

# タリバンの「不法戦闘員」としての地位 ——破綻国家との国際武力紛争——

森田 桂子

## <要 旨>

2001年10月7日、米国は、その前月の同時多発テロに対する自衛権の行使としてアフガニスタンに対する攻撃を始め、同国との間で国際武力紛争状態に入った。米国はこのアフガニスタン戦争の過程でタリバンとアルカイダに属する多くの者を捕らえたが、その全員に対して捕虜の資格がない「不法戦闘員」の決定を行った。本稿では、1949年ジュネーヴ条約（捕虜条約）の観点から、この決定の妥当性を検討した。

伝統的に不法戦闘員とは、平服により間諜行為やサボタージュを行った正規兵や、第2次世界大戦中に頻発したパルチザン兵を指す用語として慣習上用いられてきたが、アフガニスタン戦争における被拘束者は果たしてこれに該当するのだろうか。本稿では、特にアフガニスタン戦争勃発前のタリバンをめぐる状況にも注目し、タリバンの事実上の政府としての地位が、条約解釈に及ぼした影響についても考察した。

## はじめに

戦争中に敵国に捕らえられた兵士が捕虜の取扱いを受けるという原則は、18世紀以降の戦争法の中で確立した。捕虜は、犯罪人とは区別された身分であり<sup>(1)</sup>、その拘束は敵の抵抗力を殺ぐことを唯一の目的として行うものである。したがって、抑留国は、終戦までの拘束期間中に捕虜に対して常に人道的な待遇を与えなければならない、また、糧食、寝具、被服に関しても抑留国軍隊と同様の取扱いをしなければならない(1907年ハーグ陸戦規則<sup>(2)</sup> 7、4条)。このように捕虜に与えるべき待遇は、現在、国際条約で細かく規制されている。

ただし、文民に変装して間諜行為やサボタージュを行った軍人や、文民の中でゲリラ戦に加わった者などには、伝統的に捕虜の資格が認められてこなかった。これらの者は、交戦法規の違反を犯していない場合であっても、抑留国への有害な行為を(捕らえられる前に)行った、という理由で、古くから「戦時犯罪人」と分類され、処刑されるのが普通であった。

2001年9月11日に同時多発テロが発生した後、米国政府はテロの首謀者をかくまうタ

---

(1) 立作太郎『戦時国際法論』（日本評論社、1931年）168～169ページ。

(2) 陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約附属書陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則。

リバンに対して軍事攻撃を始めた。その結果、アルカイダやタリバンに属する多くの者がアフガニスタンで捕らえられたが、それらの者は米国政府によって一様に捕虜の資格を持たない戦時重罪人、米国政府の用いた表現によれば「不法戦闘員」であると決定された。多くの者は現在もキューバのグアタナモ基地で拘束され続け、拷問とも言われる尋問を受けている、と報じられている。さらに一部の者には戦争犯罪を裁くために軍事審問委員会 (Military Commission) への訴追手続きが始められている。

しかし、このようにタリバンやアルカイダに対して包括的に捕虜資格を否定する米国政府の見解は果たして妥当であったのか、被拘束者に対する非人道的待遇は、米国自身の捕虜条約<sup>(3)</sup> 違反および関係者の戦争犯罪にあたるのではないか。これらの疑問は、2002 年に米国政府がアフガニスタン戦争の被拘束者の取扱いを決めた当時から米国内外で提起されてきた。

国際テロ組織であるアルカイダは、本来、武力紛争法の下で国家に類するいかなる地位も持っていない。しかし、米国が 2001 年 10 月に始めた軍事行動によってアフガニスタン領域内には武力紛争の状況が発生したために、その帰結として、当該領域内で戦うアルカイダ兵が個人として武力紛争法上どのような身分を与えられるか、というアルカイダ兵の捕虜資格の論点が浮上した。政府の軍隊に属さない個人が敵対行為に従事し、捕虜の身分を持つことができるのは、武力紛争法上、不正規兵 (民兵隊、義勇隊) か群民兵<sup>(4)</sup> に該当する場合に限られるが、通常、武装するアルカイダが群民兵に該当すると考えられることはない。アルカイダ兵が捕虜資格を持つとすれば、それは前者の不正規兵に該当する場合であり、実際にも彼らの捕虜資格は「タリバン軍の不正規兵」の文脈で論じられることが多い。しかし、本稿では、アルカイダ兵の捕虜資格の問題を直接検討するのではなく、アルカイダと共同して戦ったタリバン軍の地位について取り上げる。タリバン軍がそもそも政府の軍隊でなければ、その不正規軍としてのアルカイダの地位を議論することもできないからである。

タリバン兵が国際法上の捕虜に該当しうるのかについては、「タリバンは政府軍であり、個々のタリバン兵はその一員として属することによって捕虜の資格がある。」と主張する対米批判がある。これに対して「政府軍であっても制服や標章の着用や、戦争法の尊重などの条件が守られていなければ捕虜の資格がない」と反論する説もあり、両者の間で対立がみられる。

そこで本稿では、米国とアフガニスタンとの間で主として適用される捕虜条約の観点か

(3) 捕虜の待遇に関する 1949 年 8 月 12 日のジュネーブ条約。

(4) 本文 52 ページの捕虜条約 4 条 A (6)。

らこの論争を取り上げ、中でも捕虜資格を定める4条に照らして、政府軍兵士の捕虜資格要件を検討する。

次に、当時、タリバンがアフガニスタン内戦において占めた事実上の政府としての地位について、それが、捕虜条約の適用に与える効果を検討する。米国が始めたタリバン攻撃は、アフガニスタン内戦への介入、当該内戦の国際化という側面をあわせ持っているが、そもそも内戦に対する他国の軍事介入は、当然に「国際」武力紛争を発生させるわけではない。2002年6月の新政権樹立後の同国の状況におけるように、正当政府の承認を得た外国軍と反政府武装勢力との間の戦闘は、国際性を帯びつつも、むしろ内戦と見るのが正しい。それでは、2001年秋以降の米国とタリバンとの間の戦闘は、内戦であったのか、「国際」武力紛争であったのか。捕虜の身分は、国家間の戦争、言い換えれば国際武力紛争の状況でしか妥当しない身分であるから、タリバンが捕虜であるかを論じるためには、当時、両国間で国際武力紛争が存在していなければならない。しかし、タリバンをアフガニスタンの正当政府とは認めない、つまり事実上の存在にすぎないと考えるタリバンとの関係で、いかなる理由によって「国際」武力紛争が存在していた、と言えるのか。伝統的な戦争法における事実上の政府（勢力）の扱いと照らし合わせながら、アフガニスタン戦争の性格、紛争当事者の地位の問題を考える。

以下の本論では、まず一方の紛争当事者である米国政府が、捕虜条約の適用およびタリバンやアルカイダの被拘束者の地位に関してどのような見解を持っていたのかを概観する。続いて、上に挙げた捕虜条約の4条の解釈、事実上の政府であることの特异性やその効果を検討する。

## 1 米国の主張——タリバンの捕虜資格の否定<sup>(5)</sup>

アフガニスタンに対する軍事攻撃が始まってから約半月後の2001年10月下旬、赤十字国際委員会(ICRC)は、すべての当事者による国際人道法の尊重を要請する声明を発表した。この声明の中でICRCは、タリバンと米英軍との間の国際武力紛争において捕らえられた者は捕虜条約と文民条約に従って取り扱われなければならない、との見解を示して、本紛争へのジュネーブ諸条約の適用を強く求めた<sup>(6)</sup>。

(5) 米国政府内で展開された議論の詳細については、森川幸一「『対テロ戦争』への国際人道法の適用——『テロリスト』の取扱いをめぐる米国での議論と日本の捕虜法制を中心に」『ジュリスト』1299号(2005年)73ページ以下を参照。

(6) International Committee of the Red Cross (ICRC), Afghanistan: ICRC Calls on All Parties to Conflict to Respect International Humanitarian Law, ICRC Press Release, Oct. 24, 2001, available at <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/57jr18?opendocument>.

しかしながら米国政府がアフガニスタン戦争へのジュネーブ条約の適用を正式に認めたのは翌 2002 年 2 月に入ってからのものであった。

(1) 2001 年 11 月 13 日大統領令<sup>(7)</sup>

米国政府は 2001 年 11 月 3 日に「対テロ戦争におけるある種の外国人の拘束、待遇ならびに裁判」と題する軍事命令を既に出していたが、その中で、初めて本紛争に対する政府の見解を公表した。その内容は要約すると以下の通りである。

- ・国際テロリストは、米国の軍隊の使用を要請する規模の武力紛争状態をつくりだした。
- ・次に挙げる本命令の対象者は、国防長官が定める条件の下で拘束される（人道的待遇、良好な宿営条件、信教の自由を含む。）
- ・また、これらの対象者は、戦争法および軍事法廷で適用可能な他の法規の違反について訴追される。

①現在アルカイダの一員である者、過去に一員であった者

②米国および米国の国民、安全、外交政策、経済に対して悪影響を与える国際テロ行為またはその準備に従事、教唆、共謀した者

③上記に該当する者を故意にかくまった者

このように、この時点の米国政府の見解は、アフガニスタン戦争に関する武力紛争の性格（国際武力紛争か非国際武力紛争か）、タリバンやアルカイダの被拘束者がどのような身分を付与されるのか（捕虜か捕虜でないか、戦争犯罪人か）のいずれの点についても明確な言及がないものであった。本軍事命令は、テロリストの軍事審問委員会への訴追を予定しながらも、彼らが捕虜としての身分を持つ可能性については一切触れていないのである。

(2) アフガニスタン戦争への捕虜条約適用の可否

この軍事命令が出された後も、被拘束者の取扱いをめぐる議論は関係諸機関において続けられていたが、ブッシュ大統領は、当初、捕虜条約の適用を否定する 2002 年 1 月 18 日の司法省提出による法律意見を支持していたと伝えられている<sup>(8)</sup>。国務省を除く大半の政

(7) President Issues Military Order, Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism, Nov. 13, 2001, available at <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/11/20011113-27.html>.

(8) Memo from White House Counsel Alberto Gonzales to Pres. George W. Bush on the Decision Re Application of the Geneva Convention on Prisoners of War to the Conflict with Al Qaeda and the Taliban, Jan. 25, 2002, available at <http://news.lp.findlaw.com/hdocs/docs/torture/gonzls12502mem2gwb.html>.

策立案者にとって、被拘束者への尋問を制約する捕虜条約は疎ましいものでしかなく、同時に、被拘束者に対する「非人道的待遇」を理由に彼ら自身が戦争犯罪責任を追及される事態はなんとしても避けなければならなかった<sup>(9)</sup>。そして、捕虜条約の不適用を正当化するために持ち出されたのが、破綻国家に対する国際条約の一時運用停止——米国大統領は、連邦憲法においてこのような権能を与えられている——という理屈であった<sup>(10)</sup>。

## ア 条約適用肯定論

パウエル国務長官（当時）は、このような司法省の見解に対して直ちに反論を提起し、大統領に対して再考を促した。同長官は、「アルカイダのテロリストは、グループ全体として捕虜資格を付与されない、タリバンも全体としてか、またはケース・バイ・ケースにおいて捕虜ではないと決定されうる」との前提をおきつつも、捕虜条約の適用そのものは認めるべきだという主張を、次の2つの理由によって説明した。

第1に、アフガニスタンは捕虜条約の締約国であるのに、その条約を米国とアフガニスタンとの間で適用しない、という結論は諸外国によって受け容れられないであろう（諸外国は、容疑者の米国への引渡を拒否するおそれがある）。第2に、過去に米軍が関与した武力紛争において、米国政府が捕虜条約を適用しなかった例は存在しない。捕虜条約はすべての武力紛争に適用される、というのが起草者の意図である<sup>(11)</sup>。

## イ 条約適用否定論

しかし、ゴンザレス大統領府法律顧問は、このような国務省の反論を一蹴した。司法省とならぶこの条約不適用論者は、テロに対する戦いが新しいタイプの戦争であり、そこでの優先順位は捕らえたテロリストおよびその支援者から、速やかに必要な情報を得ることにある点、敵捕虜に対する尋問に厳しい制約を課す一方で、捕虜に対して様々な特権を与える条約はもはや時代遅れだという点を重ねて強調した。

さらに、ゴンザレス法律顧問からは、次のような条約批判さえ繰り広げられた。近時のいくつかの紛争でも米兵捕虜は虐待を受けたように、捕虜条約は敵国に対してなら抑止

(9) Jordan J. Paust, "Executive Plans and Authorizations to Violate International Law Concerning Treatment and Interrogation of Detainees," *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol.43 (2005), p.811, 824. et seq.

(10) Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President, and William J. Haynes II General Counsel of the Department of Defense, on the Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees, Jan. 22, 2002, available at <http://f1.findlaw.com/news.findlaw.com/hdocs/docs/doj/bybee12202mem.pdf>.

(11) Colin L. Powell, Memorandum, Draft Decision Memorandum for the President on the Applicability of the Geneva Convention to the Conflict in Afghanistan, Jan. 26, 2002, available at <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.01.26.pdf>.

効果を持たなかった。テロリストもまた捕虜条約に従うことはないであろう、と。

このように条約不適用論に固執するゴンザレス法律顧問と対照的であったのが司法省バイビー司法次官補の見解である。おそらく国務省からの反論を受けてか、彼の議論の焦点は、当初の条約不適用論から、条約を適用し関係条文の下で判断した結果捕虜資格はないとする結論へと変化しているのであった。捕虜条約を適用しても、依然としてアルカイダとタリバンの全体に対して捕虜資格を否定できることを論じたこの覚書は、数日後に公表された米国政府の政策 (2 月 7 日) の起案に大きな影響を与えたものと考えられる。

#### ウ 条約適用論への軌道修正——バイビー・メモ

バイビー・メモは、まず、タリバンが自ら民兵 (militia) と名乗っていることに触れ、「不正規軍であるタリバンが捕虜の身分を持つか」(①) を検討し、その次に「政府軍と仮定した場合に捕虜の身分を持つか」(②) の論点を扱っている。この 2 区分は捕虜条約の条文に則した分類であるが、捕虜条約 4 条は、正規兵、不正規兵のそれぞれについて捕虜資格を次のように定める。

捕虜条約 4 条 A この条約において捕虜とは、次の部類の一に属する者で敵の権力内に陥ったものをいう。

- (1) 紛争当事国の軍隊の構成員及びその軍隊の一部をなす民兵隊又は義勇隊の構成員
- (2) 紛争当事国に属するその他の民兵隊及び義勇隊の構成員 (組織的抵抗運動団体の構成員を含む。) で、その領域が占領されているかどうかを問わず、その領域の内外で行動するもの。但し、それらの民兵隊又は義勇隊 (組織的抵抗運動団体を含む。) は、次の条件を満たすものでなければならない。
  - (a) 部下について責任を負う一人の者が指揮していること。
  - (b) 遠方から認識することができる固着の特殊標章を有すること。
  - (c) 公然と武器を携行していること。
  - (d) 戦争の法規及び慣行に従って行動していること。
- (3) 正規の軍隊の構成員で、抑留国が承認していない政府又は当局に忠誠を誓ったもの
- (4) 軍隊に随伴する文民、(5) 商船の乗組員 (略)
- (6) 占領されていない領域の住民で、敵の接近に当り、正規の軍隊を編成する時日がなく、侵入する軍隊に抵抗するために自発的に武器を執るもの。但し、それらの者が公然と武器を携行し、且つ、戦争の法規及び慣例を尊重する場合に限る。

(1) ～ (3) のうち、不正規軍について定めたのが (2) である。(1) と (3) はともに政府軍について定めた規定であるが (3) は抑留国によって承認されていない政府という点で、(1) とは区別される。

なお、タリバンについての事実は、国防省から提供された情報に基づいており、米国内で共有されていたと思われる<sup>(12)</sup>。バイビー・メモの論旨をまとめると、大体次のような内容に要約できる。

#### ①不正規兵としてのタリバン

捕虜条約は、不正規兵が捕虜と認められるための要件を4つ掲げるが、タリバンは公然武器携行（捕虜条約4条A(2)の中の(c))を除き、1つも基準を満たしていない。武器携行要件を満たしているといっても、アフガニスタン人民の多くは日常的に武器を保有しているため、タリバンを判別するのはほとんど不可能であった。結論として、タリバンは捕虜とは認められない。

#### ②政府軍としてのタリバン

タリバンが一部において主張されるように政府の軍隊であったとしても捕虜条約の解釈上、不正規兵の資格判断に課された4つの要件(4条A(2)の(a)指揮官の存在、(b)標章の着用、(c)公然武器携行、(d)戦争法の遵守)は、正規軍兵士の捕虜資格判断にもあてはまる。タリバンは①で論じたように、4つのうち大半の基準を満たさない以上、政府軍と仮定しても捕虜資格が付与されない。

#### ③大統領決定の効力

大統領がタリバンとアルカイダのそれぞれの被拘束者に対して、捕虜資格がないと決定した以上、その決定にはなんら疑いがないので、捕虜条約5条が定める手続きに従って改めて被拘束者の地位を審理する必要はない。

捕虜条約5条は「交戦行為を行つ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ついて疑いが生じた場合には、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。」(第2文)と定める。捕虜資格の最終的決定は、「権限のある裁判所」によって行うと定めるところ、バイビー・メモは、それが不要であるという。

(12) Rear Admiral L.E. Jacoby, US Navy, J-2, Information Paper, Subject: Background Information on Taliban Forces (Feb. 6, 2002), in Memorandum from Assistant Attorney General Jay S. Bybee to The White House Counsel on the Status of Taliban Forces under Article 4 of the Third Geneva Convention of 1949, Feb. 7, 2002, p.2, available at <http://news.findlaw.com/hdocs/docs/torture/bybee20702mem.html>.

### (3) 2002 年 2 月 7 日の大統領覚書<sup>(13)</sup>による捕虜資格の否定

ブッシュ大統領は、当初の条約不適用の立場から一転して、この 2 月 7 日の声明で初めて公式にジュネーヴ条約の適用を認めた。ただし、それは、タリバンについてのみであり、アルカイダに対しては依然として条約は適用されない、という立場が維持されていたのであった。

もっとも、最終的にはタリバンとアルカイダの双方について捕虜資格はない、という結論で両者の間に違いはなかった。タリバンについては、「我が国は、タリバンをアフガニスタンの正当政府として承認していないが、アフガニスタンはジュネーヴ条約の締約国である。そのため、米大統領はタリバンに当該条約が適用されると決定する。しかしながら、ジュネーヴ条約の条文の下でタリバンは捕虜と認められる権利を持たない。」

他方、アルカイダについては、「アルカイダはジュネーヴ条約の締約国ではなく、外国のテロリスト集団である。それ故、そのメンバーには捕虜資格がない。」とされた。

こうして捕虜資格がないと判断された被拘束者には、一部捕虜でないために受けられない特権があるものの、通常、捕虜に付与される待遇の多くは認められる、という。

このように、この声明ではただ、タリバンに捕虜の地位が認められないという結論が述べられるだけで、いかなる具体的理由によるのかが明らかにされていない。おそらくバイビー・メモが論じたように、正規軍であるか不正規軍であるかを問わずすべての兵士に課される 4 つの要件 (捕虜条約 4 条 A (2) の (a) 指揮官の存在、(b) 標章の着用、(c) 公然武器携行、(d) 戦争法の遵守) のすべてが大半がタリバンによって守られていないことによるのであろう (武器の公然携行さえ否定する見解も見られる<sup>(14)</sup>)。実際に、2003 年 5 月 7 日のプレス声明でも「(捕虜条約) 4 条の下で捕虜と認められるためには、アルカイダとタリバンの被拘束者は、4 つの条件を満たさなければならない。要件未充足により捕虜資格はない」との見解がはっきり示されている<sup>(15)</sup>。

### (4) 軍事審問委員会による「戦争犯罪」の訴追

この 2 月 7 日の声明が出された後も、タリバン兵やアルカイダのメンバーは次々と捕らえられたが、捕虜資格を持たないと認定されたうちの一部の者には、次に軍事審問委員会

(13) White House Fact Sheet, "Status of Detainees at Guantanamo," Feb. 7, 2002, available at <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/02/20020207-13.html>.

(14) U.S. DoD News Transcript, Secretary Rumsfeld Media Availability en Route to Camp X-Ray (Jan. 27, 2002), in "Decision Not to Regard Persons Detained in Afghanistan as POWs," *American Journal of International Law*, Vol.96 (2002), p.479.

(15) Statement by the Press Secretary on the Geneva Convention, available at <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/05/20030507-18.html>.

における戦争犯罪責任の追及が待ちうけていた。

最新の「2006年軍事審問委員会法」<sup>(16)</sup>は、この手続きの対象となる「不法敵戦闘員」を次のように定めている。

#### ア 不法戦闘員の定義 (SEC.3, § 948a)

本法の下で「不法戦闘員」とは、「米国またはその共同交戦国に対する敵対行為を意図的かつ実質的に支援する者であり、合法敵戦闘員でない者（タリバン、アルカイダ、または関連の武装勢力の一部を含む）」であり、「本法制定日、またはその前後に、戦闘員資格審査裁判所<sup>(17)</sup>または大統領、国防長官の権限の下で設置されたその他の裁判所により不法敵戦闘員であると決定された者」を指す。ここで、言及された「合法敵戦闘員」は、さきに引用した捕虜条約4条Aの中の正規兵、不正規兵の捕虜資格を定めた部分に該当する<sup>(18)</sup>。

#### イ 軍事審問委員会の管轄権 (SEC.3, § 948d)

「軍事審問委員会は、2001年9月11日およびその前後に、外国人不法敵戦闘員 (alien unlawful enemy combatant) によって行われた、本章および戦争法により処罰可能なあらゆる犯罪を審理する管轄権を有する。反対に合法敵戦闘員で戦争法違反を犯した者に対する管轄権を軍事審問委員会は持たない。この軍事審問委員会は、国防長官が定める制約の下において、本章で禁止されない、また本章や戦争法によって認められているいかなる刑罰（死刑を含む。）をも科することができる。」

#### ウ 訴追の対象となる犯罪類型 (SEC.3, § 950v.)

「被保護者の殺人、文民、民用物ならびに保護を受けるものへの攻撃、掠奪、助命の拒否、人質行為、毒および類似の兵器の使用、被保護者の盾や保護を受けるものの盾としての使用、拷問、虐待または非人道的待遇、故意による深刻な身体の損傷、身体の切断、戦争法に違反した殺人、戦争法に違反したものの破壊、背信行為、休戦旗の不正な使用、特殊標章の不正な使用、遺体の故意の損傷、強姦、性暴力、船舶または航空機の運航奪取、または航行阻害、テロリズム、テロへの物質的な援助、敵への違法な支援、間諜行為、これらの犯

(16) Military Commissions Act of 2006. Public Law 109-366-Oct.17, 2006.

(17) “Combatant Status Review Tribunal Order Issued,” U.S. DoD, News Release, No. 651-04, July 07, 2004, available at <http://www.defenselink.mil/releases/release.aspx?releaseid=7530>.

(18) ただし、事実上の政府軍に関しては、捕虜条約4条A(3)における「抑留国が承認していない当局」(下線は筆者)に言及がないため、合法戦闘員の範囲は捕虜条約より狭い。ただし、アフガニスタンにおける戦闘が内戦に変質して以降の状況に関するもので、本稿では検討対象としない。

罪の共謀。」

しかし、本法がこのように定める犯罪類型は、伝統的な戦争犯罪の類型と合致しない。後述するように、間諜行為は、それ自体は戦争犯罪ではない。また、2006 年のハムダン事件米連邦最高裁判所判決<sup>(19)</sup>が指摘したように、犯罪の共謀 (conspiracy) が判例や国際条約の下で戦争犯罪と分類されたことはない。さらに、一見すると戦争犯罪に見える行為類型も、それらが武力紛争中に行われたのでなければ、「戦争」犯罪には該当しない。本法では、2001 年 9 月 11 日の同時多発テロ以前にまで遡る行為が戦争犯罪だとされているが、米国とアフガニスタンとの間に武力紛争が発生したのは、米国が反撃を開始した 2001 年 10 月 7 日以後のことである。それ以前には両国間に武力紛争が存在していない以上、戦争犯罪とみなすことは不可能である<sup>(20)</sup>。

このような「戦争犯罪」の時間的範囲に加えて、米国が主張する武力紛争の領域的範囲についても問題がある。被拘束者の少なからずの者は、アフガニスタン国外で捕らえられているが、米国とアフガニスタンとの間の武力紛争である以上、両国の領域以外の場所で「戦闘員」が存在したり、捕えられた者が「捕虜」となることはないはずである<sup>(21)</sup>。米国やアフガニスタン以外の国の領域でも武力紛争が存在しているためには、第 3 番目の紛争当事者がいなければならない<sup>(22)</sup>。

このように、米国の定義する「不法戦闘員」には、その根本的理解において重大な欠陥があると言わざるを得ない<sup>(23)</sup>が、とりあえず、従来の武力紛争法の枠組みを出るテロリストの問題は本稿では扱わず、以下ではアフガニスタン領域で戦い、また捕らえられたタリバン兵に焦点を絞り、その捕虜としての地位を検討する。

(19) “[T]he offense alleged must have been committed both in a theater of war and *during*, not before, the relevant conflict.” Supreme Court of the United States, *Hamdan v. Rumsfeld, et al.*, 126 S. Ct. 2749 (2006), p. 36. available at <http://www.supremecourtus.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf>.

(20) テロが武力紛争中の行為であれば戦争犯罪に該当する。1977 年第 1 追加議定書 52 条 2 項「文民たる住民それ自体及び個々の文民は、攻撃の対象としてはならない。文民たる住民の間に恐怖を広めることを主たる目的とする暴力行為又は暴力による威嚇は、禁止する。」ただし武力紛争以外の状況で行われた場合にも「人道に対する罪」に該当しうる。Hans-Peter Gasser, “Acts of Terror, ‘Terrorism’ and International Humanitarian Law,” *International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 847 (2992), p. 547, 556 ; Jordan J. Paust, “There Is No Need to Revise the Laws of War in Light of September 11th,” ASIL Task Force on Terrorism (December 2002), p. 2.

(21) Frits Kalshoven, “The Qualification of Specific Situations as International Armed Conflict,” in *idem, Reflections on the Law of War* (Martinus Nijhoff Publishers, 2007), p. 928.

(22) 同時多発テロの主犯格として、現在、軍事審問委員会に訴追されているモハメド容疑者は 2003 年にパキスタンで捕獲された。

(23) 「米国のアフガニスタン攻撃の主要な目的は、テロリストを裁判にかけるための逮捕・拘留行為、すなわち法執行措置にあった」故に、アルカイダ関連の裁判は、「一方で、本来武力紛争法が持っている領域的制約や時間的制約を無視しており、その点では刑事法的な特徴を示している」。古谷修一「国際テロリズムと武力紛争法の射程——9・11テロ事件が提起する問題」村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』（東信堂、2004 年）176～188 ページ。

## 2 正規兵の捕虜資格

さきに引用したように、捕虜条約は、主たる捕虜のカテゴリーとして、(1) 政府軍の兵士、(2) 不正規兵、さらに (3) 敵国により承認されていない政府又は当局の兵士の3種類に分けて捕虜の定義をおいている。ただし、米国政府は、単に「捕虜条約がタリバンに適用される」、「タリバンは4つの条件 ((a) 指揮官の存在、(b) 標章の着用、(c) 公然武器携行、(d) 戦争法の遵守) を満たしていない」と述べるだけで、タリバンが (1) ~ (3) の中でいずれのカテゴリーに該当するかまでは述べていない。条約の構造上、4つの要件が (2) の不正規兵の箇所だけに書かれていること、先述のバイビー・メモがタリバンを不正規兵と断定している部分からは、「タリバン=不正規兵」と解釈することも可能である。

ただし、米国政府に対する批判で最も多いのは、タリバンをむしろ政府軍兵士と捉えて、その構成員であることを唯一の基準として捕虜資格を肯定する見解である。正規兵の捕虜資格を定めた4条A(1)には、不正規兵の場合に課される4要件の記述が見当たらないからである。他方で、米国政府を擁護する見解にも「タリバン=政府軍」を前提にしているものがあるので、まずは、正規兵が捕虜になるために必要な要件を考えることとする。

### (1) 制服または標章着用の要件

捕虜条約の起草過程によれば、4要件は、正規兵ではなく不正規兵の捕虜資格要件として挿入されたことが明らかである<sup>(24)</sup>。タリバンの捕虜資格を肯定する見解には、実際、この条約起草過程を証拠に挙げるものが多い<sup>(25)</sup>。しかしその一方で、4要件は不正規兵だけでなく正規兵にも課されると主張する見解もないわけではない (Dinstein<sup>(26)</sup>、Detter<sup>(27)</sup>)。この論拠として援用されるのが、制服または標章を着用せずに間諜行為やサボタージュ<sup>(28)</sup>

(24) General SLAVIN(USSR) said that according to the first paragraph, sub-paragraph I, of the working text it would appear that members of the Armed forces would have to fulfill the four traditional requirements mentioned in (a), (b), (c) and (d) in order to obtain prisoner of war status, which was contrary to the Hague Regulations (Article I of the Regulations concerning the Laws and Customs of War, 18 October 1907).

General DEVLJVER (Belgium) pointed out that the above reproduced working text had been drafted with due regard to the Hague Regulations, and the first paragraph, sub-paragraph (I) , of the working text carefully specified that only members of militia or volunteer corps should fulfill all four conditions. Special Committee of Committee II, Twenty-First Meeting, 23 June, *Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949*, Vol.II, Section. A, p.466.

(25) Jiri Toman, "The Status of Al Qaeda/Taliban Detainees under the Geneva Conventions," *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol.32 (2003), p.271; Rüdiger Wolfrum and Christiane E. Philipp, "The Status of the Taliban: Their Obligations and Rights under International Law," *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol.6 (2002), p.559; Robert K. Goldman and Brian D. Tittmore, "Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afghanistan: Their Status and Rights Under International Humanitarian and Human Rights Law," ASIL Task Force on Terrorism (December 2002), p.1.

を行った正規兵に関する国内判例である。

例えばモハメド・アリ事件における同名被告人は、インドネシア軍の正規兵である地位を偽り、文民を装い敵国に入国し、シンガポールの商業ビルに爆発物を設置した。この爆発により 3 名の文民が死亡し、後に身柄を拘束された被告人は、マレーシア刑法上の殺人罪に問われた。しかし、被告人が自らの身分を捕虜であると主張したのに対して、事件を審理した英国枢密院は、この主張を受け容れなかった。その理由とされたのが、任務遂行時は勿論のこと、遂行後に逃亡をはかり逮捕に至るまでの間、被告人はずっと制服を着用しておらず、身柄拘束時に至っても自らの身分を漁師や農民であると偽っていた事実である。この点で、被告人は捕虜条約 4 条 A (2) の (b) 「固着の特殊標章」の要件を満たしていないと判断された<sup>(29)</sup>。

文民を装い間諜行為やサボタージュを行った正規兵が敵に捕えられた場合、その者には捕虜資格を認められないという結論で国家実行<sup>(30)</sup>は一致しており、学説もこれを支持している<sup>(31)</sup>。米国連邦最高裁判所のキリン事件<sup>(32)</sup>のほか、日露戦争中にロシアに捕えられ処刑された横川省三および沖楨介の 2 名の例<sup>(33)</sup>は、その代表例である。なお、こうして

(26) Yoram Dinstein, "The Distinction Between Unlawful Combatants and War Criminals," in *idem*, ed., *International Law at a Time of Perplexity* (Martinus Nijhoff Publishers, 1989), p. 105. 同じ見解として Ruth Wedgwood, "Al Qaeda, Terrorism, and Military Commissions," *American Journal of International Law*, Vol. 96 (2002), pp. 328-337. 捕虜条約 4 条 A (1) (2) の前身である 1907 年ハーグ陸戦規則 1 条は、「戦争ノ法規及権利義務ハ、単ニ之ヲ軍ニ適用スルノミナラス、左ノ条件ヲ具備スル民兵及義勇兵団ニモ亦之ヲ適用ス。」に続き 4 要件を列挙する。

(27) Ingrid Detter, *The Law of War*, 2nd ed. (Cambridge, 2000), p. 136.

(28) サボタージュ (sabotage) については、ジュネーブ諸条約上、明確な定義がおかれていない。文民条約 (戦時における文民の保護に関する 1949 年 8 月 12 日のジュネーブ条約) 5 条は、「紛争当事国の安全に対する有害な活動を行った」者を「怠業者」と規定するが、もともとサボタージュとは、「変装を爲せる軍人又は私人が、敵軍の作戦地帯又は其他敵國の権力を行ふ地帯に侵入し、鉄道、電信、橋梁、兵器製造所等を破壊せんとする」行為を指す。立『戦時国際法論』46 ページ。

(29) *Osman Bin Haji Mohamed Ali and Another v. Public Prosecutor*, Judicial Committee of the Privy Council (U.K.), 29 July 1968. 同種の事件として *Krofan and another v. Public Prosecutor*, Federal Court, 5 October 1966.

(30) W. Hays Parks, "Special Forces's Wear of Non- Standard Uniforms," *Chicago Journal of International Law*, Vol. 4 (1993), pp. 493, 547-560. では日露戦争以降、湾岸戦争までの間のこの種の実行を掲載している。

(31) Richard R. Baxter, "So-called 'Unprivileged Belligerency': Spies, Guerrillas, and Saboteurs," *British Year Book of International Law*, Vol. 28 (1951), p. 323, 341.

(32) *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942).

(33) 1904 年 2 月 21 日、陸軍通訳である横川省三および沖楨介の 2 名は、満州にて鉄橋爆破を企図したが、ロシア側に捕えられ、4 月 21 日銃殺刑に処せられた。満州軍総司令部副第 1985 号第 4 明治 38 年 10 月 9 日満州軍総参謀長児玉源太郎陸軍次官石本新六宛「明治 38 年満大日記 10 月下」(防衛研究所史料室所蔵)。「日露戦役ノ際露國ニ於テ本邦人捕縛関係雜纂 電信訳文 (明治 37 年 4 月 22 日発 23 日着)」(レファレンスコード B07090891400、アジア歴史資料センター)。「…横川、沖氏の行へる所の如きは實に此種の行爲にして、犯罪の名を冠するに忍びざるも、敵より見れば有害行爲なるを以て、敵が戦時重罪として処罰するを認めらるるのである。」(立『戦時国際法論』46 ページ。)これとは反対にロシア兵によるサボタージュの例も存在した。Sakuye Takahashi, *International Law Applied to the Russo-Japanese War* (Banks Law, 1908), pp. 174-178. なお、当時の陸軍刑法 (明治 41 年 4 月 9 日

捕虜資格を否定された不法戦闘員は、一般予防の観点<sup>(34)</sup>から敵国により処刑（通常、死刑である。）されるのが常であるが、裁判所の審理を経ないで行う略式処刑は、戦争犯罪に該当する（1946年ウェルナー・ローデ事件判決）<sup>(35)</sup>。

捕虜条約の文言上、確かに4要件は正規軍に対して書かれていない。ただし捕虜条約コメントリーの指摘するように、これは正規軍が通常、指揮官の存在、武器の公然携行、制服の着用、戦争法の遵守という4要件を既に備えているからであり、ジュネーブ諸条約起草会議に参加した各国政府代表は、単に、これら4要件を改めて正規軍に課す必要はないと考えたにすぎない<sup>(36)</sup>。つまり正規兵が4要件を満たす必要はないと言っているわけではない。したがって正規軍兵士の捕虜としての推定は、後に覆ることもある、という<sup>(37)</sup>。

## (2) 背信か奇計か

なお、アフガニスタン紛争には適用されない条約であるが、こうした文民を装った敵対行為は、1977年第1追加議定書<sup>(38)</sup>の下で部分的に背信行為として禁止されている<sup>(39)</sup>。（下記、引用条文における下線は、筆者による追加）

### 第1追加議定書37条1項（背信行為の禁止）

背信行為により敵を殺傷し又は捕らえることは、これを禁止する。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

法律第46号）は処罰対象である間諜行為とサボターージュにつき下記のように規定している。

第27条 左ニ記載シタル行為ヲ為シタル者ハ死刑ニ処ス

2 敵国ノ為ニ間諜ヲ為シ又ハ敵国ノ間諜ヲ幫助スルコト

第28条 敵国ヲ利スル為ニ左ニ記載シタル行為ヲ為シタル者ハ死刑ニ処ス

1 要塞、陣営、艦船、兵器、弾薬其ノ他軍用ニ供スル場所、建造物其ノ他ノ物ヲ損壊シ又ハ使用スルコト能ハサルニ至ラシムルコト

2 水陸ノ通路、橋梁ヲ損壊シ又ハ壅塞シ又ハ其ノ他ノ方法ヲ以テ軍隊、艦船ノ往来ノ妨害ヲ生セシムルコト

(34) 「即ち同種の犯罪の頻発を防ぐ爲の見せしめである。」田岡良一『国際法学大綱〔下巻〕』（巖松堂書店、1939年）203～204ページ。

(35) 占領下フランスのレジスタンスを支援するために平服で入国した英国兵が本件の被害者である。これらの者はドイツ軍によって捕らえられた後、薬物注射により隠密に処刑されたが、裁判所は処刑前に裁判が行われたことは証明されなかったと結論して9名の被告人のうち6名に対して有罪判決を下した（1名は死刑、残り5名は禁固刑）Case No.31, *Trial of Werner Rohde and Eight Others*, British Military Court, 29<sup>th</sup> May-1<sup>st</sup> June, 1946, United Nations War Crimes Commission, *Law Reports of Trial of War Criminals*, Vol.V (1948), p.54.

(36) Jean S. Pictet, ed., *Commentary III Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War* (ICRC, 1960), p.63.

(37) Yoram Dinstein, "Unlawful Combatancy," in Fred L. Borch and Paul S. Wilson, eds., *International Law and the War on Terror (International Law Studies)*, Vol.79 (2003), p.151, 159.

(38) 1949年8月12日のジュネーブ諸条約の国際的な武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書、1977年署名（開放）、1978年発効。

(39) 背信行為は、かつては1907年ハーグ陸戦条約規則でも禁止事項とされていた。1874年ブリュッセル宣言13条に倣ったハーグ陸戦規則23条口では「敵国又ハ敵軍ニ属スル者ヲ背信ノ行為ヲ以テ殺傷スルコト」を禁止。ただし文民を装った敵対行為自体は背信行為と捉えられていたわけではなく、むしろ捕虜資格の喪失事由として扱われていたと考えられる。

あると敵が信じるように敵の信頼を誘う行為であつて敵の信頼を裏切る意図をもつて行われるものは、背信行為を構成する。背信行為の例として、次の行為がある。

(a) (c) 略

(b) 文民又は非戦闘員の地位を装うこと。

下線に示したように、本条は、敵の殺傷または捕獲に限定があるものの、敵の信頼を誘い、裏切る意図をもつて行われた行為を背信行為として禁止する。これは、文民を最大限、攻撃の影響から保護するために導入された文民との区別義務からくる必然的帰結である。

捕虜条約 4 条 A (2) の (b) 制服または標章の着用の要件についても、この要件をそのまま機械的に適用すればアフガニスタン紛争ではタリバンのみならず、現地住民の服装をした米軍の特殊部隊についても捕虜資格が否定される事態が生じる（米兵は北部同盟軍兵士の着用するマスード・パコル（帽子）、スカーフを身につけ、あごひげをはやした）<sup>(40)</sup>。しかし米国は勿論のこと、過去の戦闘で同種の措置をとった国々も、そのような帰結を受け容れたことはない。特にアフガニスタン戦争において現地住民の身なりをしたのは、タリバンやアルカイダから米兵が認識されるのを妨げ、彼らの攻撃をかかわすために北部同盟側から要請を受けたことによると伝えられている<sup>(41)</sup>。こうした各国の実行が基礎におくのは、背信行為および奇計に関する次のような考え方である。すなわち、国際法違反とされるのは背信的に文民の服装を着用した場合に限られるのであって、他の手段、例えば、文民との間で十分な距離をとって文民との区別をきちんと果たしたような場合は、むしろ奇計であつて国際法違反を生じない<sup>(42)</sup>。正規兵には制服を着用する慣行が確かにある。ただし、今日の武力紛争において最も重要な原則は戦闘員と文民との間の区別である。この区別を達成するための手段が常に制服である必要はない。目的に適えばこれを緩和し、文民との識別を可能にする何らかの標章に替えることができる<sup>(43)</sup>、とする考えである。

タリバンは伝統的な意味における制服は確かに着用していなかった。しかし、そうであればこそタリバンが別的手段により一般住民との区別を行っていなかったかを検証し、その上で捕虜資格の有無を判断するのでなければならない。なにより自らの制服着用を緩和する米国は、タリバンにも相互主義を認めなければならないと考えられる。

そもそも、制服着用により認識可能な敵母集団がまずいて、その中の一部の兵士が文民

(40) Statement by the Press Secretary on the Geneva Convention. 実際に Dinstein 教授のとする見解である。Dinstein, "Unlawful Combatancy," p.173.

(41) Parks, "Special Forces's Wear of Non- Standard Uniforms," p.497, n.7.

(42) Ibid., pp.518-519; Toni Pfanner, "Military Uniforms and the Law of War," *International Review of the Red Cross*, Vol.86 (2004), p.93, 104.

(43) Pfanner, "Military Uniforms," p.105.

を装う間諜の状況と、伝統的な制服ではないとしても（その情報自体も、事前に米国が把握していたはずである）少なくとも全員<sup>(44)</sup>（西欧諸国出身者で、通常のタリバンの身なりをしない者については詳細は不明<sup>(45)</sup>）が同じか似たような格好をしていたタリバンの状況とでは、全く次元が異なる。前者の間諜には、文民を偽る明確な意図がもとにあり背信性が高いのに対して、タリバンに関しては、たとえいかなる標章が着用されていなかったとしても平和的文民と誤認される可能性は低い。現地の女性を装った場合（ブルカの着用）は別として、タリバンが通常的身なりで破壊行為に従事する際、あるいは単に武器も持たずに歩道で発見された場合であったとしても、その者にはタリバンであるとの疑いがかけられるであろう。極言すれば、10月7日に戦闘を開始する前から、その身なりを理由に米国政府はタリバン兵の捕虜資格を否定することさえできたであろう。タリバンは全員が死刑を運命づけられた不法戦闘員ということになる。

以上の議論をまとめると、正規兵には、確かに「軍隊構成員であること」以外の要件に照らして捕虜資格の有無が判断されることがある。ただし、それは、間諜行為やサボタージュの例でわかるように、文民を装ったこと、すなわち制服または標章着用要件の故意の違反が理由とされているのであって、そこに背信の意図が存在するからである。敵軍が全体としてこの要件を満たしているかの判断に際しては、なんらかの認識可能な標章が身につけられているか、という柔軟な解釈がなされるべきである。特に収集可能な情報に照らして、敵兵士の一般的外観が事前に知られている場合には、その状況に応じた背信意図の推定が行われなければならない。

### (3) 戦争法遵守の要件

制服または標章着用の要件以外にも、正規兵の捕虜資格を否定するのに、戦争法遵守の

(44) ただし、タリバンの中には主にパキスタンからの義勇兵である非アフガン人が多くを占めた。タリバン幹部の話として、パキスタン神学生の数は、ピーク時で1万～1万5千名に上ったと伝えられている。川端清隆『アフガニスタン——国連和平活動を地域紛争』（みすず書房、2002年）156～157、163～164ページ。

(45) 「オーストラリア人のタリバン」“Australian Taliban David M.Hicks”は、2006年軍事審問委員会法に基づく軍事審問委員会で初めて有罪判決が下った人物である。彼は、2001年12月パキスタンへの逃走中、アフガニスタン領内で北部同盟により捕獲された後、グアンタナモ基地に身柄を移された。2004年9月30日戦闘員資格審査裁判所（CSRT）において「不法敵戦闘員」と決定された後、テロへの支援を理由に軍事審問委員会に訴追された。2007年3月30日判決において7年の禁固刑が科されたが、6年3カ月の拘束期間を除く9カ月間のみ短縮され、本国において刑期を終えた（“Detainee Convicted of Terrorism Charge at Guantanamo Trial,” U.S. DoD, News Release, No. 362-07, March 30, 2007, available at <http://www.defenselink.mil/releases/release.aspx?releaseid=10678>). Hicksは捕獲時に制服を着用していなかったが、これが不法戦闘員であることの1つの理由に挙げられている（Record of Trial of David M.Hicks, by Military Commission (26-30 Mar. 2007), p.203, available at [http://www.defenselink.mil/news/Mar2007/US%20v%20David%20Hicks%20ROT%20\(Redacted\).pdf](http://www.defenselink.mil/news/Mar2007/US%20v%20David%20Hicks%20ROT%20(Redacted).pdf)).

要件(4条A(2)の(d))が援用される場合がたまにある。しかし、捕虜条約4条起草時に念頭におかれた占領地抵抗運動団体に関して了解があるように、個々の兵士による違反が発生してもその属する団体が全体として戦争法に従っている限り、違反者の捕虜資格は否定されない<sup>(46)</sup>。個々のレベルで違反を犯した兵士は、敵国に捕らわれ、裁判にかけられ、有罪判決を受けた後でも、なお捕虜資格を失わないのである。同じく捕虜条約の85条が「捕虜とされる前に行つた行為について抑留国の法令に従つて訴追された捕虜は、この条約の利益を引き続き享有する。有罪の判決を受けても、同様である。」と定めるのは、この意味においてである。

ところが、この85条には旧ソ連を始めとする当時の社会主義国が留保を付していたので、戦争犯罪を犯した敵国兵士には有罪判決後、捕虜待遇が与えられない、という事態が予想された。実際にベトナム戦争の最中には、米兵を捕らえた北ベトナムがこの留保を発動して被拘束者の捕虜資格を否定した<sup>(47)</sup>。特に、北ベトナムの留保は、「訴追」のみで被拘束者の捕虜資格をはく奪できる、とする内容であったため、留保の効果を「有罪判決後」に限る旧ソ連のそれより広範で包括的な効果を持っていた<sup>(48)</sup>(結局、北ベトナムが米兵捕虜を解放したことにより事態は決着した)。現在でもこれらの国の留保は維持されているが、これらの国の多くが1977年第1追加議定書の締約国になったことで実際的な問題は消滅したものと考えられる<sup>(49)</sup>。

ただし、アフガニスタン紛争に関しては、米国もアフガニスタンもこの種の留保を行っていないので、本来、このような問題は発生しないはずであった。また、タリバンによる戦争法違反を理由にその捕虜資格を否定するのは、米国自身の過去の実行に照らしても一貫性がない。2006年軍事審問委員会法の中で、タリバンを念頭においているものと思われる「テロへの援助」が戦争犯罪ではないことは、さきに述べた通りである。

(46) G.I.A.D. Draper, "The Status of Combatants and the Question of Guerrilla Warfare," in Michael A. Meyer and Hilaire McCoubrey, eds., *Reflections on Law and Armed Conflicts* (Kluwer Law International, 1998), pp.230-231.

(47) Claude Pilloud, "Reservations to the Geneva Conventions of 1949 (II)," *International Review of the Red Cross*, No.181(April, 1976), p.163, 170 et seq. 同種の留保は、アルバニア、ベラルーシ、ブルガリア、中国、チェコスロバキア、ドイツ民主共和国、ハンガリ、北朝鮮、ポーランド、ルーマニア、ウクライナ、ベトナム人民共和国によって宣言された。

(48) Richard A. Falk, "The Geneva Convention and the Treatment of Prisoners of War in Vietnam," in idem, *The Vietnam War and International Law*, Vol.2 (Princeton University Press, 1969), p.388, 405 et seq.

(49) 第1追加議定書44条2項「すべての戦闘員は、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、これらの諸規則の違反は、……戦闘員である権利又は敵対する紛争当事者の権力内に陥つた場合に捕虜となる権利を戦闘員から奪うものではない。」ただし、本条に対して同種の留保が付されている場合には、このような問題が生ずる。

### 3 タリバンは「政府」軍か？

2では、主に正規兵の文脈において、捕虜と認められるために必要な基準を検討した。正規兵の捕虜資格要件として、軍隊構成員であること以外の条件が課されるかについては見解の対立があるが、少なくとも間諜行為やサボタージュという限られた状況に関しては、制服または標章の着用が決定的な判断基準となるというのが確立した実行であった。

そもそもタリバンが政府軍として推定されるのは、2001年当時のタリバンがアフガニスタンの法上および事実上の政府（*a de jure* and *a de facto* government）<sup>(50)</sup>であるとの評価による。タリバンは、この時点で国土の9割前後を実効支配下におき、統治機構を自ら備えていた上に、パキスタン、サウジ・アラビア、UAEからは正当政府としての承認を得ていたからである。米国の対タリバン政策に対する批判の多くは、このように、政府軍であるタリバンに対して捕虜資格を認めないのは不当だ、という論調でなされるのが最も多い。米国政府を擁護する論者でさえも、政府軍としての地位自体を疑わない場合がある<sup>(51)</sup>。

ただし、米国政府は、タリバンが4つの要件（4条A(2)の(a)指揮官の存在、(b)標章の着用、(c)公然武器携行、(d)戦争法の遵守）をどれも満たさなかったと述べただけで、正規兵であるとは明言していない。関係の文書を見る範囲では、むしろ不正規兵と考えていた向きもある。そこで以下では、タリバンを捕虜条約の下で政府軍とみなすことが果たしてできるかどうかを検討する。

#### (1) 正当政府としての地位

周知のように、タリバンは、上記3カ国とチェチェンを除き、アフガニスタンの正当政府であると承認されたことはない<sup>(52)</sup>。タリバンは、1996年に首都カブールを制圧後、毎年のように国連に対してアフガニスタン代表権の獲得を要求したが、国連総会の委任状委員会はその度に決定を見送り、ついにタリバンが国連の議席につくことは実現しなかった<sup>(53)</sup>。したがって国連でのアフガニスタンの議席は、常に旧政府によって占められていたのである。国連における議席は、それ自体、国家性を決定する証拠ではない。しかし、タリバン

(50) Paust, "Executive Plans and Authorization," p.833.

(51) Wedgwood, "Al Qaeda, Terrorism, and Military Commissions." ; Dinstein, "Unlawful Combatancy."

(52) United Kingdom Materials on International Law 2001, *British Year Book of International Law*, Vol.72 (2001), pp.577-578. これらの3カ国も2001年中には承認を取り消した。後述の(5)参照。

(53) "10. Having considered the question of the credentials of Afghanistan, the Committee decided to defer a decision on the credentials of representatives of Afghanistan on the understanding that the current representatives of Afghanistan accredited to the United Nations would continue to participate in the work of the General Assembly pursuant to the applicable rules of procedure of the Assembly." Report of the Credentials Committee, A/52/719, 11 Dec. 1997, available at <http://www.un.org/ga/52/credcomm/reporscr.htm>. 米国もこの委任状委員会の一員である。

については、実質的にも正当政府の資格がないと認識されていたことが次の発言からうかがえる。すなわち、「軍事的勝利のみでは正当政府としての地位を得ることはできない。国連や諸国との外交関係において承認されるためには、アルカイダのテロリストを引渡して国際テロ撲滅に協力し、アフガニスタン国内の人権状況を改善するなど、国際法を尊重していること」<sup>(54)</sup> が正当政府であるために必要だとされた。

## (2) タリバンをめぐる国際的評価

国連の議席以外にもタリバンの政府としての地位を評価するのに参考になる、いくつかの事例が存在する。以下に紹介するのは、文化財および人権の分野において、タリバンがどのように認識されていたかを示す例である。

バーミヤン渓谷の石仏は、2001 年 3 月にタリバンによって破壊されたが、4 年前の 1997 年から既にタリバンは破壊宣言をしていたにもかかわらず、どの国もこれを止めることはできなかった。ユネスコ事務局は率先してタリバンへの直接の働きかけを行ったが強制力がなく、タリバンによる破壊を阻止することができなかったのである。

バーミヤン渓谷は、それより遥か遡る 1981 年、当時のアフガニスタン政府によって世界遺産登録の一候補として推薦されていたが、手続きの未完了により、実際の登録は長く棚上げの状態にあった (2003 年に世界遺産および危機遺産として登録完了)。97 年のタリバンによる破壊予告の後、この登録が再び優先事項として俎上に上るが、ユネスコ事務局は常に従来 of ラバニ政府を相手方として交渉していたことが関係文書<sup>(55)</sup>でも記録されている。アフガニスタンも批准している世界遺産条約<sup>(56)</sup>では、国内の物件を世界遺産リストに載せるための手続きを、各政府がその目録を提出することによって始めることと規定しているが (11 条)、タリバンが同条約を履行する政府として認識された事実はない<sup>(57)</sup>。

例えば、2001 年 10 月に開催された世界遺産条約締約国会議の採択した決議は、遺産登録手続きを担当する主体として、「現在、亡命中のアフガニスタン・イスラム共和国政府」に言及しているが、タリバンについては「武装勢力」とみなしてその破壊行為を批判しているにすぎない<sup>(58)</sup>。

(54) U.S. Department of State, Fact Sheet: Questions and Answers About the New UNSC Resolution Targeted at the Taliban, Dec.11, 2000, available at <http://www.fas.org/irp/news/2000/12/irp-001211-untaleban.htm>.

(55) UNESCO, Acts Constituting "A Crime Against the Common Heritage of Humanity" (Resolutions of the Thirteenth General Assembly of States Parties and the Thirty-first General Conference of UNESCO), WHC-01/CONF.208/23, Nov. 22, 2001, Part I. Chronology of Events Related to the Nomination for Inclusion on the World Heritage List of the Statues of Bamiyan and Other Afghan Cultural Heritage Properties, pp.2-11, available at <http://whc.unesco.org/?cid=60&&meeting=25COM>.

(56) 世界の文化遺産及び自然遺産の保護に関する条約 (Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage)。1972 年 11 月 16 日採択。

同様の実行は人権の分野でも発見することができる。タリバンは内戦の過程で敵対勢力や一般住民に対して数々の蛮行を加えたことが国連の調査でもわかっているが、国連人権理事会の特別報告者は2001年2月初め、アフガニスタン国内の両紛争当事者に対して戦闘の再開を慎むよう声明を公表した。本声明は、特に2000年12月から2001年1月にかけてのハザラジャートにおける戦闘が、数百人に及ぶ一般住民の死傷をもたらし、それらのほとんどが故意にタリバンによって行われたものであることを指摘している<sup>(59)</sup>。この声明でも、タリバンが、正当政府に敵対する武装勢力として位置付けられていることがわかる。

これらは、いずれもタリバンをめぐる断片的事実にはかすぎないが、これだけでも当時のタリバンが、国内の内戦において軍事的優勢を保っていた状況とは裏腹に、国際的には正当政府の地位を否定され続けたことを改めて確認することができる。

### (3) タリバンの国際法主体性

しかし、タリバンがとにもかくにも事実上の政府として存在したことによって、当時のアフガニスタンには、いわば一国2政府状態<sup>(60)</sup>、または事実上の分裂国<sup>(61)</sup>という状況が続いていたのであり、そこで次の論点として出てくるのが、タリバンがとった措置の有効性という問題である。タリバンが対外的にはほとんど承認されない存在であったとしても、国内の支配領域においてとった措置のすべてが無効になるとは考えにくい。

タリバンに一定の国際法主体性を認める説として真っ先に挙げられるのが、タリバンを「承認されない事実上の体制」(unrecognized *de facto* regime)<sup>(62)</sup>とみなす見解である。タ

(57) 本文で挙げた例以外にも、1998年に国連が主催した薬物問題の国際会議にタリバンではなくラバニ政府が招待され、タリバンが抗議した例などもある。“Taliban Denounces U.N. Invitation to Ousted Afghan Govt,” Dow Jones International News, Jun. 6, 1998.

(58) Resolution on the protection of the cultural heritage of Afghanistan adopted by the General Assembly of States Parties to the World Heritage Convention at its Thirteenth session (Paris, 30-31 Oct. 2001), available at <http://whc.unesco.org/archive/13ga01-res.htm>.

(59) Special Rapporteur on Afghanistan (Kamal Hossain) Appeals to Afghan Parties to Refrain from Resumption of Hostilities, Feb. 5, 2001, available at <http://www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/view01/054E55B6C12609B2C12569EA0049C043?opendocument>.

(60) Nasreen Ghufuran, “The Taliban and the Civil War Entanglement in Afghanistan,” *Asian Survey*, Vol.41, No.3 (May/June 2001), p.462, 478.

(61) The Situation in Afghanistan and its Implications for International Peace and Security, Report of the Secretary-General, A/52/358, S/1997/719, Sep.17, 1997, available at [http://www.unama-afg.org/docs/\\_UN-Docs/\\_repts-SG/1997/1997-719.pdf](http://www.unama-afg.org/docs/_UN-Docs/_repts-SG/1997/1997-719.pdf).

(62) Wolfrum and Philipp, “The Status of the Taliban,” pp. 584-585.

(63) 国家責任条文（「国際違法行為に対する国の責任」に関する条文）5条（統治権能の一部を行使する人または団体の行為）により国家の行為と解釈する見解である。Liesbeth Zegveld, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law* (Cambridge University Press, 2002), pp.154-155. 責任条文5条「第4条の下での国の機関ではないが、当該国の法令上統治権能の一部を行使する権限を付与された人または団体の行為は、特定の事案において当該人または団体がその資格で行動していた場合には、国際法上当該国の行為とみなされる。」訳文は、大沼保昭編集代表『国際条約集2007』（有斐閣、2007年）93ページ。

リバンが一種の政府であるとみなされれば、タリバンの行った人権侵害、蹂躪は国家の行為として再構成<sup>(63)</sup>されるので、タリバンによる国際人権条約の違反認定と責任追及もより容易になる、という利点がある。人権条約上の義務を負うのはもっぱら政府であるとすれば、タリバンに対する責任追及は、このような擬制によって初めて可能となる。

ただし法主体性の観点からいうと、国際人道法の分野では、戦争犯罪を行う主体は政府に限定されていない。軍隊構成員であるか平和的文民であるかにかかわらず、客観的に違反の事実があれば戦争犯罪が成立するからである。したがって、タリバンの国際人道法に基く戦争犯罪の責任を追及するのに、政府としての地位は必ずしも必要な前提条件ではない。

しかし、ここ注意すべきは、国際人道法において責任能力と地位は、基本的に異なる次元の問題であるという点である。捕虜とされた者が同時に戦争犯罪人となることはあっても、すべての戦争犯罪人が同時に捕虜の身分をもつわけではない。上述したように、事実上の政府としての性格は、タリバンの人道法違反を処罰するのにほとんど影響がない。ただし、事実上の政府であることが捕虜の地位を自動的にもたらすものかどうかを、次に「内戦の国際化」という角度から考えなおしてみたい。

#### (4) 国際化した内戦の考え方——戦時法主体性

「内戦の国際化」とは、一国の内戦に関して周辺国が関与するために国際的性質を帯びることをいう。周辺国の関与は、支援から直接の武力介入に至るまで幅があるが、その関与の仕方や度合いによって、①内戦が国家間戦争に発展する場合(国際武力紛争化、または混合紛争(“mixed” conflicts)化)、②内戦のままである場合と、その効果は異なる。

直接の軍事介入であっても、正当政府からの支援要請を受けて介入する場合(例として、1980年代のソ連軍によるアフガニスタン侵攻<sup>(64)</sup>)には、内戦という性格が変わらないのに対して、反徒を支援する目的で介入する場合には、より状況が複雑である。介入国は正当政府との関係で国際武力紛争に入る(例として、ベトナム戦争における南北ベトナム政府)ため、国際人道法のすべてに拘束されるが、合法政府は、反徒との関係(同戦争における南ベトナム政府とNLF)を、この介入に影響を受けない、すなわち内戦のままであると認識するので、反徒が対等な地位を持つ戦闘員として扱われることはない。反徒は、引き続き反逆者、犯罪者として鎮圧され続ける<sup>(65)</sup>。

(64) Hans-Peter Gasser, “Internationalized Non-International Armed Conflicts: Case Studies of Afghanistan, Kampuchea, and Lebanon,” *American University Law Review*, Vol.33 (1983-1984), p.145 et seq.

こうした考え方は、内戦中の政府が対外的な支援を得る権利があるのに対して、反徒に対する支援は、その国の国内管轄事項への違法な干渉にあたる、という国連憲章2条の原則(4,7項)からも裏付けられてきた。

このように、第三国が内戦に介入した場合の効果は、紛争当事者間の関係ごとに武力紛争の性格を区別する、そして政府と反徒との間の関係は、反徒を支援する第三国の軍事介入によって影響を受けてはならない、さもなければ、反徒は自らの地位を政府と対等な交戦者に引き上げるために、益々、国外からの支援に頼るようになる、とするのが、1970年代の「武力紛争において適用される国際人道法の発展と再確認に関する外交会議」において確認された点であった<sup>(66)</sup>。

ちなみに、他国による介入が何もなくとも、交戦団体承認によって内戦が国際化する場合もあるが、少なくともタリバンに対して、この種の承認がアフガニスタンの法上の政府や米国によって行われたという事実はない<sup>(67)</sup>。

内戦に関する従来の考え方によれば、反徒は事実上の政府として勢力を増したとしても、既存政府の転覆という目的を達成するまでは、未だ新政府としての地位を得ない<sup>(68)</sup>。この段階では、事実上の政府たる反徒は、まだ交戦権の行使を認められる戦時法主体性を獲得せず<sup>(69)</sup>、交戦団体承認を待って初めて、正当政府とは別の戦時法主体性を認められる<sup>(70)</sup>。

タリバンは確かにこの意味での交戦団体承認を受けていないが、それでは、いかなる戦時法主体性も有していなかったかということ、米国側のタリバンに対する姿勢から判断する限り、なにかしらの承認が与えられていたものと考えざるをえない。

その証拠に挙げられるのが、米国自身がタリバンとの関係において捕虜条約4条を援用したという事実である。米国が仮に合法政府に対する支援という名目でタリバンと戦っていたならば、紛争の性格はむしろ非国際武力紛争であると位置づけられ、捕虜条約の中でも、内戦に適用される共通3条のみを援用すれば足りたはずである。国際武力紛争について定

(65) Dietrich Schindler, "International Humanitarian Law and Internationalized Internal Armed Conflicts," *International Review of the Red Cross*, No.230 (1982), p. 255, 258-259. 1970年代に提起されたこの分類は、その後、1986年の国際司法裁判所のニカラグア事件本案判決でも確認された。米国の介入によりニカラグア内戦は国際化したのが、ニカラグア政府と反政府武装勢力コントラとの関係は、米国とニカラグア政府との間の国際武力紛争とは切り離して、内戦であると認識された。ボスニア内戦に関する国際武力紛争化の基準をめぐる論争については、今後の検討課題とする。

(66) René-Jean Wilhelm, "Problèmes relatifs a la protection de la personne humaine par le droit international dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international," *Recueil des cours*, Tome 137 (1972-III), pp. 356-359.

(67) Wolfrum and Philipp, "The Status of the Taliban," pp.578-584.

(68) 立作太郎『内乱と国際法』(日本大学、1912年)177ページ以下。

(69) Robert Jennings and Arthur Watts, eds., *Oppenheim's International Law*, 9<sup>th</sup> ed., Vol.1(Longman, 1992), pp.164-165.

(70) 立『内乱と国際法』181ページ。

める4条を米国が適用したということは、タリバンとの関係がいわば準国家間関係として捉えられていた、という米国側の認識を示している。

このように、米国のアフガニスタン攻撃は、タリバンをどう認識していたかは別として、まさにその介入形態(合法政府への支援ではなく、タリバンに対する自衛権に基づく直接の武力行使)によって、同国内の内戦を国際武力紛争化した側面を持っている。ただし、この認識はタリバンの政府軍としての承認を当然に含むものであるのか、もしくは国土の大半の実効支配という事実を以て、条約適用上、政府軍とみなさなければならなかったのか、内戦が国際化したというだけでは直ちに答えが出てこない。

ジュネーヴ条約の適用に関して、従来から指摘されていることであるが、今日、承認を相互に与えない締約国間で武力紛争が発生した場合にジュネーヴ条約が適用されることには異論がない<sup>(71)</sup>。すなわち捕虜条約を適用する上で、政府承認の有無は全く影響がない。

ただし、こうした承認されない政府との間で捕虜条約の適用が否定されない理由の1つには、当該政府との間で国の代表権を争う競合勢力が同一領域内で存在しないこと、そのためジュネーヴ条約の締約国としての地位自体は、承認しない国からも否定されていないことがあるように思われる。それに対して、アフガニスタン内戦の特異性は、同一領域内で政府を名乗る複数勢力が併存し、国がいわば事実上の分裂状況にあったことにある。このような状況において、タリバンは条約適用上、政府と認識されるのか、それとも政府ではないという意味でむしろ反徒に近い存在であるのか、内戦における紛争当事者の法主体性という最初に述べた問題に立ち戻る。

さきに、内戦への第三国の関与の仕方によって、その効果は異なることを述べたが、実は、このような分類自体が、内戦における政府と反徒の区別を安易に前提としている。バクスターによれば、分断国家、民族解放戦争、占領の事態など、内戦かそれとも国際武力紛争であるのかの判断が容易でない状況では、承認政策とも関連して政府と反徒の区別が、むしろ承認国の主観的な方針によって行われている、という<sup>(72)</sup>。

分裂政府間の内戦は、第三国がどちらの勢力を支援しているか、もしくは双方を支援する第三国がそれぞれ存在するか、交戦団体承認があるか否か、ないとしても戦争法の全体を適用することの合意が存在するか、など複数の要素の組み合わせにより、国際武力紛争としての性格を持つ場合がある。少なくとも双方の分裂政府がジュネーヴ条約への批准、加入を認められていれば、捕虜条約上、適用の問題を生じることはない。しかし、仮にア

(71) Dietrich Schindler, "The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols," *Recueil des cours*, Tome 163 (1979), pp.128-130.

(72) Richard Baxter, "Jus in Bello: The Present and Future Law," in John Norton Moore, ed., *Law and Civil War in the Modern World* (The John Hopkins University Press, 1974), pp. 518, 524-525.

フガニスタンがジュネーヴ条約に入っていなかったという状況で、事実上の政府たるタリバンが加入の意思を示した場合に、それが他の条約締約国によって承認される可能性はあったらうか。

アフガニスタン戦争では、米国は介入にあたり必ずしも「正当政府に対する支援」という道を選ばなかった。むしろ、タリバンとの間で国際武力紛争が発生することは明確に承認されていたと考えられるが、他方で、政府高官の発言や文書には、タリバンの政府としての地位をきっぱりと否定し、アフガニスタンを破綻国家とみなすものさえ見られた。すなわち、タリバンには事実上の政府としての実態に鑑み、せいぜい不正規軍としての資格が与えられるにすぎないという結論である<sup>(73)</sup>。こうした米国による主観的判断が、捕虜条約の解釈適用上、許されるものであるのかはまだ検証に成功しておらず仮説の域を出ない。

#### (5) 「事実上の政府」(4条A(3))としての捕虜資格

タリバンが2001年当時、事実上の政府であった状況からは、捕虜条約4条A(3)を援用できる可能性もある。「正規の軍隊の構成員で、抑留国が承認していない政府又は当局に忠誠を誓ったもの」に捕虜の身分を認めるこの条項は、もともと第2次世界大戦中にド・ゴール將軍率いる事実上の政府「フランス国民委員会」の下で編成された兵士を念頭において起草された規定である<sup>(74)</sup>。同じく正規兵に関する規定でも4条A(1)と異なるのは、唯一、捕虜の本国が抑留国によって承認されていない点だけにすぎない。第2次大戦中の「自由フランス」軍(FFI)、後には「戦うフランス」(Fighting French)軍兵士に対して、ドイツ政府は結局、捕虜の地位を認めたが、この決定には、当該軍隊が指揮官の存在、制服の着用、武器の携行、戦争法遵守の4要件すべてを実際にも満たしていたことが影響を与えたものと考えられている<sup>(75)</sup>。

このような先例に倣い、捕虜条約コメンタリーは、4条A(3)の「事実上の政府」軍に該当するための黙示の条件として、この政府が第三国から承認を受けていることを挙げている。ところがタリバンは、先述の3カ国から政府承認を受けていたものの、2001年10

(73) 一国内の「不正規軍」と外国軍隊との間の非対称国際武力紛争の視座は、以下から得た。一国内の武装勢力が、その国の不正規軍と認められるかの判断は、捕虜条約4条A(2)の「紛争当事国に属する」(下線は、筆者)の解釈いかんによる。Knut Dörmann and Laurent Colassis, "International Humanitarian Law in the Iraq Conflict," *German Yearbook of International Law*, Vol. 47 (2004), pp.293-342. 通常、国際武力紛争では、いずれの紛争当事者の側にも政府軍が存在するが、一方の側に政府軍が存在しない、という文脈で「非対称」という語を当てた。

(74) Pictet, *Commentary III*, pp.61-63.

(75) F. E. Oppenheimer, "Governments and Authorities in Exile," *American Journal of International Law*, Vol.36 (1942), p.568, 575. 勿論、その背景には戦況の変化という要素もあった。M.H.F. Clarke, T. Glynn, A.P.V. Rogers, "Combatant and Prisoner of War Status," in Michael A Meyer, ed., *Armed Conflict and New Law*. Vol.1 (British Institute of International and Comparative Law, 1989), pp.107,113-114.

月の米国による攻撃開始と前後して、承認が次々に取り消されてしまった経緯がある。こうした状況の下で、タリバンが 4 条 A (3) の定める事実上の政府軍に果たして該当すると言えるかどうか、少なくとも、「タリバンは全世界的に政府の地位を否定されていた」<sup>(76)</sup> と考える米国を説得するには困難が伴うように思われる。

## おわりに

本稿では同時多発テロ以降、米国によって始められたアフガニスタン戦争の過程で捕らえられたタリバン兵の捕虜資格要件を中心に検討した。各国判例、実行は文民を装い間諜行為、サボタージュを行った正規兵に対して捕虜資格を認めない点で一致しているが、このことが正規兵にも 4 要件、中でも制服着用義務を課す根拠として積極的に援用されてきた。しかしながら、こうした例外的状況を除けば、正規兵一般が通常、捕虜資格を持つとの認識は諸国の間で共有されてきたものと思われる。ただし、米国がタリバン兵に対して捕虜資格を否定したのは、単に 4 条の解釈だけによるものではない。

ジュネーヴ諸条約は総加入条項を放棄し、非締約国による適用宣言というシステムを導入することで条約があらゆる国際武力紛争に対して適用されることを目指した。この適用宣言は、条約発効前の朝鮮戦争や、スエズ紛争に際し紛争当事国によって活用されることでその有効性は早くから証明されていた<sup>(77)</sup> が、他方で、内戦や分裂国のような合法政府と反徒の特定が容易でない状況では、ジュネーヴ条約の適用にも困難を生じることがある。分裂国に関しては、将来の統一問題は別として国内の複数分裂政府に対してそれぞれジュネーヴ諸条約への批准、加入を認めることで、一部適用にまつわる問題が実際的に解決された例もある。

他方、事実上の政府に関しては、通常の正規軍について定めた捕虜条約 4 条 A (1) ではなく、むしろ同 (3) で対応することが条約の構造上は予定されていたと思われるが、その起草過程からは、敵対紛争当事国 (独) が承認する合法政府 (仏ヴィシー政権) とは別に存在し、かつ多くの第三国 (連合国) によって承認された政府の軍隊という極めて特殊な状況が想定されていたことがわかる。2002 年の時点で既に全世界から政府承認を拒否されたタリバンがこの要件を満たしていたかの判断は国によって分かれる可能性がある。このようにタリバンへの捕虜条約の適用は、4 条 A (1) か (3) のいずれにおいても障害が存在する。

しかしながら、タリバンの地位がどう評価されるかは別に、米国とアフガニスタンと

(76) Memorandum on the Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees, Jan. 22, 2002, pp.20-21.

(77) G.I.A.D. Draper, "The Geneva Conventions of 1949," *Recueil des couts*, Tome 114(1965), p.59, 74.

いう2つの捕虜条約締約国の間で国際武力紛争が発生したことは米国自身によっても認められた事実である。次にタリバンが捕虜条約4条の要件、中でも制服または標章着用の要件を満たしていたかを判断するにあたっては、真に背信的な意図が存在したか否かが決定的基準となろう。ただし、その決定は公正な審理によるものでなければならず、必要な手続きを抑留国が尽くしたかが決め手となる。当時のタリバン軍にも背信的な敵対行為の例は存在したかもしれない。しかし、米国政府による不法戦闘員の認定が形式的要件のみに着目して包括的に行われ、かつ必要な手続きを経ないものである限り、その決定は武力紛争法上、違法である。

(もりたけいこ 研究部第1研究室)