

## Ⅶ 市民社会の敵・国際社会の犯罪者 —— テロリストの法的地位に関する法思想的考察 ——

西 平 等

はじめに

- 1 「敵」と「犯罪者」の差異という問い
- 2 「犯罪者」と「敵」：それぞれの法的地位
- 3 非正規戦闘員の地位：パルチザンからテロリストへ

結語

「なによりも、ローマ法は、敵すなわちhostisを、追剥や犯罪人から区別することを知っていた。…正しい敵*justis hostis*を認知することができるが、あらゆる国際法の始まりなのである」(カール・シュミット)

はじめに

テロリストは、敵であるのか、犯罪者であるのか。この単純な問いに答えることは、目下の法状況においては非常に難しい。米国のブッシュ大統領は、2001年9月21日の演説において、いわゆる「9・11テロ」を米国に対する戦争行為と呼び、テロ・ネットワークの撲滅のために、戦争に必要なあらゆる兵器を用いることを宣言した。米国政府が「対テロ戦争」と呼んだテロ対策は、犯罪捜査や出入国管理だけでなく、経済・政治・軍事などあらゆる側面に及び、その一環としてアフガニスタンでは現実に戦争が行われたのである。しかしながら、他方で、テロリストは、各国刑法における犯罪者でありつづけるだけでな

く、国際諸条約においても犯罪者とみなされる傾向が強まっている。1970年代以降、ハイジャックや、要人テロ、人質、爆弾使用、資金供与など、さまざまなテロ行為・テロ関連行為を犯罪として取り締まる義務を課す諸条約が成立しており、また、テロ行為を人道に対する罪に含めることによって、国際刑事裁判所において処罰可能な犯罪とすべきだという主張も真剣に唱えられている。

このような法状況をみるなら、テロリストは、敵であると同時に犯罪者とみなされているようである。しかし、人は、敵であると同時に犯罪者でありうるのだろうか？敵でありかつ犯罪者である者は、いかなる法的地位を持つのだろうか？そもそも、敵とはなんであり、犯罪者とは何であるのか？現在の法の下におけるテロリストの法的地位をより明晰に理解するためには、われわれは、敵の概念と犯罪者の概念を明確に知る必要がある。そしてそのためには、すくなくともいくばくかの歴史的な考察を行わざるを得ない。以下はその試みである。

## 1 「敵」と「犯罪者」の差異という問い

まず、〈敵と犯罪者はどう違うか〉という単純な問いから出発しよう。

現象面からみれば、典型的には、犯罪者は警察によって逮捕され、その罪を認定し罰を確定する法的手続を経た上で、処罰されるものであるのに対し、敵は、警察によって逮捕されるものではなく軍隊によって撃破され、法的な手続なくして殺害の対象となりうるものである。

ここから展開すべき第一の問題は、かかる現象面における差異を生み出す「敵」概念・「犯罪者」概念とはいかなるものであるか、ということである。敵は外国から襲来し、犯罪者は国内に発生する、という区別からはほとんど何も得るものはない。たとえば、〈なぜ「犯罪者」を軍隊によって撃滅すべきでないのか〉〈なぜ「敵」(捕虜)は刑事手続を通じて処罰すべきではないのか〉というような本質的な問いについて、この区別は何の説明も与えないだろう。また、

「敵」は国際法上の概念であり「犯罪者」は国内法上の概念である、というような似非実証主義的発想にも説得力はない。「敵」は、国内法においてもまた「敵」であり、たとえば「敵」という資格において人を殺した者は「犯罪者（殺人犯）」としての処罰の対象にはならない。このことは、捕虜と犯罪者の区別を知る者にとっては当然の原則である。そもそも「敵」を国際的なものとし、「犯罪者」を一国内のものとするような区別は、一般に考えられているほど自明ではない。内戦とは、近代を通じて常にみられる事態である。叛徒は、それが国内に生じているからと言って、かならずしも「犯罪者」とみなされるとは限らない。叛徒を「敵」とみなすか「犯罪者」とみなすか、という問いは、単なる観念の遊戯ではなく、その現実の法的地位において大きな差異を生じるのであり、世界秩序の構想そのものに関わってくる。それゆえにこそ、国際法学者であればだれでも知っているように、叛徒に「敵」としての地位（戦闘員資格）を認めるか否かという問題は、20世紀以来、国際法学において厳しい論争の対象となってきたのである。

暴力手段の強度によって「敵」と「犯罪者」を区別することもまた難しい。強力な武器で頑強に抵抗する犯罪者がやむを得ず射殺されることはあるかもしれないが、それは、刑事司法が十全に機能することを断念した例外的な場合の措置でしかない。原則的には、「犯罪者」は、いかに強力な武器を所持していても、まずは逮捕され、法に従って裁かれるべき存在である。迫撃砲を持った犯罪者でさえ「敵」ではなく、ライフル銃しか持たない敵もまた「犯罪者」ではない。「敵」と「犯罪者」の相違は、それぞれが法秩序において占めている地位の相違に由来する、概念の相違として理解されるべきである。

本稿で扱うべきもうひとつの問題は、現象面において支配的になろうとしている非典型的な事例をどう理解するか、ということである。第二次世界大戦後の極東国際軍事裁判所（東京裁判）において、日本の戦争指導者は、刑事手続にかけられ、違法な戦争を開始した罪を理由として処罰された。これは「敵」の指導者を「犯罪者」として裁いた象徴的な事例である。また、すでに述べた

ように、テロリストによる犯罪への対応が、「対テロ戦争」と呼ばれ、大規模な軍事力の行使を正当化している。「9・11」以降、「犯罪者」集団に対する自衛権の行使の可能性が、国際法学者によってさえまじめに語られてきたのである。さらに、各国の刑法は、テロリストに結びつけられた「犯罪者」に対し、刑事手続上のさまざまな保障を縮減しており、かかる保障の制限がしばしば「敵」と言葉によって根拠づけられている。いずれの事例も、「敵」と「犯罪者」に関する典型的な理解からは遠く離れている。それが、従来の法原則の発展であるのか、原則からの例外的な逸脱であるのか、世界秩序の流動化の表現であるのか。

## 2 「犯罪者」と「敵」：それぞれの法的地位

### (1) 「犯罪者」の法的地位

「犯罪者」は、社会からは否定的に評価されるものだが、だからといって、「犯罪者」からあらゆる法的地位が奪われているわけではない。古くは、罪人からあらゆる法的保護を剥奪し、それを野の狼のように打ち倒されるべき存在とみなす処罰形態（法外放逐outlawry, Ächtung, hors la loi）が存在した。これは、共同体による罪人に対する宣戦布告ともいうべき刑罰である。法外放逐によって、罪人は共同体構成員としての地位を喪失し、共同体全体に対する「敵」となる。しかし、このような刑罰は、今日の市民社会においては、許容されえない。いかに重大な犯罪を行った者であろうとも、その者を見つけ次第、復讐心の赴くままに、残虐な仕方では殺害するというようなことは、われわれには許されていない。

「何人も、…権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となつてゐる犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない」(日本国憲法第33条)、「公務員による拷問及び残虐な刑罰は、絶対にこれを禁ずる」(同36条)、「すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する」

(同37条1項)、「刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を充分に与へられ、又、公費で自己のために強制的な手続により証人を求める権利を有する」(同2項)などの憲法規定は、「犯罪者」の法的地位を例示するものである。これらの手続保障は、市民社会の存在を認める法治国家においては常に認められているものだが、それは、いかなる根拠によるのだろうか。それは単なる人道主義に基づくものではないだろう。人道主義は、無垢の被害者への配慮や残酷な犯罪の予防のために、苛烈で融通の利く処罰を要求する方向にも働くかもしれない。

市民的法治国家においては、なぜ国家の法律を犯した「犯罪者」が法によって保護されるのだろうか。犯罪者の処罰のあり方を厳格に制限するという法原則は、いかなる秩序構想のうえに築かれているのだろうか。われわれの法秩序において、「犯罪者」はいかなる地位を有しているのだろうか。

18世紀の啓蒙思想家チェザレ・ベッカリアは、その著作『犯罪と刑罰』において、社会契約思想を根拠として、国家の刑罰権を限界づけている。自然状態においては完全に自由で独立の存在であった人間は、そこにおける絶え間ない戦いに疲れ、自由の一部分を譲渡して、残りの自由を確保することに同意した。かかる社会契約によって、各人から主権者に譲渡された自由の総和が国家権力の全体を創出するのであり、したがって、それが国家の刑罰権の基礎となる。主権者に供託された各人の自由を保護するのに必要なぎりにおいて国家は刑罰権を有し、その限度を越えれば直ちにその刑罰は不正なものとなる。すなわち、刑罰とは、契約によって成立した社会の代表者である立法者が、その社会契約の限度において、その社会契約の当事者である国民に対して課するものなのである。

ここで重要なのは、ベッカリアの理論において、「犯罪者」は、刑罰が科される場面においても社会契約の当事者であり続けるということである。各人は、法律を犯したからと言って直ちに社会契約の外部に放逐されるわけではない。「犯罪者」は、社会契約の構成員としての地位を承認されたまま、この社会契約

に基づいて処罰されるのであって、それゆえに、法的地位をもたぬ「野の狼」のようにナマの暴力にさらされることなく、社会契約の本質によって限定された処罰を受けることになる。

このような社会契約における法的地位により、「犯罪者」は「敵」と本質的に異なったものとみなされる。その本性上、社会契約の当事者ではない「敵」については、「犯罪者」に対して認められる社会契約上の暴力の限界が存在しない。ベッカリアは、「敵」に対しては、自然状態におけるナマの暴力が存続し続けることをほのめかしている。

「社会が一つ生まれると、これに対抗する必要のある人間たちが他方に結合するから、また一つ社会ができる。こうして個人と個人との間の永遠の戦争状態はそのまま社会と社会との間にひきつがれることになる」（『犯罪と刑罰』〔風早・五十嵐訳〕25頁）。

社会契約論は、必ずしも、すべての思想家が受け入れている理論ではない。たとえば、ヘーゲルは、社会契約による国家の根拠づけを明確に否定している。ヘーゲルにおいて、刑罰の正当化根拠は、人格の相互承認を基本原理とする法秩序の回復であり、刑罰を限界づける根拠もまたかかる相互承認原理の中に見出される。

ヘーゲルにおいて、もっとも基本的な法の原則は人格の相互承認である（「法の命令は、こうである。一個の人格であれ、そしてもろもろの他人を人格として承認せよ」『法の哲学』36節）。人間は、自由な人格であり、その自由が具体的に存在する領域として、生命や身体、財産などを所有している。犯罪とは、かかる所有を暴力的に侵害することによって他者の人格を否定することである（不法とは、「外的な物件のうちに置かれた私の自由の定在に対する暴力」である。『法の哲学』94節）。したがって、客観的な法原則としての人格の相互承認が犯罪によって否定されるのであり、そうである以上、人格の相互承認を回復

する措置がとられなければならない。その措置こそが刑罰である。刑罰とは、「さもなければ通用してしまうであろう犯罪を廃棄することであり、したがって法を回復することである」（『法の哲学』99節）。

このようなヘーゲルの法理論において、「犯罪者」は、その不法のゆえに法秩序の外部に放逐されるべき存在とみなされているのではなく、むしろ、他の人格との間の相互承認関係のもとにとどまりつづけるべきものとみなされる。刑罰とは、「犯罪者」を法の外部に放逐して法的保護を剥奪するための措置ではなく、「犯罪者」と他の人格との間の相互承認秩序を回復するための措置なのである（松生 1998, 6-7 頁）。

「犯罪者」は、その人格が承認されているからこそ刑罰の対象となる。死刑に処されるときでさえ、彼は、人格として尊重されている。「犯罪者」に対して刑罰として加えられる侵害は、自由な人格としての「犯罪者」の意思に準拠しているからである。「理性的存在者としての犯罪者の行為のうちには、その行為が普遍的なものであり、行為することを通して一つの法規が立てられているということが含まれている」（『法の哲学』100節）。「犯罪者」は、彼が理性的人格とみなされるかぎり、殺人という行為を通して、「人を殺してもよい」という普遍的な法規をみずから打ち立てたものとして扱われるのであり、みずから自由な意思によって打ち立てた法規にしたがって、自らの生命が侵害されることを受け入れなければならない。「犯罪者」はみずから打ち立てた法規の適用という形で処罰される、という原理は、それ自体が、刑罰の限界の基準となるものである。

もちろん刑罰のあり方は、社会の安定性との相関において決定されるべきものであって、人格的行為そのもののみから妥当な刑罰を導きうるわけではない。ヘーゲルは次のように言う。「[市民社会の] 状態次第で、はした金かかぶら一つの窃盗にも死刑を科すことが是認されるし、またその何百倍もの価値のあるものの窃盗に軽い刑罰を科すことも是認される」（『法の哲学』217節）。たとえば、ある人の畑からかぶらを盗み出す行為は、安定した市民社会においては、

単なる個別的な所有の侵害であって、社会的にさほど有害なものとは考えられない。しかし、私的所有権を否定する革命運動によって社会が不安定になっている状態においては、かぶらを盗むという同じ行為が、個別的な所有の侵害ではなくて、私的所有制度そのものを否定する行為としての社会的意味を持つかもしれない。そうであるならば、かかる不安定な社会において、かぶらを盗む行為は、社会に対する危険性の非常に高いものとみなされ、それには重い刑罰が科されるだろう。

このようにヘーゲルにおいて、「社会に対する危険性」という観点から、軽微な犯罪を厳罰に処す可能性が認められている。しかし、重要なのは、ヘーゲルの思考において、「社会に対する危険性」という要素は、せいぜい刑罰の軽重に影響するのみであって、刑罰そのものを根拠づけているわけではないということである。危険な要素を市民社会から除去することのみが刑罰の根拠であるならば、「犯罪者」に対して市民法上の法的地位を承認し続ける必要はなく、凶悪な「犯罪者」を野の狼のごとく駆除することも許されるであろう。ヘーゲルにおける刑罰の根拠は、人格的相互承認の回復であり、「犯罪者」は刑罰を通じてなお人格として尊重される。そうであるがゆえに、「犯罪者」は、市民法上の権利を享受しており、法律にのっとった公的な手続において、防御と弁明の機会を与えられ、理性的人格としての責任が厳密に審理されたうえで初めて、処罰可能と考えられるのである。

現代のドイツの刑法学者ギュンター・ヤコブス Günther Jakobs は、ヘーゲルの理論に依拠しつつ、市民社会における「犯罪者」の人格尊重を近代刑法の基礎に置いた。彼は、「対敵刑法 Feindstrafrecht」という概念を提唱したことでよく知られているが、ここではむしろ、例外的な「対敵刑法」に対置される、通常の「市民刑法」の基礎についての彼の考察のほうが重要である。

ヤコブスが強調するのは、通常の犯罪において、「犯罪者」は、法的な権利を承認された人格として扱われるという点である。われわれの市民社会においては、「犯罪者」は、危険物として社会から除去され、法秩序から放逐されるので

はなく、いずれ犯罪によって生じた社会との亀裂を修復し、社会と折り合いをつけるべき者とみなされている。なぜなら、ある市民が、仮に、他者の身体や所有を侵害するなどの違法行為を行ったとしても、通常は、そのような行為は、個別的な法益についての個別的な侵害とみなされるのであり、市民社会の法秩序そのものを破壊するような敵対的な行為とはみなされないからである（Jakobs 2004, p.91）。たとえば、傷害罪に問われる被告人は、通常、なんらかの個別的な動機によって、ある特定の人の身体を違法に侵害したとみなされるのであって、それぞれの身体へ生命に対する権利を相互に承認しあう市民社会秩序そのものを破壊する行為を実行した者とはみなされない。窃盗犯もまた、通常は、個別的な所有権を侵害した者であって、所有権制度そのものを転覆するような行為を実行したもとはみなされない。すなわち、われわれの市民社会において、通常は、「犯罪者」にも、また市民社会の基本秩序を承認し続けていることが期待されている。それゆえにこそ、「犯罪者」は、なおも市民社会の構成員としての地位を保持し続けるのであり、そこにおいて当然認められるべき権利の共有主体として承認されている（Morguet 2009, pp.21-22）。これは、「敵」に対する扱いとは対照的である。「敵」は、そもそもわれわれの市民社会の構成員とはみなされていない。それゆえ、「敵」は人格としては扱われず、単に「われわれの社会の存在を脅かす者」として除去されるべき存在とみなされる。

## （2）「敵」の法的地位

戦場において、われわれは、適正手続を保障することなく、責任の有無についての審理を行うことなく、「敵」を殺害する。「敵」を人格として承認することは、われわれの戦闘行為と決定的に矛盾せざるを得ないだろう。「敵」は、われわれの市民社会においてその構成員としての法的地位を承認されておらず、それゆえ、「犯罪者」としての法的保護を与えられない。では、「敵」については一切の法的保護が与えられないのであろうか。

そうではない。「敵」もまた法的に保護されており、ある点では、その保護は「犯罪者」に対する保護よりも厚い。「敵」がつかまった場合、捕虜となるのだが、捕虜は国際法上、保護される地位である。国際慣習法を法典化した「捕虜の待遇に関する1949年8月12日のジュネーヴ条約」を一瞥するだけで、捕虜がいかに保護された存在であるかを知ることができる。

交戦国は捕虜を拘留することはできるが、捕虜だという理由のみで拘禁してはならない（第21条）。「捕虜は、いかなる場合にも、戦闘地域の砲火にさらされる虞のある地域に送り、または抑留してはならない」（第23条）。「捕虜の宿営条件は、同一の地域に宿営する抑留国の軍隊についての宿営条件と同様に良好なものでなければならない」（第25条）。「すべての収容所には、捕虜が食糧、石けん及びたばこ並びに通常の日用品を買うことができる酒保を設備しなければならない」（第28条）。「抑留国は、収容所の清潔及び衛生の確保並びに伝染病の防止のために必要なすべての衛生上の措置を執らなければならない」（第29条）。「捕虜に対しては、特に宿営、食糧、被服及び器具に関し、適当な労働条件を与えられなければならない。その条件は、類似の労働に従事する抑留国の国民が享有する条件よりも低い条件であってはならない」（第51条）。「抑留国は、すべての捕虜に対し、毎月俸給を前払しなければならない」（第60条）。「捕虜に対しては、抑留当局が直接に公正な労働賃金を支払わなければならない」（第62条）。「捕虜は、実行の時に効力があつた抑留国の法令又は国際法によって禁止されていなかった行為については、これを裁判に付し、又はこれに刑罰を科してはならない」（第99条）。「捕虜は、実際の敵対行為が終了した後遅滞なく解放し、且つ、送還しなければならない」（第118条）。

「敵」捕虜に対して、「敵」であるという理由だけで刑罰を科すことは許されないばかりか、安全と健康を保障し、われわれの軍隊と同程度の宿舎を与え、われわれの国民と同じだけの労働条件を保障すること、さらには、俸給や労賃を支給することを法は命じているのである。「敵」の法的保護は、このような捕虜待遇だけにとどまるものではない。文民の保護もまた戦時国際法の基本原則

であり、それによれば、敵国民であっても、文民の生命・名誉・身体・財産・信仰などの私権は尊重されなければならない。敵対的行為に参加していない文民は攻撃の対象にしてはならず、軍事目標と文民を区別しないような無差別的な攻撃は禁止される。略奪は禁止され、私有財産を没収してはならない。さらに、戦争に用いる手段についての規制も存在し、そこでは、「敵」に不必要の苦痛を与えるような武器の使用を禁止するという原則が確立している。

このような「敵」の法的保護については、次のような疑問が生じるかもしれない。おたがいに殺しあっている人々の間で、私有財産の保護や労働賃金の支払いなどがおこなわれる必要があるのだろうか。「犯罪者」とは異なり、同じ市民社会の構成員ではない「敵」は、社会に危険をもたらすものとして除去されるべき存在であるのに、なぜ、「敵」捕虜に安全と健康を保障し、公正な労賃を支払う義務を負うのだろうか。

人道的配慮は、もちろんかかる戦争法発展の一つの原動力ではあるだろう。しかし、人道性は、捕虜待遇や文民保護に関する国際法原則の内容を説明するものではない。戦争そのものがある種の集団的殺人である以上、あらゆる手段を用いてできる限り短期でそれを終結させようとする配慮もまた「人道的」である。1921年に航空機による戦争の有効性を主張する書物『空の支配 II *Dominio dell' Aria*』を公にしたイタリアの将軍ジュリオ・ドゥーエ Giulio Douhet は、無差別爆撃によって市民の交戦意欲を喪失させることによって、戦争の早期終結が可能になり、結果的には流血の少ない「人道的な」戦争が実現されると考えていた。その意味では、地上軍の上陸作戦による数十万の将兵・文民の犠牲をさけるために都市に核攻撃を行う、ということもまた一つの人道的配慮に基づくと言えなくもない。人道主義は、世で信じられているほどには、多くの法原則の具体的内容を根拠づけてはくれない。

では「敵」の法的地位を根拠づけてきた思考の核心はどのようなものであるか。ひとことというなら、捕虜待遇・文民保護・私権の尊重・害敵手段の制限などの交戦法規上の諸原則は、近代法における戦争概念に由来する。ルソー

Jean-Jacques Rousseauは、次のように述べて近代的戦争概念を定式化した。

「戦争とは人と人との関係ではなくて、国家と国家との関係なのであり、そこにおいて個人は、人間としてではなく、市民としてできえなく、ただ兵士として偶然にも敵となるのだ」(『社会契約論』[桑原・前川訳] 24頁)。

戦争とは、国家間のものであって、人間としての個人は、「敵」とはならない。また、能動的に主権に参画する者としての「市民」という資格においても、諸個人は相互に「敵」となるわけではない。諸個人は、ただ、主権国家から受動的に命令を受け取る国家機関(=兵士)としてのみ、「敵」となる。このように戦争を厳密に国家と国家の関係と把握することにより、個人は個人の資格においては敵対行為の対象から原則として除外される。国家機関として戦争に参加していない個人(文民)の私的諸権利は戦争の影響から免れてあるべきであるという原則、軍の指揮命令系統から外れたゆえに敵国家機関として機能しえない者に対しては、敵対行為を慎むべきであるという原則は、このような戦争把握そのものから生じるのである。

国際法上の交戦法規、とりわけ陸戦法規は、18-19世紀にかけて国際慣習法として発展し、19世紀後半に理論的に精緻化されていったといつてよい。19世紀のヨーロッパ大陸の国際法学者は、ルソーを引用しつつ、国家と私人の区別を根拠とする交戦規則を体系化していった。たとえば19世紀ヨーロッパを代表する国際法学者であるブルンチュリ Johann C. Bluntschli (1808-1881)は、戦争を国家領域(「公法」領域)に限定し、私的領域(「私法」領域)への戦争の影響を制限するという理論枠組みによって、交戦規則を根拠づけてゆく。

戦争とは、国家が公法上の紛争を、その国家機関である軍隊を用いて解決する手続であり、私人の紛争とは無関係である。それゆえ、私的な領域においては戦時にも平和が維持され、私人の諸権利(安全・名誉・自由に対する権利など)は戦時でも原則として平時と同じく維持されるべきである。このような戦

争把握において、私人はもはや「敵」とはみなされず、その生命・身体・財産・自由・名誉などは当然に保護されるべきものと考えられる。また、敵兵士は、自国の法に従って、国家機関として戦争に従事している以上、個人としては戦争という国家行為についての責任を負うことはない。「犯罪者」が個人という資格で行為し、その責任を個人として負うべきものであるのに対し、「敵」兵士は、国家機関として行為しているのであって、原則としてその行為は国家に帰属する。戦争は、兵士個人の行為ではなくて国家の行為である。したがって、交戦国は、戦争に勝利するという国家目的を遂行する上で必要な限りにおいて「敵」捕虜を抑留しうるが、それを超えて、捕虜を「敵」であるという理由のみでその責任を問い、処罰することはできない。すなわち、「敵」捕虜は、「犯罪者」のごとく扱われてはならないのである（Bluntschli 1872, pp.34-39, pp.286-299; 西 2009, 67-68頁）。このように、市民社会における典型的な刑法が、「敵」から区別されるところの「犯罪者」に法的保護を付与するのに対して、国際社会の典型的な交戦法規は、「犯罪者」と区別されるところの「敵」に法的保護を与えている。

害敵手段の規制についても、戦争を国家間の関係と捉える思想が反映している。すなわち、戦争の目的は、相手の国家を屈伏することであって、そのために必要な手段を超えて、兵士や文民に苦痛を与えるような戦争手段は禁止されるべきだというのが、その基本的な原理なのである。

このように、交戦法規において「敵」が保護された地位を保有するのは、戦争を国家対国家の関係とみる戦争概念に由来している。交戦法規の基本原則を発展させてきた伝統的な国際法にとって、戦争とは、国家の指揮命令のもとに、国家機関としての兵士が遂行するものである。そこでは、市民は、主体的な意思によって戦争を遂行する者とは考えられていない。それゆえ、ナショナリズムの発展のなかで、外国侵略軍に抵抗する市民兵（ゲリラ・パルチザン）というものが登場してきたとき、それは、伝統的な国際法の枠組みにとって、しかるべき法的地位を持たない異物とみなされることとなった。

### (3) 非正規戦闘員：「敵」と「犯罪者」のあいだ

市民社会においては相互の人格の承認がおこなわれ、罪を犯した市民もまたかかる人格の承認を失わないゆえに、「犯罪者」は法的に保護される地位を有する。それに対し、「敵」の法的保護は、国家関係に限定された戦争概念にその根拠をもつ。そうであるならば、市民としての地位を持たず、かといって交戦国の国家機関でもない戦闘員というものは、「犯罪者」としての法的地位も、「敵」としての法的地位も持たないこととなる。これが非正規戦闘員という問題である。

たとえば、外国の占領下におかれた地域において、正規軍による戦闘が終了したのちも武力抵抗を続けるパルチザンは、占領軍からすれば、同じ市民社会における地位を有しないゆえに「犯罪者」ではなく、国家正規軍ではないゆえに「敵」としての保護を受ける資格もない、ということになる。別の例としては、植民地独立運動のための武装組織の構成員もまた、反乱軍であるがゆえに、「犯罪者」としての地位も保証されず、かといって、植民地が国際法上は国内であるがゆえに、国家間戦争の交戦国軍構成員とみなされず、「敵」としての地位も与えられない。現実的には、かかる非正規戦闘員に対しては、戒厳令下において国内法上の手続保障が否定され、国際法上の「捕虜」資格も認められず、法的な制限の乏しいナマの暴力が加えられることとなる。

非正規軍によって遂行する戦争を指す一般的な用語として、「ゲリラ」がある。これは語源的には小さな戦争（「戦争」 guerra + 接尾辞 la）という意味であり、現代における辞書的な意味としては「独立に行動する小集団によって実行される非正規戦争、あるいはそのような戦争を遂行する者」ということを意味する（Oxford English Dictionary）。近代的な正規軍に対するゲリラ戦争が、大きな成功をおさめた最初の事例は、ナポレオンに対するスペインのゲリラ戦争である。1808年、フランスの支配に対する独立戦争を開始したスペインに進軍したナポレオンは、スペイン正規軍をすみやかに打ち破るが、正規軍同士の決戦について勝敗が決したのちも、下級聖職者や農民を主体とするスペインの民衆が

行うゲリラ戦によって消耗せられ、それがイベリア半島におけるフランス軍敗退の一つの原因となった。このスペイン・ゲリラ戦争は、非常に残虐な戦闘が行われたことで有名である。フランス軍は、ゲリラ兵を正規軍と同じ資格で扱わず、捕虜待遇を与えることなく、逆賊として処刑した。それに対し、スペイン側もまた報復的な殺戮で応じたのである（立石 2000, 212-216頁）。

この19世紀初めの出来事は、現代的戦争の特徴をすでに明確に示している。すなわち、第一に、民族意識や宗教意識が高揚している社会においては、国家正規軍だけではなく、主体的に行動する民衆によって戦争が遂行される場合があること、第二に、非正規戦闘員との間で行われる戦争は、国家間戦争の概念を基礎とする人道的交戦法規が適用されず、戦争が残虐化することである。これは、第二次世界大戦下のヨーロッパにおいても、ベトナム戦争においても、最近のイラクやアフガニスタンにおいても、共通する特徴だと言ってよいだろう。

### 3 非正規戦闘員の地位：パルチザンからテロリストへ

#### (1) パルチザンの法的地位の承認：非正規戦闘員の交戦者資格

非正規戦闘員が、市民としての「犯罪者」の地位も、国家正規軍としての「敵」の地位も持たず、恣意的な暴力の下に置かれることは、20世紀以来、国際法上の大きな問題であった。この問題への対応として、20世紀の大部分を通じて中心的であったのは、正規軍に認められている「敵」としての法的地位を、非正規軍にも拡大しようとする志向であった。

##### (a) 市民的武装抵抗

19世紀末以降、慣習法として発展してきた交戦法規を多数国間条約によって明文化する作業が継続的に行われ、その際に、非正規戦闘員の法的保護についても大きな発展がみられた。普仏戦争における義勇兵や、第二次世界大戦におけるパルチザンなどのような市民的な武装抵抗は、正当な活動を行うものであ

って、法的に保護されるべきだという思潮が、非正規戦闘員の法的保護拡大に大きな影響を与えたと考えられる。

1899年ハーグ陸戦規則は、一定の条件で、民兵・義勇兵の戦闘員資格を認めた。その条件とは、①責任者の存在、②特殊な徽章の存在、③公然武器携行、④交戦法規の遵守、である（第1条）。いまだ占領されていない領域の住民が、上の4要件を満たす軍を編成する暇もなく、侵入する敵軍に対抗するために武装する場合には、この4要件を満たしていなくても、①公然と武器を携行し、②交戦法規を遵守する場合には、戦闘員として認められる（第2条）。

ハーグ陸戦規則は、占領地住民の抵抗運動についての規定を置いていなかったが、1949年のジュネーヴ第三条約（捕虜条約）は、占領下における抵抗組織の構成員についても、上の4要件を満たすならば、捕虜としての地位が認められることを明示した。

さらに、19世紀末以来の交戦法規発展の到達点とも言える「1949年8月12日のジュネーヴ諸条約の国際的な武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書」（第一追加議定書：1977年採択・1978年発効）は、戦闘員資格の要件を大幅に緩和した。同議定書は、正規軍だけではなく非正規軍まで包括するような軍隊の定義を置き（第43条1項）、かかる軍隊の構成員には、①攻撃または攻撃準備中に自己と文民を区別すること、あるいは②それが不可能な場合には、軍事活動中に公然と武器を携行すること、のみを条件として、戦闘員資格が認められる（第44条3項）。原則として、交戦法規に違反したことによっては戦闘員資格を喪失しない（第44条2項）。すなわち、非正規戦闘員であっても、文民との区別義務や公然武器携行の義務を果たすかぎり、正規戦闘員と同じ「敵」としての法的地位が承認されるようになったのである。

## （b）民族解放団体

20世紀後半において、非正規戦闘員の法的保護の拡大に寄与したのは、植民地独立運動であった。植民地独立を求める武装勢力と宗主国軍隊との武力紛争は、伝統的な国際法の考え方に従えば、一国内における紛争であり、内戦とみ

なされる。内戦においても、反乱軍が交戦団体として承認されれば、叛徒にも戦闘員資格を認められることになるが、宗主国の側がそのような承認を行う可能性は極めて乏しかった。

人民の自決権が、国際社会において正当なものと認められるようになるなかで、植民独立戦争を国際的な紛争とみなし、植民地独立のために活動する武装組織構成員にも交戦者資格を認める見解が有力になってゆく。

人民の自決権を実現するために植民地支配からの独立を目指す「民族解放戦争」が適法な武力行使である、という主張は、1960年代には、非同盟諸国を中心に広く支持されていた。その一つの成果として、1970年の国連総会決議「友好関係宣言」において、すべての国が自決権を奪うようないかなる強制行動も慎む義務を有することが宣言されたと考えられる。

「民族解放戦争」が適法な国際的武力紛争と位置づけられるなかで、それを担う民族解放団体の戦士に戦闘員資格を認めようとする主張も強まってくる。そのような主張を採り入れる形で、1977年の第一追加議定書には、人民自決権の行使として植民地支配や人種差別体制に対して行う武力紛争を、ジュネーブ諸条約に定められた交戦法規が適用されるべき国際武力紛争に含める旨の規定が置かれたのである。

このように、19世紀末以降1970年代までのあいだの、非正規戦闘員に関する国際人道法規定は、おもにその地位を正規軍に近づけてゆくという方向で発展してきたと言える。大きな視野で見れば、そのような発展は、非正規戦闘員を、いわば不当な支配に対して正当な抵抗を行うパルチザンとみなす世界観に基づいていると言えるだろう。

もちろん、1977年第一追加議定書の規定に基づくとしても、すべての非正規戦闘員について国際人道法上の戦闘員資格が認められるわけではない。たとえば文民と自己との区別義務や武器の公然携行義務を果たしていない場合は、戦闘員資格が認められず、したがって捕虜として扱われない。また、第一追加議定書には、アメリカ合衆国という、現在最も重要な交戦国が加盟していないと

いう問題もある。しかし、国際人道法の支配的な考え方に従えば、戦闘員資格を認められないような非正規戦闘員であっても、国際法上の違法行為を行っているわけではなく、単に戦闘員資格という特権を付与されないままに戦闘を行っているともみなされる。すなわち、戦闘員資格を持たない戦闘員は、国際法上の犯罪者ではなく、「特権を持たない戦闘員」なのである。

このような非正規戦闘員（とりわけ民族解放団体）に法的地位を拡充する国際法発展を象徴する判決が、1984年米国の裁判所で下された（*Tel-Oren v. Libyan Arab Republic, United States, Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 3 February 1984, International Law Reports, vol.77, 1988, pp.193-257*）。事件はパレスティナ解放機構（PLO）構成員の行ったテロ行為に関わるものである。1978年3月11日、13人の武装したPLOメンバーがイスラエルに上陸し、高速道路において一般市民の乗ったバスを乗っ取り、34人を殺害するなどの殺傷・拷問を行った。被害者にはイスラエル・米国・オランダの国民が含まれていた。被害者らは、アメリカの裁判所において、PLOや（襲撃グループを支援したとされた）リビアを相手取って、損害賠償を求める訴訟を提起した。この裁判では、裁判所の管轄権が主要な問題となったのだが、控訴審判決に付された意見において、テロリズムが国際法違反となるかどうかについて検討が行われた。

その意見によれば、政治的テロ行為の合法性については、諸国家の立場に尖鋭な対立があり、「現行法の下ではテロリストの攻撃が国際法違反行為となるとは言えない」。すなわち、多くの西側諸国がテロ行為を非難し、それを国際犯罪とみなす多数国間条約の作成に尽力してきた一方で、国連総会決議などにおいて、政治的動機によるテロ行為が正当な戦闘行為であることや、その行為者には戦闘員資格が認められるべきことが主張されてきた、という。

「基本的な規範に関するこのような相違は、もちろん、正当な政治目的や適切な達成手段に関する基本的な意見の不一致を示すものである。かか

る不調和に鑑みれば、いかにテロリズムがわれわれの法体系にとって厭わしいものであるとしても、国際法が（国際法とは、諸国家がみずから遵守すべきものと考え、そして実際に一般に遵守しているところの原則と規則として定義されることを想起しなければならない）政治的に動機づけられたテロリズムを違法化していると結論することはできない」（p.225）。

このような裁判官の見解が当時の一般国際法規範を正確に反映しているか否か、一国の裁判所の判決に付された意見が国際慣習法の証拠となりうるかどうか、などの解釈論的問題の詳細について、ここで論じるつもりはない。むしろ、1980年代前半に、バスジャックという露骨なテロ事件の文脈において、米国の裁判官が、政治的な動機を持ったテロリストが戦闘員資格を持つ可能性に言及しつつ、その行為の国際法上の違法性を否定したという点に、この判決の思想史上の意義があり、そのことが本稿との関係においては重要なのである。

## （2）テロリストからの法的地位の剥奪：国際社会における「犯罪者」・市民社会における「敵」

### テロ関連条約の発達

ゲリラやパルチザンと呼ばれる者たちを、テロリストとみなし、国際法上の犯罪者として取り締まろうとする動きは、20世紀を通じて存在したけれども、その試みはしばしばその入口のところで躓いた。「テロリズム」の定義ができなかったからである。より正確に言えば、テロリズムの定義が理論的に不可能だったというより、テロリズムの一般的な定義のなかに、市民的な抵抗を行うパルチザンや、民族解放団体の構成員が含まれてしまうことが問題だった。うえにみたTel-Oren v. Libyan Arab Republic判決でも述べられているように、ある立場からみれば、「国際法上の犯罪者」とみなされるのと同じ者たちが、別の立場からは、「敵」としての資格を得るべき正当な戦闘員とみなされるという矛盾が、テロリズムを包括的に国際犯罪化するような試みを退けてきた。

したがって、テロリスト関連の国際条約は、ハイジャック・航空機爆破・爆弾テロなど、個別の犯罪類型それぞれについて、対応する形で締結されてきた。たとえば、「航空機の不法な奪取の防止に関する条約」（1970年署名・1971年発効）や「民間航空機の安全に対する不法な行為の防止に関する条約」（1971年署名・1973年発効）などにおいて、ハイジャック犯などの航空テロ犯罪を行った者が、処罰を免れないような仕組みを作ろうとしたことは、その典型的な例である。とりわけ1980年代の後半以降、かかるテロ関連条約が多数作成され、テロリズムを国際犯罪とみなす傾向は強まってきたと言える。

市民的武装抵抗や植民地解放を遂行する団体に「敵」としての国際人道法上の地位を確保しようとする志向と、テロリストを国際刑法上の「犯罪者」として確実に処罰しようとする志向は、抵抗組織・民族解放団体とテロリスト集団との間の区別が必ずしも明確ではないゆえに、相互に矛盾する可能性がある。この矛盾は偶然的なものでも、周辺的なものでもない。国際法の古典的思考によれば、戦争は、戦闘員個人の責任に帰されない国家行為であり、それゆえ「敵」は「敵」として正当に（交戦法規を遵守して）ふるまうかぎり、その個人責任を問われない。それに対して、テロリスト関連条約は、行為者個人の責任を確実に問うことを主眼とする法思考に基づく。そうである以上、抵抗組織・民族解放団体に準国家的な「敵」の地位を認める人道法発展と、テロリストの個人責任を問おうとする国際刑事法の発展は、単に、両者の適用範囲の周辺領域において抵触が生じ、調整が必要となるというだけではなく、両者の基幹的思考において矛盾・衝突を生じる傾向を持つというべきだろう。

例えば、爆弾を使用した民族解放団について、人道法上は捕虜待遇を持つ「敵」として扱われるのに対して、爆弾テロ条約においては「犯罪者」として処罰の対象となる、という矛盾が生じる可能性が指摘される。公共の場や国の施設などにおける爆弾テロを国際法上の犯罪として規定する「テロリストによる爆弾使用の防止に関する国際条約」（「爆弾テロ条約」：1997年採択・2001年発効）は、戦争における爆弾使用を対象外とするために、人道法の適用を受ける

「国の軍隊」の活動を適用範囲から除外している（前文）。他方で、前述したように1977年第一追加議定書によれば、民族解放団体を当事者とする武力紛争において、国際人道法（武力紛争法）が適用されるものと規定する（第1条4項）。すなわち、政府の施設を爆破した民族解放団体の構成員は、「第一追加議定書」によれば、捕虜待遇を受ける「敵」としての地位を有するのだが、「爆弾テロ条約」によれば、「国の軍隊」の構成員でないゆえに、「犯罪者」として処罰されることになる。ただし、「爆弾テロ条約」第19条2項（「国際人道法の下で武力紛争における軍隊の活動とされている活動であって、国際人道法によって規律されるものは、この条約によって規律されない」）のいう「軍隊」が、前文の規定にかかわらず、「国の軍隊」に限定されないと解釈することで、この抵触を何とか回避することも可能であろう（Annold 2004, pp.19-20）。いずれにせよ、一つの爆破行為について、それを、不当な支配に抵抗するパルチザンとみなして法的地位を保障しようとする志向と、国際全体の重大な利益を侵害するテロリストとして処罰しようとする志向がせめぎあっていることは、この事例において明らかである。

一般に、このような抵触の可能性は、武力紛争法の適用対象となる戦闘員について、テロ関連条約の適用を否定する規定を置くことによって回避されることが多い（古谷 2004, 171-172頁）。二つの法思考は全く異質であるので、適用除外規定によって抵触を回避するほかないからである。ただし、法技術的には適用除外規定によって調整可能だとしても、ある一つの行為が、テロ関連条約の適用対象であるか、国際人道法（武力紛争法）の適用対象であるかという問題、すなわちその行為者が「犯罪者」であるか「敵」であるか、という問題は、法政策的には重大な対立点となるだろう。

「国際刑事法」と呼ばれるテロ関連条約の発達は、しばしば従来の「武力紛争法」「国際人道法」の単純な発展と位置づけられるのだが、むしろ両者のあいだには、行為者を「犯罪者」として処罰しようとするか、「敵」として保護しようとするか、という根本的な志向の相違がある。その点を理解しなければ、われ

われは20世紀以降の国際法発展の大局を見失う。

## 9・11テロ以後

テロリストの法的な地位についての関心が高まったのは、2001年9月11日のアメリカ合衆国同時多発テロ事件以降であろう。はたしてテロリストは「犯罪者」なのだろうか、「敵」なのだろうか。

アメリカ合衆国政府は、同時多発テロ後の対応において「対テロ戦争」という言葉を用い、テロ対策において、通常の憲法上の手続的保障を否定するような立法を次々とおこなった。たとえば、令状なしの無期限の予防拘禁や、電話・電子メールなどの盗聴・傍受、プロバイダーやクレジットカード調査会社に対する個人情報の提出命令権限を認めるなど、テロリスト対応のための警察権限を著しく強化した。これは、テロリストが、市民社会における構成員として保護されるべき地位を持たず、市民社会の外から来る「敵」として扱われていることを示している(岡本2009, 第4章)。9・11後のアメリカの市民社会においてテロリストは「犯罪者」ではなく、「敵」として扱われてきたのである。

では、「対テロ戦争」において、テロリストは「敵」としての地位を得ていたかと言えば、そうではない。同時多発テロ直後のアフガニスタン戦争は、現象としては明白に国家間戦争であったが、そこにおける戦闘員は、戦闘員資格を認められず、捕虜として扱われなかった。「対テロ戦争」において捕えられた者たちは、捕虜ではなく、むしろ、テロ犯罪に関与する犯罪者としての扱いを受けたと言っていい。すなわち、9・11後の国際社会において、テロリストは、「敵」ではなく「犯罪者」として扱われてきたのである(古谷2004, 176-177頁)。

キューバにあるグアantanamo米軍基地におけるテロ容疑者たちの取り扱いは、市民社会においては「敵」であり、国際社会において「犯罪者」であるテロリストの地位を象徴するものであった。この基地には、2002年にアルカイダ・タリバンに関係する容疑者を収容するための施設が開設され、アフガニスタン戦争において捕えられたタリバン兵を含め、多数の容疑者が収容されてきた。伝えられるところによれば、収容者は、容疑の告知なども受けないまま、金属の

格子で囲われたプライバシーの全くない檻に、原則として無期限に収容され、家族や弁護人との面会も許されない劣悪な状況に置かれてきた、という。一方で、収容者が「犯罪者」としての地位をもつなら、このような取り扱いは、適正な刑事手続を保障する米国憲法に違反する。しかし、時の米政権は、米国の領域外で行われた外国人に対する政府の行為は憲法の適用外であると主張して、基地の収容者に対して憲法上の手続保障を否定した。他方で、収容者が「敵」としての資格を持つなら、捕虜として取り扱われなければならないのであって、ジュネーブ条約に定められた前述のような保護規定が適用されることになる。しかし、やはり時の政権は、タリバン兵が「不法戦闘員」であることを理由に、その捕虜資格を否認した。

この「不法戦闘員」という用語についてはひとこと注意を喚起しておく必要があるだろう。戦闘員資格を非正規戦闘員にまで拡大しようとしてきた伝統的な武力紛争法の思考にとって、「不法戦闘員」という概念は存在しない。この思考によれば、いまだ戦闘員資格を持たない者も、その資格付与の範囲が拡大すれば正当な戦闘員となりうる潜在的可能性を持つのであって、けっして本来的に「不法」な者ではない。それゆえ、戦闘員資格を持たない戦闘員のことを、伝統的な武力紛争法は、「特権を持たない戦闘員」と呼んできた。すなわち、違法な戦闘行為を行うものではなく、捕虜資格という特権を持たないまま、厳しい処罰を科されるリスクをあえて引き受けて戦闘を行う者という意味である。「特権を持たない戦闘員」であれ「不法戦闘員」であれ、捕虜資格が否定されるという点において相違はないが、このような呼称の相違は、非正規戦闘員をいかに位置づけるかという立場の相違に相応していることを見落としてはならない。

グアンタナモに収容されている者すべてが捕虜資格を持つか否かについては解釈論上の相違がありうるとしても、そもそも、ひとつの武力紛争に関連して捕えられた者を、一律に「不法戦闘員」とレッテル張りして、その捕虜資格を否定するというようなやり方は、戦闘員資格の拡大を志向してきた伝統的な武

力紛争法からみれば耐えがたいものである。伝統的武力紛争法に忠実な立場からすれば、武器を手にとっている者はすべて捕虜資格を有すると推定されるというのが原則である。収容者の捕虜資格に疑いがある場合には、権限ある裁判所によって個別に決定されなければならない、そのような決定が行われるまでは、収容者は捕虜資格を持つ者として扱われなければならない（Bichovsky 2006, p.103）。

### 9・11後「対テロ戦争」は例外か？

このように、同時多発テロ後の「対テロ戦争」において、「犯罪者」と「敵」の区別は決定的に流動化し、「犯罪者」と「敵」を保護する法的思考枠組が劇的に失われていったように見える。しかし、これは9・11テロという衝撃的な事件に起因する一時的な逸脱と言えないだろうか。

おそらくそうではない。「対テロ戦争」の予兆となるような「犯罪者」に対する戦争は、90年代において既に行われていた。たとえば、クリントン政権下の1998年、アフガニスタンのゲリラ訓練施設とスーダンの化学薬品工場を、アメリカ合衆国軍が巡航ミサイルによって攻撃した。これは、「1996年反テロリズム・効果的死刑法」という米国刑法によって根拠づけられる武力攻撃である。アフガニスタン戦争はその延長にすぎない（岡本 2009, 42-51頁）。

また、テロリストなど、社会に対して重大な危険をもたらすと考えられる犯罪容疑者について、通常の刑法上・刑事手続上の保護を否定するということは、20世紀末以降、世界中でみられる現象である。ドイツの刑法学者ギュンター・ヤコブスは、すでに1980年代に、「敵に対する刑法」という概念を考案し、現代のドイツにおいて、市民的な地位を有する「犯罪者」に対する刑法とは異質な刑法規定が存在し、それが、市民的な権利保護を逸脱することを認めていることを指摘している。

## 結語

「犯罪者」と「敵」は、それぞれに異なった法的地位を有し、それぞれの地位に基づいて保護されてきた。

われわれは、単に罪を犯したという理由だけで市民社会から放逐されて野獣のごとく打ち倒されるわけではなく、ひきつづき市民社会における構成員としての地位に基づいて市民法上の保護が与えられる。すなわち「犯罪者」の法的地位は、市民社会の構成員としての地位に根拠を持つのであって、それゆえに、市民社会の一員としての地位を否定されるような種類の「犯罪者」（たとえばテロリスト）については、その保護が否定されることになる。ヤコブスが「対敵刑法」という概念によって描きだしたのは、まさにこのことである。

「敵」という法的地位は、戦争を国家間の関係として把握し、戦闘員を国家機関とみなす近代的戦争概念に基づく。このような概念によれば、国家機関ではない私人は戦争とはできるかぎり無関係におかれるべきであり、また、国家機関としての兵士の行為は、原則として国家に帰属するのであって、「敵」として戦闘に参加したことそれ自体は処罰の対象とはなりえない。そうであるならば、国家機関としてではなく、主体的に戦争に参加する市民は、「敵」としての地位を保障されず、捕虜資格をはじめとする戦闘員資格を持たないこととなる。伝統的な武力紛争法（国際人道法）は、1970年代まで、このような非正規戦闘員にも戦闘員資格を拡大する方向で発展してきたが、20世紀の末以降、むしろかかる非正規戦闘員を「テロリスト」とみなし、それを「犯罪者」として処罰しようとする動きが目立つ。

近代的な市民社会の法体系において「犯罪者」は保護されるべき存在である、というのと同様の意味で、近代的な国際社会の法体系において、「敵」は保護されるべき対象とされてきた。それはすなわち、市民社会においては、「敵」と区別されるところの「犯罪者」が市民としての地位を保障され、国際社会におい

ては、「犯罪者」と区別されるところの「敵」が戦闘員としての保護を与えられてきたということである。近代法の伝統的な枠組みにおいて、「市民社会の敵」および「国際社会の犯罪者」は、保護されるべき確たる地位を持たない。したがって、「テロリスト」を「敵」とみなす市民法領域の拡大と、「テロリスト」を「犯罪者」とみなす国際法領域の拡大は、より多くの「テロリスト」（とみなされる者）たちを、伝統的な法秩序における保護の空白部分へと追いやるといふ傾向を持つ。

この傾向を、近代的法思考の単線の発展の成果として理解してはならない。われわれは、「対敵刑法」のような概念を厳しく批判するが、「国際刑法」に対して原理的な批判の目を向けることはあまりない。しかし、暴力限定のための伝統的な法体系の解体という観点からみるなら、両者は平行的な関係に立つ。すなわち、市民社会にとって危険な犯罪者を「敵」とみなして、その市民としての法的地位を否定することと、国際社会にとって危険な戦闘員を「犯罪者」とみなして、その武力紛争法上の地位を否定することは、「犯罪者」と「敵」を保護する伝統的な法構造を反対の側面において解体してゆく企てである。保護と暴力限定のための従来の法構造を保持し続けることが現実的でないとすれば、新たに生まれつつある国際人権法・国際刑法の体系が、市民社会の構成員としての地位でも、国家間的に把握された戦争概念に由来する地位でもない、新たな法的地位を創出しようのものであるか、という点に、今後の「敵」と「犯罪者」の保護がかかっているといえるだろう。

### 参考文献

- 新井京 2002 「テロリズムと武力紛争法」『国際法外交雑誌』第101巻3号123-145頁  
岡本篤尚 2009 『《9・11》の衝撃とアメリカの「対テロ戦争」法制、予防と監視』法律文化社  
川口浩一 2006 「敵に対する刑法と刑罰論」『法律時報』第78巻3号、12-16頁  
立石博高編 2000 『スペイン・ポルトガル史』山川出版社  
西平等 2009 「神の正義と国家の中立——「グローバルな内戦」に対抗するカール・シュミット

- ト」『思想』2009年4月号52-75頁
- 藤田久一 1973 「民族解放戦争と戦争法」太寿堂鼎編集代表『変動期の国際法（田畑茂二郎先生還暦記念）』有信堂
- 藤田久一 2000 『国際人道法（新版・増補）』有信堂高文社
- 古谷修一 2004 「武力紛争の国際法」、村瀬信也・真山全編『武力紛争の国際法』165-187頁
- 松生健 1998/1999 「ヘーゲル市民社会論における犯罪と刑罰（一）／（二・完）」『海保大研究報告』第43巻2号1-28頁／第44巻2号25-52頁
- ベッカリア、チェーザレ [風早八十二・五十嵐二葉訳] 『犯罪と刑罰』岩波書店、1959
- ルソー [桑原武夫・前川貞次郎訳] 『社会契約論』岩波書店、1954
- Arnold, Roberta 2004 *The ICC as a New Instrument for Repressing Terrorism*, Transnational Publishers
- Bichovsky, Aude 2006 “Guantanamo ou l’illégalité institutionnalisée”, Laurent Moreillon et al eds., *Droit pénal humanitaire*, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant, pp.95-127
- Bluntschli, Johann C. 1872 *Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten als Rechtsbuch dargestellt*, Nördlingen
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 1821 *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Georg Wilhelm Friedrich Hegel Werke 7, Suhrkamp（上妻精・佐藤康邦・山田忠彰訳『法の哲学』ヘーゲル全集9 a/ b、岩波書店、2000年／2001年）
- Jakobs, Günther 2004 “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht”, HRRS (<http://www.hrr-strafrecht.de>), 3/2004, pp.88-95（平山幹子訳「市民刑法と敵味方刑法」『立命館法学』2003年5月号、459-484頁）
- Morguet, Geraldine Louisa 2009 *Feindstrafrecht—Eine kritische Analyse*, Duncker & Humblot
- Oeter, Stefan 1989 “Terrorism and “Wars of National Liberation” from a Law of War Perspective, Traditional Patterns and Recent Trends”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Bd.49, 1989, pp.445-486

