

非国際的武力紛争における抑留権限

濱 田 早 絵

- I. はじめに——正当化根拠の問題
- II. 武力紛争に関連する理由による抑留の法枠組み
- III. 黙示的抑留権限論
- IV. おわりに——解決手段の模索

I. はじめに——正当化根拠の問題

1. Mohammed 事件

国際人道法が、武力紛争を理由として行われる抑留¹⁾を正当化しているかどうか、その権限を与えているかという問題は、今活発に議論されている問題である。抑留とは、大別して安全上の抑留 (internment/security detention) と刑事上の抑留 (criminal detention) に区別することができ、国際的および非国際的武力紛争の双方で一般的に行われる敵対行為のひとつと認識されているものである²⁾。2014年に英国高等法院が下した Serdar

- 1) 本稿で取り扱う「刑事手続を伴わない身柄の拘束 (身体の自由の剥奪) 行為」としての抑留に関して、判例および先行研究では、“detain/detention; security detention”の語が用いられている場合と、“intern/internment”の語が用いられている場合がある。この2つの語は「抑留」と訳されることが多く、例えば、1949年ジュネーブ諸条約上 (例えば捕虜条約第21条) の“intern”も、自由権規約9条上の“detention”も、「抑留」の公定訳が当てられている。よって、本稿では「抑留」に統一して表記するが、この「抑留」の意味が日本法において「拘禁」と区別される「抑留」としての意味を含むわけではない点に留意しておきたい。
- 2) 安全上の抑留 (以下、本稿では抑留に統一する) と刑事上の抑留は、その主たる実施機関、手続、そして根拠が異なるが故に、別個の法的問題を生じさせるといわれる。国際人道法と国際人権法上の義務および与えられる保障について、特に国際人道法が明確化していないが故に

Mohammed v. Ministry of Defence 事件判決では³⁾、アフガニスタン紛争において2010年に110日間に渡って継続した抑留行為が、1998年英国人権法第5条に違反していたと判断された⁴⁾。判決の中で、アフガニスタンで生じてい

議論が起こっているのが前者で、本稿では後者について特に取り扱わない。武力紛争に関連する犯罪の訴追の過程でなされる抑留（拘禁）の中で不可欠な保障としての諸権利は国際人道法と人権法で共通しているが、他方で非国家武装集団が組織した裁判所による刑の執行のような実施主体に関する議論が存在する。Sandesh Sivakumaran, “Courts of Armed Opposition Groups: Fair Trials or Summary Justice?”, *Journal of International Criminal Justice* Vol. 7, Issue 3, (2009); Ezquiel Heffes, “Generating Respect for International Humanitarian Law: The Establishment of Courts by Organized Non-State Armed Groups in Light of the Principle of Equality of Belligerents”, *Yearbook of International Humanitarian Law* 2015, Vol. 18 (T.M.C. Asser Press, 2016), pp. 181-201; Mark Klamberg, “The Legality of Rebel Courts during Non-International Armed Conflict”, *Journal of International Criminal Justice* Vol. 16, Issue 1, (2018); “On the Establishment of Courts in Non-international Armed Conflict by Non-state Actors: Stockholm District Court Judgment of 16 February 2017”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 16, Issue 2, (2018).

3) 本稿は、特に国際人道法上の抑留権限について焦点を当てて検討を行う。本件のより詳細な事実経緯、安保理決議の授權と人権法適合的解釈に関する分析について、加藤陽「国連安保理の授權に対する人権法の制約」『立命館法学』第363・364号（2016年）、特に最高裁判決については、加藤陽「国連安保理の制裁に対する人権適合的解釈」浅田正彦・桐山孝信・徳川信治・西村智朗・樋口一彦編『現代国際法の潮流 II』（東信堂、2020年）258-279頁参照。

4) 英国の1998年人権法（Human Rights Act）は、欧州人権条約を受容する国内法であり、その内容は欧州人権条約と同一である。欧州人権条約第5条は身体の自由に関して、1項の柱書で身体の自由および安全に対する権利を定め、例外として身体の自由の剥奪の許容事由を列挙する形式を採り、次のように定めている。

1 すべての者は、身体の自由および安全に対する権利を有する。何人も、次の場合において、かつ、法律で定める手続に基づく場合を除くほか、その自由を奪われない。

- (a) 権限のある裁判所による有罪判決の後の人の合法的な拘禁
- (b) 裁判所の合法的な命令に従わないためのまたは法律で定めるいずれかの義務の履行を確保するための人の合法的な逮捕または拘禁
- (c) 犯罪を行ったと疑う合理的な理由がある場合または犯罪の実行もしくは犯罪の実行後の逃亡を防ぐために必要であると合理的に考えられる場合に、権限ある司法機関に連れて行くために行う合法的な逮捕または拘禁
- (d) 教育上の監督のための合法的な命令による未成年者の拘禁または権限のある司法機関に連れて行くための未成年者の合法的な拘禁
- (e) 伝染病の蔓延を防止するための人の合法的な拘禁または精神異常者、アルコール中毒者もしくは麻薬中毒者または浮浪者の合法的な拘禁
- (f) 不正規に入国するのを防ぐための人の合法的な逮捕もしくは拘禁または追放もしくは犯罪人引渡しのために手続がとられている人の合法的な逮捕もしくは拘禁

た非国際的武力紛争の文脈において英国軍の行った抑留政策は、適用可能な国際人道法によっては正当化されず、国連の安保理決議の授權によって正当化されるとの判断を行った。本判決における国際人道法の解釈は、学説上議論を呼んでおり、非国際的武力紛争における国際人道法の抑留権限に関して、様々な見解が示されるようになった⁵⁾。

その議論を確認する前に、この事件に関する事実概要を確認する。Serdar Mohammed に対する英国軍の抑留政策は、アフガニスタンで生じていた非国際的武力紛争の文脈で行われていた。本件抑留が発生するまでの経緯として、2001年10月の英米らがアフガニスタンへ介入した後、国連が招集したボン会議においてボン合意が締結された。この合意の中では、アフガニスタン暫定行政機構の設置が定められており、さらに安保理に国際治安維持部隊(以下、ISAF)の設立と授權が要請されていた。この要請を受けて安保理は、12月20日に安保理決議1389を採択し、ISAFが設置されると同時に国連憲章7章下の軍事的強制措置を授權された⁶⁾。

安保理決議上の「必要なあらゆる措置」の文言を受けて、その授權の範囲内であると定めた抑留に関する ISAF の標準作戦手続 (Standard Operating Procedures: SOP)⁷⁾ が作成された。これは、ISAF 部隊の保護や、ISAF とその要員の自衛および ISAF の任務達成に必要な場合に限り最長96時間の抑留を認めるもので、96時間が経過した後については、被抑留者の釈放またはア

5) 2014年以前にも、非国際的武力紛争における被抑留者の保護に関する論稿の中で、抑留権限や抑留の理由および手続の不十分さを指摘するものはいくつか存在している。Jelena Pejic, "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); David Tuck, "Detention by armed groups: overcoming challenges to humanitarian action", *International Review of the Red Cross*, Vol. 93, No. 883 (2011).

6) S/RES/1386 (20 December 2001). 本決議は、「3. 国際治安援助部隊に参加する加盟国に対し、そのマンデート遂行に必要なあらゆる措置をとることを授權 (authorize)」しており、この授權はその後の関連決議と本件で適用された決議1890 (S/RES/1890) でも確認されている。

7) NATO, ISAF, 'Standard Operating Procedures, Detention of Non-ISAF Personnel, SOP 362', 4th edition (last updated 31 August 2006).

アフガニスタン当局への移送を規定していた⁸⁾。

英国軍は、当初 ISAF の政策に従って抑留政策を実施していたが、96時間ルールに関して国家政策に基づく修正の要求を行った⁹⁾。そして、2009年11月9日の国防省声明において、「例外的な状況において、96時間を超える個人の抑留により、我々の部隊と地域住民の保護に資する重大なインテリジェンスを獲得することができる」ことから、英国の施設においては96時間を超える抑留の政策変更が許可されるべきである、という英国政府の見解を示した¹⁰⁾。同月、英国政府は NATO にこの政策変更を通知した。

アフガニスタン国籍を有する原告 Serdar Mohammed は、英国のインテリジェンス獲得を目的とした尋問のために、2010年4月7日にアフガニスタンで拘束された。移送先の問題により、当該抑留の期間は7月25日まで延長され、結果として110日間抑留され続けた。

原告は、本件抑留が違法であるとして英国国防省を相手に裁判所で訴えを提起する中で、英国軍がアフガニスタンにおいて誰も捕獲および抑留する法的権利 (legal right to capture and detain anyone) を有していなかったことを理由に、自身が違法に抑留されたことを主張した。加えて、仮に抑留する権限 (a lawful power to detain) があったとしても、96時間を超えて、インテリジェンス獲得の目的で行われていた状況にまでは及ばないことを主張した¹¹⁾。判決では、本件抑留を2010年4月7日に即製爆発装置の生産に関与したタリバン関係者であるという理由で拘束した最初の96時間 (第一段階)、

8) SOP362, para. 7. 他方、釈放または移送を安全な状況で実施するために必要が生じた場合であれば、96時間を超える抑留を行うことが認められていた。そのような場合は、ISAF 司令部まで付託されなければならないことが、8項に規定されている。See, SOP362, paras. 5, 6. 加藤陽「国連安保理の授權に対する人権法の制約」『立命館法学』2015年第5・6号(2016年)88頁参照。

9) 英国国防省覚書によると、96時間という期限がインテリジェンス獲得のための障害となっている状況が生じており、96時間の期間を延長することに同意しない国が存在するため、ISAF の政策を再度交渉することは困難であると述べられている。Mohammed v. Ministry of Defence [2014] EWHC 1369 (QB), para. 46.

10) *Ibid.*, para. 47.

11) *Ibid.*, para. 11.

インテリジェンス獲得の目的のみの目的で96時間を超えて行われた、5月4日までの25日間（第二段階）、そして権限あるアフガン当局に移送する目的で行われた5月4日から7月25日までの間（第三段階）に分け、本件抑留の違法性が検討された¹²⁾。

英国国防省は、第5条の請求に対して、本件抑留がアフガニスタンにおける非国際的武力紛争の文脈において適用される国際人道法上合法であり、第5条を置き換えるか、または満たしていた（displaced or qualified）との弁護を展開していた¹³⁾。Leggatt 判事は、国際人道法上合法かどうかを検討するために、まず明示的抑留権限があるのかどうかを検討し、本件に適用可能な国際人道法である共通3条および第二追加議定書第5条がいずれも抑留権限を明示的に含むものではないと判断した¹⁴⁾。また、非国際的武力紛争において抑留を行う法的権限があると認める慣習法も、これまでいかなる国家によっても承認されてきていない。テロ集団構成員である疑いで安全上の絶対的理由から抑留された欧州人権裁判所 Al-Jedda 事件判決においても、Al-Skeini 事件判決においても、英国がイラクにおいて国際人道法上の抑留の法的根拠に基づいて実行していたということは示唆されず、安保理決議上の法的根拠にしか言及していなかった¹⁵⁾。よって、抑留を正当化する明示的な権限は、条約および慣習法上存在しないと結論づけた。

12) *Ibid.*, para. 297.

13) 英国国防省が実際に行った弁護は、要約すると、i) 本件が人権法（欧州人権条約）の領域的適用範囲外の請求であること、ii) 本件の法的責任は英国ではなく国連に帰属すること、iii) 本件は国連安保理決議により授權されていたが故に合法であり、第5条の権利は置き換えられていたか満たしていたこと、iv) アフガニスタンにおける非国際的武力紛争に適用される国際人道法上合法であり、第5条の権利は置き換えられていたか満たしていたこと、v) その代わり、本件抑留実施時のアフガニスタン南部の状況の現実に照らして第5条を解釈しなければならず、英国国防省により遵守されていたと解釈すべきであり、vi) いずれにせよ、国防省は‘act of state’ドクトリンに依拠することにより第5条に基づく損害に対する請求から免除されるというものだった。*Ibid.*, para. 114.

14) ただし、裁判所は、本件において第二追加議定書が、適用可能なタリバンまたはその他の武装集団によるアフガニスタンの一部における十分な支配を行使があったのかどうかは疑わしいと判断している。*Ibid.*, paras. 234-238.

15) *Ibid.*, para. 257.

次に、英国国防省は、たとえ共通3条と第二追加議定書に明示的な権限がなかったとしても、それらには黙示的権限が内在しているため英国の抑留を正当化できると主張した¹⁶⁾。しかしながら、Leggatt 判事は、次の5つの理由を提示してその主張を退けた。その理由は、簡潔に言えば以下の5点である。

- (1) 条約に明示的に規定されていないため、締約国がそのような権限を承諾していると解することはできない、
- (2) 関連規定は事実として非国際的武力紛争では人が抑留される状況があることを述べたに過ぎないことから、法的根拠を与える意図が存在するとは解することはできない、
- (3) 条約の趣旨目的に照らして、抑留が合法的になされているかを問わず人道的に保護することを求めている純粋な人道的目的は、抑留に権限を与えるという効果と相反するものである、
- (4) 紛争当事者である反徒に対し正当性を与える権限を条約によって確立することに対し締約国の合意が存在していない、
- (5) 抑留の対象や期間等の手続的規定を伴っていない限りは、抑留権限の存在を認定することができない¹⁷⁾。

Leggatt 判事は、第5条1項がより具体的で、包括的に定義された「次の場合を除いて」、逮捕や抑留を禁止しているという特質のために、特別法の原則が機能する余地がほとんど残されていないとも言及している。非国際的武力紛争においては、国際人道法が抑留の理由や従わなければならない手続を規定していないという観点から、第5条の解釈を調和させようとする国際人道法の関連規則は存在しない、との理解がここでは示された¹⁸⁾。

16) *Ibid.*, paras. 239–240.

17) *Ibid.*, paras. 241–246.

18) *Ibid.*, para. 291.

第5条の本質的な目的は、法のルールに従っている場合を除き、個人が自由を奪われることを防ぐことであるとし、第5条における3つの基本原則というのは、(i)自由の剥奪に法的根拠 (a legal basis) が存在しなければならないこと、(ii)この根拠は合理的に確かなものでなければならないこと、(iii)自由の剥奪は、司法手続に従っていなければならないこと、である¹⁹⁾。結果として、Leggatt 判事は、Serdar Mohammed に対して行われた抑留のうち、96時間を超える抑留を国連安保理決議の授權により正当化することはできず、第二段階と第三段階について、英国人権法第5条に違反すると結論付けた²⁰⁾。

他方で、非国際的武力紛争の文脈で適用法規として共通3条と第二追加議定書の内容を検討した英国最高裁判所判決では、主導意見 (Sumption 卿) が次のように述べている。「国際人道法は、非国際的武力紛争における抑留を特に権限付けていない。しかし、既に説明したように、関連する安保理決議が抑留を権限付け、国際人道法がその結果を、国家実行に不可避の特徴という前提の下で規律している。その観点で、国際的武力紛争においてジュネーブ第三条約第21条が提供する抑留権限と同じ機能を、非国際的武力紛争において関連決議は提供した。それは、安全上の絶対的理由により必要な状況において抑留することに対して国際法上の権限を与えたものである²¹⁾」。

国際的武力紛争と異なり、具体的な基準のない共通3条や第二追加議定書

19) *Ibid.*, para. 299.

20) *Ibid.*, para. 356.

21) *Serdar Mohammed (Respondent) v. Ministry of Defence (Appellant)* [2017] UKSC 2, para. 44. 英国最高裁の結論では安保理に授權された抑留が96時間に限定されていたという下級審の判断が明確に否定されている。最高裁 (主導意見) は、安保理決議を武力紛争における現実に照らして解釈すると、ISAF の設置を決定した決議1386の本文3項は ISAF に参加している加盟国に対して権限を与えているものと解し、それによって、英国が独自に設定した96時間を超える抑留政策をとる権限が安保理決議によって与えられていたと判断した。さらに、英国軍による SOI J3-9 は詳細で包括的かつ義務的な抑留の手続について規定したもので、第5条1項の要件を満たしているとし、他方 SOI の規定するプロセスが独立性も公正なプロセスも有していなかったことから、第二段階において第5条4項に基づく義務に違反したと結論づけられている。

の規定と人権法の衝突は生じず、抑留という行為の結果を規律するものとして国際人道法は機能する。結果としてこの事件では、恣意的な自由の剥奪に当たらないために、国際人道法ではなく他の国際法に依拠する必要性を示し、安保理決議がその法的根拠として解釈された。さらに、適切な手続を設定していれば安保理決議を法的根拠とした抑留が紛争当事国の裁量に基づいて許容されたという点で注目する必要がある²²⁾。特に高等法院による判決が出された直後、非国際的武力紛争における抑留権限（の不存在）の問題は、大きく議論されるようになった²³⁾。

2. 問題の所在

非国際的武力紛争における抑留権限が黙示的に存在するという議論はどこ

-
- 22) 本最高裁判決の詳細な分析は、加藤陽「国連安保理の制裁に対する人権適合的解釈」浅田正彦・桐山孝信・徳川信治・西村智朗・樋口一彦編『現代国際法の潮流 II』（東信堂、2020年）参照。
- 23) 判決直後の主たる議論として、Kobo Maćák, No Legal Basis under IHL for Detention in Non-International Armed conflicts? A Comment on *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, EJIL: TALK! (May 5, 2014), <<https://www.ejiltalk.org/no-legal-basis-under-ihl-for-detention-in-non-international-armed-conflicts-a-comment-on-serdar-mohammed-v-ministry-of-defence/>>; Lawrence Hill-Cawthorne & Dapo Akande, Does IHL Provide a Legal Basis for Detention in Non-International Armed Conflicts?, EJIL: TALK! (May 7, 2014), <<https://www.ejiltalk.org/does-ihl-provide-a-legal-basis-for-detention-in-non-international-armed-conflicts/>>; Aurel Sari, Sorry Sir, We're All Non-State Actors Now: A Reply to Hill-Cawthorne and Akande on the Authority to Kill and Detain in NIAC, EJIL: TALK! (May 9, 2014), <https://www.ejiltalk.org/sorry-sir-were-all-non-state-actors-now-a-reply-to-hill-cawthorne-and-akande-on-the-authority-to-kill-and-detain-in-niac/>>; Lawrence Hill-Cawthorne & Dapo Akande, Locating the Legal Basis for Detention in Non-International Armed Conflicts: A Rejoinder to Aurel Sari, EJIL: TALK! (June 2, 2014), <<https://www.ejiltalk.org/locating-the-legal-basis-for-detention-in-non-international-armed-conflicts-a-rejoinder-to-aurel-sari/>>; Ryan Goodman, Authorization vs. Regulation of Detention: What *Serdar Mohammed v. MoD* Got Right and Wrong, Just Security (February 5, 2015), <<https://www.justsecurity.org/19755/authorization-vs-regulation-detention-serdar-mohammed-v-mod-wrong/>>; Kevin Jon Heller, Responding to Ryan Goodman About *Serdar Mohammed* — Part I, *Opinio Juris* (February 5, 2015), <<http://opiniojuris.org/2015/02/05/goodman-serdar-mohammed-part/>>; Jonathan Horowitz, Guest Post: IHL Doesn't Regulate NIAC Internment—A Drafting History Perspective, *Opinio Juris* (February 9, 2015), <<http://opiniojuris.org/2015/02/09/guest-post-ihl-doesnt-regulate-niac-internment-drafting-history-perspective/>>.

から生じたものなのか。赤十字国際委員会（以下、ICRC）は、武力紛争に関連して自由を奪われた者を保護する国際人道法の強化をひとつの課題として国際的な協議プロセスを進める中で、非国際的武力紛争における抑留権限についての見解を明らかにするために働きかけてきた。

まず、2008年9月にICRCとチャタムハウスが開催した「非国際的武力紛争における抑留に対する手続的保障に関する専門家会議」において、非国際的武力紛争においては個人を抑留する権限が国際人道法には内在している／備わっている（inherent）という見解のコンセンサスが取られた²⁴⁾。この立場は、「紛争当事者が安全を深刻に脅かす恐れのある者を捕らえ、脅威が続く限り抑留するという、武力紛争の実行と国際人道法の論理（logic）から来るものである」との説明の下、人道法の論理が権限内在の根拠であるとしている。また、この理解は、国際人道法と国際人権法のそれぞれの理念とも合致すると述べられている²⁵⁾。

さらに、2015年の第32回赤十字国際会議における「自由を奪われた者を保護する国際人道法の強化」に関する決議では、「国際人道法上、国家は、あらゆる武力紛争の形態において、抑留する権限（the power to detain）、ならびに保護および適用可能な法上の保護を与える義務の双方を有している」こ

24) 「一方で、…非国際的武力紛争において人を抑留するための『権利』というよりも『権限』が国際人道法に内在しており、…『抑留する権利』というよりはむしろ、『抑留する権限』あるいは『抑留する資格のある又は条件付きの権利』であった（One the one hand, … there was not so much a 'right' but rather an 'authorization' inherent in IHL to intern persons in NIAC … the 'power to intern' or a 'qualified or conditional right to intern' rather than … a 'right to intern'）。」 See, "Expert Meeting on Procedural Safeguards for Security Detention in Non-International Armed Conflict: Chatham House and International Committee of the Red Cross, London, 22-23 September 2008", *International Review of the Red Cross*, Vol. 91 No. 876 (2009), p. 863.

25) *Ibid.* See also, Joshua Joseph Niyo, "Non-State Armed Groups and the Power to Detain in Non-International Armed Conflict," *Israel Law Review*, Vol. 53 No. 1 (2020), pp. 11-12; Dragh Murray, "Non-State Armed Groups, Detention Authority in Non-International Armed Conflict, and the Coherence of International Law: Searching for a Way Forward," *Leiden Journal of International Law*, Vol. 30 No. 2 (2017), pp. 435-56.

とが、コンセンサスで確認された²⁶⁾。

諸国がこのように黙示的抑留権限論を支持する姿勢を見せる一方で、Mohammed 事件で判断されたように、その主張が国際人権法上の義務に合致するかには問題があると言わざるをえない。他方で、国際人道法が非国際的武力紛争における抑留を一律に禁止していないが許可もしていない、その結果のみを規律するというのであれば、国際人権法に準拠した法的根拠と手続が国内法上明確にされている場合にのみ、非国際的武力紛争における抑留が認められるということになるのだろうか。この見解は、実際の非国際的武力紛争における恣意的な抑留に対する保護のギャップを生じさせるものである。とりわけ、非国家武装集団もまた非国際的武力紛争の状況において抑留行為を行うことが十分にありうるが、非国家主体は国際人権法に直接拘束されず、また国際人権法上推定される立法を非国家武装集団が行うことは認められないだろう。

本稿は、武力紛争に関連する理由で抑留された者を保護するための国際法枠組みを概観した後、非国際的武力紛争に適用される国際人道法の解釈において、黙示的に抑留権限が存在し、かつ国際人道法が抑留の法的根拠を提供しうるかどうかの議論を分析する。最後に、非国際的武力紛争に適用される抑留の手続的規則について、実際の例を参照し、恣意的な自由の剥奪を防止するための妥当な解決策について検討する。

26) Strengthening international humanitarian law protecting persons deprived of their liberty, 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Resolution (Geneva, Switzerland, 8-10 December 2015), p. 1.

II. 武力紛争に関連する理由による抑留の法枠組み

1. 国際人道法

(1) 国際的武力紛争

国際的武力紛争における抑留に関する規定の取扱いは、戦闘員資格を有し捕虜に該当する者と条約で保護される文民とで異なる制度が条約上確立しており、それは主に1949年ジュネーブ第三条約（以下、捕虜条約）と第四条約（以下、文民条約）で詳細に定められていることが確認できる。

捕虜条約第二部の第21条は「抑留国は、捕虜を抑留して置くことができる」ことを明記している。当該条約上、捕虜に該当する者は第4条Aに当てはまる者とされており、具体的には同条の要件にしたがって、正規軍構成員と、さらには条件付きで民兵、義勇兵隊、群民隊、占領地の組織的抵抗運動団体構成員に対して捕虜資格が与えられるようになっている²⁷⁾。なお、今日における捕虜の要件は、1977年に採択された第一追加議定書における要件上の正規軍と不正規軍の区別の解消を受けて、ゲリラ兵にも捕虜資格が与えられるといった捕虜資格の緩和がなされている²⁸⁾。

「捕虜は敵国の権力内にあるものとし、これを捕らえた個人又は部隊の権力内にあるものではない。抑留国は、個人の責任があるかどうかを問わず、捕虜に与える待遇について責任を負う（第12条1項）」。

このような捕虜の待遇についての抑留国の責任の明示というのは、武力紛争が国家対国家の関係であるという構造の論理的帰結であり、ややもすれば捕らえた個人や部隊が捕虜を恣意的に取扱う危険を避け、その場合の国家の責任回避を封じるもの

27) 戦闘員資格と捕虜資格は、完全に一致するものではない。例えば、戦闘員資格を有さないが捕虜に該当し得る者として軍隊随伴文民や、より有利な待遇を受けない場合の商船・民間航空機乗組員等がある。さらに、衛生・宗教要員は、捕虜ではない（捕虜条約第33条）。

28) 第一追加議定書第43条および第44条1項・3項。

であると理解される²⁹⁾。抑留国は、捕虜を常に人道的に待遇しなければならず、不法の作為又は不作為で、抑留している捕虜を死に至らしめ、又はその健康に重大な危険を及ぼす」ことは禁止され（第13条1項）、捕虜の身体及び名誉の権利は、性別や階級に関わらず尊重し待遇しなければならない（第14条、16条）。

捕虜の抑留は、収容所における捕虜の生活条件を定めている。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、又は抑留してはならず、捕虜の所在は特定の地点又は区域が軍事活動の対象とならないようにするために利用してはならない（第23条第一段落）。捕虜の宿営条件は同一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のものでなければならず（第25条1項）、毎日の食糧の基準配給の量、質及び種類は、捕虜を良好な健康状態に維持し、且つ、体重の減少又は栄養不良を防止するのに充分なものでなければならず（第26条1項）。衛生および医療についても、詳細に規定され（第29条～32条）、また宗教的、知的および肉体的活動も、軍当局の定める一定の規律に従うことを条件として、認められる（第34条～38条）。

つまり、国際的武力紛争の紛争当事国が捕虜資格を有する戦闘員に対して抑留の措置を取るとは、第21条に基礎付けられる³⁰⁾。捕虜条約に依拠することができるため、抑留国は、抑留のために国内法上の権限を追加的に確保する必要はない。また、抑留の条件は対象が捕虜資格を有しているという地位に依存するため、「交戦行為を行って敵の権力内に陥った者が第四条に掲げる部類の一に属するかどうかについて疑が生じた場合」には、その者の地位が権限のある裁判所によって決定される必要があり、それまでの間は条約の保護を享有するという形で審査がなされなければならないとされている。

29) 藤田久一『[新版] 国際人道法 再増補』（有信堂、2003年）144頁。

30) 安全上の脅威となる敵兵を戦場に戻らないようにするための予防的措置としての抑留の慣行は、1899年ハーグ規則第5条で初めて条約により規律されるようになった。

る³¹⁾。他方で、長期に及んだ場合の定期的審査に関しては特に規定されていない。

捕虜の抑留に関する手続規定として、抑留の終了について捕虜条約第118条1項は、「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」ことを定めている³²⁾。また、捕虜が重傷及び重病の場合は、輸送に適する状態になるまで治療等の一般的観察の後、一定の条件を満たす場合は送還しなければならない（同条約第109条、110条）。

他方で、文民に対する抑留の規定は、紛争当事国の領域内で行われる場合と占領の状況下で行われる場合に区別される。いずれも文民が安全上の脅威を構成するような行為を行うことによって、その抑留を行う安全上の理由が存在する場合に限り、抑留を行うことが認められている。それぞれ確認すると、文民条約第42条1項は、「被保護者の抑留又は住居指定は、抑留国の安全がこれを絶対に必要とする場合に限り、命ずることができる」とし、占領の場合には、「占領国は、安全上の絶対的理由のために被保護者に関して安全措置を執ることが必要であると認めた場合においても、住居指定又は抑留の措置以上の措置を執ることができない」と第78条1項で規定している³³⁾。占領の状況における文言の相違について、コメントリーでは、占領地における被保護者の抑留がより例外的な措置に位置付けられるためであると説明し

31) 捕虜条約第5条2項。1977年第一追加議定書第45条1項は「敵対行為に参加して敵対する紛争当事者の権力内に陥った者については、その者が捕虜の地位を要求した場合、その者が捕虜となる権利を有すると認められる場合又はその者が属する締約国が抑留国若しくは利益保護国に対する通告によりその者のために捕虜の地位を要求した場合には、捕虜であると推定し、第三条約に基づいて保護する。その者が捕虜となる権利を有するか否かについて疑義が生じた場合には、その者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、引き続き捕虜の地位を有し、第三条約及びこの議定書によって保護する」と定め、捕虜条約第5条2項の内容を補完している。

32) ただし、訴追することができる違反行為についての刑事訴追手続がその者について進行中の場合は、司法手続及び必要があるときは刑の執行を終るまでの間、抑留が継続される（第119条5項）。

33) 原文は、第42条が“only if the security of the Detaining Power makes it absolutely necessary”であるのに対して、第78条は“If the Occupying Power considers it necessary, for imperative reasons of security”と規定されている。

ている³⁴⁾。

安全上の理由について、文民を敵側に属するという所属などの理由で抑留することを上記規定は認めておらず、個々の判断を必要とする。理由の判断において、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所 (ICTY) は、文民条約第42条の解釈適用において抑留を正当化する「安全」の基準を曖昧なものであるとしつつも、妨害行為や諜報活動といった手段を用いて安全を害すると考える深刻かつ正当な理由がある場合には当該行為を行う者を抑留することを認めたと³⁵⁾。コメンタリーでも、「ある者が敵国に属するという事実だけで、その者が居住している国の安全を脅かすとみなすことはできないため、その事実はその者を抑留または住居指定を行う正当な理由にはならない。そのような措置を正当化するためには、国は、関係する者がその活動、知識または資格によって現在または将来の安全に対する真の脅威となると考える十分な理由を有していなければならない」としている³⁶⁾。

被抑留者の待遇について、抑留国は、被保護者を、その抑留の開始の時から、衛生上及び保健上のすべての保障を与える義務を負う (第85条)。衛生及び医療は第91条、92条で詳細に規定され、また酒保、食糧、被服の確保に関しても具体的に定められている (第87条、89条、90条)。

抑留に関する手続について、文民条約第43条1項は、「被保護者で抑留され、又は住居を指定されたものは、再審査のために抑留国が指定する適当な裁判所又は行政庁 (an appropriate court or administrative board designated by the Detaining Power) で、その処分についてできる限りすみやかに再審査を受ける権利を有する。抑留又は住居指定が継続される場合には、前記の裁判所又は行政庁は、事情が許すときは、原決定に対して有利な変更をするため、定期的に且つ少なくとも年に二回、各事件の審査を行わなければならない」と規定している。占領の場合は、「占領国が設置する権限のある機関 (a

34) Jean Pictet (ed), *Commentary: Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (ICRC, 1958), p. 367.

35) *Prosecutor v. Mucić et al.*, Case No. IT-96-21-T (16 November 1998), para. 576.

36) Pictet, *supra* note 34, p. 258.

competent body set up by the said Power) によって、定期的に、できれば六箇月ごとに、審査を受けるものとする」(第78条2項)。

抑留の終了に関して、捕虜条約第132条1項は、「抑留国は、各被抑留者についてその抑留を必要とする原因が存在しなくなったときは、それらの被抑留者を直ちに解放しなければならない」と規定し、第133条1項では「抑留は、敵対行為の終了後できる限りすみやかに禁止しなければならない」ことを強調している³⁷⁾。基本的保障について規定する第一追加議定書第75条3項もまた、次のように規定している。「武力紛争に関連する行為のために逮捕され、抑留され又は収容される者は、これらの措置がとられた理由をその者が理解する言語で直ちに知らされるものとする。これらの者は、犯罪を理由として逮捕され又は抑留される場合を除くほか、できる限り遅滞なく釈放されるものとし、いかなる場合においてもその逮捕、抑留又は収容を正当化する事由が消滅したときは、直ちに釈放される。」

結果として、国際的武力紛争に適用される抑留の法制度は、誰をどのような理由で抑留できるのかという権限を含む規定、抑留の終了や審査等の手続的保障を含む規定、そして被抑留者に保障される人道的待遇を含む規定によって詳細に構成されている。国際的武力紛争では個人の地位が明確にされており、捕虜に該当しうる具体的な要件や占領法の適用開始などが条約上定められている。その対象および状況に即した抑留の法制度が1949年ジュネーヴ諸条約を中心に、今日確立しているというのが、国際的武力紛争における抑留の法的枠組みである。

(2) 非国際的武力紛争

共通3条と第二追加議定書第4条は、基本的な人道的待遇について定めており、その中で武力紛争を理由に抑留された者に言及している。最低限の基準としてすべての非国際的武力紛争に適用される共通3条は、人道的待遇の

37) 第46条1項「被保護者に関して執られた制限的措置は、まだ廃止されていない限り、敵対行為の終了後にできる限りすみやかに廃止しなければならない」も参照。

要件を除き、安全上の理由による抑留を規律する規則を含んでいない。しかしながら、抑留は、第二追加議定書第5条および6条で抑留に言及されていることから明らかなように、非国際的武力紛争において取られる (can be taken) 措置である³⁸⁾。

共通3条1項は、「敵対行為に直接参加しない者（武器を放棄した軍隊の構成員及び病気、負傷、抑留その他の事由により戦闘外に置かれた者を含む。）は、すべての場合において、…不利な差別をしないで人道的に待遇しなければならない」と規定し、敵対行為に直接参加しない者の具体例の中で抑留された者が含まれている。第二追加議定書第4条1項も「敵対行為に直接参加せず又は敵対行為に参加しなくなったすべての者は、その自由が制限されているか否かにかかわらず、身体、名誉並びに信条及び宗教上の実践を尊重される権利を有する。これらの者は、すべての場合において、不利な差別を受けることなく、人道的に取り扱われる」として、自由が制限されている状況でも保障される義務であることを明らかにしている。

さらに、1977年第二追加議定書第5条ではより詳細に被抑留者について保護を与える内容が列挙されている。同条における取扱いの義務は、「最低限(as a minimum)」尊重されなければならないもの(1項)と「可能な範囲で(within the limits of their capabilities)」尊重される義務(2項)に分けられている³⁹⁾。同条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。)」に対して、食糧及び飲料水の提供、保健上及び衛生上の保護、気候及び武力紛争の危険からの保護(b)、個

38) Pejic は、抑留が非国際的武力紛争においても取られる (can be taken) 措置であるとしながら、抑留の文言が表れている第二追加議定書にそれがどのように組織されるかという詳細が与えられていないとも述べている。Mohammed 事件判決で Leggatt 判事が、事実の問題として抑留という措置が取られるということ、それが「想定される (contemplated)」という意味では正しいと言えるが、「合法的にできる (may lawfully)」という意味で、これらの規定自体が抑留の法的根拠を提供することを意図しているとは言えないと評価したように (para. 243)、事実として行われることを肯定しているに過ぎないということに留意する必要がある。Pejic, *supra* note 5, p. 377.

39) Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict* (Oxford University Press, 2012), pp. 292-6.

人又は集団あての救済品の受領(c)、自己の宗教の実践の保障(d)、労働させられる場合の労働条件及び保護の利益の(e)を確保することが義務付けられている。同条2項では、「自由を奪われた者の収容又は抑留について責任を有する者は、可能な範囲内で」自由を奪われた者に関して、抑留中の生活環境を向上させるために取るべき措置が挙げられている⁴⁰⁾。コメントリーによれば2項に列挙される内容は「状況と責任者の善意 (the goodwill of those responsible) に応じて発展させうる一種のガイドライン」とみなすことができ、それらは制限的あるいは厳格に解釈されるべきではないものと位置づけられている。

実際のところ、例えば国際的武力紛争において捕虜が戦闘地域に送られてはならないことを義務付ける一方で（捕虜条約第23条参照）、第二追加議定書第5条2項(c)は、非国際的武力紛争の性質が流動的であることを考慮して、当事者の能力に応じて可能な範囲で対応することが求められている⁴¹⁾。

したがって、非国際的武力紛争に適用される抑留の法枠組みは、被抑留者を主体として彼らに保障されるべき特に最低限の内容を明記しているに留まっている。それ故に、抑留当局側に対して課される抑留される理由や手続的

40) 2 自由を奪われた者の収容又は抑留について責任を有する者は、可能な範囲内で、自由を奪われた者に関する次の規定を尊重する。

- (a) 家族である男子及び女子が共に収容される場合を除くほか、女子は、男子の区画から分離した区画に収容され、かつ、女子の直接の監視の下に置かれる。
- (b) 自由を奪われた者は、手紙及び葉書を送付し及び受領することができる。権限のある当局は、必要と認める場合には、手紙及び葉書の数を制限することができる。
- (c) 収容及び抑留の場所は、戦闘地帯に近接して設けてはならない。自由を奪われた者については、収容され又は抑留されている場所が特に武力紛争から生ずる危険にさらされることとなった場合において、安全に関する適切な条件の下で避難を実施することができるときは、避難させる。
- (d) 自由を奪われた者は、健康診断の利益を享受する。
- (e) 自由を奪われた者の心身が健康かつ健全であることを、不当な作為又は不作為によって脅かしてはならない。このため、自由を奪われた者に対し、その者の健康状態が必要としない医療上の措置又は自由を奪われていない者について類似の医学的状況の下で適用される一般に受け入れられている医療上の基準に適合しない医療上の措置をとることは、禁止する。

41) 非国際的武力紛争の、特に非国家武装集団に関連して生じる被抑留者に対する保護の諸問題について、Sivakumaran, *supra* note 39, pp. 296-300.

義務については明確にされていない。抑留を正当化する権限について、ジュネーブ諸条約起草時、多くの国家が非国家武装集団に対し何らかの地位や権利を付与する条約内容に抵抗する姿勢を示したことが影響していると言える。それにより、共通3条4項には、「前記の規定の適用は、紛争当事者の法的地位に影響を及ぼすものではない」ということが明確に規定されるに至った。この点については今でも一貫していると言え、共通3条の最新のコメントリーでも、共通3条と慣習法上の義務の適用がいかなる承認も意味せず、政府が非国家武装集団に対し法的措置を取る権利や訴追する権利等を制限するものではないと諸国が認識していると確認されている⁴²⁾。第二追加議定書が採択される過程でも非国家武装集団の法的位置づけは大きな争点となったが、法的な承認のニュアンスを与える懸念があることから、関連規定が削除され⁴³⁾、すべての条文から紛争当事者の文言がすべて排除されたこともこの認識を裏付けている⁴⁴⁾。

2. 国際人権法

武力紛争の状況においては、原則として国際人道法が適用されることになるが、国際司法裁判所 (ICJ) が核兵器の合法性に関する勧告的意見で確認しているように、国際人権法が同時に適用されることは排除されていない⁴⁵⁾。この点につき、自由権規約委員会も一般意見31において「自由権規約

42) ICRC, *Commentary to the Geneva Convention I for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in the Armed Force in the Field* (2d ed., 2016), para. 864.

43) 共通3条4項の内容が草案には含まれていたが、途中で削除された。Official Records of the Diplomatic conference on the reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflict, Geneva (1974-1977), Volume VII, p. 85.

44) Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann (eds.), *Commentary on the additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, (Nijhoff Publishers, 1987), p. 1344.

45) *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1996*, p. 226, paras. 24-5. その主旨は、自由権規約の保護は武力紛争時においても停止されない (自由権規約第4条に規定される国家の公の緊急事態により免脱可能な条項を除く)。その上で、第6条生命権につき、何が「恣意的」であるかは条文に明記されていないため、その判断が敵対行為を規制するために作られた武力紛争に適用可能な特別法にて行われるというものである。

のいくつかの権利については、より特定のな人道法規則が当該権利の解釈として特に妥当しうが、両法体系は相互に補完的であって排除し合うことはない」と述べている⁴⁶⁾。

身体の自由に関する権利は国際人権条約に規定される重要な人権のひとつであり、例えば自由権規約第9条1項は、「すべての者は、身体の自由及び安全についての権利を有する。何人も、恣意的に逮捕され又は抑留されない。何人も、法律で定める理由及び手続によらない限り、その自由を奪われない」ことを定めている。米州人権条約第7条やバンジュール憲章第6条も身体の自由について、自由権規約と同様の規定を置いていることが確認できる。

自由権規約委員会は、一般意見35において、「刑事訴追を念頭に置かない、安全上の抑留を条約締約国が行う限り、それが恣意的な自由の剥奪のリスクをもたらす」ことを考慮し、「最も例外的な状況において、現在の直接的かつ緊急の脅威が、そのような脅威をもたらす者への抑留を正当化するために想起された場合は、その者がそのような脅威をもたらし、それが他の手段では対処できないことを締約国が証明しなければならず、かつその証明責任は抑留期間が長期化するほど大きくなる」と述べている⁴⁷⁾。また、国際人道法の諸規則が9条の解釈の目的と関連する一方で、両法体系は相互補完的なものであって相互排他的なものではないという前提に立ち、原則として、国際人道法に従って、授權及び規律された安全上の抑留 (security detention) は、恣意的ではないとする解釈を示している⁴⁸⁾。その上で、「国際的武力紛争の間は、国際人道法上の実体的・手続的規則が適用され続け、(…)それによって恣意的な抑留のリスクの軽減に役立つ」ものと言及している⁴⁹⁾。

他方で、地域的人権条約として1953年に発効した欧州人権条約も第5条で自由及び安全についての権利を規定しているが、その形式は、自由権規約（および他の地域人権条約）のような一般的禁止とは異なっている。同条1項は

46) CCPR/C/GC/31, para. 11.

47) CCPR/C/GC/35, para. 15.

48) CCPR/C/GC/35, para. 64.

49) CCPR/C/GC/35, para. 66.

「すべての者は、身体の自由及び安全についての権利を有する。何人も、次の場合において、かつ、法律で定める手続に基づく場合を除くほか、その自由を奪われない」とし、より詳細な(a)から(f)までの例外が定められている。許容事由として列挙している中に武力紛争を理由とした安全上の抑留は含まれていないが、欧州人権裁判所は Hassan 事件において、国際的武力紛争の文脈で捕虜条約に基づく抑留が欧州人権条約第5条1項の(a)から(f)の例外には含まれないとしながらも、第5条に違反しないという解釈を取っている。

欧州人権裁判所は、人身の自由および安全への権利が第5条1項(a)から(f)に掲げる拘禁許可事由のいずれかに該当しない限り剥奪されえないとした上で、条約法条約第31条3項(c)を引用し、第5条と人道法を調和的に解釈することによって英国に第5条違反は存在しなかったと結論付けている⁵⁰⁾。その根拠とされたのは、捕虜および文民の抑留が人道法を遵守しており、かつ恣意的な権力行使から個人を保護するという第5条の根本目的に従う限りにおいては第5条に違反しない、という解釈である⁵¹⁾。この判断は、締約国の「事

50) Hassan v. UK, paras. 102-5.

51) Hassan v. UK, paras. 96-97, 102-106, 111.

〔104. それにもかかわらず、国際司法裁判所の判例法と一貫して、裁判所は、国際的武力紛争の状況であっても、たとえ国際人道法の諸規定の背景に反して解釈されとしても、条約に基づく保障が引き続き適用されるとみなしている。武力紛争時に国際人道法と条約により提供される保障が共存しているという理由により、同規定の(a)から(f)までに定められた自由の剥奪が認められる理由は、可能な限りジュネーブ第3条約及び第4条約に基づく捕虜の連行及び安全の脅威をもたらす文民の抑留に適合させるべき (should be accommodated) である。裁判所は、平時における抑留が条約第15条の規定に基づく除外の権限の行使なしに条約第5条の定める自由の剥奪の制度に該当しないという事実を念頭に置いている (上記97項参照)。第5条がこのような広範な権限の行使を認めていると解釈できるのは、捕虜を取ることと安全の脅威をもたらす文民の抑留が国際人道法の特徴として認められている国際武力紛争の場合だけである。

105 これら (第5条1項) の各号ですでに述べられている許可された抑留の理由と同様に、国際人道法上の権限にしたがった (pursuant to powers under international humanitarian law) 自由の剥奪は、第5条1項の違反を排除するために「合法」でなければならない。これは、抑留が国際人道法の諸規則に従わなければならないことを意味しており、さらに最も重要なことは、恣意性から個人を保護するという第5条1項の基本的な目的に合致したものでなければならないということである。〕田村恵理子「人道法と人権法の調和的解釈の新たな可能性—欧州人権裁判所2014年ハッサン対英国事件判決を契機に—」『国際法外交雑誌』第116巻4号 (2018年) 60-61頁参照。

後の実行」により欧州人権条約が修正され、第5条1項の拘禁許可事由に「人道法上許される捕虜ないし文民の抑留」が追加されたものとして評価されている⁵²⁾。

3. 慣習国際人道法

恣意的な自由の剥奪の禁止は、国際人権法条約で確立している一方、慣習国際人道法上も同規範の確立が確認されている。2005年のICRCによる慣習国際人道法研究は、「恣意的な自由の剥奪を禁止する」慣習法規則が国際的武力紛争と非国際的武力紛争の双方において確立していると述べている⁵³⁾。「自由の剥奪のための正当な理由は、最初の理由と継続のための理由の両方に関して必要である」とされ、「法律で定められた範囲を超えて継続する抑留は合法性の原則に違反し、恣意的な抑留となる⁵⁴⁾」。

なお同研究では、特に一部の規則に関して、「慣習人権法か否かを評価するためではなく、類似の人道法諸原則を支持・強化・明確化するため」に⁵⁵⁾、人道法上一般的にしか規定されていない基本的保障について、人権法とくに人権条約機関の裁判例が解釈の参照とされ、慣習国際人道法規則の国際実行ともみなされた点に留意する必要がある⁵⁶⁾。規則99においても、人権法に関する判例だけでなく、人権法上の義務の遵守について言及された軍事マニュアルや宣言（決議）等が多数あげられている。この点に関して、国際人道法および国際人権法が、「(特に安全上の) ニーズに基づいているという理由を明確にし、失踪を防止し抑留の継続したニーズを監督するための具体的な条件を提供することによって、恣意的な抑留を防止すること」が目的で

52) 同上、73頁。

53) 本規則を含むいくつかの慣習国際人道法規則には、国際人権法が大きく影響しているが、ICRCはこれが慣習国際「人道法」として確立している、との立場を取る。

54) Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law Volume I: Rules* (Cambridge University Press 2005), p. 344.

55) *Ibid.*, p. 299.

56) 田村恵理子「非国際的武力紛争における人道法と人権法の関係」『国際法外交雑誌』第109巻1号(2010年)60-61頁参照。

あることから、とりわけ非国際的武力紛争に適用される規則について詳細に規定されていない部分を両法の補完関係から解釈しているとの理解が示されている⁵⁷⁾。

慣習国際人道法研究は、抑留権限について非国際的武力紛争への移植を認められなかったものの、被抑留者に保障される生活条件に関してはかなり具体的に補完している点には注目することができる⁵⁸⁾。その一方で、国際人道法の適用において、誰がどのように抑留することによって、それが恣意的な自由の剥奪に該当するののかという点について、有用なガイダンスを提供しているとは言えないだろう。

57) Henckaerts and Doswald-Beck, *supra* note 54, p. 344.

58) *See, ibid.*, Rules 118~127.

118: 自由を奪われた者は、十分な食糧、水、被服、避難所及び医療を提供されなければならない (IAC/NIAC)。119: 自由を奪われた女子は、家族としての便益を図られる場合を除き、男子と分離した場所に宿営されなければならない、女子の直接の監視の下に置かれなければならない (IAC/NIAC)。120: 自由を奪われた児童は、家族としての便益を図られる場合を除き、自由を奪われた大人と分離した場所に宿営されなければならない (IAC/NIAC)。121: 自由を奪われた者は、戦闘地域から離れ、保健及び衛生の保障のある建物に抑留されなければならない (IAC/NIAC)。122: 自由を奪われた者の個人の所有物を略奪することは禁止される (IAC/NIAC)。123: 自由を奪われた者の個人情報記録されていない (IAC/NIAC)。124(B): 非国際的武力紛争において、ICRC は、武力紛争に関連する理由で自由を奪われた者の抑留状況を検証し、彼らとその家族の間の接触を正常に回復させるために、武力紛争に関連する理由で自由を奪われた者を訪問するという見地から紛争当事者に自身の任務を提供しうる。125: 自由を奪われた者は、頻度および抑留当局による検問の必要性に関する合理的な条件の下で家族と連絡を取ることを認められなければならない (IAC/NIAC)。126: 文民の被抑留者および非国際的武力紛争に関連して自由を奪われた者は、可能な範囲で、特に近親者の訪問を受けることを認められなければならない (IAC/NIAC)。127: 自由を奪われた者の信念及び宗教的活動は尊重されなければならない (IAC/NIAC)。

Ⅲ. 黙示的抑留権限論

1. 条約および慣習法の解釈

非国際的武力紛争を規律する国際人道法に抑留権限（抑留への許可）が存在するのかどうかという議論の中で特に論争的になっているのが、黙示的抑留権限に関する議論である。これは、共通3条や第二追加議定書の特に第4条と5条が抑留によって自由を奪われた者に対する保護について規定していることが、暗黙のうちに武力紛争に関連する理由で抑留を行うことを認めているとする考え方である。

ICRCは、2014年のオピニオン・ペーパーにおいて次のような見解を示している。「ICRCが共有しているもう一つの見解は、慣習法及び国際人道法条約のいずれにも、非国際武力紛争において抑留する固有の権限（inherent power）が含まれており、この点で非国際的武力紛争における抑留の法的根拠を提供しているというものである。この見解は、抑留が武力紛争において通常発生する一形態であり共通3条では禁止されていないという事実と、167か国が批准している第二追加議定書が抑留について明示的に（explicitly）言及しているという事実に基づくものである⁵⁹⁾」。

抑留権限を黙示的に認める慣習法について、Teferraは次のように説明している。「国家は、平時であるか非国際的武力紛争であるかを問わず、自国の安全を脅かす個人を常に抑留してきたし、このことは一般的に合法であるとみなされてきた。このことは、結果として、慣習法の要件である国家実行と法的信念が存在し、非国際的武力紛争における抑留を許可する慣習法規則が存在すると主張しうる⁶⁰⁾」。また、別の法的根拠として、第二追加議定書

59) ICRC, Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges, Opinion Paper (November 2014), p. 7.

60) Zelalem Mogessie Teferra, "National security and the right to liberty in armed conflict: The legality and limits of security detention in international humanitarian law", *International Review*

第3条に着目し、そこで用いられている「あらゆる正当な手段」に抑留が含まれることを指摘している。つまり、第3条ではあらゆる正当な手段の具体例が言及されていないものの、国家の伝統的な国家安全保障の利益である法と秩序の維持に必要で、国家の同一性と領土保全を保護するような「あらゆる正当な手段」のひとつを構成するものとして、抑留が想定されることは間違いないだろう、と主張する⁶¹⁾。

上記と同様の内容は、最新のジュネーヴ第一条約共通3条のコメンタリーにも反映されている⁶²⁾。その一方、「非国際的武力紛争における自由の剥奪の理由及び手続に関する追加的な権限 (additional authority) が、合法性の原則 (principle of legality) にしたがっていかなる場合にも提供されなければならない」と言及されているように、共通3条が単体で抑留の法的根拠とはならないという立場を示している。

つまり、黙示的抑留権限論を支持する立場の中でも、明示的に存在していない権限が、他の法 (国内法など) と同じような法的根拠として不十分であると認識されているということである。これに関連して、ICRC や一部の論者は、文民条約第78条における「安全上の絶対的理由」が、非国際的武力紛争を含むあらゆる暴力の状況における抑留の判断に導入されるべき最低限の法的基準」として取り入れられるべきであると提案している⁶³⁾。占領の状況に適用される「安全上の絶対的理由」は、越境的な要素を伴う非国際的武力紛争の状況、すなわち外国軍が非国際的武力紛争の生じている領域国の領域において自国民ではない者を抑留する状況に対して適切であるという⁶⁴⁾。

of the Red Cross, Vol. 98 (3) No. 903 (2016), p. 970.

- 61) *Ibid.* 第3条 (不介入) 1 この議定書のいかなる規定も、国の主権又は、あらゆる正当な手段によって、国の法及び秩序を維持し若しくは回復し若しくは国の統一を維持し及び領土を保全するための政府の責任に影響を及ぼすことを目的として援用してはならない。
- 62) ICRC, *Commentary to the Geneva Convention I for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in the Armed Force in the Field* (2d ed., 2016), para. 728.
- 63) ICRC, *Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges*, Opinion Paper (November 2014), p. 8; Pejic, *supra* note 5, pp. 378-380.
- 64) ICRC, *Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges*, Opinion Paper (November

Sivakumaran は、「安全上の絶対的理由」の基準が個人の自由を保護する必要性と、抑留当局がその安全を著しく害する活動を防止する必要性との間の実行可能なバランスを構成するものとみなせるとしつつ、その「安全上の絶対的理由」の概念の解釈が抑留当局に委ねられていることを指摘している⁶⁵⁾。また、Murray は、文民条約第42条のコメンタリーが安全上の理由に関して広範な解釈を認めており、非国際的武力紛争にも当てはまりうることを指摘する一方で⁶⁶⁾、「いずれにしても、安全上の絶対的理由基準は高く、それが満たされているかどうかの慎重な評価は、抑留されている各個人に関連して行われなければならないことを認識しなければならない⁶⁷⁾」というように、明確な基準が確立した上で実行される必要がある。

Hill-Cawthorne が批判しているように、国際的武力紛争に適用される捕虜条約上の抑留権限は、捕虜資格と戦闘員特権を含む戦闘員の地位を前提とした内容であるため、非国際的武力紛争において一方の当事者が非国家武装集団となりうる状況との類似性は見出せない。この構造を条約が明らかに排除したにもかかわらず、基準の部分だけを取り上げて（選り好みして）適用することはできないだろう⁶⁸⁾。非国際的武力紛争では、戦闘員特権は排除されており、非国家武装集団の構成員は国内法上犯罪者として処罰されるという法構造は未だ不変である。

Rona も、ある法的パラダイムの規則を別の法的パラダイムに類推して適用することは、法的保護を否定するためであれ、増進させるためであれ、選

2014), p. 9.

65) Sivakumaran, *supra* note 39, p. 302.

66) “To justify recourse to such measures the State must have good reason to think that the person concerned, by his activities, knowledge or qualifications, represents a real threat to its present or future security”. Pictet, *supra* note 34, p. 258. See, Dragh Murray, *Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups*, (Bloomsbury Publishing, 2016) p. 242.

67) ICRC, *Internment in Armed Conflict: Basic Rules and Challenges*, Opinion Paper (November 2014), p. 9.

68) Lawrence Hill-Cawthorne, *Detention in Non-International Armed Conflict* (Oxford University Press, 2016), pp. 230-234.

り好みの典型であり、法形成の本質的な証拠とはならないと述べている⁶⁹⁾。彼の結論として、非国家武装集団による抑留の問題を解決する方法は（現状、人道法条約の改正が実現困難であることから）ないとしながらも、この問題が実用的（practical）というよりもむしろ理論的な問題であると分析している。非国際的武力紛争の法構造上、非国家武装集団による抑留は、敵対行為への直接参加と同様に、国際人道法上禁止されていないかもしれないが、それが国内法からの免除を与えるという意味で特権的でもない⁷⁰⁾。

諸国の見解を見ても、多くの国家が抑留の理由として「安全上の絶対的理由」が最も適切な表現であるとみなしている一方で、この概念の曖昧さから濫用されるのを防ぐためにある程度の明確性を確保しなければならないという点や、本来は国際的武力紛争の占領の状況において占領地域で文民を抑留するのに適用される基準であることに鑑みると、非国際的武力紛争において非国家武装集団の構成員を抑留するのに適用される基準としては不適切であるとの指摘もある⁷¹⁾。

国際的武力紛争と非国際的武力紛争という紛争の性質の相違を考慮すると、多くの規則が非国際的武力紛争に適用可能な法として移植されているが、多くは人道的待遇の保障の発展であり、抑留の権限や理由に関する具体的な規則をそのまま移植することは、実際には困難であると考えられる⁷²⁾。

69) Gabor Rona, "Is There a Way Out of the Non- International Armed Conflict Detention Dilemma?", *International Law Studies* Vol. 91 (2015), pp. 44-5. Rona は、同様の実行として、米国がグアンタナモ被収容者に対し、捕虜条約上の地位を否定していたにもかかわらず、食事供給の強制（forced feeding）のビデオテープの公開を拒否する根拠として、「公衆の好奇心」から捕虜を保護することを目的とした規定を主張していたことを例に挙げている。

70) *Ibid.*, p. 58.

71) Strengthening international humanitarian law protecting persons deprived of their liberty, 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Concluding report (Geneva, Switzerland, 8-10 December 2015), p. 28.

72) 非国際的武力紛争に適用される法のギャップを補完するために、本来は国際的武力紛争に適用される規則を用いる、アナロジーといわれる方法の有用性が主張されることがある。このような考え方は、ジュネーブ諸条約が国際的武力紛争と非国際的武力紛争を分類しているにもかかわらず、ICTY が Tadic 事件において「武力紛争の分野では、国家間紛争と内戦の区別は、人間に関する限りその価値を失いつつあると言える」として、相互補完を促進してきたことを

2. 非国際的武力紛争の法的性質から生じる限界

第32回赤十字・赤新月国際会議において採択された「自由を奪われた者を保護する国際人道法の強化」に関する決議は、前文において「自由の剥奪は、武力紛争において通常かつ予期される出来事であり、国際人道法の下で、国家はあらゆる形態の武力紛争において、抑留する権限 (the power to detain) と、(不法な抑留も含め) すべての自由を奪われた者に対して、保護を提供し適用可能な法的保護措置を尊重する義務を有する」と述べている⁷³⁾。とりわけジュネーブ諸条約の締約国は、明文上の規定のない非国際的武力紛争をふくむあらゆる形態の武力紛争において、国家が抑留権限を国際人道法上有しており、それにより正当化が可能であることを強調しているように見える。しかしながら、本決議には法的な拘束力がなく、仮にそのような権利義務を明確に表明しうるとすれば、条約の改正によらざるをえない。だが、同会議内ではそのような解決策が困難であるとの認識が共有されている⁷⁴⁾。

Murray は、恣意的抑留の禁止が国際人権法上の義務というだけでなく、国際人道法上の義務でもあると述べ、これにより当該義務に非国家武装集団が拘束されるとの見方を示している。もし国際人道法が黙示的抑留権限を確立していないとすれば、非国家武装集団による抑留の法的根拠が国内法上ま

根拠として取り上げている。他方で、そのようなアナロジーによる適用が、法的拘束力を有するのかという点については疑問が残る。アナロジーに対する批判として、Heller, K. J. “The Use and Abuse of Analogy in IHL”, in Jens David Ohlin, *Theoretical Boundaries of Armed Conflict and Human Rights* (Cambridge University press, 2016), pp. 232-286; Rona, *supra* note 69, pp. 44-5; Anne Quintin, *The Nature of International Humanitarian Law, A Permissive or Restrictive Regime?*, (Edward Elgar Publishing, 2020), pp. 84-89.

73) Strengthening international humanitarian law protecting persons deprived of their liberty, 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Resolution (Geneva, Switzerland, 8-10 December 2015), p. 1.

74) Strengthening international humanitarian law protecting persons deprived of their liberty, 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Concluding Report (Geneva, Switzerland, 8-10 December 2015), pp. 52-8.

たは他の国際法上存在しないために、必然的に不法な抑留となるだろう。だが、それが抑留について規律しようとする条約を作成した国家の意思と条約の趣旨目的に合致しないと彼は主張している。つまり、共通3条と第二追加議定書は、黙示的に抑留の法的根拠を提供しているという前提で、それらの規則が抑留を規律できるということになる⁷⁵⁾。

これに対して Quintin は、この問題のみで許可あるいは法的根拠を国際人道法上創設することはできないと指摘している。そして、慣習国際人道法上の恣意的抑留の禁止を国際人権法条約上確立している要件と完全に合致するものと読むべきではないと主張する⁷⁶⁾。この点について、少なくとも慣習国際人道法研究によれば、恣意的な自由の剥奪を禁止する慣習法は、抑留が法により権限付けられていることを要件としておらず、むしろ「特に安全上のニーズのようなニーズに基づく抑留の理由を特定することにより」、そして「具体的な条件および手続を提供することにより」、恣意的な自由の剥奪となるのを防ぐとコメントリーにおいて説明している⁷⁷⁾。自由の剥奪が法に基づくことを条約上の義務と課しているのは国際人権法であり、国家のみを拘束する義務がそのまま非国家武装集団にも簡単に当てはまるとは考えられないともいえるだろう。

身体の自由の剥奪に関して、国際人道法上の義務と国際人権法上の義務は合致しておらず、概して国際人権法の方が厳格である。例えば、国際人権法は裁判所により人身保護令状に基づく審査が要求されるが、国際人道法では必ずしも裁判所に限定されない⁷⁸⁾。武力紛争において国際人権法と国際人道法の双方が同時に適用されることについては疑いがないが、両法の義務が自由を奪われた者の保護を補完しあう場合に、それぞれの義務を明らかにする必要がある。通常であれば高いレベルの義務・保障を与える国際人権法が望ましいとも言えるが、それをそのまま非国家武装集団や主要人権条約非締約

75) Murray, *supra* note 25, p. 439.

76) Quintin, *supra* note 72, pp. 247-9.

77) Henckaerts and Doswald-Beck, *supra* note 54, p. 344.

78) See, Hill-Cawthorne, *supra* note 68, Chapter 4, Chapter 5.

国に適用することは、理論上、不適切であると言わざるを得ない。

仮に、国際人道法上の黙示的抑留権限が国家のみに妥当するのであれば、それは、国際人道法の平等適用原則に反するということも指摘できる⁷⁹⁾。そして、同規則の適用が異なる結果、つまり非国家武装集団による抑留のみが依拠しうる法的根拠を欠く故に、恣意的な自由の剥奪とみなされるという結果を導くかもしれない。

Teferra は、国際人道法が非国際的武力紛争における抑留の法的根拠を明確に提供しているかどうか、あるいはするべきかどうかという議論が、現実的にはあまり重要ではなく、国家が他の代替的な法的手段（国内法）を有していることを考慮するとむしろ望ましくないということを述べている。実際、現実的な問題が生じるのは、欧州人権条約の締約国である欧州諸国が非国際的武力紛争に介入した場合に欧州人権条約5条の違反なしに抑留できるかどうか争われる場合に限られるだろう。被抑留者によって重要なのは、許容性よりむしろ条件の方に焦点を当てるべきである⁸⁰⁾。

IV. おわりに——解決手段の模索

非国際的武力紛争において、国家の軍隊による反政府武装集団の抑留は、自国の国内法を法的根拠として実行可能であり、多くの国家が実際にそうしてきたことは抑留権限の問題を生じされることはなかった。しかし、近年の

79) 国際人道法の基本原則であり、すべての紛争当事者は、いかなる理由においても差別することなく、同じ権利と義務を有する。特に非国際的武力紛争の文脈において、平等適用原則の射程が義務に限定されるのかという問題が取り上げられることがあるが、条約の趣旨および目的の観点から、人道的な性質を持つ規則は差別なく適用されなければならないという考え方が一般的である。See, Sivakumaran, *supra* note 39, pp. 242-6; Marco Sassòli and Yuval Shany "Should the obligations of states and armed groups under international humanitarian law really be equal?", *International Review of the Red Cross*, Vol. 93 No. 882 (2011). 他方、国際人道法の規則が人道の規則とそうではないものと判然と区別しうるかどうかには疑問が残される。藤田『前掲書』(注29) 41頁。

80) Teferra, *supra* note 60, p. 971.

越境的な性質を持つ非国際的武力紛争の文脈に関して、Mohammed 事件判決で示された解釈が今後も妥当するならば、国境を越えて介入する国家の軍隊は、領域国の国内法に基づくか、あるいは国連安保理の第7章決議に授權されることによって、自国の締結する国際人権条約からの免脱なしに抑留を実施することができると言えるだろう。これらの状況は、各当事国が締結する各国際人権法上の義務に照らして、身体を自由を剥奪するのに必要な法的根拠、理由と手続が明示的に設定されていることが重要である。

他方で、非国際的武力紛争の当事者となる非国家武装集団に適用される可能性のある、黙示的抑留権限についてはいまだ多くの問題を残している。上記の問題は、国際人権法に拘束される国家が、特に国際人権裁判所などで自国の正当性を主張する状況で問題となることがあるかもしれないが、国際人権法は非国家武装集団を直接拘束はしない。果たして、国際人道法上も同じことがいわれるのだろうか。いかなる法的根拠にも基づかない抑留が国際人道法違反を構成するということになるのだろうか。法的根拠を要求する恣意的な自由の剥奪の禁止が慣習国際人道法に存在しない限りは、当該義務に非国家武装集団は拘束されないため、「法」に基づかない抑留がすなわち国際人道法に違反するということにはならないだろう。国際人道法は抑留それ自体を一般的に禁止しているというわけではない。また、国際人道法が武力紛争中の行為の合法性を問わずに適用されるという法体系であるという前提を鑑みれば、慣習国際人道法上、法的根拠のない抑留は恣意的であり国際人道法に反するとの結論を導くのは難しいだろう。

第32回国際会議において決議を採択する際に、非国家武装集団による抑留に関する問題は、具体的な解決案が合意に至ることなく先送りにされている。特に抑留の明確な理由および手続を確立することが軍事的な必要性を欠く抑留を防ぐのに役立つとしながらも、国家と非国家武装集団の間には根本的な相違があり、そのために非国家武装集団による抑留の問題は多くの挑戦的な論点があると認識していることが確認できる。その中では、非国家武装集団による抑留に潜在的な正当化の効果を与えることの懸念や、非国家武装集団

間で能力が多様であることを考慮することが難しいという点、国際人道法の強化に伴い非国家武装集団による遵守に対するインセンティブが必要であることが特に言及されている⁸¹⁾。結果的に、今後法的拘束力のない基準を定める文書、特に手続に関するルールの充実が優先して成果を構築していく方針が提示されている⁸²⁾。

非国際的武力紛争に適用される抑留の手続として、現状どのような非拘束的文書があるのか。例えば、2007年にデンマークが中心となって開始したコペンハーゲン・プロセスと呼ばれる政府間プロジェクトにおいて作成された、国連より授権された多国籍部隊による抑留問題に関する部隊提供国共通の枠組みである、通称「コペンハーゲン原則」は、有用なガイダンスとなりうるだろう⁸³⁾。ただし、多国籍軍やPKOによる抑留の手続等に関する統一のアプローチを提示する一方で、国際人権法の義務を同時に負う国家は、抑留が恣意的にならないためには法的正当性 (legally justified) が必要だと言及している点には留意する必要があるだろう⁸⁴⁾。

81) Strengthening international humanitarian law protecting persons deprived of their liberty Concluding report, 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent, Concluding Report (Geneva, 8-10 December 2015), pp. 31-2.

82) *Ibid.*, pp. 52-5.

83) Ministry of Foreign Affairs Denmark, Legal Department, The Copenhagen Process on the Handling of Detainees in International Military Operations (December 2007), annex 1; Craig A. Brannagan, "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 & Security Law*, Vol. 15 No. 3 (2010).

84) The Copenhagen Process on the Handling of Detainees in International Military Operations, The Copenhagen Process: Principles and Guidelines, p. 8: "4.4. As an important component of lawfulness detentions must not be arbitrary. For the purposes of The Copenhagen Process Principles and Guidelines the term 'arbitrary' refers to the need to ensure that each detention continues to be legally justified, so that it can be demonstrated that the detention remains reasonable and lawful in all the circumstances. Justifying detention requires that the decision to detain is based in law on valid reasons that are reasonable and necessary in light of all the circumstances. Furthermore, detention cannot be a collective punishment. Detention therefore must serve a lawful and continually legitimate objective, such as a security objective or criminal justice." See also, Lawrence Hill-Cawthorne, "The Copenhagen Principles on the Handling of Detainees: Implications for the Procedural Regulation of Internment", *Journal of Conflict &*

非国家武装集団に国際人道法の遵守を確保する手段として、特別合意の締結という選択肢もある。ジュネーブ諸条約共通3条3項が「紛争当事者は、また、特別の協定 (special agreements) によって、この条約の他の規定の全部又は一部を実施することに努めなければならない」ことを明記しているように、積極的に奨励されているものである。実際に非国家武装集団との間で特別合意を締結した事例は、数が少ないものの、いくつか存在している⁸⁵⁾。

ひとつの例として、クロアチア紛争に関する1991年11月27日の覚書は文民の抑留について次のような規定が盛り込まれている。

(4) 敵の権力内にある文民

[1] 敵の権力内にある者で武力紛争に関連する理由で自由を奪われた文民は、ジュネーブ第四条約に定める被抑留者の取扱いに関する規則 (第79条~149条) の恩恵を受けなければならない。

[2] すべての文民は、第一追加議定書第72条から79条にしたがって取り扱われなければならない⁸⁶⁾。

また、ボスニア紛争に関する1992年5月22日の合意 (No.1) もまた同種の

Security Law, Vol. 18 No. 3 (2013).

85) Sandesh Sivakumaran, "Making and Shaping the Law of Armed Conflict", *Current Legal Problems*, Vol. 71 Issue 1 (2018), p. 23.

86) Memorandum of Understanding, 27 November 1991, reproduced in *How Does Law Protected in War?* <<https://casebook.icrc.org/case-study/former-yugoslavia-special-agreements-between-parties-conflicts>>.

(4) Civilians in the power of the adverse party

[1] Civilians who are in the power of the adverse party and who are deprived of their liberty for reasons related to the armed conflict shall benefit from the rules relating to the treatment of internees laid down in the Fourth Geneva Convention of August 12, 1949 (Articles 79 to 149).

[2] All civilians shall be treated in accordance with Articles 72 to 79 of Additional Protocol I.

なお、第四条約79条以下は条約第四部被抑留者の待遇に関する規則から最終規定までの規則に言及している。第一追加議定書72条以下は、条約第三部「紛争当事者の権力内にある者の待遇」について規定している。

規定を含んでおり、「2.3. 文民たる住民」において次のように定めたことが確認できる。

[2] すべての文民は、第一追加議定書第72条から79条にしたがって取り扱われる。敵の権力内にあり、武力紛争に関連する理由で自由を奪われた文民は、ジュネーヴ第四条約に定める被抑留者の取扱いに関する規則の恩恵を受けなければならない。[…]

[4] 文民たる住民の移動は、その文民の安全又は絶対的な軍事上の理由のために必要とされる場合を除くほか、紛争に関連する理由で命令してはならない。そのような移動を実施しなければならない場合には、文民たる住民が住居、衛生、保健、安全及び栄養について満足すべき条件で受け入れられるよう、すべての可能な措置がとられなければならない⁸⁷⁾。

通常、国際人権法上の義務に非国家武装集団は拘束されないが、フィリピン紛争やエルサルバドル紛争事例では、国際人道法と国際人権法の遵守に関する当事者合意が締結されているという例も確認できる⁸⁸⁾。1990年7月26日にエルサルバドル政府とFMLNとの間で結ばれた「人権に関する合意」の前文では、この合意にいう人権が、国内法上認められた人権だけでなく、「エルサルバドルが当事国である条約、国連および米州機構により採択された人権法および人道法に関する諸宣言および諸原則を含む」としている。同合意の2(b)は、「逮捕は、権限のある当局が書面により法律にしたがって発せら

87) Bosnia and Herzegovina, Agreement No. 1 of May 22, 1992, reproduced in *How Does Law Protected in War?* <<https://casebook.icrc.org/case-study/former-yugoslavia-special-agreements-between-parties-conflicts>>.

88) 例えば、フィリピン共和国政府とフィリピン民族民主戦線との間の人権および国際人道法に関する包括協定(1998年)は第3条6項で、「武力紛争に関連する理由で自由を剥奪された者の親族および正当に権限を与えられた代表者が、個人が拘留されているか抑留されているか(in custody or under detention)、どのような理由で抑留されているか、拘留されている個人の抑留されている状況がどのようなものかを尋ねる権利および直接または相互に受け入れ可能な仲介者を通じて秩序ある迅速な解放を要求する権利を否定すること」を禁止する旨を定めている。

れた場合に限り、正当に特定される官によって実行されなければならない」と規定しており⁸⁹⁾、法律に基づかない抑留の禁止を明示的に合意した例である⁹⁰⁾。

結果として、非国際的武力紛争における抑留は、非国際的武力紛争に適用される国際人道法の法構造の維持を考慮すると、可能な解決方法は一時的な ad hoc 手段や法的拘束力のないガイドラインの制定に限られる。その一方で、国際人権法の非国家武装集団への適用可能性の議論の展開によって、あるいは慣習国際人道法上の恣意的な自由の剥奪の禁止の要件が明確化することによって、非国家武装集団による抑留の法的位置づけについてさらに検討する必要性が生じる可能性もある。諸国の見解や非拘束的なガイドラインの作成および実施が今後の実行にどのように影響するのか注目したい。

89) (b) una captura sólo podrá realizarse si emana de autoridad competente, por secreto y de conformidad con la ley y deberá ser practicada por agentes debidamente identificados.

90) Nelleke van Amstel, "In Search of Legal Grounds to Detain for Armed Groups", *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 3 No. 1 (2012), p. 185.