

〈翻訳〉

アメリカ国籍をもつ個人への
「標的殺害 (targeted killings)」作戦を
合法とする法的根拠を示した
アメリカ司法省白書について

三宅 裕一郎

〈解説〉

ここで紹介するアメリカ司法省白書の正式な標題は、「アルカイダもしくはその連携勢力の上級作戦指導者であるアメリカ市民に対する殺害作戦の合法性 (Lawfulness of a Lethal Operation Directed Against a U.S. Citizen Who Is a Senior Operational Leader of Al-Qa'ida or An Associated Force)」である⁽ⁱ⁾。

とりわけ、2009年の第1次オバマ (Barack H. Obama) 政権発足以降、世界各地でのアメリカによるテロリスト掃討作戦では、作戦による多大な無辜の市民の犠牲を伴いながら、無人攻撃機によってテロリストが潜伏しているとされるエリアをピンポイントで爆撃するという戦術の使用が拡大の一途をたどっていった。そして、その過程で重大な脅威として浮上してきたのが、イエメンに潜伏しアメリカに対して深刻なテロ攻撃をたびたび行ってきた「アラビア半島のアルカイダ (Al-Qaeda in the Arabian Peninsula: AQAP)」の上級指導者であり、アメリカ国籍をもつアンワル・アウラキ (Anwar al-Aulaqi) の存在

(i) 全文については、see JAMEEL JAFFER, THE DRONE MEMOS: TARGETED KILLING, SECRECY, AND THE LAW 168-189 (2016).

であった。ホワイトハウス内部では、アウラキを殺害するための作戦が密かに検討され始めたが、そこで課題となったのが、この作戦を合法とするための法的枠組みと基準の整理であった。つまり、アウラキが潜伏するイエメンはアメリカと武力紛争の状態にはないため、その地に対して行われる攻撃がそもそも合法となりうるのか？あるいは、アウラキはアメリカ国籍を有するため、法の適正手続について定めた合衆国憲法修正5条を始めとする保障を受ける立場にあるが、そのような立場にある個人を殺害することは憲法違反になるのではないか？以上のように、アウラキに対する「標的殺害」作戦については、クリアしておかなければならない法的課題が山積していたのである。

そこで、第1次オバマ政権の下で司法省法律顧問局（Office of Legal Council: OLC）がこの法的課題の整理に極秘裏に着手し、段階を経て最終的にまとめあげられたのが、当時の法律顧問局長補佐バロン（David J. Barron）の手になる2010年7月16日付「アンワル・アウラキ師に対して想定される殺害作戦への連邦刑事法及び合衆国憲法の適用可能性（Applicability of Federal Criminal Laws and the Constitution to Contemplated Lethal Operations Against Shaykh Anwar al-Aulaqi）」と題する文書であった⁽ⁱⁱ⁾（以下、バロン文書）。バロン文書では、アウラキに対する「標的殺害」作戦について、連邦刑事法で禁じられている殺人の国外犯規定、合衆国憲法上の連邦議会の戦争権限、1949年ジュネーブ条約や国際司法裁判所の判例などの国際法規範、適正手続について定めた合衆国憲法修正5条を始めとする人権規定などとの関連で検討を加え、当該作戦がそのいずれにも反することなく合法であるとの結論を導いている。なお、2009年にはアウラキの父親が原告となり、アウラキへの「標的殺害」作戦の差し止めを求める訴訟が提起されたが、最終的にその訴えは退けられている⁽ⁱⁱⁱ⁾。その後、2011年9月30日、アウラキは、イエメンにおいてアメリカ中央情報局（CIA）のドローンミサイル攻撃によって殺害された。

(ii) 一部がマスキングされた全文については、*see id.* at 74-117.

(iii) *Al-Aulaqi v. Obama*, 727 F. Supp. 2d 1 (D.D.C. 2010).

アメリカ国籍をもつ個人への「標的殺害 (targeted killings)」作戦を合法とする法的根拠

そして、このバロン文書に大幅に依拠する形でとりまとめられたと考えられるのが、ここで紹介する司法省白書である。もともとこの文書は、作成した人物の名前も日付も記載されていない完全に非公式の文書である。ところが、2013年2月、ニューズウィーク誌がこの文書の存在をスクープし、以前から取りざたされていたアウラキに対する「標的殺害」作戦の法的枠組みと基準の一端が明るみに出ることで、世間の注目と批判が集まったのであった（なお、2012年6月には、上下両院の司法委員会がこの白書が共有されていたようである^(iv)。加えて、最終的に公開されたこの白書には、2011年11月8日という日付が付されている）。また、2014年6月23日、機密扱いとされていたバロン文書についても、ニューヨークタイムズの記者が原告となった情報公開請求訴訟によって、その一部が公開されるに至っている^(v)。

その意味からすれば、この司法省白書のリークは、アメリカの「標的殺害」作戦、わけてもアメリカ国籍をもつ個人に対する司法手続を経ない殺害について、ホワイトハウスがそれをどのように法的に正当化しようとしていたのかを初めて白日の下にさらしたという歴史的意義をもつ。また、それに加えて注意しておかなければならないのは、この司法省白書が広く注目されたのは、アメリカが「現在敵対行為の状態にない」国家に身柄をおくアメリカ国籍をもったアルカイダ及びその連携勢力の幹部に対する「標的殺害」作戦一般の合法性を検討したのだからであって、決して「アウラキへの標的殺害が合法になるとされる事実や状況を特定的に扱ったものではない」^(vi)からであった（現に、この司法省白書では、アウラキへの言及はまったくみられない）。つまり、このことからすれば、この司法省白書で打ち出された法的枠組みと基準は、今後も標題にあるようなアメリカ国籍をもつテロリスト（容疑者）一般に対して適用

(iv) See JAFFER, *supra* note 1, at 167.

(v) New York Times Co. v. U.S. Dep't of Justice, 756 F.3d 100 (2d Cir. 2014).

(vi) H. L. POHLMAN, U.S. NATIONAL SECURITY LAW: AN INTERNATIONAL PERSPECTIVE 225 (2019).

される可能性を当然にもちうるということになる^(vii)。

従って、アメリカによる「標的殺害」作戦の当否についての議論とは別個に、果たしてこの司法省白書自体が上記のようなアメリカの「標的殺害」作戦にとっての適正な法的根拠たりうるものなのか、さらに敷衍すれば、ある個人を「標的殺害」の対象と決定した判断過程及び証拠はどのようなものであったのか、事後的にであれそれらはどのようにして明らかにされうるのか、といった点に関する個別の検証は、今後も最低限追究されなければならないであろう。

なお、この司法省白書における判例、法令、参照文献等の出典表記については、原文のままであることをお断りしておく。

(vii) それとの関連で、アメリカの自衛権観念の文脈から「標的殺害」の法的妥当性について批判的に検討したものとして、拙稿「アメリカ合衆国による『標的殺害』と自衛権」阪口正二郎他編『浦田一郎先生古稀記念 憲法の思想と発展』（信山社、2017年）123頁以下。

アメリカ国籍をもつ個人への「標的殺害 (targeted killings)」作戦を合法とする法的根拠

アルカイダもしくはその連携勢力の上級作戦指導者である アメリカ市民に対する殺害作戦の合法性

この白書は、アメリカ政府が、現在敵対行為の状態にない外国において、アルカイダもしくはその連携勢力⁽¹⁾の上級作戦指導者——つまり、アメリカ人を殺害する作戦計画に現に従事しているアルカイダの指導者——に対し殺傷力を行ってできる状況を検討するための法的枠組みを示す。この白書は、そのような殺害作戦を合法とするのに必要な最低条件を画定しようとするものではない。あるいは、伝統的な戦場での敵兵力に対する作戦もしくはそのような軍の上級作戦指導者ではないアメリカ市民に対する作戦を含むその他の状況で、アメリカ市民に対する殺害作戦を合法とするのに必要とされるのはなにか、ということの評価するものでもない。ここで司法省は、以下の3つの状況が満たされる場合に限って、アルカイダもしくは連携勢力の上級作戦指導者であるアメリカ市民に対し、アメリカが外国で殺傷力を行って作戦は合法となるであろうと結論づける。すなわち、(1) 情報を有するアメリカ政府の高官が、アメリカに対する暴力的な攻撃という差し迫った脅威を標的とされる個人が提起していると認定し、(2) 身柄の捕捉が実行不可能で、アメリカが、その身柄の捕捉が可能となるかどうかを監視し続け、そして、(3) この作戦が、適用可能な戦争法の諸原則と一致する方法で遂行される場合である。この結論は、アメリカ市民に対してアメリカが行う殺害作戦の異常なまでの深刻性、またアルカイダの上級作戦メンバーが提起する脅威及びその作戦が成功すればもたらされる人命の喪失の異常なまでの深刻性を認識した上で出されたものである。

大統領は、アルカイダとその連携勢力が提起する差し迫った脅威に対抗する

(1) アルカイダの連携勢力には、戦争法の下で共同する戦闘員としての資格を与えられるグループが含まれる。See *Hamlily v. Obama*, 616 F.Supp. 2d 63, 74-75 (D.D.C. 2009) (拘禁する権限は、「戦争法の下で理解される用語としての『共同する戦闘員』を意味する」「連携勢力」にも及ぶ)。

権限を有しているが、この権限は、アメリカを防衛する憲法上の責任、国際法に基づく国家防衛のためのアメリカの固有の権利、アメリカの敵への必要かつ適切なすべての軍事力行使に対する連邦議会の授権、そして国際法に基づくアルカイダとの武力紛争の存在から生じている。これらの権限に基づいて、大統領は、アルカイダとその連携勢力に対して武力を行使することができるのである。この白書で詳述するように、限定された状況において、アルカイダもしくはその連携勢力と結びついたアメリカ市民の標的殺害は、アメリカ国内法並びに国際法上、合法となるであろう。アメリカに対する暴力的な攻撃という差し迫った脅威を提起する敵兵力のメンバーを標的とすることは、不法ではない。それは、国家防衛の合法的な行為である。あるいはまた、合衆国憲法第18編における不法な殺害を禁じる適用可能な連邦法ないしは大統領命令12,333号における暗殺の禁止に反するものともならないであろう。さらに、外国での殺害作戦は、例えば、受け入れ国政府の同意を伴って、もしくは、受け入れ国が標的とされる個人によって提起される脅威を鎮圧する能力をもたないまたはその意思をもたないという認定の後に遂行される場合、主権と中立という国際法上の原則に一致するものとなるであろう。

殺害作戦の標的が、合衆国憲法の適正手続条項と修正4条に基づく権利を有するアメリカ市民であった場合、その個人の市民権は、彼らを殺害作戦から免れさせる根拠とはならないであろう。*Mathews v. Eldridge* 事件における伝統的な適正手続の比較衡量分析の下で、われわれは、生命に対する個人の利益以上に重大な私的利益は存在しない、ということを確認している。しかし、この利益は、アルカイダもしくはその連携勢力の上級作戦指導者でありアメリカに対する陰謀を企むことに従事している個人が生じさせる、その他のアメリカ人への暴力や死という脅威の機先を制するアメリカの利益と比較衡量されなければならないのである。

この白書は、上記の特徴をもつアメリカ市民を現に敵対行為が行われている地域外で殺傷力をもって標的にする権限を含む、本論で述べる状況において武力を行使するための権限に関する簡潔な要約から始まる。続いて、憲法上の問題に移り、まずアメリカ市民に対する殺害作戦が合衆国憲法修正5条の適正手

アメリカ国籍をもつ個人への「標的殺害 (targeted killings)」作戦を合法とする法的根拠

続条項に一致するかどうかについて検討を加える。適正手続に関する分析の一環として、この白書は、「急迫性」という観念、身柄の捕捉の実行不可能性、そして適用可能な戦争法の諸原則の遵守について説明を行う。その後、この白書は、そのような作戦が、合衆国憲法修正4条の不合理的な逮捕・押収に対する禁止に一致するかどうかについて論じる。最後に、この白書は、一定の条件が満たされる場合、アルカイダもしくはその連携勢力——連邦議会が授権した武力紛争におけるアメリカの敵兵力はもちろん、アメリカに対する陰謀を常に企んでいるテロ組織——の上級作戦指導者であり、アメリカに対する暴力的な攻撃という差し迫った脅威を自ら提起するアメリカ市民への殺害作戦は、合衆国憲法に反するものではないと結論づけている。この白書にはまた、そのような作戦がアメリカ国外でのアメリカ市民の殺害を禁じる一定の刑事規定に違反するものではないし、あるいは、戦争犯罪もしくは大統領命令12,333号により禁じられる暗殺の遂行に該当するものでもない結論づける分析が含まれている。

I.

アメリカは、アルカイダ及びその連携勢力と武力紛争の状態にあり、また連邦議会は、これらの主体に対する必要かつ適切なすべての武力を行使することを大統領に授権している。See *Authorization for Use of Military Force (AUMF)*, Pub. L. No. 107-40, § 2(a), 115 Stat. 224, 224 (2001). AUMFに基づく権限に加えて、アルカイダ及びその連携勢力に対する大統領の武力行使は、アメリカを防衛する大統領の憲法上の責任と、国際法(例えば、国連憲章51条参照)で承認された国家防衛のための固有の権利を含む、その他のアメリカ国内法及び国際法上の諸原則の下で合法である。アメリカが2001年9月11日の攻撃に対抗したのは、これらの根拠に基づくものであり、そして「これらの国内法上並びに国際法上の法的権限は、現在に至るまで継続している」。Harold Hongju Koh, Legal Adviser, U.S. Department of State, Address to the Annual Meeting of the American Society of International Law: The Obama

Administration and International Law (Mar. 25, 2010) (“2010 Koh ASIL Speech”).

本論で論じているようなあらゆる作戦は、アメリカに対する暴力的な攻撃という差し迫った脅威を提起するアルカイダもしくはその連携勢力の上級作戦指導者に対して、外国で遂行されることになるであろう。そのような状況の下での武力行使は、国家の自衛行為として正当化されるであろう。加えて、そのような個人は、連邦議会が必要かつ適切な武力行使を授権した個人の核に収まることになろう。そのような個人がアメリカ市民でもあるかもしれないという事実は、この結論を変更することにはならないであろう。連邦最高裁は、アメリカ軍は敵兵力を構成するアメリカ市民に対して合憲的に武力を行使することができる、と判示している。See *Hamdi*, 542 U.S. 507, 518 (2004) (plurality opinion); *id.* at 587, 597 (Thomas, J., dissenting); *Ex parte Quirin*, 317 U.S. at 37-38. 軍事的な拘禁を行うことと同様に、そのような敵兵力に対する殺傷力の行使は、「戦争に付随する重要な事柄」である。See e.g., General Orders No. 100: *Instruction for the Government Armies of the United States in the Field* ¶ 15 (Apr. 24, 1863) (「軍事的必要性は、武装した敵の生命もしくは手足を直接的に破壊することをすべて許容する」) (emphasis omitted); International Committee of Red Cross, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 Aug. 1949 and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts* (Additional Protocol II) § 4789 (1987) (「軍隊もしくは武装したグループに属している者は、いつでも攻撃を受ける」); Yoram Dinstein, *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict* 94 (2004) (「個人が武器を取りもしくは単に軍隊のメンバーとして制服を着用する場合、その個人は自動的に、自ら敵の攻撃を受ける」). 従って、司法省は、アメリカ市民権が、アルカイダもしくはその連携勢力の上級作戦指導者に対し、AUMFによって授権された海外での武力行使もしくは国家の自衛に際しとられる武力行使を免れさせることになる、とは信じていない。

加えて、アメリカは、アメリカ人を殺害する作戦計画に現に従事している敵

アメリカ国籍をもつ個人への「標的殺害 (targeted killings)」作戦を合法とする法的根拠

兵力の上級作戦指導者を標的とする場合、現に敵対行為が行われている地域外でアルカイダもしくはその連携勢力に対し武力を行使する権限を保有している。アメリカは現在、アルカイダ及びその連携勢力と非国際的武力紛争の状態にある。See *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 628-631 (2006) (国家の領域外で生じている国家と国境を越えた非国家主体との間の紛争は、「国家同士の衝突」ではないため、「国際的な性質をもたない」(ジュネーブ条約共通3条)武力紛争である、と判示した)。いかなるアメリカの作戦も、現に敵対行為が行われている場所から離れたところで行われるとしても、こうした非国際的武力紛争の一部を構成することになるであろう。See John O. Brennan, Assistant to the President for Homeland Security and Counterterrorism, Remarks at the Program on Law and Security, Harvard Law School: Strengthen Our Security by Adhering to Our Values and Laws (Sept. 16, 2011) (「アメリカは、アルカイダに対して軍事力を行使する権限について、アフガニスタンのような『現に戦闘が行われている (hot)』戦場にも限定されるとは考えていない)。例えば、AUMF 自体が、授権する武力行使に対する地理的限定に言及していない。See *Hamdan*, 548 U.S. at 631 (Kennedy, J., concurring) (非国際的武力紛争を国際的武力紛争と区別させるものとは、「対峙する主体の法的地位」である)。アメリカ統治部門の3つの部門のいずれもが、AUMF による授権が許容する範囲に対して、厳格な地理的限定の存在を明らかにしていないのである。See e.g., Letter for the Speaker of the House of Representatives and the President Pro Tempore of the Senate from the President (June 15, 2010) (アメリカ軍が多く国際的な連携国の支援を受けながら、「アルカイダのテロリストに対する」作戦を継続していること、また、アメリカが「[海外での対テロ]作戦を援護しながら、アメリカ中央軍の作戦地域のいくつかの場所に向けて戦闘に備えた部隊を展開した」ことを報告した); *Bensayah v. Obama*, 610 F.3d 718, 720, 724-725, 727 (D.C. Cir. 2010) (ボスニアでアメリカに身柄を引き渡された個人について、政府が彼はアルカイダの構成員であったということを立証する場合、彼の拘禁は許容されると結論づけた); *al-Adahi v. Obama*, 613 F.3d 1102, 1003, 1111 (D.C. Cir. 2010) (パキスタンでパキスタン当局に逮捕さ

れ、その後アメリカの拘置所に身柄を移送された個人を拘禁する AUMF に基づく権限に言及した)。

論者の中には、国際法の趣旨から、「政府当局と組織化された武装グループ間での長期にわたる武力行為」(*Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, ¶ 70 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia, App. Chamber Oct. 2, 1995)) が存在する場合に限り、武力紛争が一般的に存在すると主張し、アメリカとアルカイダの紛争を、敵対行為の規模がアフガニスタンでのものよりも激しくはなく長期に及んでいない国家にまで合法的に拡大させることはできない、と示唆する者もいる。Mary Ellen O'Connell, *Combatants and the Combat Zone*, 43 U. Rich. L. Rev. 845, 857-859 (2009). 当事者の一方が国境を越えた非国家主体であり、作戦の主要な舞台が紛争当事国である国家の領域内にはない非国際的武力紛争の地理的範囲はどこまでかという問題について、直接的に言及している判例もしくはその他の権威ある先例は、ほぼ見当たらない。従って、この未決着の (potential) 争点を検討するにあたり、司法省は、類似する文脈からの諸原則や所説に注目する。

司法省は、次のような命題について、それを支持するいかなる根拠もみつけるには至っていない。それは、武力紛争の当事者の一方が新たに別の国の基地で作戦を計画し遂行する場合、その場所で敵と交戦する作戦は、その敵対行為がこの新たな場所で十分に激しさを増し長期化しない限り、もともとの武力紛争の一部を構成するものではなく、それ故この紛争を規律する戦争法は適用されない、とする命題である。このことは、例えば、伝統的な国際的紛争における歴史的な慣行というルールにもなっていないようである。See John R. Stevenson, Legal Advisor, Department of State, before the Hammar skjold Forum of the Association of the Bar of the City of New York (May 28, 1970), in 3 *Vietnam War and International Law: The Widening Context* 23, 28-30 (Richard A. Falk, ed. 1972) (国際的武力紛争において、中立国がなんらかの理由で、その領域を作戦基地として使用する一交戦当事国の軍隊による中立侵害を阻止することができない場合、その他の交戦当事国は、同国内でその敵兵力

アメリカ国籍をもつ個人への「標的殺害 (targeted killings)」作戦を合法とする法的根拠

を攻撃することが歴史的に正当化されてきた、ということを主張している)。とりわけ、テロ組織が作戦基地のある国家から別の国家へ移動させる非国際的武力紛争では、特定の作戦が現に行われている武力紛争の一部を構成するかどうかの認定は、アルカイダのような国境を越えた非国家組織が、作戦基地として機能する複数の拠点を有しているかもしれないといった事実を含む、それぞれの事例における特定の事実や状況についての検討を必要とするであろう。See also, e.g., Geoffrey S. Corn & Eric Talbot Jensen, *Untying the Gordian Knot: A Proposal for Determining Applicability of the Law of War on Terror*, 81 Temp. L. Rev. 787, 799 (2008) (「ジュネーブ条約の起草者らの究極的な目的が、事実上の法の発動を展開させることにより『法の空白 (law avoidance)』を防止すること——つまり、この条約の人道的な基礎とも一致する目的——だったとするならば、国境を越えた対テロ戦闘作戦という文脈において武力紛争の地理的な性質に近視眼的に焦点を合わせることは、この目的を達成できなくすることにつながる」)⁽²⁾。

この白書で論じているような作戦が、アルカイダもしくはその連携勢力が重要かつ組織的なプレゼンスをもち、その上級作戦指導者を含むそれらの勢力がアメリカ市民やアメリカの利益に対する攻撃を計画する場所で行われるとすれば、この作戦は、連邦最高裁が *Hamdan* 事件判決で認めたアメリカとアルカイダとの非国際的武力紛争の一部を構成することになるであろう。その上、そのような作戦は、例えば、受け入れ国政府の同意を伴い、また受け入れ国が標的とされる個人によって提起される脅威を鎮圧することができずもしくはその意思がないとの認定の後に遂行されるとすれば、主権と中立という国際法上の

(2) See *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1AR72, Submission of the Government of the United States of America Concerning Certain Arguments Made by Counsel for the Accused, at 27-28 (Int'l Crim. Trib. For the Former Yugoslavia, App. Chamber July 17, 1995) (法を特定の紛争に適用すると決定するにあたっては、「当該紛争は、総体として把握されなければならないし、また、地理的にであれ年代順にであれ、当該紛争をばらばらに分割しようとすることは、人為的であり不適切なことである」)。

諸原則に一致したものとなるであろう。そのような状況においては、この白書で論じてきたようなアメリカ市民を標的とすることは、AUMFと国家の自衛の固有の権利によって授けられるであろう。これらの権限を考慮すれば、問題は、その行使についてさらなる制約が課せられるのかどうか、そしてどのような制約が課せられるのかということになる。

II.

司法省は、修正4条はもちろん、修正5条の適正手続条項によって保障される権利が、海外においてもアメリカ市民に付帯することを想定している。See *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1, 5-6 (1957) (plurality opinion); *United States v. Verdugo-Urquidez*, 494 U.S. 259, 269-270 (1990); see also *In re Terrorist Bombings of U.S. Embassies in East Africa*, 552 F.3d 157, 170 n.7 (2d Cir. 2008). しかしながら、アルカイダもしくはその連携勢力の指導者もつアメリカ市民権は、その個人に対する攻撃からの憲法上の免除を与えることはない。次に、この白書は、殺害作戦がアメリカ市民のなんらかの憲法上の保障を侵害することになるのかどうか、そして、どのような状況であればそのような侵害が起こりうるのかについて検討を行う。

A.

適正手続条項は、ここで熟慮されているような殺害作戦を禁じることにはならないであろう。*Hamdi* 事件において、連邦最高裁の相対多数意見は、アフガニスタンの戦場で捕捉された後アメリカで拘禁され、そして彼が敵兵力の構成員であったとする政府の主張に異議を申し立てようとしていた、あるアメリカ市民の修正5条の適正手続の権利を分析するために、*Mathews v. Eldridge* 事件判決の比較衡量基準を援用した。連邦最高裁は、「いかなる所定の事例においても手続の適正さは、『公的な行為によって影響を受ける私的利益』と、『必要とされる機能』及び政府がより十分な手続を与える際に直面するであら

アメリカ国籍をもつ個人への「標的殺害 (targeted killings)」作戦を合法とする法的根拠

う負担『を含む』政府が主張する利益とを、比較衡量することによって決定される」と説明している。*Hamdi*, 542 U.S. at 529 (plurality opinion) (quoting *Mathews v. Eldridge*, 423 U.S. 319, 335 (1976)). 戦争法に基づく拘禁に関してアメリカ市民の修正5条の権利を決定するために適用される適正手続の比較衡量分析は、殺傷力による標的となる以前に、アメリカ人に対して暴力的な攻撃を計画している敵兵力の上級作戦指導者であるアメリカ市民に対して、手続の適正さを評価する枠組みを提供するのである。

ここで検討される情況において、両当事者の利益は、重大なものとなるであろう。*See Hamdi*, 542 U.S. at 529 (plurality opinion) (「本件において、重大な利益が天秤の両側におかれているということは、問うまでもない」)。生命が誤って剥奪されることを回避する個人の利益は、「なににも代えがたいほど強い (uniquely compelling) ものである」。*See Ake v. Oklahoma*, 470 U.S. 68, 178 (1985) (「個人の生命ないし自由が危険にさらされる刑事手続の正確性に対する私的利益は、ほとんどなににも代えがたいほど強いものである」)。それ以上に重大な私的利益は、存在しない。同時に、戦争を遂行し、市民を守り、そして敵兵力が提起する脅威を除去することに対する政府の利益もまた、とても強いものである。*Cf. Hamdi*, 542 U.S. at 531 (plurality opinion) (「天秤の反対側には、戦時に実際に敵と共同で戦う人々がアメリカに対する戦闘に復帰しないことを確保することについての重大でセンシティブな政府の利益がある」)。 *Hamdi* 事件の相対多数意見が述べていたように、「戦争という状況では」、「十分な手続を欠いたまま市民の自由を誤って剥奪するという危険性は…非常に現実的である」 (*id.* at 530 (plurality opinion)) し、そしてもちろん、市民の生命が誤って剥奪されるという危険性は、よりさらに重大なことである。しかし、「戦闘の現実」は、アメリカとの武力紛争において敵兵力に加わり、その行為がアメリカに対する暴力的な攻撃という差し迫った脅威を提起するアメリカ市民への武力行使を含む、一定の武力行使を「必要かつ適切な」ものとする——そして、「適正手続の分析は、これらの現実を無視してはならない」 *Id.* at 531 (plurality opinion)。これらと同じ現実はまだ、敵兵力のメンバーに対し「政府がより十分な手続を与える際に直面するであろう負担」を評価する際にも検討

されなければならないのである。Id. at 529, 531 (plurality opinion).

これらの利益や実務上の考慮からすれば、アメリカは、少なくとも次の情況の下で、アメリカ国外に身柄がありアメリカ人及びアメリカの利益に対する攻撃を継続的に計画している作戦指導者のアメリカ市民に対して、殺傷力を行使することができるであろう。すなわち、(1) 情報を有するアメリカ政府の高官が、標的とされる個人がアメリカに対する暴力的な攻撃という差し迫った脅威を提起していると認定し、(2) 身柄の捕捉が実行不可能で、アメリカが、その身柄の捕捉が可能となるかどうかを引き続き監視し続け、そして、(3) この作戦が、適用可能な戦争法の諸原則と一致する方法で遂行される場合である。こうした情況においては、紛争の「現実」と、アメリカ市民を差し迫った脅威から守る政府の利益の重要性は、合衆国憲法が政府に対して、殺傷力を行使する前にそのようなアメリカ市民に対してさらなる手続を与えることを求めることにはならないほどのものである。Cf. *Hamdi*, 542 U.S. at 535 (plurality opinion) (連邦最高裁は、「実際の戦争の遂行に関する事項では軍当局の判断に対して、最大の尊重と考慮を与え、そして…この裁量の範囲は、必然的に広範なものである」と言及している); *id.* at 534 (plurality opinion) (訴訟当事者は、戦場における最初の捕捉は、当裁判所が本件で論じてきた手続を受けるものではないということに同意している。この手続は、逮捕された人物の拘束を継続するという決定がなされた場合にのみ、当然に認められる (due) ものなのである。)] (emphasis omitted).

こうした法的枠組みの一定の側面は、さらなる解説を必要とする。第1に、作戦指導者がアメリカに対して暴力的な攻撃という「差し迫った」脅威を提起しているとの要件は、アメリカ人やアメリカの利益に対する特定の攻撃が直近の将来に発生するという明確な証拠を、アメリカが有することまでは求めている。例えば、世界貿易センターとペンタゴンを攻撃するために民間大型旅客機がハイジャックされた9月11日のテロリストによる攻撃の性質を考えると、攻撃の準備が終わるまでアメリカに行動をとることを差し控えるよう求めるこの急迫性の定義は、アメリカに対して自らを防衛するための十分な時間を認めることはないであろう。アメリカにとって利用可能な防衛上の選択肢

アメリカ国籍をもつ個人への「標的殺害 (targeted killings)」作戦を合法とする法的根拠

は、アルカイダの工作員が姿を消した攻撃の時期が近づいた際にその存在がみつけれなければ、限定されもしくはなくなってしまうかもしれない。その結果、アメリカは、継続的に攻撃を計画しているアルカイダの指導者に関しては、高い成功の見込みをもって市民の犠牲の確率を十分に減らす方法でアメリカ市民を守るには、ほんのわずかな好機しかもたないことになりそうである。See Michael N. Schmitt, *State-Sponsored Assassination in International and Domestic Law*, 17 Yale J. Int'l L. 609, 648 (1992). その上、「テロリストによる『戦争』は、国境線上での大規模な攻撃から構成されるものではなく、発生し過ぎ去ったひとつの単発的な出来事から構成されるものでもない。それは、長引き、粘り強く、散発的なパターンをもつ攻撃なのである。次なる出来事がいつもしくはどこで発生するかを知るのは、非常に困難なことである」。Gregory M. Travalio, *Terrorism, International Law, and the Use of Military Force*, 18 Wis. Int'l L.J. 145, 173 (2000); see also Testimony of Attorney-General Lord Goldsmith, 660 Hansard. H.L. (April 21, 2004) 370 (U.K.) (なにが差し迫った脅威にあたるのかは、「新たな情況と新たな脅威に合わせて発展することになるであろう。…たとえテログループによる将来の差し迫った攻撃がどこで発生するかについての、あるいはその攻撃の正確な性質についての特定の証拠がないとしても、国家が、そのような差し迫ったさらなる攻撃の証拠が存在する状況下で自衛の行動をとることができるということは、正当でなければならぬ。特定の策略の計画が論理的にある種の終結段階に達するまで、アメリカ市民を殺害することを継続的に計画している個人に対する行動を遅らせることは、この行動が失敗に終わりアメリカ人の犠牲が生じるという受け入れがたい高いリスクを生じさせることにつながるであろう。

それ故、アルカイダとその連携勢力が提起する脅威は、その性質からいって、テロ攻撃を継続的に計画している個人が、武力の行使を適切なものとする差し迫った脅威をいつ提起するのかを判断するにあたり、より広い急迫性の観念を必要とする。この文脈からすれば、急迫性は、適切な好機、市民に対して付随する被害を減少させる可能性、そしてアメリカ人に対して大規模な損害をもたらす将来の攻撃を阻止する見込みを検討する中に組み込まれなければならない

ない。従って、アルカイダの作戦上の指導者がアメリカに対して暴力的な攻撃という差し迫った脅威を提起しているかどうかを決定する決定者は、次のことを考慮に入れなければならない。それは、(殺傷力の標的になる可能性があるすべての個人を含む)アルカイダの一定のメンバーが、アメリカに対する攻撃を継続的に計画し続けていること、アルカイダが、そのような攻撃に従事する能力をもつ限り定期的にそれを行うであろうということ、アメリカ政府が、アルカイダがそのような計画を展開しているにもかかわらずそれに気づかず、それ故なにも起こりそうはないということを確認できずにいること、そして、これらの前提に照らせば、アメリカが、高い成功の見込みがありアメリカ人の犠牲の確率を減らす方法で戦うためのほんのわずかな好機しかもたないかもしれないということである。

こうした理解に基づいて、例えばある高官は、ある個人がアルカイダもしくはその連携勢力の作戦指導者で、個人的かつ計画的に、アメリカに対するテロ攻撃の計画に継続的に関与している場合には、アメリカに対する暴力的な攻撃という「差し迫った脅威」を提起している、と結論づけることができるであろう。その上、問題となっているアルカイダのメンバーが最近、アメリカに対する暴力的な攻撃という差し迫った脅威を提起する活動に関与して、そのメンバーがそのような活動を放棄もしくは断念したということを示す証拠が存在しない場合にも、アルカイダによるアメリカへの継続的なテロ作戦に対するこのメンバーの関与は、このメンバーが差し迫った脅威を提起するという結論を支持することになるであろう。

第2に、身柄の捕捉の実行可能性に関して、身柄の捕捉は、直接的に関連する好機の時点で物理的に遂行することができず、あるいは直接的に関連する国家が身柄捕捉作戦に同意することを万が一拒否することになれば、実現可能とはならないであろう。身柄捕捉作戦を遂行するかもしれないアメリカ要員に対する過度のリスクのようなその他の要因も、直接的な関連性をもつことになるであろう。身柄の捕捉の実行可能性は、非常に事案次第の (fact-specific) 審査方法となり、またひょっとすると時間的制約のある (time-sensitive) 審査方法となるであろう。

アメリカ国籍をもつ個人への「標的殺害 (targeted killings)」作戦を合法とする法的根拠

第3に、アメリカによるそのようないかなる殺害作戦も、武力行使を規律する次の4つの戦争法上の原則に従うことになるということは、ここでの前提である。すなわち、必要性、識別性、比例性、そして（不必要な被害を回避するという）人道性である。See, e.g., United States Air Force, Targeting, Air Force Doctrine Document 2-1.9, at 88 (June 8, 2006); Dinstein, *Conduct of Hostilities* at 16-20, 115-116, 119-123; see also 2010 Koh ASIL Speech. 例えば、想定される市民の犠牲が、想定される軍事的利益に関連して行き過ぎたものとなる場合、作戦を継続することは、これらの原則とは一致しないこととなるであろう。Chairman of the Joint Chiefs of Staff Instruction 5810.01D, Implementation of the DoD Law of War Program ¶ 4.a, at 1 (Apr. 30, 2010). 戦争法に従った作戦は、攻撃者が信頼を破ることを禁じる、背信や裏切り行為の禁止に反することにはならないであろう。See, e.g., Hague Convention IV, Annex, art. 23(b), Oct. 18, 1907, 36 Stat. 2277, 2301-2302（「敵国または敵軍に属する者を背信の行為をもって殺傷すること…は、特に禁止するものとする」）。しかしながら、これらの禁止は、内密的な行為もしくは奇襲行為を用いることを絶対的に禁じたものではなく、あるいは特定された個々の兵士もしくは将校に対する攻撃を禁じたものでもない。See U.S. Army Manual 27-10, *The Law of Land Warfare*, ¶ 31 (1956)（ハーグ第4条約付属規約23条b項は、「戦闘地帯、占領地域、あるいはその他の場所か否かを問わず、個々の敵の兵士もしくは将校に対する攻撃を排除」していない）。そして、司法省は、そのような戦術を行使することを妨げるその他のいかなる戦争法上の根拠についても承知してはいない。See Dinstein, *Conduct of Hostilities* at 94-95, 199; Abraham D. Sofaer, *Terrorism, the Law, and the National Defense*, 126 Mil. L. Rev. 89, 120-121 (1989). 繰り返しとなるが、「科学技術的に進歩した武器システムが、適用可能な戦争法に従って用いられる限り、——無人航空機もしくはいわゆるスマート爆弾のような——武器システムを武力紛争で使用することは、戦争法上なら禁止されていない」のである。2010 Koh ASIL Speech. さらに、この枠組みの下では、アメリカは、降伏を受け入れることができる場合には、そうすることを求められることにもなるであろう。

要するに、上記で説明してきた情況や制約の下にある作戦は、いかなる適正手続上の権利をも侵害することにはならないであろう。

B.

同様に、アメリカへの攻撃を計画している海外のアメリカ市民を標的とする殺害作戦が、修正4条に基づく「逮捕」に行き着くことになることを仮定するとしても、そのような作戦は、この白書で想定してきた情況の下では、修正4条に反することはないであろう。連邦最高裁は、逮捕の合憲性は、「個人の修正4条の利益に対する侵害の本質及び性質と、その侵害を正当化するために申し立てられている政府利益の重要性とを比較衡量する」ことによって決定されることを明らかにしている。*Tennessee v. Garner*, 471 U.S. 1, 8 (1985) (internal quotation marks omitted); *accord Scott v. Harris*, 550 U.S. 372, 383 (2007). 国内法執行活動においてさえ、連邦最高裁は、「警察官に対してであれその他の者に対してであれ、容疑者が深刻な物理的損害という脅威を提起している、と警察官が信じる相当な理由がある場合、殺傷力を用いて逃亡を防止することは、憲法上不合理なことではない」と述べている。*Garner*, 471 U.S. at 11. 従って、「容疑者が武器をもって警察官を脅し、または、容疑者が深刻な物理的損害をもたらすもしくはもたらす恐れがある犯罪を犯すと信じるに足る相当な理由が存在する場合、逃亡を防ぐために必要であれば、また実行可能な場合になんらかの警告がなされたのであれば、殺傷力を用いることができる」。*Id.* at 11-12.

修正4条の「合理性」基準は、情勢次第のものである。*Cf. Scott*, 550 U.S. at 382 (「*Garner* 事件判決は、警察官の活動が『殺傷力』を内容とする場合にはいつでも厳格な前提条件を発動する魔術的なオンとオフのスイッチを確立していない」。なにが国内法執行活動の目的で行われる殺傷力の合理的な行使にあたるのかということと、なにがこの白書で論じてきた情勢や情況において合理的となるのかということとは、圧倒的に異なる。しかし、少なくとも標的となる個人が敵兵力の作戦指導者であって、アメリカに対する暴力的な攻撃という

アメリカ国籍をもつ個人への「標的殺害 (targeted killings)」作戦を合法とする法的根拠

差し迫った脅威を提起していると情報をもつ政府高官が認定し、そして身柄の捕捉ができない場合に限ってこの作戦を指揮する者がこの作戦を実行することになる状況では、殺傷力の行使は、修正4条に反することはないであろう。そのような情勢の下では、いかなる修正4条の利益に対する侵害と比較しても、「その侵害を正当化する政府利益の重要性」(*Garner*, 471 U.S. at 8), つまり、アメリカ人の生命を保護する利益の方が上回ることになるであろう。

C.

最後に、司法省は、この白書で示してきた状況の下では、これらの憲法上の考慮を評価するのに適切な司法的フォーラムの場は存在しないことに留意する。「外交政策や国家安全保障に密接にかかわる事柄は、司法的介入にふさわしい主題であることはほとんどない」。(*Haig v. Agee*, 453 U.S. 280, 292 (1981)). なぜならば、そのような事柄は、「しばしば司法府による適用を許さない基準によって定まる」か、あるいは「執行府もしくは立法府に対し明示的に委任された裁量権の行使を伴う」からである。*Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 211 (1962). 裁判所がここで介入できるとしてしまえば、アルカイダもしくはその連携勢力の上級作戦指導者に対して将来の殺害作戦を開始する特定の戦略的判断について、作戦に責任を負う大統領や職員に対し事前の命令を発することを、不当にも求められかねない。そして、そのような命令を裁判所が執行することは、連邦議会が武力行使を授権した敵兵力のメンバーに対しいつまたどのようにして武力を行使するのかということに関して、大統領及びその国家安全保障担当顧問が行う本質的に予測的な判断を監督することを、連邦最高裁に対して要求することになるであろう。

III.

合衆国法典18編1119条(b)項は、次のように規定している。「アメリカ国籍をもち、アメリカ国外にあり外国の管轄下にあつて、アメリカ国民を殺害も

しくは殺害しようとする者は、1111条、1112条、及び1113条に定める刑罰に処する」。18 U.S.C. § 1119(b) (2006)⁽³⁾。この白書で論じられているような作戦の標的となる個人はアメリカ市民であることから、ひょっとしたら1119条 (b) 項がそのような作戦を禁じているということになるかもしれない。しかしながら、1119条は、殺人及び非謀殺に関する連邦法を組み込んだものであり、従って、それによる禁止は、「不法な殺害」に対してのみ及ぶに過ぎない。18 U.S.C. §§ 1111(a), 1112(a) (2006)。1119条は、いくつかの状況の下で政府職員が行う殺傷行為を合法的なものとする、「公的機関」を理由とした免責事由を組み込んだものとして解釈されることが最も好ましい。この白書が後述するように、ここで論じられているような殺害作戦は、仮定される状況や条件の下では公的機関を理由とした免責事由の範疇に収まることになるであろう。なぜならば、この作戦は、アメリカとアルカイダ及びその連携勢力との間の非国際的紛争を規律する、適用可能な戦争法の諸原則と一致する方法で遂行されることになるからである。それ故、この作戦は、不法な殺害になることはないであろう⁽⁴⁾。

A.

1119条 (b) 項は1111条、1112条、及び1113条に定める「刑罰」しか言及していないけれども、複数の裁判所は、合衆国法典18編の相互参照規定の本質的な要素を組み込んでいると判示してきた。See, e.g., *United States v. Wharton*, 320 F.3d 526, 533 (5th Cir. 2003); *United States v. White*, 51 F.Supp. 2d 1008, 1013-1014 (E.D. Cal. 1997)。合衆国法典18編1111条は、「謀殺」に対す

(3) See also 18 U.S.C. § 1119(a) (2006) (「『アメリカ国民』とは、移民国籍法 (Immigration and Nationality Act) 1101条 (a) 項22号にいう者」と規定する (8 U.S.C. § 1101(a)(22) (2006))。)

(4) 1119条及び同条が相互に参照している複数の制定法がこうした免責事由を組み込んでおり、この免責事由がここで論じている類いの作戦にもあてはまることになるとの結論に鑑みて、ここでの議論では、この種の作戦が別のなんらかの根拠に基づいて合法となりうるかどうかという点については扱わないこととする。

アメリカ国籍をもつ個人への「標的殺害 (targeted killings)」作戦を合法とする法的根拠

る刑罰を定め、「謀殺は、殺意をもった、人間の不法な殺害である」と規定する。18 U.S.C. § 1111(a). 1112条も同様に、「非謀殺」に対する刑事制裁を規定し、「非謀殺は、悪意をもった、人間の不法な殺害である」と述べている。*Id.* § 1112(a). 1113条は、「謀殺もしくは非謀殺を犯す試み」に対する刑罰を定めている。*Id.* § 1113. それ故、1119条 (b) 項が「不法な殺害」のみを禁じているということは、明らかである。

1111条及び1112条における——つまり1119条 (b) 項の目的での——「不法な殺害」という表現の意味を指し示すものは、謀殺及び非謀殺に関する歴史的な理解の中に見出すことができる。その歴史によれば、「不法な」殺害を犯罪とする制定法の免責事由や適用除外 (excuse) を、諸州は長きにわたって認めてきたことが明らかとなる⁽⁵⁾。例えば、ある州裁判所は、謀殺に関する州法を解釈する際に、「『不法な』という文言は、「適用除外もしくは免責事由という要素がない殺人 (homicide) を含む」「作為をもった用語である」と説明している。*People v. Frye*, 10 Cal. Rptr. 2d 217, 221 (Cal. Ct. App. 1992). さらに同裁判所は、問題となっている適用除外もしくは免責事由という要素には、伝統的に認められてきた要素が含まれると説明している。*Id.* at 221 n.2. その他の判例も同様の結論を支持する。*See, e.g., Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684, 685 (1975) (謀殺に関するメイン州法における「不法な」殺害の要件は、その

(5) 同様のことは、「不法に」という文言を伴う殺人もしくは非謀殺以外で禁じられる行為について緩く定める、連邦法を含むその他の制定法に関してもあてはまる。*See, e.g., Territory v. Gonzales*, 89 P. 250, 252 (N.M. 1907) (殺傷力のある武器を使用した暴行を犯罪とする制定法上の「不法な」という文言について、「適用除外もしくは免責事由のない」ものに「明らかに相当する」ものと解釈している)。例えば、合衆国法典18編2339条C(a)項1号(2006年)は、とりわけ以下のことを不法なものとしている。それは、一定の特定された条約の中で犯罪とされる行為を遂行するために、もしくはその他の一定のテロ行為に従事するために使用されうるという意図をもって(または使用されることを知って)、「不法かつ故意に資金を提供しもしくは集める」ことである。同2339条Cの制定経緯は、「『不法』という文言は、コモンロー上の抗弁を具体化しようとするもの」であったことを明らかにしている。H.R. Rep. No. 107-307, at 12 (2001).

殺害が「正当化することができずもしくは免責しえないもの」ということを意味する); *cf. also* Rollin M. Perkins & Ronald N. Boyce, *Criminal Law* 56 (3d ed. 1982) (「犯罪とはならない殺人とは、2つの殺人である。すなわち、(1)正当化することができ(justificable)、(2)免責されうる(excusable)ものである。』)。従って、1119条は、コモンローもしくは謀殺に関する連邦法の下で伝統的に認められてきた免責事由によって保護される殺害を禁止するものではない。「連邦議会は、[1119条について]正当化することができずもしくは免責されうる殺害を犯罪にしようとはしていない」。White, 51 F.Supp. 2d at 1013.

B.

公的機関を理由とする免責事由は、十分に受け入れられたものであり、争点となる特定の刑事法がその免責事由について明示的に言及していない場合でさえ、利用可能なものとされうる。そのような「公的機関」を理由とする免責事由が援用される訴追は、当然のことながら珍しく(*see* American Law Institute Model Penal Code and Commentaries § 3.03 Comment 1, at 23-24 (1985); *cf. Visa Fraud Investigation*, 8 Op. O.L.C. 284, 285 n.2, 286 (1984))。従って、裁判所が政府職員の行為に関してこの免責事由の射程を分析した判例法は、ほとんど存在しない。それにもかかわらず、主要な学術論文や Model Penal Code での議論は、その正当性を明らかにしている。*See* 2 Wayne R. LaFare, *Substantive Criminal Law* § 10.2(b), at 135 (2d ed. 2003); Perkins & Boyce, *Criminal Law* at 1093 (「財産を盗みもしくは破壊し、実力でまた意思に反して個人を拘束し、その身柄を監禁し、あるいはその生命を奪いさえるように、場合によっては犯罪となるような行為は、適切な公的機関によって行われる場合には、犯罪とはならない」); *see also* Model Penal Code § 3.03(1) (a),(d),(e), at 22-23 (とりわけ、行為が、「公職者の責務もしくは職務を定義する法」、「軍務もしくは戦争の合法的な遂行を規律する法」、あるいは「公的義務を課す法のあらゆる規定」[によって要求されもしくは授けられる]場合の免責事由の法典化を提唱する); National Commission on Reform of Federal

アメリカ国籍をもつ個人への「標的殺害 (targeted killings)」作戦を合法とする法的根拠

Criminal Laws, *A Proposed New Federal Criminal Code* § 602(1) (1971) (「職務の過程で公務員によって行われる行為は、法律が要求しもしくは授權する場合には、正当化される」).そして、司法省法律顧問局は、連邦議会が、ある特定の刑事法について、それが場合によっては政府機関の権限の範疇に収まる特定の行為を禁じる目的をもつものとしたのかどうかを分析するにあたって、類似した理論的解釈を援用している。See, e.g., *Visa Fraud Investigation*, 8 Op. O.L.C. at 287-288 (資格がないことが分かっている外国人に対してビザの発給を禁じる民事法は、『合理的な』やり方で遂行される重要な移民帰化局の秘密調査活動を容易にするために『必要な』場合、国務省がそのようなビザを発給することを禁じてはいない、と結論づけている)。

公的機関を理由とする免責事由は、すべての刑事訴追からあらゆる公職者の行為を免責することにはならないであろう。立法府は、執行府が授權できるある種の政府行為に対して限定を課すために、なんらかの刑事法上の禁止を設定するかもしれない。あるいは、立法府は、別の場面では執行府に対しまた別の制定法に基づき行うことを授權した行為の射程範囲を限定するために、刑事法上の禁止を定めることになるかもしれない。See, e.g., *Nardone v. United States*, 302 U.S. 379, 384 (1937) (連邦法が政府による通信傍受を違法化した)。しかし、一般的に認められている公的機関を理由とする免責事由は、連邦議会が、政府職員が行うすべての行為を公的機関に従って行動しているわけではない個人が行っている時に、これを明らかに犯罪にしようとするような場合であっても、次のような考え方を反映したものである。それは、別の場面では合法的な権限を正当に行使している政府職員が行うすべての行為を犯罪化しようとする意思が、連邦議会にあるとすることは道理にかなわない、というものである。それ故、いくつかの場合においては、刑事法上の禁止に関する最良の解釈とは、公的機関に従って行動する個人とそうではない個人とを、たとえその法律がそのような区別を明示していないとしても、連邦議会が区別しようとした、というものである。Cf. *id.* at 384 (連邦の刑事法は、次のような場合には、授權された公職者の行為を除外するものとして解釈されなければならない。それは、そのような解釈が、「例えば、犯人を追跡する警官もしくは警

報に対応する消防自動車の運転手に対して法定速度を適用するように、明らかに馬鹿げたものとなる」場合である)⁽⁶⁾。

1119条が免責事由一般だけではなく、とりわけ公的機関を理由とする免責事由をも組み込んでいるかどうかを分析するための試金石となるのは、同法の背景にある立法意思である。この白書では、同条は、公的機関を理由とする免責事由を含んだ伝統的な免責事由に包含される殺害を、その禁止する射程範囲から除外したものと解釈されなければならない。「不法な」殺害に明示的に言及するその他2つの刑事規定を同条に組み込んでいることは、その1つの表れである。See *supra* at 10-11. その上、連邦議会がこれとは反対の意思をもっていたことを示すものは見当たらない。合衆国法典18編1111条から1113条の条文と制定経緯からは、連邦議会が、また別の場合にはこれらの法律上の「不法な」という修飾句の使用によって組み込まれたと理解されるべき免責事由の中から、確立された公的機関を理由とする免責事由を除外しようとしたことを示唆するものは見当たらないのである。あるいはまた、1119条自体の条文と制定経緯からも、連邦議会が、殺害に関するこうした伝統的な免責事由の利用可能性を廃止もしくは別な形に作用させようとしたことを示唆するものも見当たらない。それどころか、関連する立法資料は、連邦議会が、1119条の制定によって、この白書で争点となっていることとは完全に別種の行為を扱っている分野でのギャップを単純に埋めていたことを示している⁽⁷⁾。

(6) それぞれに適用可能となるかもしれない制定法は、この点に関する連邦議会の意図を識別するために慎重かつ個別に吟味されなければならない。See *generally, e.g.*, Nardone, 302 U.S. 379; United States Assistance to Countries that Shoot Down Civil Aircraft Involved in Drug Trafficking, 18 Op. O.L.C. 148 (1994); Application of Neutrality Act to Official Government Activities, 8 Op. O.L.C. 58 (1984).

(7) 1119条は、犯行を犯した個人の出廷を適法に確保できない一定の諸外国においてアメリカ国民を殺害した他のアメリカ国民を訴追する可能性を保障するために、——私人が外国で犯した殺人によって露呈した——裁判権上の抜け道を閉ざそうとするものであった。See 137 Cong. Rec. 8675-76 (1991) (statement of Sen. Thurmond). この抜け道は、ここで問題となっているような授權された作戦とは無関係である。実際に、1119条の制定以前には、(アメリカの特別裁判権及び海事裁

アメリカ国籍をもつ個人への「標的殺害 (targeted killings)」作戦を合法とする法的根拠

従って、司法省は、1119条が公的機関を理由とする免責事由を組み込んでいると結論づける⁽⁸⁾。次に、この白書は、殺害作戦がこの免責事由に包含されるのかどうか、そして特に、標的がアメリカ市民の場合にも、この免責事由が適用されることになるのかどうかについて検討を行う。

C.

情報をもつ高官によって授権され、適用可能な戦争法の諸原則に従う方法で遂行される、国家の自衛もしくは武力紛争時の敵の指導者に対する殺害作戦は、十分に確立された様々な公的機関を理由とする免責事由の範疇に含まれることになるであろうし、それ故、謀殺にはあたらないであろう。See, e.g., 2 Paul H. Robinson, *Criminal Law Defenses* § 148(a), at 208 (1984) (「軍

判権の外にある) 外国でアメリカ国民を殺害することを明示的に犯罪とする唯一の連邦制定法のみが、テロリストの攻撃からアメリカ人を保護することに特別の配慮を示していたに過ぎないようであった。See 18 U.S.C. § 2332(a), (d) (2006) (その「犯行が政府職員または一般市民を強要し、脅迫し、または彼らに報復する目的でなされた」と司法長官もしくはその部下が証明する場合、外国でのアメリカ国民に対する不法な殺害を犯罪としている)。

(8) 合衆国法典18編956条(a)項1号(2006年)は、アメリカの裁判権が及ぶ範囲内において、いかなる共謀者もなんらかの共謀の目的を果たすためにアメリカ国内で行動する場合には、「アメリカの特別裁判権及び海事裁判権に付された際に殺人、誘拐、または傷害の罪に該当することになる行為をアメリカ国外のあらゆる場所で行う」ことを共謀することを犯罪としている。1119条(b)項と同じく、956条(a)項には、公的機関を理由とする免責事由が組み込まれている。それに加えて、956条(a)項の制定経緯は、この規定が「アメリカ政府に代わって行われる正当に授権された活動に適用されることは意図されていない」ことを示唆している。141 Cong. Rec. 4491, 4507 (1995) (大統領の命によってこの規定を提案したバイデン上院議員による法案の逐条解説); see also *id.* at 11,960 (数ヶ月後に異なる形の対テロ法制において同一の規定を提案したダシュル上院議員による法案の逐条解説)。従って、1119条(b)項はアメリカによるアメリカ市民への殺害作戦の遂行を禁じていないという理由により、956条(a)項もまた、そのような作戦を禁じるものではない。

当局が軍隊を規律する法律もしくは戦争行為に依拠する場合」, 刑事法に違反する行為は, 正当化され, 従って不法とはならない); 2 LaFave, *Substantive Criminal Law* § 10.2(c), at 136 (「公的責務という抗弁がもつた別の側面とは, 行為が, 『軍隊を規律する法もしくは合法的な戦争行為』によって要求され授權される場面である」); Perkins & Boyce, *Criminal Law* at 1093 (「人命を奪うという極端な行為すら公的機関によって行われる典型的な事例には, 戦争行為としての及び戦争のルール の範囲内で行われる敵の殺害」が含まれる, ということに言及している)⁽⁹⁾.

アメリカは現在, 連邦議会が授權したアルカイダ及び連携勢力との武力紛争の渦中にあり, アメリカ人への作戦を計画する一定のアルカイダのスタッフが提起する暴力的な攻撃という継続的な脅威の下にあるアメリカ人を保護するために, 国家の自衛に際して行動することができる。公的機関を理由とする免責事由は, 殺害作戦が適用可能な戦争法の諸原則に従って遂行される場合, この白書で論じてきたような殺害作戦に対して適用されることになるであろう。ある解説者が説明しているように, 「兵士が, 戦時においてまた戦争行為のルールの範囲内で敵の戦闘員を故意に殺害する場合, 謀殺の罪には問われない」。他方, 例えばその兵士が, 故意に捕虜を殺害する——戦争法に対する違反——場合には, 謀殺を犯したことになるのである。2 LaFave, *Substantive Criminal Law* § 10.2(c), at 136; *see also State v. Gut*, 13 Minn. 341, 357 (1868) (「戦争の最中やその遂行に際して外国の敵兵を殺害することが合法であるということは, 否定できない。しかし, そのような敵が降伏した後, とりわけ取監された場合に殺害することは, 謀殺にあたる」); Perkins & Boyce, *Criminal Law* at

(9) *See also Frye*, 10 Cal. Rptr. 2d at 221 n.2 (「死刑の執行もしくは戦時における敵の殺害のような正当な公的機関による殺人」を, 殺人は「不法な」殺害であるとするカリフォルニア州法の下では「不法」にはあたらない正当化可能な殺害の例とする); Model Penal Code § 3.03(2)(b), at 22 (同法典が, 殺傷力の行使は法が明示的に規定する場合に限って一般に正当化されるべきであると推奨しているにもかかわらず, 刑事法は, 「合法的な戦争の遂行」の中で生じる殺害について公的機関を理由とする免責事由を明らかに承認することを提唱している)。

アメリカ国籍をもつ個人への「標的殺害 (targeted killings)」作戦を合法とする法的根拠

1093 (「戦時においてさえ、外国の敵兵は、武装解除され確実に収監された後は、むやみに殺害することはできない」。その上、明示的な公的機関を理由とした免責事由を援用することなく、司法省法律顧問局は、生じうる殺傷力の行使に関する連邦刑事法の意図された射程範囲について扱った意見の中で、同様の観念に依拠している。See *United States Assistance to Countries that Shoot Down Civil Aircraft Involved in Drug Trafficking*, 18 Op. O.L.C. 148, 164 (1994) (民間航空機を故意に破壊することを禁止し、場合によってはアメリカ政府の行為に対しても適用される1984年航空機の破壊に関する法律 (Aircraft Sabotage Act of 1984, 18 U.S.C. § 32(b)(2) (2006)) は、「国際法及び武力紛争法の下では合法的な軍事要員による行為を犯罪化するという、驚くべきそしてほぼ確実に意図されていない効果」をもつものとして解釈されるべきではない、と結論づけている)。

殺害作戦がアメリカ市民を標的にすることができるという事実は、こうした結論を変えるものではない。先に説明したように (*see supra* at 3), 連邦最高裁は、アメリカ軍は、敵兵力を構成するアメリカ市民に対して合憲的に武力行使することができる、と判示した。See *Hamdi*, 542 U.S. 518 (2004) (plurality opinion); *id.* at 587, 597 (Thomas, J., dissenting); *Ex parte Quirin*, 317 U.S. at 37-38 (「敵政府の軍事力を支持し、また [アメリカを] 敵対行為に向かわせることの支援、手引き、そして命令に関与する市民」は、戦争法の下で「敵性戦闘員」として処遇されることになる)。同様に、合衆国憲法と、国際法で承認された国家の自衛に対する固有の権利の下で、大統領は、アルカイダもしくはその連携勢力のメンバーで、アメリカに対する暴力的な攻撃という差し迫った脅威を提起するアメリカ市民に対する武力行使を授権することができるのである。

これらの先例に照らせば、司法省は、この白書で扱っている殺傷力の行使は、非国際的武力紛争での武力行使を規律する基本的な戦争法の諸原則に一致する方法で遂行される場合には、公的機関の法理の下で合法的な殺害にあたることになる、と信じている。そのような作戦は、大統領命令12,333号における暗殺の禁止に違反することにもならないであろう。大統領命令12,333号 2部11号

は、「アメリカ政府に雇用されもしくはアメリカ政府の代理として行動するいかなる個人も、暗殺に従事しもしくはその共謀を行ってはならない」と定められている。46 Fed. Reg. 59,941, 59,952 (Dec. 4, 1981). 自衛における合法的な殺害は、暗殺には該当しない。司法省の見解では、アメリカに対する暴力的な攻撃という差し迫った脅威を提起する行為を行うアメリカ市民に対する殺害作戦は、暗殺の禁止に反することのない国家の自衛という正当な行為となるであろう。同様に、戦争法に従った、正当な軍事目標である個人に対する殺傷力の行使は、合法となるであろうし、暗殺の禁止に反することにはならないであろう。

IV.

戦争犯罪法 (War Crimes Act, 18 U.S.C. § 2441 (2006)) は、アメリカ軍のメンバーもしくはアメリカ人が、「戦争犯罪を犯す」ことを連邦の犯罪としている。 *Id.* § 2441(a). この白書で論じてきたような作戦に唯一適用されるかもしれない2441条は、次の場合に、「ジュネーブ条約共通3条に対する重大な違反」を犯すことを戦争犯罪としている。すなわち、その違反が、「国際的性質をもたない武力紛争の文脈と関連において」犯される場合である⁽¹⁰⁾。 *Id.* § 2441(c) (3). 同法が定義しているように、共通3条に対する「重大な違反」とは、該当箇所の中で、「病気、怪我、拘留、その他の理由で戦闘から離れている個人を含む、敵対行為において積極的な役割を果たしていない1人あるいはそれ以上の個人…を故意に殺害し、または殺害を共謀もしくは未遂に終わった個人の行為」とされている。 *Id.* § 2441(d)(1)(D).

(10) 同法はまた、「戦争犯罪」について、次のものを含むと定義している。すなわち、ジュネーブ条約のすべて（あるいはアメリカが締約国となっているすべてのジュネーブ条約追加議定書）における重大な違反として定義づけられるあらゆる行為、1907年ハーグ第4条約付属規約における特定の4つの条項で禁じられたあらゆる行為、あるいは対人地雷、ブービートラップ、その他の爆弾の使用に対する禁止または規制に関する1996年議定書に反した故意の殺害にあたるもしくは深刻な損傷をもたらすあらゆる行為である。18 U.S.C. § 2441(c).

アメリカ国籍をもつ個人への「標的殺害 (targeted killings)」作戦を合法とする法的根拠

こうしたカテゴリーに含まれる個人の限界がどのようなものになるにせよ、共通3条は、敵の軍隊を構成する個人を標的にする、武力紛争下での交戦当事者の権利に関する基本的な戦争法の原則を変えるものではないし、あるいは国家の自衛において正当な行為をとる国家の権限を排除するものでもない。共通3条の文言は、「[紛争の当事者である国家と非国家主体双方の] 軍隊のメンバーが、…ひとたび戦闘の役割から離脱し（『降伏し』）あるいは戦闘力を失った (*hors de combat*) 場合に限って、『敵対行為において積極的な役割を果たしていない』とみなされるのであって、単なる戦闘の中断では不十分である、ということを明らかにするものである」。International Committee of the Red Cross, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities Under International Humanitarian Law* 28 (2009). アメリカに対する暴力的な攻撃という差し迫った脅威を提起するアルカイダもしくはその連携勢力の上級作戦指導者に対する作戦は、「敵対行為において積極的な役割」を果たす個人を標的とするであろうし、それ故、共通3条に対する「重大な違反」にはあたらないであろう。

V.

結論として、アメリカが、合衆国憲法もしくはこの白書で論じてきた連邦法に違反することなく、アルカイダもしくはその連携勢力の上級作戦指導者であるアメリカ市民に対してアメリカ国外で殺害作戦を遂行することは、次のような条件の下で合法となるであろう。すなわち、(1) 情報を有するアメリカ政府の高官が、アメリカに対する暴力的な攻撃という差し迫った脅威を標的とされる個人が提起していると認定し、(2) 身柄の捕捉が実行不可能で、アメリカが、その身柄の捕捉が可能となるかどうかを監視し続け、そして、(3) この作戦が、武力行使を規律する戦争法の4つの基本原則と一致する方法で遂行される、ということである。先述したように、この白書は、そのような作戦を合法的なものとするのに必要な最低条件を画定しようとするものではないし、あるいは、その他の状況でアメリカ市民に対する殺害作戦を合法的なものとするのに要求され

ることはなんであるのか、ということについて評価するものでもない。この白書は、先の定まった条件が、上で述べてきた特徴をもつアメリカ市民に対して行われる国外での殺害作戦を合法とするのに十分なものとなるであろう、と結論づけるに過ぎない。