスク」を理由に、ジュネーブ諸条約の修正を要請し、論議を巻き起こしたことがある。またイギリス下院外務委員会も類似した立場を表明した。

<sup>6</sup> 例えば2007年によりイギリス政府が表明した見解。ジュネーブ諸条約が今日の問題に適合するよう修正されるべきであるというイギリス下院外務委員会による勧告に対して「より良い解決方法は現行の国際人道法のより実効的な適用にあると政府は考えている」と答えた。

また欧州連合のGijs de Vries対テロリズム局長chiefは欧州諸国閣僚の意見として「法を曲げるのではなく、法の尊重がテロとの戦いにおける信頼と実効性にとって決定的に重要である」と述べた。Bernard, Ariane, 'European Faults U. S. Official for Remarks on General Rules', New York Times, Sept. 23, 2006; Bellinger III,

他方で、抑留に関する国際法が不明確であるか又は、存在していないため、その状況が濫用されてきたという指摘もある。例えばアメリカのブッシュ政権は、タリバン並びにアル・カーイダとの紛争において、抑留をめぐる国際法の空白状況を自国に有利に利用し拡大解釈することによって、被抑留者に対する重要な保護の適用を回避したと批判された<sup>7</sup>。

そこで本稿は、まず、抑留をめぐる法的問題の現状を紹介し、次に、特に法的な不明確さが大きい非国際的武力紛争における抑留を規律する法規則に焦点を当てる。ここではアメリカのテロとの戦いにおいてとられた抑留政策の例を挙げ、抑留に関する法的問題の中でも特に次の2点を検討したい。それは紛争当事国がいかなる場合にどのような者を抑留することができるのかという問題、並びに、抑留された者（被抑留者）に提供される審査手続に関する問題である。後者は、抑留された後に、その抑留を継続することが妥当であるか否かを審理するために行われる審査である。

これらを検討することによって、現行の法規則においていかなる点が不十分であるか又は不適切であるかを明確にしたい。

## 1. 抑留を規律する現行法の状況

上記のICRCの報告書「武力紛争犠牲者に対する法的保護の強化」では、武力紛争において自由を奪われた者（被抑留者）に関して簡潔に問題点が指摘されている。まず、この報告書からその概要を紹介したい。

被抑留者について一般的に、以下のような人道上の懸念が存在している。

- ・ 食糧、水、被服が十分でないこと。
- ・ 医療にアクセスすることが困難であること。
- ・ 収容施設、特に衛生設備が不適切であること。
- ・ 家族や親戚を含む外界との接触を認められない傾向にあること。一定の接触が根拠無く制限されている。
- ・ 被収容者の登録を怠ること。
- ・ 犯罪被疑者とそれ以外の被収容者、例えば成年者と児童を分離して収容していないこと。
- ・ 被収容者の宗教活動を認めないこと。
- ・ 抑留施設が過密であること。
- ・ 一時的な収容所から別の収容所へ定期的に移送が繰返され、収容条件が悪化していること<sup>8</sup>。

こうした問題によって被抑留者の生命・健康・尊厳が十分に保護されていない。その原因は一

---

Johan B. and Padmanabhan, Vijan M., 'Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law', *American Journal of International Law*, Vol. 105, No. 2, April 2011, pp. 203-204.

<sup>7</sup> 例えばCorn, Geoffrey S. は、ブッシュ政権が国際法の空白を巧みに操作することで国際法を濫用したと非難している。'Hamdan, Lebanon, and the Regulation of Hostilities: The Need to Recognize a Hybrid Category of Armed Conflict' *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 40, 2007, pp. 295-323 ; Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p209.

<sup>8</sup> ICRC, 'Strengthening legal protection for victims of armed conflicts', op. cit., p. 7.

つには、物理的なもので、抑留当局が被抑留者に提供するインフラ及び資源が欠如していることである。

他方で、法プロセスが不十分であるため、抑留が不必要に引き延ばされ解放が妨害されている。この抑留の再審査制度の問題など被抑留者保護に関する問題のもう1つの原因は、非国際的武力紛争における被收容者を保護する法規則が十分ではないことである<sup>9</sup>。

ICRCの報告書によれば、国際的武力紛争における被抑留者については1949年の捕虜の待遇に関する条約と文民の保護に関する条約によって詳細な保護規則が提供されているが、非国際的武力紛争については現行の人道法によって十分に取組まれていない<sup>10</sup>。

非国際的武力紛争に関する法規則が不十分であるときには、国際的武力紛争に適用される法を準用すべきであるという主張がある。また今日の紛争は、国際的な紛争と非国際的な紛争との間の区別が曖昧にされたため、武力紛争を国際的か非国際的かに分ける二分法が新しい状況を扱うのに十分か否か、また新しい分類が必要とされるのか、論議されている<sup>11</sup>。

こうした非国際的武力紛争における法的問題に入る前に、この紛争の性格、並びに適用される法を確認するために、武力紛争の分類について整理したい。

## 1.1 武力紛争の分類と適用法

まず国際的武力紛争について。国際的武力紛争に適用される法は、原則として国際人道法であるが、特別法の補完原則によって、国際人権法が適用される可能性も排除されない<sup>12</sup>。国際人道法とは主として1949年のジュネーブ諸条約、1977年の第一追加議定書、慣習国際法である。

国際人道法では、国際的武力紛争は原則として国家間において行われるが、要件を充足すれば国家と民族解放運動との間<sup>13</sup>においても行なわれうる。また、ジュネーブ諸条約の共通第2条によれば、宣言された戦争又はその他の武力紛争の場合に、当事国の一つが戦争状態を承認しない場合であっても国際的武力紛争と看做される。

<sup>9</sup> Ibid.

<sup>10</sup> 非国際的武力紛争を規律するジュネーブ諸条約共通第3条では、一般的に被抑留者が人道的に待遇されるべきであるとしているが、女性、児童、老人、身体障害者など特に保護を必要とする者に対する規定を有していない。

第二追加議定書5条では、自由を奪われた者（被抑留者）に対して1項において一般的な保護が規定され、2項では特定の保護が規定されている。ICRCは、この第5条2項において女性と男性を分離して收容するなどの規定が「可能な範囲で」とされている点が法的な不十分であり、補足されるべきであると主張している。  
Ibid.

<sup>11</sup> ICRC, 'International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts', 31IC/11/5.1.2 (Report for 31st INTERNATIONAL CONFERENCE OF THE RED CROSS AND RED CRESCENT, Geneva, Switzerland, November–1 December 2011), p. 8

<sup>12</sup> これは人権法と人道法の関係について国際司法裁判所がパレスチナの壁事件において、示した見解。人権法と人道法が排他的に関わる事項が存在するだけでなく、双方が関わる事項があるとした (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 ICJ Report, 136, para. 106.) 本稿 (注64) を参照のこと。

<sup>13</sup> ジュネーブ諸条約では国際武力紛争は国家と国家の間の紛争とされたが、第一追加議定書において人民自決権に基づき植民地支配、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が含まれた (1条4項)。そしてこの種の紛争に従事する非国家集団は、一方的な宣言を通じてジュネーブ諸条約と第一追加議定書の適用を約束することができる (96条3項)。

国際的武力紛争についてJ. Pictetのジュネーヴ諸条約コメンタリでは「二国間の紛争で軍隊の介入に至る紛争はすべて、当事国の一方が戦争状態の存在を否定するとしても第2条の意味での武力紛争である。」としている。さらに国際武力紛争であるためには「紛争の長さ、殺害の多さは関係ない。」と述べている<sup>14</sup>。

このように紛争の継続性と強度は、ジュネーヴ諸条約採択以降の数十年の間、国際的武力紛争の存在の構成要件とは看做されて来なかった。しかし近年、このアプローチに対して、敵対行為が武力紛争とされるためには一定の強度レベルに達せねばならないという提案がなされ、問題とされてきた。この見解に従えば、多くの単発的な武力行使が国際的武力紛争とされないことになる。また、一定の強度レベルに至ったか否かをいかなる事実に基づいて判断するのかという法的・政治的論点も生起する。支配的な見解では、国際的武力紛争が存在しているか否かの構成要件に、強度基準は入っていない<sup>15</sup>。留意すべき点は、国家が特別の事態において国際的武力紛争の存在に明示的に言及しないとしても、法的に国際的武力紛争と分類されることを妨げないということである。

以上のように国際的武力紛争が2以上の国家間の武力行使であるのに対し、非国際的武力紛争は、国家と組織された武装集団（非国家当事者）との間の敵対行為、又は、組織化された武装集団の間で行われる敵対行為である。

非国際的武力紛争に適用される法は主に国際人道法、補足的に国際人権法、国内法が考えられる。国際人道法としては、1949年のジュネーヴ諸条約共通第3条、その第二追加議定書、国際慣習人道法が非国際武力紛争を規律する。第二追加議定書の締約国は166カ国であり、アメリカを始めイスラエル、イラン、イラク、インドなどが加入していない。一方、ジュネーヴ諸条約の締約国は194カ国であり、またその共通第3条については慣習法上の規則として成立していると看做す見解が有力である<sup>16</sup>。したがって、ここではジュネーヴ諸条約共通第3条が適用される「締約国の一の領域内に生じる国際的性質を有しない武力紛争の場合」とは、どのような場合かを見ていく。

共通第3条に該当する暴力事態を確認する事実基準が、少なくとも2つある<sup>17</sup>。それは、(1)当事者が一定レベルに組織されていること、(2)暴力が一定の強度レベルに達していること、である。

### (1) 当事者の組織化

共通第3条は明示的に「各紛争当事者」に言及することによって、同条の適用のためには2以上の当事者の存在を前提としている。非国家武装集団が共通第3条の意味での「当事者」になり得るかは、主に、関連する事実が明瞭でないために、時には政府が非国際的武力紛争に関与していることを認めたがらないという政治的理由で、複雑である。しかし、非国際的武力紛

<sup>14</sup> J. Pictet, ed., *Commentary to the Third Geneva Convention*, ICRC, 1960, p. 23.

<sup>15</sup> ICRC, 'International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts', op. cit., p. 7.

<sup>16</sup> 例えばHamdan事件では、被上訴人が上訴人の主張に反論して、ジュネーヴ諸条約共通第3条は、あらゆる紛争において適用される慣習国際法規則であると述べた。Hamdan v. Rumsfeld, 548 U. S. 557 (2006) (No. 05-184) Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p209; 本稿注(33)(63)を参照のこと。

<sup>17</sup> 第二追加議定書における非国際的武力紛争の定義では、この2つに加えて武装集団が一定の領域を支配していることも要件とされている(第1条)。本稿1・3節を参照のこと。

争における非国家当事者が一定のレベルに組織されていることが一般的に承認されている。国際判例法によって、組織化基準の基礎として以下の要素が認められるようになった。

- ・ 指揮系統、並びに武装集団内の服務規則とメカニズムの存在。
- ・ 司令部の存在。
- ・ 武器を入手し、輸送し、配布する能力。
- ・ 軍事作戦を計画し、調整し、遂行するなど部隊の移動や兵站を含む能力。
- ・ 停戦や和平合意の協定を交渉し、締結する能力など。

この要件に従えば、例えば大規模な暴動のような暴力の強度が非常に高い事態であっても、組織化された武装集団が存在しなければ、非国際的武力紛争であるとは言えない<sup>18</sup>。

## (2) 暴力の強度

組織化の要件と同様、暴力の強度に基づく基準についても国際判例法に従って以下の要素が発達した。

- ・ 個々の衝突の数、衝突の継続と強度。
- ・ 武器その他の装備。
- ・ 使用された弾薬の数。
- ・ 戦闘に参加する人の数、戦闘に参加する部隊のタイプ。
- ・ 犠牲者の数、破壊の範囲と程度。
- ・ 戦闘区域から避難した文民の数<sup>19</sup>。

こうした要素の他に、国連安全保障理事会の関与も紛争強度を反映している。また、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所（ICTY）によれば、国家内における政府当局と組織的武装集団との間の、又は武装集団間の「故意に継続された」暴力が存在するときには、共通第3条の意味での非国際的武力紛争と看做される。ICTYのその後の判決は、この定義に基づいて「故意の継続」要件が強度基準の1つであるとしてきた<sup>20</sup>。

以上の点を考慮に入れて2008年のICRC意見文書（Opinion Paper）では、非国際的武力紛争の定義として、継続される衝突で、衝突が最低限の強度に達し、紛争当事者が最低限の組織化を示していることとされている<sup>21</sup>。

次に、非国際的武力紛争にはどのようなタイプがあるのかを概説する。

## 1.2 非国際的武力紛争の類型<sup>22</sup>

共通第3条が適用されるべき非国際的武力紛争には、特に過去10年で従来とは異なるタイプの紛争が起きている。その特徴は、域外的要素をもつ非国際的武力紛争である。ここでは非国際的武力紛争を次の4つのタイプに分類することを試みた<sup>23</sup>。

<sup>18</sup> ICRC, 'International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts', op. cit., p. 8.

<sup>19</sup> Ibid., p. 9.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> ICRC, 'How is the term "Armed Conflict" defined in international humanitarian law?' (Opinion Paper) 17-03-2008. available at: <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/armed-conflict-article-170308.htm>.

<sup>22</sup> ICRC, 'International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts', op. cit., p. 9.

<sup>23</sup> ここでは、ICRCによる非国際的武力紛争の7分類（ICRC, 'International Humanitarian Law and the challenges

第1に、伝統的な共通第3条の非国際的武力紛争。国家と組織化された武装集団との間の敵対行為、並びに2以上の非国家武装集団の間での敵対行為が一国家の領域内において生じるもの。例えば破綻国家における内戦がこれに該当する。適用法は共通第3条と慣習法である。

なお、もともと一国家の領域において生じた政府軍と組織的武装集団との間の非国際的武力紛争が隣接国領域に‘溢れ出る (spill over)’ 紛争もこの分類に含める。武装勢力が外国に侵入することで主権侵害問題、又は国際的武力紛争に発展する問題が生じる可能性があるが、これを除外すれば、適用法は共通第3条と慣習法である。国境を超えても、紛争当事者は人道法上の義務を免除されない。

第2に、多国籍部隊が関わる非国際武力紛争である。多国籍部隊とは、国連の指揮・統制下にある国連部隊、又は国連によって授権され、関係する国際組織または関係国の指揮・統制下におかれる国連授権部隊である<sup>24</sup>。

多国籍部隊が関わる紛争には、朝鮮戦争（1950年～1953年）、湾岸戦争（1991年）を始め国際的武力紛争と分類される場合、又は武力紛争事態には該当しない紛争もあるが、非国際的武力紛争もあると考えられる<sup>25</sup>。

非国際的武力紛争では多国籍部隊が、武装集団との敵対行為に従事する受入国政府の同意に基づき同政府を支援してその領域において行動する。多国籍部隊が敵対行為に従事しないときには、国連要員の安全に関する1994年条約が適用される可能性がある。多国籍部隊が敵対行為を行う場合には、当該部隊は人道法（共通第3条と慣習法）に拘束される。また、多国籍部隊の中でも特に国連部隊は1999年の国連事務総長の人道法遵守に関する告示に拘束される。

これら多国籍部隊が関与する非国際的武力紛争は、2以上の国家が対立しているのではなく、国家アクターは同じ側にいるため国際的要素があるにも関わらず、この紛争は非国際的と分類される。

第3として、国家の軍隊が、隣接国領域から同国の統制や支持を受けること無く作戦行動に出る非国家当事者との敵対行為に従事する場合に‘国境を越える (cross border)’ 非国際的武力紛争が存在する。2006年のイスラエル・ヒズボラ紛争がこれに当たる。このタイプは事実上・法律上、特別に困難な問題を提起する。

第4に、アル・カーイダ並びにその支部または信奉者とアメリカとの間で、複数国を超えて生じる武力紛争が‘国家横断的 (transnational)’ 非国際的武力紛争である看做されることがある。

2001年9月11日のテロ攻撃以来、‘テロリズムとの戦い’ が多様な形態で行われて来た。この努力には、情報収集・金融制裁・司法共助のような非暴力的対応、さらには武力の使用を含

of contemporary armed conflicts’, op. cit., pp. 9–11) を参照して、筆者が4タイプに分類することを試みた。

<sup>24</sup> ICRCの報告書では多国籍部隊を国連部隊と国連授権部隊に分けず、1つの分類として扱っている (Ibid.)。多国籍部隊のこの分類は ‘38. 1999 UN Secretary-General’s Bulletin on Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law’ (in Adam Roberts and Richard Guelff, eds., *Documents on the Laws of War, third ed.*, Oxford University Press, April 2000, pp. 721–722) における分類に従った。

<sup>25</sup> ICRCは“多国籍な非国際的武力紛争 (multinational NIACs)” がこの10年間に出現したとしている。Ibid., p. 10.

多国籍部隊が国家の武装組織と戦う場合、その法的枠組は国際的武力紛争に適用される法である一方、受入国政府の同意に基づき、組織された非国家武装集団と対決する場合、その法的枠組は非国際的武力紛争に適用される人道法となる。この区別は、国際司法裁判所が1986年のニカラグア事件判決において採用したアプローチに基づく。Ibid., 31.

む対テロ措置が含まれる。テロとの戦いにおいて生じた多様な暴力事態は、画一的に分類されるべきではなく、一件毎に慎重に法的に分析すべきである。ある事態が非国際的武力紛争と分類される場合もあれば、国際的武力紛争と看做される事態もある<sup>26</sup>。

実際の紛争では、国際的性格を有する場合においても非国際的性格を有する場合であっても、武力紛争事態と武力紛争に至らない事態が交錯している。国際人道法が適用されるのは、武力紛争事態に関してであって、武力紛争に至らない事態に人道法を適用することは不適切で不必要であると考えられる。

### 1.3 非国際的武力紛争における抑留を規律する法規則

ここで非国際的武力紛争において抑留に適用される法規則について少し詳しく見ていきたい。

非国際武力紛争に適用される人道法は、条約としては既に見たようにジュネーヴ諸条約共通第3条と第二追加議定書である。慣習法としては、第一追加議定書の第75条を国際的・非国際的、双方の武力紛争における慣習法規則と看做す見解がある。これらについて順次、説明する。

既に見たように、共通第3条は慣習国際法として全ての紛争に適用されるという見解が一般的である。この規定は、敵対行為に直接参加しない者に対して殺人、傷害、虐待、個人の尊厳に対する侵害、特に、侮辱的で体面を汚す待遇を禁止している<sup>27</sup>。また、被抑留者は「正規に構成された裁判所で文明国民が不可欠と認めるすべての裁判上の保障を与えるものの裁判によらない」判決の言渡し又は執行を受けない<sup>28</sup>。

このように共通第3条では、犯罪の嫌疑で抑留される者には裁判を受ける権利が規定されているが、国際的武力紛争を規律する捕虜の待遇に関する条約、あるいは文民の保護に関する条約に規定されたような公正な司法手続に関する詳細な規定を有していない。

第二追加議定書では、こうした刑事訴追・処罰をはじめ共通第3条では具体的に規定されなかった被抑留者に対する待遇に関する保護<sup>29</sup>、並びに文民たる住民や民用物の特定の保護<sup>30</sup>が加えられた。ただし同議定書の適用範囲は「締約国の領域において、当該締約国の軍隊と反乱軍その他の組織された武装集団（持続的にかつ協同して軍事行動を行うこと及びこの議定書を実施することができるような支配を責任のある指揮の下で当該領域の一部に対して行うもの）との間」に生ずる紛争に限定されている（1条）。

この規定によれば、例えばアフガニスタン政府がタリバンと敵対行為を行う武力紛争において第二追加議定書は適用可能であるが、領域に対する支配を行っていないアル・カーイダのような集団との紛争は第二追加議定書の適用範囲に入らない。したがってアル・カーイダの戦闘員を抑留する国が、第二追加議定書の締約国であっても、同議定書に拘束されない。

他方で、第一追加議定書75条の被抑留者に関する保護制度を慣習法上成立した規則として適用すべきであると看做す見解がある。第一議定書の適用は、ほとんどの場合に国際的武力紛争に限定されているが、第1条（4）によって、第一議定書の保護を人民自決権行使の紛争に

<sup>26</sup> Ibid., pp. 9-10.

<sup>27</sup> 共通第3条a項・c項。

<sup>28</sup> 共通第3条d項。

<sup>29</sup> 4条では敵対行為に直接参加しない者に対する基本的な保障、5・6条では武力紛争に関連する理由で自由を奪われた者に対する保護が規定されている。

<sup>30</sup> 13条～17条。



も広げている。それは、非国家集団との特定の紛争において第一議定書が適用可能であることを意味している<sup>31</sup>。同議定書は、戦闘の手段と方法の規制に加えて文民と民用物を保護し、拘束された者の待遇について規定している。抑留に関連して最も重要な規定は第75条であり、同条では、紛争当事国により抑留される者につき、戦闘員であれ文民であれ、人道的に待遇すべきであるとして基本的な保障が規定されている。例えば、殺人、拷問、個人の尊厳に対する侵害、集団に科する刑罰などからの保護<sup>32</sup>、並びに刑罰を科する前の保護を始めとする司法手続などである。

この第75条を国際的武力紛争においてだけでなく、非国際的武力紛争においても国際慣習法上成立しているとの見方がある<sup>33</sup>。その妥当性については議論のあるところであろうが、本稿ではその問題に立入らず、共通第3条と第二追加議定書における規定に加えて第一追加議定書75条の規定も参照して検討する。

## 2. いかなる者が抑留されるのか

アメリカは、アル・カーイダとの紛争において採用した抑留政策に関して、誰が抑留の対象になるのかについて過度に広い定義に基づいていたと批判された。現行法では、国家は非国際的武力紛争においていかなる者を抑留することが許容されるのだろうか。この問題につき、アメリカ国務省に勤務していたBellinger III, J. B. と Padmanabhanが以下のように論じている。ここでは主に、彼らの論文「今日の紛争における抑留作戦～ジュネーヴ諸条約と他の現行法に対する4つの挑戦～」<sup>34</sup>に沿って検討したい。

例えば、戦場で武器を携帯する個人または即席爆発装置<sup>35</sup>を設置しようとする個人が抑留の対象となることは明白である。しかし、叛徒グループにより使用される武器を密輸入する者、

<sup>31</sup> 第96条3項では、この種の紛争に従事する非国家集団に対して、ジュネーヴ諸条約と第一追加議定書が当該紛争において有効であるという一方的宣言を通して責任を負う機会を付与している。

<sup>32</sup> 第75条2項 (d)

<sup>33</sup> Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M.によれば、多数の国家、並びに国際組織・NGO、研究者がこの見解を支持している (Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., pp. 206-207.)。また、以下のように同様の見解が表明されている。

Civilians Claims (Eritrea v. Ethiopia), Eritrea's Claims 15, 16, 23 & 27-32, Partial Award (Eritrea Ethiopia Claims Commission Dec. 17 2004, ILM 601 (2005)). エリトリア・エチオピア請求委員会は、第一追加議定書75条を特に重要な慣習法原則を反映するものであると看做した。: Jean-Marie Henckaerts, Louise Doswald-Beck, eds, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 299-383. 同書では第75条に規定された被抑留者に対する保護を慣習国際法としている。: Hamdan v. Rumsfeld, 548 U. S. 557 (2006) (No. 05-184) p. 633. Hamdan事件では、アメリカはアル・カーイダとの紛争における被抑留者に対して慣習国際法として第75条の保護する責任があるとされた。また、本稿注 (16) (63) を参照のこと。

<sup>34</sup> Bellinger III, J. B. は2005年～2009年に国務省の法律顧問、Padmanabhan, V. M. は2003年～2008年に国務省司法顧問として勤務した。Bellinger III, Johan B. and Padmanabhan, V. M., 'Detention Operations in Contemporary Conflicts: Four Challenges for the Geneva Conventions and Other Existing Law', *American Journal of International Law*, Vol. 105, No. 2, April 2011, pp. 201, 213-221.

<sup>35</sup> 即席爆発装置 (improvised explosive device, IED) とは、あり合せの爆発物と起爆装置から作られた、規格化されて製造されているものではない簡易手製爆弾の総称である。防衛省では即製爆発装置あるいは即製爆弾と訳している。

或はその資金で武器購入を促進する投資家、熱烈な説教によって攻撃を誘発させた宗教指導者についてはどうだろうか<sup>36</sup>。

一般的に人道法の軍事的必要性の原則に基づき、国家は敵の完全な降伏を可能な限り速やかに確保するために必須の措置で、国際法によって禁止されていない措置をとることを許容される<sup>37</sup>。この原則により、国家はその軍事目的を達成するため必要ときに、敵戦闘員を抑留する権限を付与されるが、当該権限は人道上の利益を保護するために制限される。非国家アクターとの紛争では、その制限を確認することが困難である。

国家がいかなる者を抑留しうるのかに関して、非国際的武力紛争を規律する文書において明示的に規定されていない。共通第3条・第二追加議定書・第一追加議定書75条は、非国際的武力紛争において国家が抑留作戦をとることを想定し、被抑留者がいかに待遇されるべきかについて規定しているが、誰を抑留することができるかについて指針を与えていない。

共通第3条と第二追加議定書5条1項では、その文言によって非国際的武力紛争において抑留が行われることが想定されている。

共通第3条では「敵対行為に直接に参加しない者」の人道的待遇義務が規定され、「直接に参加しない者」の一例として「抑留により戦闘外に置かれた者」が挙げられている。一方、第二追加議定書5条1項では「武力紛争に関連する理由で自由を奪われた者（収容されているか抑留されているかを問わない<sup>38</sup>）」に関して食糧や飲料水の提供、宗教の実践など被抑留者の基本的な保障が規定されている。第一追加議定書75条2項では、武力紛争に関連する理由で抑留された者に対する基本的な保障が規定されている<sup>39</sup>。

他方で、ICRCによれば、国際慣習人道法上「恣意的な自由の剥奪」が禁止されている。しかし、何をもって「恣意的」であるかとされる基準は提供されていない<sup>40</sup>。

このように非国際的武力紛争では、いかなる者がどのような場合に抑留されうるのかに関して明示的に規定されていない。既に述べたように非国際的武力紛争に対して、国際的武力紛争を規律する法からその一部又は全ての規則を適用すべきという見解がある。従って、何らかの指針を見いだすため、国際的武力紛争において抑留を規律する条約規定を参照したい。国際的武力紛争において人道法は、戦闘員である捕虜と戦闘員ではない文民の抑留を、各々一定の条件の下で認めている。戦闘員は原則として国際的武力紛争当事国の軍隊構成員であって「敵対

<sup>36</sup> Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., *op. cit.*, p. 213.

<sup>37</sup> The United States Department Army Field Manual 27-10, Art. 3, 1956. available at <http://ac-support.europe.umuc.edu/~nstanton/Ch1.htm#s1>

<sup>38</sup> ‘収容’と‘抑留’という用語についてICRCによる定義を紹介する。国際人道法では‘抑留 (detention)’は武力紛争に関連する理由で自由を奪うことであって、長期間の抑留には主要な2形態がある。それは①刑事手続上の抑留、並びに、②‘収容 (internment)’すなわち安全保障上の理由で行われる行政抑留である。

刑事手続上の抑留とは、犯罪被疑者が無罪となって釈放されるか、上訴審での最終的な判決までの期間に服すべき自由の剥奪である。一方‘収容’とは、抑留当局の安全保障に対して重大な脅威をもたらすと考えられる者の抑留を意味し、抑留当局が当該人物の刑事訴追をする意図せず抑留することである。ICRC, ‘Strengthening legal protection for victims of armed conflicts’, *op. cit.*, p. 6.

<sup>39</sup> 第75条2項の基本的保障については、特に被抑留者が抑留の理由を通知されるという規定が目される。共通第3条、第二追加議定書において言及されていない。

<sup>40</sup> ICRC, ‘Strengthening legal protection for victims of armed conflicts’, *op. cit.*, p. 9; Jean-Marie Henckaerts, Louise, eds, *op. cit.*, Rules 99.

行為へ直接的に参加する権利」を有する<sup>41</sup>。

## 2.1 捕虜条約と文民条約の検討

まず、捕虜条約について検討する。紛争当事国は捕虜条約に基づき敵国の「捕虜を抑留して置くことができる」(21条)。抑留国は、敵対行為が続いている限りにおいて捕虜抑留の合法性を審査する義務を負わない。敵戦闘員の地位は、その者が事実上、安全保障に対する脅威であることを意味しているからである。

捕虜条約第4条は、捕虜としての敵戦闘員に分類する基準を規定している。捕虜とは一般に、敵国により拘束された軍隊構成員その他の民兵隊の構成員であって次の4要件を充足する者である。

- (1) 部下について責任を負う一人の者が指揮していること。
- (2) 認識することができる標章または制服を身につけていること。
- (3) 公然と武器を携行していること。
- (4) 戦争の法規及び慣例に従って行動していること。

この捕虜となる者の範囲が、1977年の第一追加議定書では44条において広げられた。それは、一般的に住民と区別されない戦闘員に、攻撃に先立つ軍事展開中並びに交戦中に敵に目撃されている間、公然と武器を携行することを条件として戦闘員の地位が付与されると言うものである。これによって、捕虜となる者の範囲が拡大されることになったが、進行中の敵対行為が終了するまで捕虜が抑留される点は捕虜条約と同じである。

では非国家集団構成員は、この捕虜の地位を付与される可能性があるか否か検討する。

例えばアル・カーイダのようなテロ集団は、戦闘において又他の場合において公然と武器を携行していないことが多い。また、9.11攻撃に象徴されるように戦闘手段として文民への背信的攻撃を行うことは、組織的な戦争の法規・慣例違反である。このような非国家戦闘員は、緩和された第一議定書の基準に従っても、捕虜の地位に関する要件を充足していない。これら非国家戦闘員は、捕虜の分類に適合せず、捕虜条約及び第一追加議定書は、当該非国家集団との紛争に従事する国家の抑留権限の範囲について指針とはならない。

次に文民条約を見ていく。非国家戦闘員が捕虜の資格を付与されないのであれば、文民条約において保護を受ける文民の被保護者として待遇されなければならない、という見解がある<sup>42</sup>。文民条約4条では「被保護者」とは「紛争又は占領の場合において、いかなる時であると、また、いかなる形であるとを問わず、紛争当事国又は占領国の権力内にある者」であると定義されている<sup>43</sup>。被保護者が抑留されるのは、主に次の2つの場合である。

<sup>41</sup> ICRC, 'International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts', op. cit., p. 16.

<sup>42</sup> 例えばイスラエルの国内裁判所における2005年の判決では、法が合法的な戦闘員と文民以外のいずれの範疇をも認めていないため、パレスチナのテロリストを文民と看做すべきと判示した。High Court of Justice (HCJ 769/02), The Public Committee against Torture in Israel and Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. The Government of Israel et al., December 11, 2005, para. 28. available at [http://elyon1.court.gov.il/files\\_eng/02/690/007/a34/02007690.a34.pdf](http://elyon1.court.gov.il/files_eng/02/690/007/a34/02007690.a34.pdf)

研究者もまた、同様の見解を主張している。Knut Dörmann, 'The legal situation of "unlawful/unprivileged combatants"', *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Vol. 85, p. 72; Goodman, Ryan, 'The detention of civilians in armed conflict', *American journal of international law*, Vol. 103 No. 1, 2009, p. 51.

<sup>43</sup> 文民条約4条。

- (1) 紛争当事国の領域にある外国人に対して、同国の安全保障がその者の抑留を絶対に必要とする場合（42条）
- (2) 紛争当事国の占領地における被保護者に対して、占領国が安全保障上の絶対的理由のためにその者の抑留を必要とする場合（78条）

このように文民条約では、抑留国の安全保障が抑留を絶対的に必要としていることを個別に決定する場合にのみ、抑留され、抑留はその必要が終了するとき、停止されなければならない<sup>44</sup>。実際にはアル・カーイダのような非国家集団の構成員は、敵対行為に従事することが多く、その場合には文民とは看做されず、従って被保護者としての保護を失う。

既に見たようにジュネーブ諸条約では、戦闘員が一般的に捕虜の地位を有する資格をもち、敵対行為に参加しない文民が保護されることを前提としている。今日の紛争において非国家アクターは、どちらにも該当しないことが多い。したがって国際的武力紛争の規則をこの問題に持ち込む意義は限定されることになる。

しかし、武力紛争犠牲者の保護を確保するために、あらゆる個人は捕虜または被保護者の範疇に含まれるべきであるという主張がある<sup>45</sup>。この見解を支持する者は、ICRCの文民条約公式コメントリでは保護の範囲に該当しない個人を残すということが条約起草者の意図ではなかった点、また、文民条約の文言に基づいて解釈している。例えば、保護を受ける者の範囲を規定する第4条は、戦闘に従事する者を被保護者から明示的に排除していない。また第5条では、紛争当事国又は占領地において間諜など有害な活動に従事して抑留された場合に、通信の権利を失うとみなすことから、有害な活動に従事する者が必ずしも被保護者の地位を奪われるのではないと解釈することが可能である<sup>46</sup>。

この見解に基づいて、今日の非国家集団構成員が文民条約4条の被保護者の範囲に該当する否か検討する。第4条では、紛争当事国又は占領国の国民、並びに、中立国・共同交戦国の国民は、当該国が抑留国に外交代表を駐在させている間には被保護者から排除されている。この点で、一定の被保護者は国籍を理由に被保護者の地位を享有しないことになる。

例えばアフガニスタンにおいて同国政府により拘束されたタリバン戦闘員は、アフガニスタン国民であるため、被保護者の資格を付与されない。アメリカによって同じ戦闘員が拘束され

<sup>44</sup> 文民条約42条、43条。被抑留者の審査については次節において検討する。

<sup>45</sup> ICRC, Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War: Commentary 51 (J. Pictet, ed., 1960)

<sup>46</sup> Bellinger III, Johan B. and Padmanabhan, Vijan M., op. cit., p. 216.

文民条約5条の規定は以下の通り。

第5条 紛争当事国の領域内において、被保護者が個人として紛争当事国の安全に対する有害な活動を行った明白なけん疑があること又はそのような活動に従事していることを当該紛争当事国が確認した場合には、その被保護者は、この条約に基く権利及び特権でその者のために行使されれば当該紛争当事国の安全を害するようなものを主張することができない。

占領地域内において、被保護者が間ちょう若しくは怠業者（サボタージュを行う者）又は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けん疑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は、その被保護者は、この条約に基く通信の権利を失うものとする。

もっとも、いずれの場合においても、前記の者は、人道的に待遇されるものとし、また、訴追された場合には、この条約で定める公平な且つ正式の裁判を受ける権利を奪われない。それらの者は、また、それぞれ紛争当事国又は占領国の安全が許す限り、すみやかにこの条約に基く被保護者の権利及び特権を完全に許与されるものとする。

る場合、彼らはアメリカが通常的外交関係をもつ共同交戦国の国民であるため、被保護者ではない。アフガニスタンにおいて連合軍隊によって拘束される外国人アル・カーイダ戦闘員は、そのほとんど全ての者が、連合軍と外交関係をもつ中立国国民であるため、被保護者ではない。このように一定の非国家集団構成員はその国籍を理由として被保護者の資格を付与されないことになる<sup>47</sup>。

さらに、文民条約作成交渉の歴史から見れば、被保護者の地位は、違法に武器をとる者を保護するセーフティネットであるという結論には疑いがある。ジュネーブ会議の審議では、捕虜の資格を有さない戦闘員が被保護者の地位を付与されることを提案した代表者はいなかったし、むしろそれに反対する意見が出された<sup>48</sup>。

被保護者の資格を付与されているにもかかわらず戦闘に従事する者に関しては、文民条約第5条が示唆を与えているように見える。第5条では、紛争当事国の領域又は占領地域において当該国の安全保障に対して有害な活動を行った嫌疑がある者に対して、被保護者としてのほとんどの特権につき当該国が否定することを認めている<sup>49</sup>。今日の非国家戦闘員は多くの場合、この特権を否定される者であると推定される。

以上検討したように、アル・カーイダのような非国家戦闘員を明示的に規律する法規則が存在していない。このため、人道法には戦闘員と文民に加えて第三の分類として‘違法戦闘員 (unlawful combatants)’ ‘特権無き戦闘員 (unprivileged combatants)’ が存在すると主張されることになった<sup>50</sup>。従来の人道法の構成要素を戦闘員と文民とする二分類アプローチを支持する者は、同アプローチには長い歴史があり、第三の分類の存在を疑問視している<sup>51</sup>。三分類アプローチの支持者によれば、文民条約は、戦闘が一般的ではない占領地における被保護者を保護するよう意図しているが、違法に一貫して武器を携える者を保護しない。当該戦闘員を文民として扱うことは、理不尽な現実をもたらす。それは、国家が人道法に違反する者を攻撃目標とする余地は、彼らが文民であるために、合法戦闘員との戦闘におけるより少なくなるからである<sup>52</sup>。したがって、違法戦闘員は、合法的な戦闘員のように戦闘員の地位に基づいて抑留されるが、捕虜としての特権を有しないとされるべきである。ただし、この場合でも違法戦闘員は少なくとも慣習法としての共通第3条に規定された待遇としての保護を受ける<sup>53</sup>。三分類アプローチに関する問題は、合法的な戦闘員の範疇とは違い、違法戦闘員の範疇を厳密に画定する境界が無い

<sup>47</sup> Ibid., 216.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> 第5条によれば、占領地域において占領国の安全に対する有害な活動を行ったとして抑留される場合には通信の権利を失う。

<sup>50</sup> アメリカのブッシュ政権はタリバンとアル・カーイダ戦闘員を「違法戦闘員」又は単に「敵性戦闘員」と分類した。Memorandum from President George Bush W. Bush to the Vice President, Secretaries of State and Defense, Attorney General, and Other Officials, para. 2(d), : Memorandum from Deputy Secretary of Defense Paul Wolfowitz to the Secretary of the Navy, para. (a), July 2004; Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 217.

<sup>51</sup> Bradley, Curtis A., ‘The United States, Israel & Unlawful Combatants’, 12 Green BAG 2D 397, 2009, pp. 404-405; Deter DeLupis, Ingrid, *The law of war*, 2ed., Cambridge University Press, 2000, p. 148.

<sup>52</sup> 第一追加議定書によれば、文民は直接的に敵対行為に参加しない限り、攻撃目標とはされない(第51条3項)。非国家戦闘員を文民に分類すれば、国家は敵国軍隊については常に攻撃目標とすることができるが、彼らに対しはできない。Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 217.

<sup>53</sup> Ibid., p. 218

ことであって、その境界が画定されるべきである<sup>54</sup>。

この問題に関してアメリカ連邦裁判所は、米国のアル・カーイダとの紛争における抑留権限の範囲を画定する努力をしてきた。まず、2004年のHamdi v. Rumsfeld判決において最高裁判所の意見を見ていく。9.11攻撃の後、連邦議会は「武力使用の授権 (AUMF)<sup>55</sup>」を決定したが、これに基づき最高裁は、アフガニスタンにおいて「アメリカ又は連合国に敵対的な部隊を構成する個人又は支持する個人」並びに、アフガニスタンにおいて「アメリカに対する武力紛争に従事する」個人を抑留する権限を与えられたと判示した<sup>56</sup>。

この判決によって、個人が議会の授権によって抑留されうる個人となるためには、敵兵力といかなる関係をもたねばならないかという問題が生じた。この問題に関するオバマ政権の見解では、AUMFは国際人道法の抑留権限に照らして解釈されなければならない。したがって、伝統的な国際的武力紛争において適切に類推される状況においてアル・カーイダやタリバンと関係する者に対する抑留権は否定できない。例えば、9.11攻撃に関与した者、或は敵対行為に従事するタリバンやアル・カーイダ又はその関連部隊の構成員であるか又は、実質的に支持する者などである。

この見解はさらに、誰がその構成員に該当するのか、又、どの位の支持が十分に「実質的」であると看做されるのかという問題を提起する。オバマ政権は、その判断を形式的要素と機能的要素を合わせた基準に基づいて行うべきであるとした<sup>57</sup>。

一方2009年のHamlyly v. Obama判決では、人道法原則を使用した「指揮系統基準」が主張された。これによれば抑留の基準は、ある者が命令や指示を受けて実施したか否かである。ただしこの基準を採用すると、「実質的に支持する」者が抑留対象となるかどうかにつき争いが生じる<sup>58</sup>。

他方で、2010年のAl-Bihani v. Obama判決（コロンビア特別区巡回裁判所控訴審）では、抑留の基準は国内法に基づくべきであるとされた。同判決によれば、抑留権限の範囲を解釈するにあたり依拠するのは、国際法・人道法ではなく、アメリカ法である。そして、特権を有さない戦闘員として抑留対象となるのは、意図的かつ実質的に敵対行為を支持する個人であるとされた<sup>59</sup>。しかしこの定義によれば、戦闘員ではないビジネス関係者がアル・カーイダやタリバン支持者であるという理由で、敵対行為の停止まで抑留されることになる。このため、当該基

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Authorization to Use Military Force (AUMF), September 18, 2001, Public Law 107-40 [S. J. RES. 23] 107th CONGRESS.

AUMFは、アメリカ上院・下院の共同決議として採択された。同決議によって、9.11のテロ攻撃を計画し、又は授権し、実施した国家・組織・個人などに対して必要かつ適切なあらゆる措置をとることを大統領が授権された。Available at <http://news.findlaw.com/wp/docs/terrorism/sjres23.es.html>; 宮川成雄「9・11同時多発テロとアメリカ法の対応—軍事力行使授権決議を中心に（シリーズ名：ミニ・シンポジウムテロのグローバル化と法の対応比較—9・11以後の国際法・欧米法・日本法）『比較法研究』2006年68号、pp. 102～108；寺谷広司「内戦化する世界と国際法—9・11テロは世界を変えたのか」同上書、pp. 92～101.

<sup>56</sup> Hamdi v. Rumsfeld, 542 U. S. 507, 516 (2004)

<sup>57</sup> このオバマ政権の見解はHamlyly v. Obama事件において被告の主張として表明された（Hamlyly v. Obama, 616 F. Supp. 2d 63 (2009) pp. 67-68.

<sup>58</sup> 指揮系統基準はHamlyly v. Obamaにおいてコロンビア特別区地方裁判所の幾人かの判事によって主張された（Hamlyly v. Obama, op. cit., p. 75）。本稿注（57）を参照のこと。

<sup>59</sup> Al-Bihani v. Obama, 590 F. 3d, pp. 871-872.

準は抑留対象を過度に拡大する定義であると批判されている<sup>60</sup>。

しかし、国内法に基づく基準は、その内容を変えて一定の研究者や集団によって支持されている。彼らは、抑留権限の範囲を画定するにあたって、武力紛争パラダイムを、したがって人道法を完全に否定し、国際人権法により規制される国内法が適用可能な法であると主張する。この見解によれば、刑法違反で訴追する場合にのみ、個人を抑留することができる<sup>61</sup>。

しかし既に見たように、この狭義の見解は、法解釈として問題が多い。この点を検討していく。

## 2.2 国際人権法・国内法の適用可能性

一定の研究者は、非国家アクターとの紛争は、国内法（それ自体が国際人権法により規律される）により規律されると主張している。この主張は、非国家アクターとの紛争が人道法により規律される武力紛争であるとみなすことを躊躇する見解に拠っている<sup>62</sup>。

しかし、非国家アクターとの紛争が武力紛争のレベルに至る場合には、人道法が適用可能であるため、この立場の妥当性は限定的である。例えば2006年のHamdan v. Rumsfeld事件判決では、米国とアル・カーイダとの紛争は共通第3条が適用される「国際的性格を有しない紛争」である<sup>63</sup>とされた。ただし、武力紛争に至らない紛争においては、人権法の適用は可能である。また、国際人道法が適用されるべき武力紛争においても国際法の異なった分野の補完的性格によって人権法が適用される余地はある<sup>64</sup>。したがって、非国家アクターとの紛争への人権法の適用可能性について考えてみたい。

抑留に関連して、人道法と人権法の相違点が際立つのは、抑留の合法性の審査である。例えば、安全保障上の抑留の合法性について、自由権規約は司法審査を要求しているが、文民条約は行政審査を特別に許している。これは、国際人道法が武力紛争事態において適用されるが、国際人権法は平時における適用を前提としているため、誰が審査をするのかにつき相反する規則を有することになった<sup>65</sup>。

人権法が平時を基盤としているため、武力紛争に至らない事態であっても非国家アクターとの紛争に、人権法を全面的に適用することには問題が生じている。

人権法によれば、刑事上の抑留が脅威を無能化する主要な方法であって、原則として安全保障を理由とした抑留は許容されていない。しかし、非国家アクターの抑留のために刑事告訴が法的に要請されるならば、多数の実際上の難問が生じる。司法審査を行うためには、合理的な

<sup>60</sup> R. Goodman, op. cit., p. 62. 本稿注(42)を参照のこと; Mariner, Joanne, A First Look at the Military Commissions Act of 2009. Available at <http://writ.news.findlaw.com/mariner/20091104.html>

<sup>61</sup> Bellinger III, Johan B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 219.

<sup>62</sup> The Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights, "Assessing Damage, Urging Action20", 2009 (Report); Pellet, Alain, 'No, This is Not War! The Attack on the World Trade Center: Legal Responses', *European Journal of International Law (EJIL)*, Discussion Forum. [www.ejil.org/forum](http://www.ejil.org/forum), 3 October 2001; Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 209.

<sup>63</sup> Hamdan v. Rumsfeld, 548 U. S. 557 (2006) (No. 05-184) pp. 630-631 本稿注(16)(33)を参照のこと。

<sup>64</sup> 国際司法裁判所はパレスチナの壁事件において、人権法と人道法の関係について、双方が排他的に関わる事項だけではなく、双方が関わる事項があるとした (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 ICJ Report, 136, para. 106.) Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 210.

<sup>65</sup> これについては次節において検討する。Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 211.

疑いを超える高水準の証拠が必要とされるが、戦場またはその近隣で非国家戦闘員を拘束するとき、証拠収集はできないか、優先されない。また、訴訟のために機密情報が証拠として公開されることになる。さらに数千人、数万人の非国家戦闘員をアメリカに連行して国内の裁判所で訴追することは、事実上困難である<sup>66</sup>。

他方で、人権法は、刑事上の抑留だけでなく、例外的に安全保障を目的とした抑留を許容している。例えば自由権規約では「国民の生存を脅かす公の緊急事態の場合」（第4条）には、個人を行政的に抑留することが許容されると解釈されている。欧州人権条約は一般的に安全保障目的での行政抑留を禁止していると解釈されているが、同条約でさえ逸脱の要件が充足されれば行政抑留を許容している。また、国家が一定の状況において安全保障の目的で個人を行政的に抑留することについては、国連人権委員会を始めとする人権団体や研究者によって認められている。ただし手続的保護は与えられる<sup>67</sup>。

このように刑事訴追は政策として実用的でないこと、並びに人権法上一定の場合に安全保障上の抑留が許容されることが確認された。ただし、人権法は誰が安全保障上の抑留対象となるのかに関して、限定的な指針しか提供していない。自由権規約における唯一の実質的な規制は、安全保障上の抑留が「恣意的」であってはならないというものである（第9条）。

それは、抑留が違法であってはならないということではなく、もっと広い。自由権規約委員会によれば、恣意的であるとは、不適切であること・不正義・予見性の欠如・違法性の要素を含むと解釈される。「恣意的」でないために要請されているのは、正統な目的のために抑留することが合理的に必要とされ、かつ均衡がとれているということである<sup>68</sup>。

以上見たように、現行の基準はいかなる場合に安全保障上の抑留が許容されるのかについて示していない。こうした状況において国家がこの問題に取り組む方法として、2つの選択肢が提案されている<sup>69</sup>。

第1の方法では、国家は、安全保障への絶対的脅威となる非国家集団構成員の抑留を許容する規則を採用することができる。

例えば、オバマ政権による2011年3月7日の行政命令によって示された抑留政策である。これは、グアantanamo基地に収容されている被抑留者を継続して抑留するかどうかを定期的に審査する委員会が適用する基準を公表するものである<sup>70</sup>。この制度は、文民条約において被保護

<sup>66</sup> Ibid., 211, 227.

<sup>67</sup> 自由権規約人権委員会の一般的意見において「公共の安全保障を理由としていわゆる防止的抑留が使用される場合には、この同じ規定、すなわち恣意的であってはならないという規定によって統制されねばならない」とされた。Human Rights Committee, General Comment No. 8, Art. 9, para. 4, 1992, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1, 1994; Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., pp. 211–212.

<sup>68</sup> 恣意的な抑留との関連で、自由権規約人権委員会は、イスラエルによるレバノン人の抑留実行を当該レバノン人がイスラエルの安全保障への脅威になっていないにも関わらず、拘束されたイスラエル兵士を帰還させるための「交渉材料」としてしていると批判した。Human Rights Committee, Views: Communication No. 8. 1085/2002, para. 8.3, UN Doc. CCPR/C/86/D/1085/2002 (2006).; Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., pp. 219–220.

<sup>69</sup> Ibid., pp. 220–221.

<sup>70</sup> アメリカではオバマ政権になって抑留政策に変更が見られた。オバマ大統領は2009年1月22日に抑留に関連して3つの行政命令を出した。この定期審査委員会については、2011年3月に発された行政命令において規定している。Periodic Review of Individuals Detained at Guantanamo Bay Naval Station Pursuant to the Authorization for Use of Military Force, Exec. Order No. 13,567, 76 Fed. Reg. 13,277 (Mar. 7 2011)



者のために規定されているように、また人権法によって許容される予防拘禁制度において規定されているように、予見される脅威を個別に決定することを前提としている。

この場合には、個々の場合において安全保障へのリスクが、その種類・強度に応じて抑留に値するか否かを決定するにあたって国際法が国家に付与している裁量の程度について考察が加えられねばならない。このタイプの抑留制度を樹立するためには、国家が将来の安全保障へのリスクを予見する関連手続の作成することが必要となるが、それは困難な仕事である。

第2の方法では、合法的な戦闘員と同様、その地位に基づき国際人道法の下で抑留されるべきなのは、いかなる非国家集団構成員であるかを決定する基準を国家が作成することによって、違法戦闘員の範疇の境界を画定することができる。

このアプローチの下では、見込まれるリスクを特別な個人がもたらすのか否かについてではなく、その個人が抑留対象の範疇に入るのか否かに焦点をあてることになる。その決定基準については、幾つか可能な手段がある。第1の手段は、指揮系統基準をさらに発達させること。この基準によれば、国家と武力紛争状態にある非国家集団に指令を与える又は指令を受ける個人は、抑留の対象になる。第2の手段は、個人の機能に焦点を合わせ、その機能が伝統的な戦闘員のものに非常に近い非国家集団の抑留を許容するという基準である<sup>71</sup>。

第3の可能性は、オバマ政権により提案されたもので、既に言及したが、個人が特別な組織の構成員であるという形式的な徴候を充足する（例えば集団への忠誠の誓約）か、又は機能的に同等なことを生じさせる活動に従事するときに抑留が許容されるという混合基準である。

この範疇アプローチの利点は、問題が唯一、ある個人が抑留範疇に入るか否かであるため、より単一的なプロセスに従うことである。しかし、抑留対象となる違法戦闘員を定義するために特別な範疇を使用することは、その範疇での構成員資格がいつ抑留の十分な根拠となくなるといふ問題を残す。武力紛争の伝統的な回答は、敵対行為の終了時での抑留の停止であるが、これは非国家集団との紛争では、敵対行為の終了時点が明確ではない。

どちらのアプローチをとるとしても、明確かつ包括的な制度の構築は、非国家アクターとの紛争において国家の抑留権限の範囲の明確化に向けての長い道程となる。

### 3. 被抑留者の再審査手続

ここでは、抑留された者が抑留すべき者であるのか否か、また、継続して抑留されるべき者であるかどうかに関する審査手続（被抑留者の再審査手続）の問題を検討する。

アメリカのブッシュ政権は当初、拘束された者について、抑留すべき者を抑留し続けているかどうかにつき個々の事例を審査する行政手続をとることを怠り、アメリカ域外で拘束された被抑留者の事例に連邦裁判所が関与することに反対して、被抑留者に審査手続を提供することに抵抗した<sup>72</sup>。

<sup>71</sup> 例えばICRCは、戦闘員のように攻撃目標とされる非国家集団構成員を決定するにあたり機能的アプローチを採用している。「継続的な戦闘機能」基準によって国家は、戦闘員と同様、「敵対行為への直接参加に至る行為又は作戦の準備・実施・指揮への関与において継続的に機能する」武装集団構成員を攻撃目標とすることができる。ICRC, *Interpretative Guidance on the Notion of Direct Participating in Hostilities under International Humanitarian Law*, 2009; Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 221.

<sup>72</sup> Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 221.

既に指摘したように非国家戦闘員は、制服を着用せず、意図的に文民と区別されないようにしている。このため、個人を非国家戦闘員であると誤って認定するリスクが高く、ある個人が抑留対象となるか否かを決定する法プロセスが正規の戦闘員以上に必要とされる。

非国家戦闘員は、その戦闘行為を行う資格を有さないで敵対行為に従事するために抑留され、捕虜の特権を受けない可能性がある。しかし非国際的武力紛争を規律するジュネーブ諸条約は、刑事訴追を目的としないで抑留された者について審査手続に関して規定していない<sup>73</sup>。このため、ここでも国際的武力紛争を規律する条約規定を検討する。

### 3.1 捕虜条約と文民条約の検討

捕虜条約5条では「交戦行為 (belligerent act) を行って敵の権力内に陥った者が第4条に掲げる部類の一に属するかどうかに疑が生じた場合には、その者は、その地位が権限のある裁判所によって決定されるまでの間、この条約の保護を享有する。」と規定されている。このように第5条は、被抑留者が交戦行為を行ったかどうかという問題については言及していないが、管轄裁判所が、問題とされる被抑留者を戦闘員ではなく交戦行為に何ら関わらなかった無辜の文民であるか否かを検討することは、第5条の精神に合致する<sup>74</sup>。

アメリカは、第5条を履行するものとしてアメリカ陸軍190-8規則をもつ。同規則によれば、アメリカ軍事法廷は、拘束された者が「即刻、故郷に送還されるか解放されるべき無害の文民」であるかどうかを審理することができる<sup>75</sup>。

しかしブッシュ政権は、拘束されたアル・カーイダやタリバン構成員の地位を決定するため、この190-8規則の下で法廷を設置することを拒否した。それは、非拘束者がその地位に値するかについて疑いの余地が無いと大統領が看做したためであった<sup>76</sup>。この決定によって、タリバン並びにアル・カーイダ構成員が捕虜資格を付与されるか否かという問題に、被抑留者が実際に当該集団に所属するか又は提携しているか否かという別の問題が重なることになった<sup>77</sup>。

このようにブッシュ政権が伝統的なアメリカの軍事慣行から逸脱した措置をとった。テロとの戦いにおいては戦場で拘束された後、被抑留者はアメリカ軍によって選別され、その後、中央抑留施設において戦闘員のみがさらなる抑留に服するよう確保することとされた。しかし、戦場の外において行政部による正式の再審査手続、又はその決定の外部チェックは存在しない<sup>78</sup>。その結果、グアンタナモ基地に連行された被抑留者のうちアル・カーイダと連携してい

<sup>73</sup> Ibid., p. 222.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> U. S. Army, Regulation 190-8, Enemy Prisoners of War, Retained Personnel, Civilian Internees and Other Detainees, para. 1-6(e)(10)(c)(d), Oct. 1, 1997.  
Available [http://armypubs.army.mil/epubs/pdf/R190\\_8.PDF](http://armypubs.army.mil/epubs/pdf/R190_8.PDF)

<sup>76</sup> Memorandum from President George Bush W. Bush to the Vice President, Secretaries of State and Defense, Attorney General, and Other Officials, para. 2(d),; Katharine Q., Seelye, Detainees Are Not P. O. W. s, Cheney and Rumsfeld Declare, New York Times, Jan. 28, 2002, at A6.

<sup>77</sup> タリバンはアフガニスタン領域において一定の実効支配を行っているが、アル・カーイダは実効支配を行っていない。この点で両者は異なっており、特にタリバン構成員が捕虜の地位を付与されるかどうかに関する問題は、研究上の論争の対象となってきた。Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 223.

<sup>78</sup> これはRasul事件における被告の上訴趣意書における説明である。Rasul v. Bush, 542 U. S. 466 (2004) (Nis. 03-334, 03-343), at 5-6, 13-16,

た者は全体の3分の1にとどまり、明らかに関与していない文民が必要以上に何年も抑留されることになった<sup>79</sup>。

この状況に変化をもたらしたのが、2004年の連邦最高裁判所の*Rasul v. Bush*事件判決、並びに*Hamdi v. Rumsfeld*事件判決である。*Rasul*事件判決において連邦最高裁は、グアタナモ基地にはアメリカ法が及ばないとするアメリカ政府の主張を退けて、同基地の被抑留者にも合衆国憲法に基づき‘人身保護請求 (habeas corpus)’の権利があることを認めた。これによりグアタナモ基地の被抑留者が、軍事法廷ではなくアメリカの司法裁判所において裁判を受ける権利が認められた。*Hamdi*事件判決では、グアタナモ基地被抑留者ではないが、アメリカ合衆国市民でもある敵性戦闘員を裁判手続によらずに無期限に抑留できるかが争われた。この判決の中で4人の裁判官が、自国民を敵性戦闘員として拘束することはできるが、その場合でも適正手続に従うべきであり、抑留の事実的基礎を審査することのできる中立的な審査機関が必要であると判示した<sup>80</sup>。

この2つの判決を受けてアメリカ政府は、陸軍190-8規則の手続に基づいて‘戦闘員資格再審査法廷 (CSRTs, Combatant Status Review Tribunals, 以下、特別軍事法廷と省略する)’を設置した。これは通常の軍事法廷とは別に、テロとの戦いにおいて特別に設置された軍事法廷であり、対テロ戦に関連する被抑留者に審査を提供することになった<sup>81</sup>。

このように2つの判決では具体的な手続の公正さについて言及されていなかったため、グアタナモ被抑留者のうち数人が、特別軍事法廷における審理手続を問題にして人身保護請求に訴えた。これに対して連邦議会は、グアタナモ被抑留者から同種の請求が繰返すことを懸念して、2005年に‘被抑留者待遇法 (Detainee Treatment Act)’を制定した<sup>82</sup>。

その結果、グアタナモ被抑留者は抑留の再審査を特別軍事法廷で受けた後、その決定を不服として上訴することができるのは、コロンビア特別区連邦控訴裁判所のみとされた。同裁判所が専属管轄を有する唯一の控訴裁判所とされたため、被抑留者は他のいかなる裁判所に対しても人身保護請求をすることができない。このように待遇者保護法によって、最高裁で認められた被抑留者の連邦裁判所における人身保護請求権が否定され、極めて限定された審査に代替されることになった<sup>83</sup>。

一方、被抑留者待遇法が制定された時点で既に係争中であった*Hamdan*事件につき2006年6月、連邦最高裁判決が出された。同判決によれば、グアタナモ被抑留者を対象とする特別軍

<sup>79</sup> Benjamin Wittes & Zaahira Wyne, *The Current Detainee Population At Guantanamo: An Empirical Study* 2, 2008.

<sup>80</sup> *Rasul v. Bush*, 542 U. S. 466 at 485; *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U. S. 507 at 553; Bellinger III, J. B. And Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 223.; 村岡啓一「4 専門家責任に関するアメリカ法曹協会コンファレンス報告」(刑事弁護人の役割と倫理 Issue Date 2009-06, Type Research Paper), p. 93.  
<http://hermes-ir.lib.hit-u.ac.jp/rs/bitstream/10086/18477/1/0411000110.pdf>

<sup>81</sup> Memorandum from Deputy Secretary of Defense Paul Wolfowitz to the Secretary of the Navy, para. (a), July 2004.

<sup>82</sup> Detainee Treatment Act of 2005 (H. R. 2863, Title X) § 1005

Available <http://jurist.law.pitt.edu/gazette/2005/12/detainee-treatment-act-of-2005-white.php>; 大林啓吾「アメリカにおける裁判管轄権剥奪法案の動向—司法権の核心に関する予備的考察—」『帝京法学』第26巻第2号、2010年3月、p. 166

<sup>83</sup> 村岡、前掲論文。

事法廷に関して、秘密証拠の利用を認める規則並びに被告人を審理から排除できる規則が、国際人道法及び国際人権法が保障する「自らが出席して裁判を受ける権利」を侵害しており、ジュネーブ条約共通3条及びアメリカ合衆国統一軍事刑事法（UCMJ）に違反する<sup>84</sup>。

その後、連邦議会は2006年に「軍事委員会法（Military Commission Act）」<sup>85</sup>を制定してHamdan判決を実質的に無効化しようとしたが、2008年のBoumediene v. Bush判決において軍事委員会法による人身保護請求権の剥奪は、適切な代替手段を用意していないとして違憲とされた。これは、グアantanamo被拘留者である外国人にも憲法上の人身保護請求の特権が保障されることを確認するとともに、その特権を制限する軍事委員会法7条の規定が違憲とされた事例である<sup>86</sup>。

以上のように特別軍事法廷は特に、審理における被拘留者の法的代表性の欠如、伝聞証拠の偏重と機密証拠の採用という点について、並びに、弁護人がいないために被拘留者が嫌疑を晴らす証拠を導入し、自己に不利な証拠に反駁する機会が限定的である点について、問題があると指摘された<sup>87</sup>。

このように特別軍事法廷の法プロセスは抑留の決定に関する統制が不十分であると批判された。この批判は、捕虜条約5条では捕虜の地位決定を行う裁判所を規律する十分な手続が規定されていないという批判でもある。例えば、第5条は弁護人又は控訴に関して何ら要件を規定していない。もちろん第5条では裁判所が「公正で、権限があり、中立である」ことを想定している<sup>88</sup>。一般的に、軍事裁判所、並びに民事裁判所、行政裁判所は全て、潜在的に第5条の要件を充足する。第5条の審査を行うために、諸国は各々、軍将校の委員会・単独の軍法務官・裁判所などを使用している。一定の国家が、納税者の負担で審理における代理人を提供しているが、他の国は、被拘留者に対して軍将校の支援のみを提供し<sup>89</sup>、また全く支援を提供しない国もある。被拘留者の控訴権についてもまた、国家によって異なっており、一定の国家は軍将

<sup>84</sup> このHamdan事件の連邦最高裁判決は、2006年5対3の多数意見で出された。Hamdan v. Rumsfeld, 548 U. S. 557 (2006) (No. 05-184)；村岡、前掲論文、p. 97；本稿注（16）（33）（63）を参照のこと。

<sup>85</sup> Military Commission Act of 2006 (MCA), PUBLIC LAW 109-366-OCT. 17, 2006

Available [http://www.loc.gov/rr/frd/Military\\_Law/pdf/PL-109-366.pdf](http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/PL-109-366.pdf)；大林、前掲論文、pp. 166-167。

<sup>86</sup> 横大道聡「最近の判例Boumediene v. Bush」U. S., 128 S. Ct. 2229 (2008) —グアantanamoに収容されている外国人にも憲法上の人身保護令状の特権が保障されることを確認するとともに、その人身保護令状の特権を制限する軍事委員会法7条の規定が違憲とされた事例」『アメリカ法』2009年第1号、pp. 163-170；大林、同上書

<sup>87</sup> これはBoumediene事件において連邦最高裁判所が指摘した特別軍事法廷の問題点である。以上の他、国防省が使用した法廷の要員が、抑留を規律する一般的な基礎である機密情報の評価における経験が欠如していたことも問題であった。Boumediene v. Bush, 553 U. S. 723, 2008; Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 223.

<sup>88</sup> United States v. Noriega, 808 F. Supp. 791, 796 (S. D. Fla. 1992); Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 224.

<sup>89</sup> 例えばアメリカの特別軍事法廷では、訴追された被拘留者には無料で軍当局が指定した軍人の弁護人が付けられる。この指定弁護人を拒否して自分自身が自らが代理して自己弁護をする本人訴訟の形態は認められない。また、訴追された者が自らの費用で民間人の弁護士を雇うことも可能であるが、この場合でも、常に軍による指定弁護人による代理関係はかわらない（村岡、前掲論文、p. 95）。

なお米国防軍190-8規則は、被拘留者を支援するために弁護人や軍事要員による代理について全く言及していない。Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 224.

校への控訴のみを認め、他の国は、上位の裁判所への控訴を認めている<sup>90</sup>。

アメリカの特別軍事法廷とその控訴手続への批判は、第5条に規定された裁判所への批判と看做される。このため、捕虜条約5条に規定された手続以上に、アル・カーイダなど非国家戦闘員である被抑留者に対して保護を与える手続が作成されることが要請されていると考えられる<sup>91</sup>。

続いて文民条約、人権法についても何らかの役立つ手続的指針を見いだすために検討する。

まず文民条約について。捕虜条約とは異なって文民条約は、被保護者が抑留される場合の手続的保障を規定している。それが以下の3つである

- (1) 抑留に関する最初の再審査は国家により指定された「適当な裁判所又は行政庁」により行われること（43条）。
- (2) 被抑留者は裁判所への控訴、又は行政庁への訴願の権利を有すること（78条）
- (3) 定期的のできれば六箇月ごとに少なくとも年2回、抑留を継続するかどうかを決定するために審査が行われること（78条）。

さらに第一追加議定書では、これらの権利に加え、被抑留者に対しては抑留の理由を知る権利が付与されている（75条3項）。

このように非戦闘員である文民の被抑留者は、戦闘員である捕虜よりも、大きい保護が提供されている。文民条約では、被抑留者が安全保障へのリスクをもたらしているのか否かを個別に評価するために、プロセスが必要とされている。しかし、文民を装って戦闘に従事する非国家戦闘員は、法的に被保護者としての保護を受けることができない。

### 3.2 国際人権法の検討

人権条約は、先に見た第一追加議定書75条におけるように、国家が被抑留者に抑留理由を通告する義務を要求している。例えば自由権規約9条2項では、逮捕される者の逮捕時での知る権利を規定している。さらに、自由権規約人権委員会はこの規定を解釈して行政抑留の場合にも知る権利を拡大している<sup>92</sup>。また人権法では、抑留への異議申立ては司法機関において速やかに生起し、当然に弁護人が付けられ、上位の裁判所への控訴が保障されている<sup>93</sup>。

このように人道法の被保護者抑留の手続的要件は、行政抑留を規律する人権法に見られる手続的要件に類似している点がある。こうした国際人道法・人権法の一般的な類似性から一定の研究者は、抑留理由を通告される権利、独立した政策決定者の面前で反論する権利、不利な判

<sup>90</sup> Ibid., p. 224.

<sup>91</sup> Ibid.

<sup>92</sup> 自由権規約9条2項では「逮捕される者は、逮捕の時にその理由を告げられるものとし、自己に対する被疑事実を速やかに告げられる。」と規定されている。

自由権規約人権委員会の見解については、Human Rights Committee, General Comment No. 8, Art. 9, para. 4, 1992, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev. 1, 1994; Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 225. 本稿注(67)を参照のこと。

<sup>93</sup> この点については自由権規約9条4項に以下のように規定されている。

「逮捕又は抑留によって自由を奪われた者は、裁判所がその抑留が合法的であるかどうかを遅滞なく決定すること及びその抑留が合法的でない場合にはその釈放を命ずることができるように、裁判所において手続をとる権利を有する。」

決に対して控訴する権利が必要であると主張している<sup>94</sup>。

非国家アクターとの紛争においても、被抑留者に対して抑留理由を通告し、再審査を実施し、控訴又は訴願を提供することは重要であるが、これを履行することによって新たな難問が生じる<sup>95</sup>。

1つは、非国家アクターとの訴訟によって機密情報が流布されることになるという問題である。被告となる国家行政部の証拠を審査する機関は、機密情報並びに外国政府との通信文書にアクセスする必要がある。しかし現実には行政部は伝統的に、裁判所と機密事項を共有することを嫌い、むしろ機密情報の要約という形式で情報を共有することを好む。しかし裁判所にしてみれば、入手可能であるのは機密情報報告書のみで、その基礎となっている資料にアクセスできないならば、当該証拠を評価することは困難である。こうした理由でアメリカ政府は抑留事件について行政審査の方を選ぶことになり、司法審査は、有るとしても極めて例外的となった<sup>96</sup>。

機密情報の保護に関して、コロンビア特別区巡回控訴裁判所によるグアンタナモ被抑留者の審査が指針となる実行を重ねている。同裁判所の *Bismullah v. Gates* 事件における判決では、機密情報について、一方の申立てによって非公開の審査を特別軍事法廷での審理規則とするという政府の主張を拒否し、被告弁護人には、その依頼人に関するあらゆる情報を「知る義務」があるという推定を判示した。他方で同判決では機密性の高い情報が関わる例外的な状況において、政府の申立てによって非公開審理において裁判所に対してのみ証拠を提供しうることを容認した<sup>97</sup>。

この結論は、情報の保護と被抑留者の権利保護との間の微妙な均衡を反映している。こうした実行によって、司法裁判所が機密情報を保護しつつこの種の訴訟を審査しうるとことが示されている<sup>98</sup>。

司法審査に関する第2の難問は、被抑留者が非常に多数である場合に、弁護人を提供し司法審査を行うことが事実上、極めて困難となることである。例えば2007年にコロンビア特別区巡回裁判所は *Bismullah v. Gates* 事件判決において、被抑留者が敵性戦闘員であるか否かを判断するにあたって、合理的に利用可能な全ての情報を裁判所が審査する権限を付与されたと解釈した<sup>99</sup>。この判決につき、アメリカ政府は、こうした要請に従えば、一件毎に「数百人の時間」を情報収集のために進行中の対テロ作戦から流用することになると説明して、最高裁判所の審

---

<sup>94</sup> Chesney, Robert M. & Goldsmith, Jack, 'Terrorism and the Convergence of Criminal and Military Detention Models' *Stanford Law Review*, Vol. 60 No. 4, pp. 1128-1129, 1131; Deeks, Ashley S., 'Administrative Detention in Armed Conflict', *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 40 No. 3, 2009, p. 433; Hakimi, Monica, 'International Standards for Detaining Terrorism Suspects: Moving beyond the Armed Conflict-criminal Divide', *The Yale Journal of International Law*, Vol. 33, No. 2, 2008, p. 410; Pejić, Jelena, 'Procedural Principles and Safeguards for Internment/Administrative Detention in Armed Conflict and Other Situations of Violence', *International Review of the Red Cross*, Vol. 87, No. 858, 2005, p. 384, 386.

<sup>95</sup> Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 226.

<sup>96</sup> Ibid., p. 226.

<sup>97</sup> *Bismullah v. Gates*, 501 F. 3d 178 (D. C. Cir., 2007), p. 187.

<sup>98</sup> Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 226.

<sup>99</sup> *Bismullah v. Gates*, op. cit., p. 180.

査を求めた<sup>100</sup>。

裁判所がアメリカ政府に対して示した要求は、グアンタナモにおけるように被抑留者の人数が少ないときには比較的容易に充足されることが可能であるが、数千人の被抑留者を擁する非国家アクターとの紛争において課されれば、それを実現することは困難である。こうした場合には、行政審査がより現実的であると考えられる<sup>101</sup>。

第3に、審査手続上の問題に関して次の点につき、さらなる法的発達が必要とされる。

まず、抑留審理について。多様な側面をもつ審理に最低限の手続が設定される必要がある。例えば審査機関は、証拠の基準・証拠の制限・情報を被抑留者と共有する義務など重要な問題をいかに取り組むべきか。

この節で検討したように、非国家アクターとの紛争における抑留ではこれらの問題について平時の刑事抑留におけるほどには厳しくないとしても、伝統的な国際的武力紛争におけるより厳密な基準が要請されている。

次に、再審査は一度で良いのか、それとも定期的に抑留継続の審査が要請されるのかに関して。

非国家アクターとの紛争においては、国際的武力紛争における捕虜や文民の被保護者の抑留におけるより、抑留の再審査が一層、重要である<sup>102</sup>。人権法により規律される行政抑留、並びに文民条約により規律される安全保障上の抑留におけるように、個別の危険性を抑留の基準とする場合、審査手続は、その脅威は時間が経過しても存続しているのかどうかを定期的に評価する必要がある<sup>103</sup>。

最後に地理がいかなる役割を演じるべきかに関して。

アメリカ連邦裁判所は、被抑留者が抑留された場所に依じて彼らに提供する手続的保障のレベルを変えた。例えば、グアンタナモ基地に収容された被抑留者は、人身保護請求権を含む十分な手続的保障を受けるが、アフガニスタンやイラクで収容されている被抑留者は、彼らがどこか他の場所で拘束されそこに移送されたとしても、はるかに少ないプロセスを受ける<sup>104</sup>。

一見したところ、この区別には意味がある。個人が敵対行為が行なわれている場所にいるとき、審理や裁判所の再審査を行うことは、はるかに困難である。戦場の近隣で収容された被抑留者は、戦闘において拘束されるという点で、プロセスは少なくともよいと考えられる。また拘束する側も戦闘に従事しており、プロセスが要請する証拠収集のための装備が少ない<sup>105</sup>。

しかし問題はそう単純ではなく、批判が起こっている。戦場の近隣であっても離れていても拘束は多くの場合、文民と戦闘員を区別するのが困難な状況において行われ、むしろより大きいプロセスを必要とさせている。また、地理に基づいて変化する手続的要件の許容は、国家に道理に反する動機を起こさせる。コロンビア特別区巡回裁判所が判示した<sup>106</sup>ように、もし敵対

<sup>100</sup> アメリカ政府は Bismullah 事件判決に対して裁量上訴受理令状を要請した。その中において示された政府の見解である。Gates v. Bismullah, 554 U. S. 913 (2008) (No. 07-1054), p.29.

<sup>101</sup> Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 227.

<sup>102</sup> この点について本稿第2節で検討した。

<sup>103</sup> Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 227.

<sup>104</sup> Maqaleh 事件においてアフガニスタン域外で拘束されアフガニスタンに移送された被抑留者は、人身保護請求権を有しないと主張された。Maqaleh v. Gates, 605 F. 3d, p. 87; Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 228.

<sup>105</sup> Ibid.

<sup>106</sup> Maqaleh v. Gates, op. cit., p. 87.

行為が行われている地域において国家が個人を拘束して自国に連行し、それによって手続の付与を回避できるとしたら、諸国はそうする動機をもつ。そうした動機は、拘束された者を実際の戦闘の危険から保護することを要請している捕虜条約・文民条約双方の人道精神に真っ向から反する<sup>107</sup>。

以上のように被抑留者を地理的区別に応じて手続的保障を付与することは、抑留当局の現実的必要を反映しているが、被抑留者の保護の点から問題が多く、さらなる検討が必要とされる。

## おわりに

本稿では主にアメリカによるテロとの戦いにおける被抑留者の問題を検討してきた。最後に、紛争における抑留を規律する法の明確化、あるいは法制度作成への動きを紹介したい。

まずアメリカは2007年に、対テロと抑留作戦に従事してきた他の数カ国とともに、適用可能な国際法規則、並びに、法的発達が必要とされる分野を明確にするために一連の会議を開催した<sup>108</sup>。また同2007年に、デンマークが一般に‘コペンハーゲン・プロセス’と呼ばれる政府間プロジェクトを開始している。その目標は、国連により授權された多国籍部隊による抑留問題に関して、部隊提供国に共通の枠組を作成することである。検討された論点には、国際的武力紛争・非国際的武力紛争・平時の各々の事態における抑留規則の相違点、並びに、被抑留者移送の基準などがある。

一方国連PKO局としても同様に、‘国連平和活動における抑留’と題して国連により授權される多国籍部隊に関する標準的な手続について研究している。コペンハーゲン・プロセス並びに国連PKO局の取組はともに、多国籍部隊による活動において行われる抑留を規律する共通の法規則・作戦規則を作成することである。これら取組では、適用可能な国際法の下での国家の義務を反映した共通基準を明確にすることである<sup>109</sup>。

こうした抑留に適用されるべき法規則の明確化の試みによって、多様な提案が行われてきたが、何が現行法における空白であるのか、また適用すべき規則について合意に至っていない。こうした状況の背景に、アメリカのアル・カーイダ構成員に対する抑留政策をめぐってアメリカと他の諸国との間に生じた対立があると考えられる<sup>110</sup>。アメリカではオバマ政権になって、

---

<sup>107</sup>Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 228.

<sup>108</sup>Ibid., p. 203.

<sup>109</sup>いわゆるコペンハーゲン・プロセスの第1回会議（国際軍事活動における被抑留者の取扱に関する第1回コペンハーゲン会議）は2007年10月11～12日に開催された。国際赤十字委員会（ICRC）、北大西洋条約機構（NATO）、及び国連の代表者、並びに16カ国政府（アルゼンチン、オーストラリア、ベルギー、カナダ、デンマーク、フランス、ドイツ、オランダ、ニュージーランド、ナイジェリア、ノルウェー、パキスタン、南アフリカ、スウェーデン、アメリカ、イギリス）の代表者が出席した。第2回コペンハーゲン会議は2009年に開催され、参加国は28カ国に増えた。Ministry of Foreign Affairs Denmark, Legal Department, The Copenhagen Process on the Handling of Detainees in International Military Operations (December 2007), annex 1; Brannagan, Craig A., ‘The Copenhagen Process on the Handling of Detainees in International Military Operations: A Canadian Perspective on the Challenges and Goals of Humane Warfare’ *Journal of Conflict and Security Law*, Volume 15, Number 3, 18 Nov. 2010; ICRC, ‘International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts’, op. cit., p. 32

<sup>110</sup>Bellinger III, J. B. and Padmanabhan, V. M., op. cit., p. 242.



テロとの戦いにおける抑留政策にも変化がみられる。2008年6月12日の *Boumediene v. Bush* 判決以降、グアンタナモに収容された被抑留者は、人身保護請求によって抑留の合法性につき、アメリカの司法裁判所に異議を申立てることができるようになった。この判決以降、米国の裁判所は53件以上のグアンタナモ被抑留者に関わる人身保護請求を受理し、そのほとんどの事件につき、裁判所は被抑留者の解放を命じている<sup>111</sup>。

この時機をとらえて、武力紛争における抑留を規律する法規則の明確化がなされるべきである。法的な合意に至ることが困難であるようならば、少なくとも主要国の間で政治的なガイドラインに関して合意を模索する必要がある。

---

<sup>111</sup> *Boumediene* 判決については本稿注(87)を参照のこと。 *Boumediene v. Bush*, 553 U. S. 723, 2008; ICRC, 'Persons detained by the US in relation to armed conflict and the fight against terrorism – the role of the ICRC' 09-01-2012. このICRCの報告書については本稿注(2)を参照のこと。