

## 市民戦争論

### —現代戦争における非正規戦闘員の地位をめぐる—

西 平等

市民参加研究班研究員  
法学部准教授

#### はじめに

「市民戦争」とは一般的な用語ではない。英語で Civil War といえ（あるいはドイツ語で Bürgerkrieg、あるいはフランス語で guerre civile といえ）、内戦のことである。内戦においては、少なくともその一方の当事者は、国家正規軍ではない。国家正規軍でない兵士は、当然ながら、国家的な命令に服従することによって戦争に参加するのではなく、場合によっては、その政治的な信念や私的な心情などから自発的に戦争に参加する。市民が、自発的な意思によって政治的な行為としての戦争に参加する時、内戦は「市民戦争」となる。ひとことだけ注意しておけば、あらゆる戦争が政治的な行為だというわけではない。クラウゼヴィッツの有名な言葉は、レイモン・アロンが繰り返し強調しているように、戦争を政治的指導のもとに置くべきだという規範的な意味に理解されなければならない。

ところで、市民戦争となりうるのは、内戦だけではない。「不法な」占領軍に対して行われるパルチザンの抵抗はむしろ市民戦争の典型である。パルチザンと呼ぶにせよ、ゲリラと呼ぶにせよ、あるいはテロリストと呼ぶにせよ、政治的な目標実現に向けた市民による自発的な戦争参加行為は、20世紀においては、内戦においても国際紛争においても、広く見られる現象である。私が、ここであえて「市民戦争」という用語を用いたのはそのためだ。

国家とは正当な暴力を独占するものであるという定義的命題に賛成するにせよ、しないにせよ、近代国家においては、国家的な暴力と非国家的な暴力との区別は重要な意味を持つことは認めざるを得ないだろう。われわれが、ある戦争を違法な戦争とみなす場合でされ、兵士による個々の戦闘行為をすべて処罰の対象とする必要を感じないのは、それらが国家的な命令に基づく行為であるからだ。

では、市民が、国家の命令に服するのではなく、自発的に戦争に参加する時、その行為は、いかなるものみなされるのだろうか。一人の市民による一つの戦闘行為は、ある立場によれば、それは正当な政治的目的を持った戦争であるし、別の立場によれば、国家的正当性を持たない

犯罪である。いかなる行為が戦争で、いかなる行為が犯罪であるかは、立場により、さまざまに異なりうる。確実に言えることは、国家に服従する兵士としてではなく、政治に参加する市民としての資格において市民が戦争に参加することが一般化した時から、戦争と犯罪の区別、すなわち「敵」と「犯罪者」の区別は、かつてのような明確さを失った、ということである。

ゲリラやバルチザンを「敵」とみなすか、「犯罪者」とみなすかという問題は、20世紀を通じて国際上の最重要問題の一つであったが、この区別は、21世紀の世界において、さらに混乱と混沌の度を増しているように思われる。

いったい、9・11テロを行った者たちは、「敵」であるのか、「犯罪者」であるのか。アフガニスタンでは「敵」に対する戦争が行われているのか、「犯罪者」に対する取り締まりが行われているのか。イスラエルやイラク、パキスタンで、自爆テロを行う者たちは「敵」であるのか、「犯罪者」であるのか。世界中に展開している米国とその同盟国の軍隊は、戦争を行っているのか。いったい、われわれは、テロリストたちにどのような法的地位を認め、どのような法的対応を取るべきなのか。

このような現代的な問題についての予備的考察として、ここでは、近代法思想における「敵」と「犯罪者」の法的地位についての検討を行う。

## 1. 「敵」と「犯罪者」の差異という問い

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。

では、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。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るとしても、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。

## 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虐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か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行使しうるものなのである。

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』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、その不法の故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。

「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。死刑に処されることでさえ、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、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・ヤコプス 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。

ヤコプスが強調するのは、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。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のはみなされない。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。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 日のジュネーブ条約」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舍を与え、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。ひとことでいうなら、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、市民としてでさえなく、ただ兵士として偶然にも敵となるのだ」（『社会契約論』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。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（ゴヤ版画集『戦争の惨禍』にも描かれている）。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。

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. 展望

さて、ここまでみてきたように、近代法において、「犯罪者」は、その市民社会における構成員としての承認に基づく法的地位を有し、刑事法・刑事手続上の保護を付与されてきた。それに対して、「敵」は、戦争を国家間の関係とみなす法概念に由来する地位を有し、そこから、

## 市民戦争論

武力紛争法（国際人道法）上の「敵」の保護原則が形成されてきた。ところが、国家的命令に服するのではなく、自発的に戦争に参加する非正規戦闘員は、市民社会の構成員として承認されず、国家機関として戦闘に参加しているわけでもないゆえに、「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。比喩的に言うなら、非正規戦闘員は、刑事法上は「敵」として、武力紛争法上は「犯罪者」として扱われうるのである。

このように非正規戦闘員が「法外の者 outlaw」であることは、とりわけ 20 世紀の国際法を通じて大きな問題とされてきたのであるが、その点について詳述する紙幅の余裕はない（これについては、2010 年 3 月に出版される『研究双書第 150 冊』（関西大学経済・政治研究所）所収の拙稿をご参照いただければ幸いである）。しかし、簡単にその大枠だけを述べるなら、20 世紀から 21 世紀にかけて、国際法には、非正規戦闘員に「敵」としての地位を扶養しようという傾向（国際人道法適用対象の拡大）と、それを「犯罪者」とみなして処罰しようとする傾向（テロリストの実効的体制の確立）が併存してきた、と図式化できるだろう。一般的にいえば、1970 年代までは前者が優勢であり、80 年代以降は後者が主導的となってきている。このような法思考の歴史的な潮流を理解することによってのみ、「対テロ戦争」の真に現代的な意義を把握しうるのだと私は考えている。