

講 演

刑罰を用いない統制 ——「強制」の再定位——

ベンジャミン・J・グールド
小 西 暁 和 訳

重大な危害の場合に、従来型の刑罰の発現は余りにも遅い。
(Zedner, 2007a: 174)

はじめに

本稿は、テロリズムと、別名「テロとの戦い」として知られている近年のグローバルな反応が、刑罰と刑事司法の領域に対してどのような影響を与えているかを探る。また、多様な国内的及び国際的圧力が、国家の強制力の行使における刑罰モデルからの重要な転換をもたらし、最も極端な場合には、国家が支援する暴力の利用と正統化をもたらしてきたことを論じる。

本稿は、9・11の出来事以来起こってきた数々の重要な社会・法律的变化を検討することから始まる。次に、本稿は続けて、多様な対テロ措置を検討し、それらをスペクトラムに沿ってカテゴリー化する。そのスペクトラムは、一方の極において刑事実体法で始まり、中間で法に準じた様々な措置を通して移行し、他方の端において一連の超法規的な措置で終わる。これらの措置は、その強制的な力、例外的な地位、また法の支配の固守に特別な焦点が当てられながらも、多様な見地から探究される。そして、本稿は、社会学、犯罪学、また刑罰学といった学問分野がこうした刑罰的な強制からむきだしの強制へのパラダイム転換にどのように応答してきたかを考察し、またこれらの学問領域が刑罰に関する政策と実践にとって実質的な意味を確実に持ち続けられるようにすることを目指した多様な取り組みを検討する。

これらの領域の学者達が重要な研究を行ってきたことは認めるが、これらの

取り組みは、これまで「テロとの戦い」から生じた強制的実践に対する効果的な応答を産み出すことに失敗してきたし、またそうした変化を言わば「9・11前のレンズ」として評し得る視点を通して観る傾向により、依然として妨げられていることを論じる。本稿は、新しい分析が必要とされると論じることをもって結論づけている。その分析とは、既存の刑事法や国家による刑罰の賦課に基礎を与える道徳的及び政治的正当化根拠の範囲内で枠づけられることも、それらにより正統化されることもしない強制の理解に基づくものである。そうした強制は、「必然的に刑罰の苦痛に匹敵する苦痛を伴う」ほど「過酷な」措置だけでなく (Ashworth and Zedner, 2010: 71)、多くの事例で現代の西洋国家において正統性のある刑罰的な強制と一般に結び付けて考えるものを凌駕する苦痛や死を科することもまた含んでいる。

したがって、法的に正当化された刑罰の実践によく似ており、時にはそれを凌駕するような、非常に耐え難い負担となる国家的強制は、もはや単に刑事司法システムの正式なプロセスの産物ではない、と論じるつもりである⁽¹⁾。その代わりに、こうした強制は、犯罪行動やテロ行為を阻止する手段として政府によってますます利用されており、応報主義、抑止、あるいは社会復帰への訴えよりもむしろ例外主義の名の下に正当化されている。こうした強制的なメッセージは、とりわけ特定のテロ攻撃に責任があると国家がみなす個人に対して使われる場合に、それらの犯罪行動やテロ行為に対する刑罰的な要素を有しているかもしれない。だが、それは、こうしたメッセージの主要な目的ではない。我々のスペクトラムの一層極限の端における国家権力の発現は、戦争の舞台の外側にいる個人に向けられることが多いという事実にも関わらず、刑事司法上の処罰よりも軍事活動に似通っている。これらの措置は、「共通の敵」の排除を目指すことにより社会的連帯を促進するという限度で、ミード的な意味における刑罰的なものであると言われるかもしれない (Mead, 1918)。しかし、こ

(1) 「刑罰は、認可された行為であり、偶発的な又は不慮の危害ではない。それは、有害な悪事が行われたコミュニティに支配権を有する政治的権力による行為である」(Bedau, 2010)。「刑罰とは、司法手続を通じて法違反行為者に加えられる罰である」とする『メリアム・ウェブスター辞典』もまた参照 (<http://www.merriam-webster.com/dictionary/punishment>)。『正義論』においてJ・ロールズは、次のように、相応の刑罰の構想を、そうした刑罰を科す制度に関する自らの正義の構想から引き出した。「したがって、相応な刑罰は、仮にも存在する限りにおいて、『純粹な手続的正義』の結果として現われる」(Rawls, 1971)に関して Bedau, 2010)。

これらの措置は確かに、リベラルな諸理論が刑罰に属すると考えるような意味の範囲内での刑罰を構成しないだろう。というのも、そうした諸理論は、刑罰が必然的に刑事法の正式なシステムや、刑罰が科され得る前に、そうした刑事法の違反を伴うという想定から出発しているからである（Bedau, 2010）。

したがって、対テロの名の下に採用されている、これらの強制の方法を研究することは、我々に処罰の意味と限界を考えさせるからこそ、犯罪と刑罰の領域に対する挑戦なのである。アンソニー・ダフは、リベラルな伝統の中で「法定の刑罰は、その権限を主張する者又は団体が、犯罪とされていることを行ったとされている者に対して、耐え難い負担となる、あるいは苦痛を伴うよう意図されているものを科することを伴う」と論じる⁽²⁾。その上、「法定の刑罰は、犯罪を刑罰が科されるものとして、刑事法を、犯罪を犯罪として定義するものとして前提としている。そして、刑事法のシステムは、国家を前提としており、その国家は法を作り執行すると共に刑罰を科す政治的権力を有する」⁽³⁾。もし刑罰がこのように、つまり刑事法の違反行為に対して科される制裁として理解されるべきであるなら、「テロとの戦い」の中で展開されている強制的実践の多くは、刑罰として評されることができない。

我々は、国家や私的な主体による、そうした強制的な技術や暴力的で過酷な戦略についての形態及び利用に焦点を当てる規範的論評を発展させることが急務であると考え。そうした論評なしに、より普及力があり一層刑罰色が強まっている超法規的な強制的形態へと向かう現在の動向が何の疑いもなく受け入れられ続ける危険性がある。しかしながら、この分析を「刑罰と社会」という領域で試みるのが一番良いのか、あるいはそうした強制が刑罰の一形態を構成するのを認めることにより、探究の対象となる強制的な技術が軽率にも正当化される危険を冒すのが問題となる。

9・11とその帰結

2001年9月11日朝にワールド・トレード・センターに対して行われたテロ攻撃の帰結については、多くのことが書かれてきた（Ackerman, 2004, 2006；Aradau and van Munster, 2009；Amoore and de Goede, 2008；Ashby Wilson,

(2) <http://plato.stanford.edu/entries/legal-punishment/>を参照。

(3) <http://plato.stanford.edu/entries/legal-punishment/>を参照。

2005 ; Beck, 2002, 2003, 2006 ; Bobbitt, 2008 ; Cole, 2003, 2004, 2009 ; Cole and Dempsey, 2006 ; Dershowitz, 2006 ; Dudziak, 2003 ; Ericson and Doyle, 2004 ; Forst, Greene and Lynch, 2011 ; Goold and Lazarus, 2007 ; Greenberg, 2006 ; Greenberg and Dratel, 2005 ; Gross, 2003 ; Gross and Ní Aoláin, 2006 ; Guiora, 2008 ; Ignatieff, 2004 ; Lyon, 2006b ; Murphy, 2007 ; 9/11 Commission Report, 2004 ; Roach, 2007 ; Tribe and Gudridge, 2004 ; Waldron, 2010 ; Webb, 2007 ; Zedner, 2010a)。この攻撃がすぐに「超テロリズム」⁽⁴⁾の新時代の前触れとして多くの者によって見られるようになり、またそれに応じて「例外的な」措置への声高な要求をもたらしたことは間違いない (Lazarus and Goold, 2007 : note 1, pp. 1, 2-8)。イスラエル、インド、またイギリスのような国々が 9・11に通じる数10年の間に継続的なテロ活動の標的となってきたのであり、またそれに応じて洗練された犯罪統制戦略を発展させてきたという事実にも関わらず、ニューヨークでこれほどまで大規模に一般市民を攻撃目標にしたこと、また他の大都市でのその後のテロ攻撃は、世界中の政治家が「ゲームのルールが変わったのだ」と明言するのを促した⁽⁵⁾。当時副大統領のディック・チェイニーが2001年10月に共和党州知事に対する演説で述べたところによれば、非常事態は「新たな常態」である⁽⁶⁾。「超テロ」の脅威が有する例外的と見える性質によって、すぐさまアメリカ合衆国やイギリスのような国で警察・軍・諜報活動のコミュニティに対してますます圧力が加えられ、また国家安全保障に対するより効果的で、協調し、より十分に資金供給された取り組みが必要とされるようになった。そうした性質によってまた、様々ないわゆる「例外的な」強制的措置の導入が経験された (Gross, 2003 ; Ackerman, 2004 ; Cole, 2004 ; Ignatieff, 2004 ; Tribe and Gudridge, 2004)。こうした措置は、概して、様々な緊急の状況に一応限定的に適用されるということを基準にして正当化された。

その反応は、劇的であり、広範囲に及んだ。大規模な戦争が2001年にアフガ

(4) 「超テロリズム」は、「グローバルな目的」、「啓示的」イデオロギー、また「戦争類似の」手段を有するものとして性格づけられてきた。それは、政治的交渉を除外する形態のテロリズムと評されている (M. Freeman, 'Order, rights and threats: terrorism and global justice' in R. Ashby Wilson (2005) 37 at 38)。

(5) <http://www.guardian.co.uk/uk/2005/aug/05/july7.uksecurity5>

(6) 2001年10月25日のワシントン D.C. での共和党州知事会に向けた挨拶。

ニスタンで始まり、2003年にイラクでの戦争がそれに続いた。そして、この戦争が、法律に基づく戦争、国家の主権、また軍の意思決定についての機密情報収集の重要性といった構想を変えた。これらの正式な軍の介入と並んで、新しいタイプのテロの脅威と思われるものに直面した上での「全ての者に対する集団安全保障」の必要性に関して、意見の一致が国際コミュニティの中で形成された⁽⁷⁾。「…安全保障に対する現代の脅威の相互連結性」が有する「深刻な意味合い」を認識し、国際連合は、「包括的な」安全保障戦略を促進した⁽⁸⁾。そして、「偏狭な先入観を克服し、協調した仕方ですべての課題を横断して取り組むようになるよう諸機関に」求めた。機関間の協力が国際的及び国内的なレベルで促進されて、多くの場合に「刑事司法と国家安全保障」の両戦略の融合を結果として生じ（McCulloch and Pickering, 2009: 631）、また急速に進展する安全保障化の時代の到来を告げた⁽⁹⁾。かつては援助介入や社会福祉の新たな取り組みとして見られていたものが、今や先進諸国が国際的及び国内的な安全保障を求めて失敗国家を建て直す方法になった（Crawford, 2006, 2009）。

しかしながら、国際的なレベルで促進された相互連結型の安全保障戦略は、国際刑事法のためのテロリズムの定義に関して意見の一致を伴っていなかった（Saul, 2006 ; Di Fillippo, 2008）。クライヤーら（Cryer et al.）が指摘したように、「テロリズムを定義づけないことが、法的拘束力のある文書で、テロ行為のグローバルな禁止のために合意された。テロの資金供与に関する条約〔テロリズムに対する資金供与の防止に関する国際条約（訳者註）〕を除き、11あるグローバルな取決めのどれもテロリズムを定義していないし、定義づけることは二次的な目的にしか過ぎない」（2010: 342）。いかなる国際的な法廷や裁判所も国際法の下でのテロリズムに関する犯罪に対して管轄権を行使していない⁽¹⁰⁾。国際刑事裁判所に関する規程の初期の草案は、当該裁判所の管轄権下

（7） 国際連合事務総長覚書（A/59/565, 2004年12月2日）パラグラフ1。

（8） 国際連合事務総長覚書（A/59/565, 2004年12月2日）パラグラフ5。強調は原文のまま。

（9） Loader, 2004a, b 参照。リタ・タウレック（Rita Taureck）が述べたように、「安全保障化を図る主体は、特定の指示対象がその存在を脅かされていると述べることによって、その指示対象の生存を確実にする特別な措置に対する権利を主張する。そこで、その問題は、通常政治の範囲から緊急事態の政治の領域へと移される。後者の領域で、その問題は、素早く、また通常の（民主主義的な）政策決定の規則及び規制なしに対処され得る」（2006: 55）。Murphy（2007）もまた参照。

にある「条約上の犯罪」としてテロリズムを含んでいた⁽¹¹⁾。また、「ローマ規定」の起草者達は、テロリズムを当該裁判所の管轄権の中に持って来る可能性を考慮し、カンパラ再検討会議（2010年）まで先延ばししていた⁽¹²⁾。しかしながら、カンパラ再検討会議は侵略犯罪を定義づけることに成功した一方で、テロリズムを犯罪として含める可能性はいかなる段階でも真剣に考慮されることがなかった。そのようなものとして、テロリズムと関連した行為は、例えば戦争犯罪や人道に対する犯罪を別個に構成する場合に、国際刑事裁判所に提訴されるだけであろう（International Council on Human Rights Policy, 2008: 35）。

国際刑事法においてテロリズムの普遍的な定義が欠けていることは、特定の重要な主体の利益に完全に申し分なく好都合である、と論じられるかもしれない。更に踏み込んで、テロリズムの定義を巡る意見の一致が欠けていることもまた、その用語に対する統制を確実に保持し、犯罪とテロリズムとの間の境界線が有用にも確実に不明瞭なままにしたいという、アメリカ合衆国のような重要なプレーヤーの側の願望に駆られたのかもしれない。また、国際法でテロリストの疑いのある者を起訴する枠組みを発展できなかったことは、侵略行為を扱う場合の戦争の用語に対する国家の側の好みと、デュー・プロセス、公開の手続、また法的代理といった観念に根差す刑事司法プロセスに関する疑念を反映している、とも論じられるかもしれない。

国際的なレベルでテロリズムに関する犯罪を巡る意見の一致が欠けていたにも関わらず、あるいは恐らくその故に、脅かされている国家は、テロリズムに対する洗練された、時には秘密のキャンペーンに乗り出してきた。これは、すぐに「テロとの戦い」と呼ばれるようになった。この戦いは、今日まで続くも

(10) ここで留意すべきは、レバノンの裁判所が、国際法というよりも、むしろレバノン人に対する犯罪としてテロリズムに対して管轄権を有しているということである。レバノンの裁判所は、テロリズムがそれ自体で起訴される唯一の裁判所である。Cryer et al. (2010: 338) 参照。

(11) Draft Statute for an International Criminal Court, *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II (Part Two) 1994, (b) Annex, (d) Appendix II. [http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft %20articles/7_4_1994.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_4_1994.pdf)

(12) 国際刑事裁判所の設立に関する国際連合全権外交使節会議の最終合意書（1998年7月17日）、UN Doc. A/CONF.183/10参照。<http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/finalfra.htm> のパート E にて入手可能。

のである。このキャンペーンは、国内外の諜報機関、警察、また軍といった広範な機関からの支持に頼ってきたのであり、また伝統的な法執行技術と、より一般的には公然たる戦争や内戦に関連している戦略との間の境界線をぼやけさせることを特徴としてきた。テロリズムに対するこれらの様々な反応の間の関係は複雑であるが、テロとの戦いに関連した戦略の多くは共通の特徴を有している。それは、それらの戦略が非常に強制的かつ先制的な性質であるということである。その名前にも関わらず、テロとの戦いは、単にテロリストに向けられている訳ではない。重要なことに、このテロとの戦いはまた、一般市民の生活に対する重大な脅威を予期し予防することにも深く関わっている。ゼドナー（Zedner）は、「テロ活動の伸張によって与えられるリスクを回避したいという気持ちが、新たに出現した予防的司法という類型を生み出してきた」と論じている（2007a: 174）。これらの戦略はすぐに、とりわけ、「予防における新たなパラダイム」（Cole, 2006（McCulloch and Pickering, 2009: 630において引用））、「積極的な予防的方針」、「急進的予防」（Janus, 2004: 2）、また「犯罪の前段階」（pre-crime）に関与する社会の出現の前兆（Zedner, 2007b: 261）として評されるようになった。同時に、「国家が有する国内外の強制的能力の間の境界線をぼやけさせることを含む時間的かつ地理的な転換に加えて、国家安全保障の刑事司法への」統合が起こったような動向が出現してきた（McCulloch and Pickering, 2009: 628）。

これらの変化の帰結として、統制と強制の新たなパラダイムが、多くの民主主義国家で次第に浸透し始めた。我々は、アメリカ合衆国やイギリスのような国々の政府による一層大きな非常権限を求める要求や例外主義を背景として（Aradau and van Munster, 2009）、より一般的には規制国家と関連している技術が、漠然とテロリズムに関連しているかもしれない様々な行為を犯罪化するために使われているのを見てきた。同時に、先制や警戒といった論法が、空港や国境から政治的デモや公の抗議まで、多くの他の領域や空間にあふれ出るのを見てきた。国家による先制的な統制戦略の利用はどうみても新しいものではないというのが本当かもしれないが、そうした戦略が市民に対しても非市民に対しても同様に利用される度合いは、第2次世界大戦後の時代に強まってきた。その上、リスクの用語が発展し、伝統的な現実の懸念に止まらない様々な危険状態を包含してきたのにつれて、先制と予防の観念は、標準的なものになってきたし、政府の完全に正統な目的としてみえます見られるようになってきた（Aradau and van Munster, 2007）。結果として、過去に先制は国家に対す

る最も重大な刑事的脅威のみのために取って置かれたかもしれないが、過去20年の間に警戒、リスク管理、また予防的警察活動に関する話が刑事司法システムの中ではますます普通のことになった。9・11の出来事以来、速度は速まり、レトリックの上の勢いはより大きくなりながら、この傾向は専ら続いてきた (Beck, 2002, 2003, 2006; Ericson and Doyle, 2004; Aradau and van Munster, 2007)。

例外主義のレトリックと先制の論理は、刑事法と刑罰の輪郭を変えてきたし (Beck, 2002, 2003, 2006; Ericson and Doyle, 2004; Aradau and van Munster, 2007)、そのプロセスで基本的自由と人権に対して我々が共有する責務に深刻な課題をもたらした。加えて、国家権力の表れ方として、それらは、多くの場合、完全に法の外側にあった。人々の想像力をかきたて重大な懸念を引き起こしてきた9・11以来、反テロ活動の様々な悪名高い実例が生じてきた。我々のうちほとんどの者が、グアタナモ湾にあるキャンプ・デルタで鮮やかなオレンジ色のつなぎを着て跪いているいわゆる「敵性戦闘員」の画像を忘れないだろう。同様に、ほとんどの者が、イラク侵攻の必要性又は合法性、その侵攻を正当化すべく国際連合に向けて行った演説で口ごもる (当時合衆国國務長官の) コリン・パウエルを援護するために使われた監視写真、また最初の空爆と、フセイン政権が打倒されるや否や続けて起こった暴力の画像に関する国際的な懸念に気づいているだろう。また、ほとんどの者が、イラクのアブグレイブ刑務所にいた被拘禁者のゆゆしい虐待の写真についても、ロンドン首都警察による地下鉄ストックウェル駅でのジャン・チャールズ・デ・メネゼスの誤った殺害とその後でのデ・メネゼスの調査についてもよく知っているだろう。最近では、パキスタンでの合衆国特殊部隊によるオサマ・ビン・ラディンの殺害と、その後での海上での彼の遺体の処理は、テロリストの疑いのある者を法廷に連れ出すことがテロとの戦いをしでかしている者達にとって高い優先事項ではないということを我々に気づかせるのに役立つだけである。こうした国家が支援する処刑の行為は、戦争行為として正統化された (Bowcott, 2011)。しかし、その合法性に関しては、依然として不安が広がったままである (Teson, forthcoming)。

これらの不穏なイメージの全てが、時々刻々と世界中の無数の人々の家庭にもたらされるが、複雑な影響を及ぼしてきた。一方で、それらのイメージは、テロとの戦いが特別な地位を有しているという観念を固めてきた。つまり、その戦いがゲームの通常のルールの外側で行われる、必要に迫られた戦争である

ということ、どんな形の強制的又は暴力的な措置もその戦いの遂行の際に使われるだろうということ、またこれらの介入の大部分がせいぜいのところ正当化される合法性の瀬戸際にあるということである。他方で、これらのイメージの大部分ではないにしても多くが、テロとの戦いが役に立つと称されている、範囲の広がり続ける人々の目から見て、その戦いを非正統化するのにはほぼ間違いなく役立ってきた。この点で、10年間の過酷な安全保障化と、「共通の敵」（Mead, 1918: n. 4）に関する超法規的な強制の増大は、「テロとの戦い」が元々役に立つよう意図されていた一般市民の意見の一致をもたらさなかっただろう。

もちろん、これらの一般市民の喚起するイメージは、「テロとの戦い」の名の下に実行された活動のごく一部しか表していない。テロリズムの脅威に応じてとされているが、この10年間は、手に余るほどの新しい警備・諜報・軍事・入国管理技術を生み出してきた。本稿において、我々の目的は、これらの措置の網羅的な説明を提供することではなく、むしろそれらの措置の強制的な力、例外的な地位、法また特に刑事法との近接（あるいはそれらからの距離）に注意を引くことである。対テロの国家的強制の諸形態を取りまとめる際に、我々は必然的にある程度の一般化に携わり、いくつかの人為的な区別に頼る。例えば、いくつかの対テロ措置は、法的も超法規的も、その状況次第であるだろう。同様に、いくつかの超法規的な措置又は刑事の領域外の措置もまた、以前には例外的な措置が徐々に標準化するプロセスを通じて、法的な又は刑事の領域に移行するかもしれない（Zedner, 2010a: 394）。しかしながら、我々の何よりも重要な目標は、あらゆる種類の法的又は超法規的な対テロ措置に注意を引くこと、それらの非常に強制的又は暴力的な性格を際立たせること、また「刑罰と社会」の領域内から対テロ活動への関心が比較的欠けている状態について問題を提起することである。我々の目的は、正式な又は従来型の刑罰観念が有する領域の外側で採られる強制的活動の性質に関して、この学問領域の中で議論を活発にすることである。我々の見解は、こうした課題に大胆に立ち向かうことが、安全に関する議論を質的に向上させるだけでなく、「刑罰と社会」という学問の分析力を広げもするだろうということである。

法の範囲内の強制的な対テロ措置

9・11以来増加傾向にある強制的な対テロ措置の多くは、何らかの方法で、

法を伴っている、あるいは法によって正統化されている。もちろん、法に基盤を有していても、これらの措置の全てが国際裁判所又は国内裁判所における手続上の権利又は人権に関わる異議申立てを免れ、あるいは法的枠組みの境界に関する正統な規範的批判を招かないということを意味する訳ではない。しかし、これらの措置は、普通、見せかけの合法性を保っていたり、あるいは少なくとも法に基づいていると称したりしている。そうしたいわゆる法的措置は数多くの方法で現れ、そのいくつかは改変された形で残存しており、また他のものは人権に関わる法的な異議申立てと衝突してきた。それにも関わらず、以下で示すものは、「刑罰と社会」の領域で研究対象となるべき強制的な現象を例証するために選ばれている。

刑事法

強制に関する我々のスペクトラムの一方の端に、刑事法の中に組み込まれており、法執行や起訴のプロセスで現れる手続上の保障制度や保護手段の多くを招来する措置がある。ここで主として明らかにすることは、個人がテロ活動に直接には責任がないが関連を持っていることの犯罪化である。ここでは、テロリズムに脅かされている国家が、初期段階の法違反行為の広範な利用を通じて、準備行為を捕えるために刑事法を拡張しようと一般的に努めてきた。イギリスでは、2006年テロリズム法（第5条）が、テロ行為を「準備するいかなる行い」も、あるいはそうした行為を行う他の者に対するいかなる援助も犯罪化し、そして最高刑で終身刑を科している（Ashworth and Zedner, 2010）。マカロックとピカリング（McCulloch and Pickering）が論じるように、「2001年の後に制定された対テロ法の多くが、慈善事業にお金を寄付することやテロ組織と考えられている人達と交際することのような行いを犯罪化し、危害又は危害を加える故意に関する証拠がない場合であっても、そうした行いに『テロと関係した』というレッテルを貼っている」（2009：631）。

論評者は一般的にこうした刑事法を拡張する傾向を過度の犯罪化のプロセスと呼んでいる。フサーク（Husak）（2008）の言うところによれば、刑事法は危害と危害のリスクの両者を減少させることを目指すべきであるが、明確な制約が刑事法のこの予防的機能に置かれていることが不可欠である。特定できる危害及び有責性の要素に対する必要性和同様に、特定の行動を犯罪化する前の実質的リスクに対する必要性のような、数多くの基本的要件を法が固守しないならば、「リスク予防に関する犯罪」が著しく拡大することになる危険性があ

る。加えて、過度の犯罪化はまた、比例性の要件や遡及を禁止する規則のような、刑事法の中核にある多様な原則を弱体化させる恐れもある。テロリズムを先制し、危害のリスクを高める活動を犯罪化する取り組みの中で、国家は、刑事法の範囲を拡大するだけでなく、刑事法や国家の警備権限を抑制する基盤を掘り崩す危険を冒している。アシュワースとゼドナー（Ashworth and Zedner）が述べたように、「国民に対してそうした異例な行動を取るために刑事法が国家に授ける権限を認識してこそ、公正な刑事手続の保障制度が働く」（2010：81）。

他の対テロ措置又は活動は、別種の犯罪行為に対して特定の防衛に頼るという点において、異なった方法で刑事法を伴うかもしれない。ここで我々は、準備行為又はテロリズムと関連した行為に関する疑いがある個人による行為の犯罪化についてではなく、テロリズムに応じた国家の活動を合法化するための刑事上の防衛の利用について語っている。ここでの明確な事例は、個人が逮捕に抵抗する、あるいは自爆テロ又は他の形態の爆破を通じて他者の生命に脅威を与えるかもしれないといった差し迫ったテロリストの脅威を警備する状況での正当防衛における致命的な力の利用に関係がある。特に、人権上の異議申立てに対する欧州人権裁判所のような人権裁判所の反応は、脅威の切迫に対する反応の重大さについて文脈依存的な見方をしている⁽¹³⁾。際立っていることに、これらの事例の多くにおいて、脅威との関連で行為の比例性を考慮する場合に、欧州人権裁判所は、致命的な力自体が問題となっている反応の必要な要素であったかどうかを考慮せずに、むしろ致命的な力の行使の必要性を評価するに際して脅威の切迫、又は脅威の理解に関する合理性に焦点を当てている⁽¹⁴⁾。刑事法と人権裁判所が私的な個人に比べて国家主体からの正当防衛の主張に一層寛容であるかもしれない限りにおいて、これは強制的な対テロ活動の範囲を拡張するのに役立つ不十分な犯罪化の一形態として観られるかもしれない。加えて、それは、正にその正当防衛の観念の実質的な再編成を表しており、自己ではなく別の者の防衛における力の利用といった例外的な事例を中心的な事例へと変えている。

(13) 例えば、*McCann and others v. UK* (1996) 21 EHRR 97; *Andronicou and Constantinou v. Cyprus* (1998) 25 EHRR 491; *Gül v. Turkey* (2002) 34 EHRR 28参照。Leverick (2002) もまた参照。

(14) しかしながら、ここで *McCann and others v. UK* (1996) 21 EHRR 97 para 203f. における論法に留意すべきである。

要するに、刑事法の領域の範囲内で、国家的強制は、私的な主体の過度の犯罪化、また国家主体による致死的なタイプ等の力についての不十分な犯罪化を通じて強化されてきた。以下の3番目の節で見ると、こうした国家による強制の適用範囲の強化は、個人のデュー・プロセス保護の低下が結果として生じながらも、以前は刑事法が扱っていた行動を対象とした民事法上の措置が増加することを伴っている。刑事手続上の保護手段の転用を目的とした私的な行動のこうした「不十分な犯罪化」と、刑事法の実体的適用範囲の過度の拡張は、同じ先制的傾向の2つの側面である。それらは全て、エリクソン (Ericson) が法に逆らって働く法の意味で「第1の対抗する法」(Counter Law I) の措置と称したと考えられる現象の実例である。そうした措置は、その例外的な地位によって正統化され、テロリズムから生じるリスクの先制を目的としている。彼が2008年に論じたように、

第1の対抗する法は、法に逆らう法である。想像される危害の根源を先制する妨げとなっている刑事法の伝統的な原則、基準、また手続をむしろ、あるいは除去するために、新しい諸法が制定され、既存の法の新しい利用が考案されている。(2008: 57)

警察法

まだ刑事司法及び手続の領域の範囲内であるが、ほぼ間違いなく強制の重大さがより少ない領域の範囲内にあるのが、テロリズムの防止を目的とした警備措置である。例えば、イギリスでは、これらの措置は多様な形態を取ってきた。イギリスは既に9・11の出来事より先に恐るべき公衆監視システムを有していたのだが、2001年以来、相当の資源が、この国の(とりわけロンドンのような都市の中心地における) CCTV〔有線テレビ(訳者註)〕カメラ網の改良と空港内及び空港周辺の安全の向上につぎ込まれた。こうした公衆監視システムは、一部は1980年代と1990年代初期の間に継続したIRAの脅威のために、しかしまた1990年代後半に一般の人々の犯罪への恐怖が増大したことに応じても確立された。欧州において定期的に飛行機で移動する誰もが証言できるように、過去10年間で、手荷物制限と保安検査手続がますます厳格で立ち入ったものになってきた(Lyon, 2003, 2006a,b; Neyland, 2006)。一方でそれと同時に、ますます多くの空港が全身スキャナーや高性能の爆弾検知機器のような装置を利用している。同様に、アメリカ合衆国では、合衆国国土への別のテロ攻撃を

防止する任務を監督するために国土安全保障省という政府の新しい省が設立されつつも、過去10年間で国境警備と空港の安全を強化するために重要な処置が講じられた。

監視と安全の構築物を強化することに加えて、多くの西洋の民主主義国では、警察が、テロリズムと闘う際に助力となることになっている様々な新しい権限を与えられてきた⁽¹⁵⁾。例えば、オーストラリアでは、2005年（第2）反テロリズム法は、1914年刑法（Crimes Act）（連邦法）を修正し、テロリズムの捜査と予防のために人達を停止させ、質問し、また搜索する権限を国家と連邦警察に与えた⁽¹⁶⁾。加えて、2005年法は、テロ行為を防止する、あるいは公的機関がテロ行為に応じるのを一層容易にすると考える場合に「指定安全区域」を宣言する権限を法務官（attorney）に与えている。重大なことに、一旦区域が指定されてしまうと、その人物がテロ行為を行ったのではないか、あるいはテロ行為を行おうと計画しているのではないかと合理的に疑うかどうかに関わらず、警察はその指定安全区域の中にいるどんな個人をも停止させ、搜索し、また質問することができる⁽¹⁷⁾。同様の規定は、カナダでも立法化された。例えば、2002年外国使節団及び国際組織法の下で、警察は、政府間会議を守る取り組みにおいて、「当該状況において合理的である程度及び仕方であ…適切な措置」を講じる権限を与えられている⁽¹⁸⁾。これらの広範囲に亘る権限の合憲性は、カナダではまだ審査されていないが、これまでに警察は、都市の街路を封鎖すること、公の場での個人及び無令状搜索の対象となる市民の無令状搜索に着手すること、また都市の中心地に臨時の保安検問所を設けることを正当化するためにそれらの権限を利用してきた。

(15) オーストラリアの2005年反テロリズム法、カナダの2001年反テロリズム法、イギリスの（2001年反テロリズム、犯罪及び安全保障法に取って代わった）2005年テロリズム予防法、また2001年合衆国愛国者法を参照。

(16) （修正を含む）1914年刑法第3 UA 条から3 UK 条参照。

(17) オーストラリアの対テロリズム諸法に関する本格的な議論については、Australian Human Rights Commission（2008）参照。本手引きが指摘しているように、警察官は、合理的な根拠に基づいて相手がテロ行為をまさしく行ったのではないかと疑うときには、「指定安全区域」と宣言されていないオーストラリア内の（言い換えれば、連邦内の）場所で停止、搜索、質問及び押収の権限を利用することもできる。

(18) 第10.1条（2）。

対照的に、2000年テロリズム法第44条の下で、イギリスの警察署長 (chief constables) は、既に地域を「授權区域」として指定する権限を有していた。一旦地域が当該条文の下で指定されてしまうと、警察は、乗物、運転手、また乗客はもちろん、個人を停止させ、テロ活動と関連して利用されるかもしれない物品を求めてその者を搜索してよいことになる。重大なことに、警察は、そうした物品の存在を疑うことについていかなる根拠も有している必要がないし、また停止して第44条の下で権限を与えられている搜索に従わないことは刑事上の法違反行為となる⁽¹⁹⁾。しかしながら、2001年反テロリズム、犯罪及び安全保障法の制定に続いて、これらの権限は、かなり拡大された。意義深いことに、2001年反テロリズム、犯罪及び安全保障法は、2000年法を修正し、同意の有無に関わらずテロリズムに関する疑いのある個人の指紋を採取し写真を撮影する権限を警察に与えた⁽²⁰⁾。最近になって、これらの正式な権限はまた、「包囲」(kettling) のような、積極的な警察の戦術と群衆統制の戦略によって補われてもきた。それらもまた、非常に先制的な性質を有している。イギリスの警察権力及び実務におけるこれらの変化の最終的な結果は、少なくとも公共の安全と秩序の維持に対して脅威のある状況において、より権威主義的な方式の警備が出現したということである。

その一方、アメリカ合衆国では、警察権力の拡大は、停止及び搜索の領域ではなく、むしろ監視の領域に見られる傾向があった。重大なことに、2001年合衆国愛国者法⁽²¹⁾ は、警察の監視権限をかなり高める様々な規定を含んでおり、また多様な立ち入った警察活動に対する司法の認可や令状の必要性を取り除いた。中でも注目すべきは、本法が、1978年海外捜査及び監視法並びに1968年盗聴法の下で利用できる令状の範囲を拡大し、法執行機関が見知らぬ者達の監視に着手し、国境を越え様々な通信媒体を経由してその者達を追跡することを可能にしたことである⁽²²⁾。これらの「移動式盗聴」に加えて、合衆国愛国者法

(19) ここで留意すべきは、2010年1月に、欧州人権裁判所が、第44条は欧州人権条約第8条の違反を構成している、と宣言したということである。それは、第44条によって与えられる権限は、「十分に限界を定められておらず」、また「濫用に対する適切な法的保障制度」を欠いている、という根拠であった。*Gillan and Quinton v. United Kingdom* (Application no 4158/05) 参照。

(20) 2001年反テロリズム、犯罪及び安全保障法第10部。

(21) 2001年テロリズムの阻止と妨害のために必要とされる適切な手段を提供することによりアメリカを団結させ強固にする法 (アメリカ合衆国愛国者法)。

(22) 2001年合衆国愛国者法第206条、207条、214条及び216条。

の第218条はまた、1978年海外捜査及び監視法の下で令状が認められ得る状況をも拡大した。本条文によれば、「海外の諜報」の収集が監視の「重要な目的」とであるという条件で、市民及び非市民の両者の盗聴、電子監視、及び財産の捜索が公認され得る⁽²³⁾。

2001年合衆国愛国者法はアメリカ合衆国における警察の監視権限をかなり高めたのだが、恐らく9・11を受けて合衆国で国内の監視が拡大した最も悪名高い実例は、(皮肉にも)密かに成し遂げられた。『ニューヨーク・タイムズ』紙によれば、ブッシュ大統領は、表面上、合衆国憲法第2編の下での国軍最高司令官として自分の役割を果たしているが、2002年にある大統領命令を出した(Lichtblau and Risen, 2005)。その命令は、国家安全保障局に、アメリカ合衆国にいる個人と海外にいる個人との間の通信を傍受し監視する(monitor)権限を与えた。『ニューヨーク・タイムズ』紙が2005年に論じたように、最初にその記事を報じたとき、

裁判所の承認なしに国内の何らかの盗聴を許可するという以前には明かされていなかった決定は、アメリカの諜報収集の実践において大きな転換であった。とりわけ、任務が海外の通信についてスパイをすることである国家安全保障局にとって、そうであった。結果として、継続している作戦行動を熟知している何名かの公務員は、監視が法的な捜索に対する憲法上の制限を越えないにしても拡張したのかどうか疑念を抱いた。(Lichtblau and Risen, 2005)

大統領命令によって認可された監視の実践は、最終的に明らかになったとき、厳しい批判を受けた⁽²⁴⁾。だが、ブッシュ大統領によって与えられた権限

(23) 修正に先立って、法執行機関は、その代わりに、海外の諜報の収集がそうした監視の「主たる目的」であることを示すよう要求された。愛国者法によって導入された監視権限に関する更なる考察については、Kennedy and Swire (n. d.) 参照。

(24) Dworkin et al., 2006. 本書簡の執筆者達は、国家安全保障局による国内監視プログラムの権限に疑問を抱き、次のように述べた。「政権が海外捜査及び監視法は不十分なものと感じていたならば、愛国者法において海外捜査及び監視法の他の側面を扱ったように、また議会が海外捜査及び監視法において戦時の盗聴に関する規定を立法化するとき特に熟考したように、適当な筋道は立法上の修正を行おうと努めることである。立憲民主主義国の決定的な特徴の一つ

は一部が無効にされただけであった。1978年海外捜査及び監視法は、最終的に、大統領が無令状監視を認可する権限を有していないことを明確にするために2008年に修正された一方で、同じ修正が当初、国家安全保障局に与えられていた権限の一部を存続させた⁽²⁵⁾。48時間から7日間へと令状のない監視が着手されることのできる期間を延ばすことに加えて、本法はまた今やアメリカ合衆国の外にいるアメリカ国民が令状により盗聴又は電子監視の対象となることを可能にしている。総合すれば、これらの様々な変化は、アメリカ合衆国における合法的な監視と非合法的な監視との間の境界を大きく引き直すことと考えられるし、またこの10年間に国内的にも国際的にも法執行機関の権限が著しく拡大することに寄与してきた。

民事法と混合的な措置

強制に関する我々のスペクトラムにおける次の段階にあるのは、法の内側だが刑事法又は刑事司法プロセスの外側にある措置である。そうした措置は、多くの場合、刑事法と民事法の辺縁にある。9・11後、我々は、刑事法の強制的な効果によく似ているが刑事法と同種の制約や刑事手続の保護手段に従属していない反テロ措置の利用に向かう傾向が拡大するのを目撃してきた。そうした混合的な措置は、脅かされた国家がテロ活動に関与している疑いのある個人を統制したい場合に一般的に利用される。最も一般的な実例は、様々な形態の非常に制限的な在宅監禁 (house arrest) である。この在宅監禁は、イギリス⁽²⁶⁾及びオーストラリア⁽²⁷⁾では「管理命令」(control orders)と、またカナダ⁽²⁸⁾では保安認証 (Security Certificates) と呼ばれている。イギリスで、管理命令の利用は、そうした命令が2003年に人権上の根拠からイギリスの貴族院によって無効にされたもの⁽²⁹⁾よりも耐え難い負担とならない形態の予防拘禁

は、法を変えようと努めることは大統領又は他の誰にとっても常に開かれているということである。しかし、そうした民主主義国において大統領が刑事法を時代遅れである又は実際のでないものと考えするという理由で秘密裏にこうした刑事法に違反することは断じてできないということもまた議論の余地がない」。

(25) 1978年海外監視法2008年修正法 (H.R. 6304)。

(26) 2005年テロリズム予防法第1条。

(27) オーストラリアの2005年反テロリズム法。

(28) カナダ公共安全省「保安認証」(<http://www.publicsafety.gc.ca/prg/ns/seccert-eng.aspx>)。こうした認証は市民又は永住者でない個人の場合に出され得るだけであるということを指摘しておくことは重要である。

（preventive detention）を構成しているという根拠に基づいて正当化された。管理命令は、自由の制約を対象者に課す。そうした命令は、一般的に刑罰と同じくらい耐え難い負担となっているが、次のように刑事法が与えている手続上の保護手段をほとんど備え付けていない。

管理命令に服する者は、常に電子タグを付けられ、（特定の時間の間で、最初の命令では1日18時間までの間で、自宅又は特定の場所に留まることによって）外出禁止令を遵守するよう要求され、パスポートを奪われ、鉄道駅、空港、また港湾へのアクセスを認められず、電話回線を切断され、自宅外の他者との接触が厳しく制限され、また警察及び国家保安機関からの予告なしの訪問及び捜索にいつでも服することになるだろう。そうした者は、特定の商品及び物品（例えば、携帯電話、ファクス、ポケットベル、コンピューター、またインターネット設備）の利用を禁止され、働いたりあるいは他の活動に従事したりする権利を制限され、また他の人々との交際、通信、移動及び居住に対して制約を受けるだろう。そうした者は、特定の時間及び場所で特定の者に報告を行い、写真を撮影され、要請に応じて情報を提供し、当該命令の期間中に自宅からどんなものを持ち去られても許すよう要求されるだろう。（Zedner, 2007a: 180）

課される自由の制約の重さ次第で、管理命令は、民事上の証明の基準（蓋然性の優越）によって、又は単に合理的な疑いに基づいて課される⁽³⁰⁾。そうした命令は、普通、秘密の証拠を組み込んでいる複雑な手続を伴う。こうした手続には、疑われている者自身に頼ることなしにそうした証拠を精査するための特別弁護人（special advocates）が含まれている。カナダやイギリスのような法域では、そうした手続は、継続している公正な裁判としての異議申立ての

(29) *A v. Secretary of State for the Home Department* [2003] 1 All E.R. 816. 予防拘禁の仕組みは、イギリスのベルマーシュ刑務所で（また、もちろん悪名高いグアンタナモ湾で）ここ10年の初頭に広範囲に利用された。テロリズムについての疑いのある外国籍の者に関する無期限の拘禁はイギリスにおける人権上の異議申立てを切り抜けなかったが、国家による強制の仕組みとしての予防拘禁の存在は、「刑罰と社会」の領域に携わる者達にとって特に興味深い事柄として以下で更に考察されるだろう。

(30) 2005年テロリズム予防法（イギリス）、2001年移民及び難民保護法（カナダ）。

対象となっており、その手続の地位は、とりわけイギリスでは、現在依然として流動的なままである⁽³¹⁾。人権上の異議申立て、また最近のイギリスでの改革に向けた動き⁽³²⁾にも関わらず、管理命令の「処罰的な性格と影響」はゼドナー (Zedner) (2007a) が「前段階の刑罰」(pre-punishment) と呼ぶものを構成していると言ってよい。

管理命令は、予防的な国家 (Steiker, 1998 : 771 ; cf. Slobogin, 2003) の中でますます法的な正統性を獲得している「前段階の刑罰」の一種類に過ぎない。別の変種は、国際連合安全保障理事会決議第1373号⁽³³⁾、第1267号⁽³⁴⁾ 及びそれらの後継の決議⁽³⁵⁾ に従った国内法の下で課される資産凍結措置に見出せる (Roach, 2007 : 227, 230f)。こうした決議は、「テロ行為を行う、又は行おうと企てている者達」(国連安保理決議第1373号) の資産を凍結するよう国家に要求している。先と同様に、国連安保理決議に対する国の反応についての包括的な説明は、ここでは与えられ得ないが、次のことを言えば十分であろう。イギリスで、その措置は、議会の限定的な精査を受けており、「当該人物がテロ活動に関与している、又は関与してきたのではないかと疑う合理的な根拠」がある場合に課せられ、また資産凍結命令に服する者達及びその家族や被扶養者に非常に厄介な結果を招く (Tomkins et al., 2010, 2011)。

(31) イギリスのシステムに関する重要な事件には、*A v. United Kingdom* (3455/05) European Court of Human Rights (Grand Chamber), 19 February 2009 ; *AF v. Secretary of State for the Home Department* [2009] UKHL 28が含まれる。カナダでは、*Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9 23 February 2007 といった画期的な事件において、最高裁判所が保安認証のプロセスは違憲であると認定し、そして2007年10月に、保安認証手続をカナダの憲法上の保護手段と調和させようとして、英国の管理命令システムに基づいた修正法案が提出された (移民及び難民保護法 (認証及び特別弁護人) を修正する法律 C-3号法案参照)。

(32) イギリス政府は、管理命令をテロリズム予防捜査措置 (TPIMs) に切り替える計画を公表した。こうした措置は、より厳格な保障制度に服するであろうし、疑われている者に対する犯罪捜査の一環として観られるであろう。Lord MacDonald, *Review of Counter-Terrorism and Security Powers* (Cm 8003) 参照。

(33) 国連安保理決議第1373号 (2001年9月28日), UN Doc S/RES/1373。

(34) 国連安保理決議第1267号 (1999年10月15日), UN Doc S/RES/1267。

(35) 国連安保理決議第1456号 (2003年1月20日), UN Doc S/RES/1456, 国連安保理決議第1566号 (2004年10月8日), UN Doc S/RES/1566。

同様の人権上の懸念が、カナダの2001年反テロリズム法に関して、特に予防拘禁及び特別捜査審問に関して提起された（Roach, 2007: 233）。本法の多くの規定は2007年に失効したのだが、意義深いことに、スティーブン・ハーパー首相は、それらの規定を復活させるための処置を講じた。2010年4月に、政府は、（テロリズム戦闘法としてもまた知られている）C-17号法案を提出した。この法案は、もし議会によって可決されていたなら、テロ活動についての疑いのある個人を拘禁する権限を警察に与えると共に、そうした活動に関して有しているかもしれないいかなる情報もこうした個人に無理やり提供させる権限を裁判所に与えていたであろう。C-17号法案は最終的に署名し法律として成立することがなかったが、現在の政府が元々9・11の直後に確立した権限を再び導入する措置を講じたという事実は、カナダ法における「強制への転換」（coercive turn）は決して終わってはいないということを示唆している。

アメリカ合衆国との国境を越えて、予防拘禁のシステムはまた、2001年合衆国愛国者法の指揮下でも確立された。第412条の下で、司法長官は、非市民が「合衆国の国家安全保障を危険にさらす活動に従事し」てきたと「信じる合理的な根拠」を有している場合、最長7日間のそうした者達の拘禁を認可する証書を発出することができる⁽³⁶⁾。その者は法違反行為で訴えられるか、あるいは一旦7日の期間が終わると解放されるかしなければならないのだが、その者が訴えられるか又は国外退去手続が始められたならば、その拘禁は無期限に継続し得る⁽³⁷⁾。それは、司法長官又は裁判所が「当該外国人の解放がアメリカ合衆国の国家安全保障又はコミュニティ若しくはいかなる人の安全をも脅かすだろう」ということを確信しているという条件で行われる。近年これらの規定は警察によって減多に使われてこなかったのだが、これらの権限を廃止していく試みが全くなかったという事実は、カナダやイギリスでのように、予防拘禁の利用がますます受容され、また標準化されるようになってきたことを示唆している。

(36) 前掲注 (15) の合衆国愛国者法第412条 (a) は、8 U.S.C. 1101に第236A 条 (3) (A) を加える。

(37) デイビッド・コール (David Cole) によれば、9・11に続く2年間で少なくとも5,000人が本規定の下で拘禁された (2003: 25-6)。

移民法

移民法の中心にあるのは、ある法域からテロ活動についての疑いのある非市民を拘禁したり、あるいは退去強制したりすることができるということである。例えば退去強制が「母」国で拷問を受ける見込みに個人をさらすであろう場合のように、移民法は概して限定された人権上の制約を受け一方で、イギリスやアメリカ合衆国のような国々では、移民法がテロリズムについての疑いのある非市民を強制する新しい方法を開発するのに実り多い分野であることが分かった。移民法は、国連安全保障理事会決議第1373号においてテロリズムに対抗する手段として選出された。この決議は、「テロリスト又はテロ集団の移動を防ぐ」ために「実効的な国境管理」を創出するよう国家に求めた。特に、その規定は、テロリストの疑いのある者が容易に庇護や難民の地位を要求することが確実にできないようにするために、既存の入国手続を強化する要請を含んでいた。一部は国連安全保障理事会の主導の結果として、また一部は自身の主導で、(イギリス、アメリカ合衆国、またカナダを含む)様々な法域が、ますます対テロリズムの仕組みとして移民法を利用してきた⁽³⁸⁾。

拘禁及び退去強制に関して移民法における証明の基準が一層低いということだが、この法を、刑事法が有しているデュー・プロセスの保護手段や透明性なしに国家がテロリストの疑いのある者を統制し強制する理想的な場に行っている(Zedner, 2010a: 394 f)。確かに、アメリカ合衆国のようないくつかの国は、拷問に携わる法域への退去強制を抑制する人権上の一般的な保障制度を無視してきた⁽³⁹⁾。国家が法律の条文におけるこれらの抑制を尊重した場合でさえ、「テロリストの疑いのある者」を国外退去させるための移民法の利用は、脅かされた国家にとって魅力的な技術となった。移民法は、非市民にかなりの負担

(38) 合衆国愛国者法(アメリカ合衆国)、2001年反テロリズム法(カナダ)、2001年移民及び難民保護法(カナダ)、2001年反テロリズム、犯罪及び安全保障法(イギリス)。

(39) Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations* (CP32-88/1-2006E) (http://www.sirc-csars.gc.ca/pdfs/cm_arar_rec-eng.pdf #53). Editorial, 'The Unfinished Case of Maher Arar' *The New York Times* (17 February 2009) -<http://www.nytimes.com/2009/02/18/opinion/18wed2.html> もまた参照。

を課す。ローチ（Roach）が「[反テロ法としての] 移民法の究極の目的は、処罰ではなく、国外退去である…」と論じる（2007：238）一方で、犯罪統計の一部として入国管理を扱うことの長い歴史は、そうした区別が誤りであることを示している（Stumpf, 2006：367）。入国者の拘禁及び国外退去は、多くの場合、処罰的制裁と同じくらいに耐え難い負担となっており、また多くの事例では、処罰的制裁より耐え難い負担となっている。アンゴラ人の被退去強制者ジミー・ムベンガが飛行機内にいた民間警備員の手に掛かって最近、死亡したことは、正に入国規制の執行がどれほど強制的になり、また暴力的にさえなり得るのかということを思い起こさせる事例である（Lewis et al., 2010）。同様に、イギリスにおける児童の入国者の拘禁を終わらせるための継続している戦いは、我々が入国規制の強制的な力と刑事法の違反から生じる制裁との間で区別することのできる程度について重大な疑問を提起する（Topping, 2011）。これらは極端な事例かもしれないのだが、様々な法域における入国者の拘禁と管理が有する苦痛と重さは、入国規制と刑事法との間の法律上の区別を試している（Stumpf, 2006：367）。

司法の上で移民法（民事法）と刑事法との間の分裂が継続的に受容されているにも関わらず、テロリズムを規制するための移民法の利用は様々な点で問題を孕んでいる。一つには、入国管理を課することを取り巻いているプロセスは、別の状況であれば刑事プロセス上の保護手段に抵触するような新しい技術の開発を可能にさせている。例えば、アメリカ合衆国では、移民法は、「テロリズムについての疑いのある者を拘禁する」ために、9・11の直後に利用された。その者は、「当時、非公開審問を受けさせられ、弁護士依頼権を否定され、そして表現及び結社に関わる活動に基づいて拘禁及び国外退去させられた」。しかしながら、ローチ（Roach）（2007）が指摘するように、テロ活動に対する刑事法上の告発又は起訴がこれまでこれらの移民法上の拘禁の結果となされることはほとんどなかった。同様に、好結果となった数多くの人権上の異議申立て⁽⁴⁰⁾に先立って、イギリスは、テロ活動についての疑いのある外国人達、とりわけ拷問のリスクがあるために母国に退去強制させられ得ない者達の無期限の拘禁を正当化するために移民法を利用した⁽⁴¹⁾。

非市民に直接的な影響を及ぼすことに加えて、移民法に関連して開発された

(40) *A v. Secretary of State for the Home Department* [2003] 1 All E.R. 816.

(41) 2001年反テロリズム、犯罪及び安全保障法第4部。

強制的な技術は、法システムの他の領域に入り込んでいき、またゆくゆくはより平凡な環境にある市民に適用される傾向を有している。このことは、イギリスにおける特別弁護人のシステムにも当てはまることが分かった。このシステムは、最初、入国管理の領域で開発され、すぐに管理命令の手続（上記参照）において利用された。特別弁護人は、初めは、国家安全保障上の論争を引き付けている移民又は庇護の決定を特別移民上訴委員会（SIAC）に上訴する場合に外国人に代理を提供する手段として、1997年に開発された。そして、こうした特別弁護人は、現在、SIAC のシステムの中で、またそれを越えて、市民にも非市民にも同様に課されている。したがって、ゼドナー（Zedner）が論じるように、「市民社会の他ならぬ周縁にいる人達に対して最初に向けられて」いた特別弁護人は、「…より一般的に将来の犯罪統制の雛型として役立つ」（2010b：22）。同様の越境は、入国者の拘禁に関して見られ得る。そこでは、評者達が、イギリス国境局と刑務局との間の相互依存が増大していることを指摘してきた（Bosworth and Guild, 2008；Bosworth, 2011）。その動きは、双方向に進んでいる。同じように、アメリカ合衆国で、（テロリズムの規制の範囲を越えてまでも）移民法の刑事化が進行していることは、今やよく知られているようにスタンプ（Stumpf）によって「移民犯罪化（crimmigration）の危機」と評されてきた。彼女にとって、「2つの領域の」歴史的な「合併は…移民法と刑事司法システムが単に名目上分離しているに過ぎない相等しいシステムを創り出した」（2006：376）。したがって、正式な刑事法システムが有する手続上の制約もほとんどなく、同じ様に強制的な介入が着手され得る場合、移民法を通じたテロ活動の警備がとても魅力的である、ということは大して驚かない。

移民法の技術が他の法領域のデュー・プロセスの基盤を傷つける傾向と移民法自体の相等しい刑事化を増幅させているのは、非市民の権利とそれに対立するものとしての市民の権利との間の根本的な区別にシステム全体が基礎を置いているという事実である（Calavita, 2005；Stumpf, 2006；Bosworth and Guild, 2008）。この区別に伴われている固有の「他者化」（othering）のプロセスが、テロリズムに対する様々な反応の論理を補強してきた、ということにほとんど疑問の余地はない。そうした反応には、グアンタナモ湾の確立と、ますます制限的（また差別的）になっている国境管理及び安全の展開が含まれる。したがって、テロとの戦いは、市民としての身分とよそ者との間の根本的な区別を前提とした既存の「移民犯罪化」のシステムの上に築かれ得る。一つの帰

結として、コール（Cole）（2003）は、市民の安全に対する権利のために非市民の権利を犠牲にすることに対して、合衆国において憲法上の、また実際的な力強い反対論を唱えている。非市民の取扱いに関してコールが掲げたデュー・プロセス、合憲性、また人権についての主張は、合衆国の国境を越えて明らかに賛同を得ており、またイギリスやカナダのような法域それぞれに関して他の多くの者達によって取り入れられてきた。

強制的な超法規的対テロ措置

ここまで我々は、法の範囲内で展開されてきており、刑事法に近接して分布する様々な強制的な仕組みとそれらの手続上の保障制度を説明してきた。我々は、これらの手段の多くがテロ活動を予防することを目指した強制的戦略の一部を形成していることを示してきた。本節で、我々は、強制のもう一つ別の領域を説明する。その領域は、時には合法性の貧弱な見せかけ又は「もっともらしさ」を帯びており⁽⁴²⁾、また別の時には法の外部にある密かな作戦行動の中で実行されている。この領域はまた、暴力的、致命的、また非常に過酷な技術によって特徴づけられている。

超法規的な刑務所収容

2001年11月に合衆国大統領ジョージ・W・ブッシュが下した大統領軍事指令は、国防のために特別非常事態を宣言した。この指令は、場所に関係なく合衆国国防省による非合衆国市民の逮捕、拘禁及び見込まれる軍事裁判を許可した。70,000人が世界中で合衆国の領土外にある処罰のための収容所に拘禁されてきたと推定されている。合衆国における過去数10年間の顕著な特徴である大量の施設収容とそれに伴う残忍な行為が、継続中のグローバルな野望の中核を成している、ということが今や現実となる可能性がある。（Scruton and McCulloch, 2009: 16）

テロとの戦いは、いわゆる敵性戦闘員又はテロリストの疑いのある者の広範囲に及ぶ拘禁によって特徴づけられてきた。これは、必ずしも新しい現象では

(42) P・アルストン『無裁判、即決又は恣意的処刑に関する特別報告者報告書』（国連総会人権理事会第14会期）A/HRC/14/24/Add.6（2010年5月28日）パラグラフ1。

ない。現実又は想像上の安全への脅威に対する反応としての大量の拘禁は、9・11よりずっと前に遡り、とりわけ植民地の防衛手段として、(マレーシアや南アフリカにおけるように) 英国人によって、また1830年代のアメリカ先住民のインディアン、米比戦争、及び第2次世界大戦中の日本人に対して合衆国当局によって、そして第1次インティファダの際にイスラエル人によって利用されてきた。グローバルにテロリストの抑留を特色づけるものは、当該拘禁を正統化するために利用されている対立と言われる状態が有している性質である。それは、拡散しており、グローバルであり、また漠然としている。

グアンタナモ湾、アブグレイブ、またバグラムといった我々が目下知っている場所で、軍の拘禁のやり方は、残忍で非常に過酷なものであり、また被拘禁者に屈辱を与え、その者の精神を崩壊するよう意図されていた。拷問及び虐待的技術はイラク及びアフガニスタンを中心とした場所で日常的に展開され、公式の認可を受けていた、という十分な証拠が現在示されている⁽⁴³⁾。拘禁は進行中の戦闘の中で起こるかもしれない一方で、採用されていた手段は、ジュネーブ条約や他の多くの慣習国際法の規範に目に余る違反をしていた。これらの規範や合衆国憲法の基本的な保護手段の停止は、グアンタナモ湾の事例で合衆国政府によって明確なものにされた。

拷問の利用は下記で検討されるが、グアンタナモの被拘禁者に対する人身保護令状のいかなる適用をも回避しようとするブッシュ政権の側の協調した取り組みを強調することは重要である (Endicott, 2007)。こうした扱い方は、イギリスでベルマーシュ刑務所にいた外国人被拘禁者に関して繰り返された。この10年間の初めに、合衆国政府もイギリス政府も、テロリストの疑いのある者の場合には、そうした保護手段は停止されるべきであると確信していた。合衆国及びイギリスの最高裁判所は、それらの政府の立場に同意しなかった。また、これらの特殊な拘禁管理体制は、今や政治的支持もまた失った。それにも関わらず、拘束された者達がグアンタナモ湾に留まっており、また軍の拘禁は続いている。その上、明らかに他の仕組みが、拘禁され又は引き渡される者達の自由と尊厳を完全に蔑にする特別身柄引渡し (extraordinary rendition) という脈絡の中で展開されている。

刑罰学者は、軍の拘禁において展開された技術と、高度な安全対策が施され

(43) Human Rights Watch, *No Blood, No Foul*, 22 July 2006; Golden (2005) and Guiora and Page (2006).

た一般市民の刑務所収容という状況において行われる技術との間の連続性をすぐに突き止めていた。ゴードン（Gordon）は、「例外的である残忍な行為の常態」を強調し、連続性が「職員、刑罰管理体制、法、また地政学に基づく政策」において両者に存在しているという事実を示している（2009：167）。同様に、デービス（Davis）（2005）は、「採用されていた自由放任の『野蛮な』実践は、国内の刑務所内での拷問の常態化を反映し拡張したものであった」と論じている。重複の程度が余りに大きいので、「現代の自由民主主義国家における施設収容が有している日常の『残虐だが通常の刑罰』を否定しなければ、アブグレイブでの虐待を例外の逸脱行為として」理解することができないと論じる者もいる（Sraton and McCulloch, 2009：131）。

これらの相似では、テロリストでない受刑者の処遇に関する多くの自由民主主義国家間の際立った相違が気づかれ得ない。1945年以来、拷問の禁止と刑務所基準の発展が明確に表現され確固たるものとされながら、受刑者の権利に関する国際法は、急激な速度で発展してきた。1970年代初期以来、特に北欧では、受刑者の権利が、立法者、裁判所、刑務所調査者（prison enquiries）、また刑務所管理者によってますます認められてきた。過剰な刑罰が、尊厳や自律といった価値によって現在ますます抑制されている（Lazarus, 2004）。そうした価値は、法の中でだけでなく、ますます行政の実務の中でも支持されてきた。しかしながら、これは、アメリカ合衆国ではほとんど当てはまらない（Whitman, 2004）。この国は、刑罰に対して抑制的に働く価値としての尊厳に特に抵抗してきた。この点で、アメリカ合衆国におけるテロリストの法違反行為者の処遇とテロリストでない法違反行為者の処遇との間の区別は、欧州でのいくつかの対応する区別と比べても余りはっきりしていないだろう。

それにも関わらず、テロリズムの恐怖と安全の追求は、欧州における処罰システムの中での尊厳と自由の価値を蔑にする危険を冒している。「テロとの戦い」は、突き止めて抑制するのがより難しい油断のならない仕方では刑事司法に悪影響を及ぼすかもしれない。このプロセスの一つの特殊な局面は、当該国家の国境を越えた土地で人権上の保障制度が弱められてきた仕方である。領土外での人権の適用に関する欧州人権裁判所の確固たる判例は歓迎されるべきである一方で、管轄権が適用されるものと本裁判所が考える事例を超えて国家が個人の人権を侵害する場合に、依然として説明責任は限定されている⁽⁴⁴⁾。この

(44) そうした管轄権が生じると言われてもよい場合に関して、いくぶん不明確さ

プロセスにとっての更に進んだ局面は、国内の刑務所システムの内部で見られる。それは、高度な安全対策が施された刑務所施設内でのテロリストの法違反行為者とテロリストの疑いがかけられている者の処遇が、全体としてそのシステムの運営に悪影響を及ぼしていく仕方である (Liebling et al., 2010)。あえて言うなら、種々の主要な自由民主主義国家間の複雑性と多様性にも関わらず、刑務所収容の標準状態に対する超法規的な刑務所収容の影響は、以前に理解されていたものよりも油断のならないものであるだろう。ワルドロン (Waldron) が拷問について論じているように、

多くの場合、次のような警鐘が十分に鳴らされてきた。それは、「あなたがたの兵士やスパイが海外でテロリストや反乱者として悪魔化する者達に対して行っていることと、自国で社会の敵として称され得る者達に対して行うであろうこととの間に垣根を保ち続けることができると勝手に思い込んではいけない」というものである。(2010: 249)

拷問

拷問の禁止は、国際法のユース・コーゲンス (強行規範) たる規範であり⁽⁴⁵⁾、国際的及び地域的な諸条約の主題であり⁽⁴⁶⁾、ほぼ全ての普遍的、地域

がある。いくつかの事件は「実質的な支配」基準を適用するが (*Bankovic and others v. Belgium and others*, no. 52207/99, 12 December 2001, (2007) 44 E.H.R.R. SE5), 他の事件は扱い方がより進歩的である (*Al-Skeini et al. v. UK*, appl. no. 55721/07, 7 July 2011)。

- (45) 市民的及び政治的権利に関する国際規約第7条 (及び第4条)、欧州人権条約第3条, *Prosecutor v. Anto Furundžija* IT-95-17/1-T. [144]。本事件では次のように示された。「人権諸条約で定められる拷問の禁止は絶対的な権利を正式に記しているということが指摘されるべきである。そうした権利は、決して適用除外され得ないし、緊急事態の時にのみでさえ適用除外され得ない (こうした根拠に基づき、その禁止は武力紛争の状況にもまた適用される)。こうしたことは、以下で考察されるが、拷問に関する禁止が強行規範すなわちユース・コーゲンスであるという事実と結び付いている。この禁止は、非常に広範囲にわたるものなので、国家は、ある者が拷問に掛けられる危険があると考えられる相当な根拠があるような別の国家にその者を強制退去させ、送還し、又は引渡すのを国際法により禁じられさえる」 (<http://www.icty.org/case/furundzija/4> にて入手可能)。グリーンバーグとドラテル (Greenberg and Dratel) の編書によれば、2004年4月にニューヨーク市法律家協会国際人権委

的又は国内的な人権宣言において示され⁽⁴⁷⁾、またアメリカ合衆国を含む大部分の文明国で刑事上の法違反行為を構成している。欧州人権裁判所は、拷問がいかなる状況でも禁じられているという見解において不明瞭なところがない。この裁判所は、明確に次のように論じてきた。「第3条〔拷問、非人道的で品位を傷つける取扱いの禁止〕は、民主主義社会の最も根本的な価値の一つを正式に記している。…当裁判所は、現代においてテロの暴力からコミュニティを守る際に国家が直面する計り知れない困難に十分気づいている。しかしながら、こうした状況であっても、本条約は、その被害者の行いに関係なく、拷問又は非人道的な若しくは品位を傷つける取扱い若しくは刑罰を絶対的に禁止している。本条約並びに第1及び第4議定書（P1, P4）の実体的条項の大部分とは違って、第3条は例外に関するいかなる規定も設けておらず、また第3条のいかなる適用除外も国民の生命を脅かす公共的緊急事態の発生においてでさえ第15条の下で許容されない」⁽⁴⁸⁾。

拷問は、国際法又は国内法の下で禁止されていることが普遍的に受容されているにも関わらず、テロとの戦いの初めの数年間、合衆国の諜報活動の中心的な技術を形成していた（Levinson, 2004 ; Greenberg and Dratel, 2005 ; Greenberg, 2006）。（身体的かつ精神的剥奪のみならず、多くの事例では繰り返される水責めを含んでいた）「強化された尋問手法」は、グアンタナモ湾のキャンプ・デルタで、またCIAによりアフガニスタンとイラクにおける他の占拠された場所で実行された。これらの手法は当初、現在悪名高い2002年の「拷問に

員会と軍事及び司法委員会が次のように述べていた。「その上、拷問の禁止は強行規範すなわちユス・コーゲンスの地位を獲得している数少ない規範の一つであり、合衆国の裁判所によってそういうものとして認められている。…ユス・コーゲンスは、いかなる適用除外も許容されない規範として、また同じ性格を有する一般国際法の後続の規範によってのみ修正され得る規範として、全体として国家からなる国際社会によって『受け入れられ、また認められた』強行規範であると定義されている」（2005: 598）。

- (46) 拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する国際連合条約（1984年）、拷問及び非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰の防止のための欧州条約（1987年）。
- (47) 南アフリカ憲法第12条、合衆国憲法第8修正、権利及び自由に関するカナダ憲章第12条。
- (48) *Chahal v. the United Kingdom*, 15 November 1996, § 79. *Gafgen v. Germany* 22978/05 [2010] ECHR 759 (1 June 2010) もまた参照。

関する意見」の中で合衆国政府によって正当化された⁽⁴⁹⁾。この意見は、「拷問」の基準を非常に高く設定し、「極めて残虐で非人道的な性質の意図的かつ計画的行為、特に非常に辛く耐え難い身体的又は精神的痛み又は苦しみを加えるよう意図されたもの」を組み入れていた⁽⁵⁰⁾。ブッシュ政権によって与えられた法的正当化は現在、一般的に「不名誉で」信じ難いものと見なされている。そのメモは次のことを明らかにしている。

入念に練り上げられた法的な理論的根拠であるが、法的又は道徳的基盤のないものである。グアンタナモ湾は合衆国裁判所の管轄権の外にあるという[そのメモの] 始めの前提は、去る 6 月に「ラスル対ブッシュ」事件において最高裁判所によって完全に退けられた。また、その前提の上に築かれた逐次の結論は、腐食したドミノであるかのように、やがて崩れ去るだろう。そこで、それらの結論は、法的に確立されたものの永久に誤りであることが示された汚点を合衆国法制史に新たに加えるだろう。そうした汚点には、第 2 次世界大戦の間における日本人の抑留、アメリカ先住民の取扱い、そして奴隷制度がある。(Waldron, 2010 (Dratel を引用))

こうした点で、我々は、強制に関する我々のスペクトラム上にある拷問の利用を、法的正当化の試みを招くか否かは問わず、完全に違法ではないにしても、そのスペクトラムの超法規的な端に分類する。

(49) J Yoo and R Delahunty, 'Application of Treaties and Laws to Al Qaeda and Taliban Detainees,' Memorandum for William J. Haynes, General Counsel, Department of Defense, January 9, 2002; Memo: 'Re: Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. 2340-2340A,' from the Justice Department's Office of Legal Counsel for Alberto R. Gonzales, counsel to President Bush. Dated August 1, 2002 ('Bybee memorandum') Amended in 2003 by William J. Haynes II, Action memo: 'Counter-Resistance Techniques,' (for Secretary of Defense, from General Counsel of the Department of Defense), November 27, 2002. バイビーの覚書とヘインズの覚書との間の関係に関する考察については、Herman Schwartz, Judgeship Nominees; Twisting the Law on Interrogating Detainees, *Newsday*, August 18, 2004, p. A39 参照。全て Greenberg and Dratel (2005) において入手可能。

(50) Bybee memorandum, p. 16 (S. Treaty Doc. 100-20 at 4-5 を引用); Dratel, xxii-xxiii.

言うまでもないが、「テロとの戦い」の間に実行された拷問は、重大な道徳的懸念を提起している。超法規的な刑務所収容の場合と同様に、拷問は確立された自由民主主義国家の国境の内側でめったに実行されることがない。しかし、これらの法域の多くは、我々のまだ知らない非常に不透明な状況において、国境の外側で行われる行為に依然として結び付いている。しかしながら、ブッシュ政権に対しての拷問に関するジョン・ユーのメモは言うまでもなく⁽⁵¹⁾、アブグレイブやグアンタナモ湾に関する一般の人々のイメージは、テロのネットワークへの関与についての疑いのある者達に施される悪化した取扱いの程度を示している。国家による刑罰、強制力行使又は暴力に関わる行為は、拷問及び残虐で非人道的な取扱いの禁止によって、大部分の確立した自由民主主義国家において通常、抑制されている。死刑や終身不定期刑が今も存続しており、刑務所状態が度々、欧州の刑務所基準の試金石となっているアメリカ合衆国においてさえ⁽⁵²⁾、「特定の故意」[Waldron, 2010: 206]を有する行為としての拷問は憲法上、禁止されている。拷問が、自由民主主義国家によって大切なものと考えられているほとんど全ての人権上の基準又は刑事司法上の価値に背き、国家による暴力の独占についての忌むべき行為及び恥ずべき行使を表しているということは、争う余地がない。

しかし、拷問は、より油断のならないことを行う。拷問は、国家による取扱いにおける「残忍でない行為という一般原則」を弱体化させ（Waldron, 2010: 247）、また法定の刑罰のような国家的強制に関する他の行為が評価される際の標準を引き上げる。拷問が刑事司法の通常の価値や基準を損ない又はより一般的に我々の法システムの性格を害することになるという危険は、超法規的な刑務所収容に関しての場合と同様にここに存在している。ワルドロン（Waldron）は、非常に上手く自分の言い分を述べている（2010: 234）。拷問に反対する規則が、全体としてのリベラルな法的伝統の「原型」と、「法と野

(51) J Yoo and R Delahunty, 'Application of Treaties and Laws to Al Qaeda and Taliban Detainees,' Memorandum for William J. Haynes, General Counsel, Department of Defense, January 9, 2002.

(52) 欧州人権裁判所は、死刑が欧州人権条約の第3条に違反すると確信している（*Soering v. UK*, appl. no. 14038/88, 7 July 1989, (1989) 11 E.H.R.R. 439）。同様に、イギリスの裁判所は、終身不定期刑が第3条の禁止事項と矛盾しないかどうかという問題に取り組んできた（*Wellington v. Secretary of State for the Home Department* [2009] 2 All E.R. 436）。

蛮状態との間に又は法と残忍な行為との間に線を引こうという」そうした伝統の「決意」を構成している、と論じているからである。拷問の禁止は、法の強制的な力が働き得るのは「拘束し処罰する者達の尊厳を傷つけることのない場合」だけであるということの証拠となっている (Waldron, 2010: 234)。そこで、拷問に携わることは、リベラルな伝統の中での法と刑罰が築かれている原則及び原型の秩序に手を加えるということである。ワルドロン (Waldron) は、拷問と、刑罰又は他の形態の国家による強制力行使に関する我々の見解との間の直接的な関係を次のように描いている。

我々は、刑務所での鞭打ちが悪いことであり、強制された自白が悪いことであり、麻薬の証拠を求めて人の胃を洗浄することが悪いことであり、警察の残忍な行為が悪いことであると信じている。これらの信念は、それぞれ不確かであり少しあやふやかかもしれない。しかし、それらに対して我々が持つ確信は、それらと拷問との間に我々が構成してきた類似性に一部で頼っている。それは、拷問に関する悪い点が、これらの他の悪事に関する悪い点に対して何らかの洞察を我々に与えている、という意味においてである。我々が拷問は全くの問題外であるという感覚を蔑にするならば、これらの他の余り確信していない信念を維持するための重大な評価基準を失う。…拷問の禁止の原型的な性格とは、拷問の禁止が原則というものに関して重大で注目度の高い役割を果たすという意味である。我々が見てきたように、拷問の禁止は、残虐な刑罰に関して悪い点又は残虐な刑罰と残虐でない刑罰との区別ができる方法を法的に明瞭にする際に、我々が何度も繰り返して戻る評価基準である。つまり、我々は、残虐な行為と拷問を同等と考えずに、拷問を利用して残虐な行為を拒絶すべきことを明らかにする。(2010: 234, 247)

手短に言うと、拷問は、その超法規的な地位にも関わらず、法定の刑罰の本質に直接的で強力な関係を持ち、またリベラルな刑罰理論が受け入れている全てのものを損ない又は蔑にする潜在的力を有している。

標的殺害

2010年5月に、フィリップ・アルストンは、無裁判、即決又は恣意的処刑に関して国連総会及び人権理事会に報告書を提出した。その報告書は、次のように定義と率直な所見で始まる。

標的殺害は、法を口実にして行動する国家若しくはその職員又は武力紛争における組織的武装集団が、そうした実行者に身柄を拘束されていない特定個人に対して、致命的な力を故意に、計画的に、また意図的に利用することである。近年、いくつかの国家が、他の国家の領土におけるものも含めて標的殺害を利用する政策を公然と又は暗黙に採用してきた⁽⁵³⁾。

アルストンが続けて指摘するように、そうした政策は、テロリズムの脅威に対する正統な反応であり、また新しい様式の非対称な戦争状態による不可避な結果であるという根拠で、国家によって正当化されてきた。印象的なことにも、国家は、標的殺害は国内の刑事法、さらには国際刑事法の範囲の外側にあり、代わりに武力紛争に関する法によって律せられていると論じてきた。これは、多様な理由で気に掛かることである。一方で、それは、典型的には刑事法によって課される手続上の制約から国家を自由にし、また「非常に問題を孕みながらも、人権法、戦時国際法、国家間の武力行使に適用可能な法といった適用可能な法的枠組みの境界をばやけさせ、また拡大すること」をもたらす⁽⁵⁴⁾。より気掛かりなことには、標的殺害を刑事法の範囲の外側に置く動きは、国家の側でそうした戦術の利用に関するいかなる情報も強く開示したがないという状態を伴う。アルストンが指摘するように、

関係国家は、多くの場合に、自らの政策についての法的な正当化根拠を特定することも、標的殺害が実際に合法で間違いのないものであることを確実にするための、機能している保障制度を開示することも、あるいは違反行為に対して説明責任を果たす仕組みを提供することもできなかった。最も困ったことに、こうした関係国家は、誰がどんな理由で、またどのような副次的帰結を伴い殺害されたのかを開示することも拒んできた。その結果は、明確な法的基準が、曖昧に定義された殺害の許可に取って代わり、また説明責任の大きな真空地帯が作り出されたというものだった⁽⁵⁵⁾。

(53) P・アルストン『無裁判、即決又は恣意的処刑に関する特別報告者報告書』（国連総会人権理事会第14会期）A/HRC/14/24/Add.6（2010年5月28日）パラグラフ1。

(54) P・アルストン『無裁判、即決又は恣意的処刑に関する特別報告者報告書』（国連総会人権理事会第14会期）A/HRC/14/24/Add.6（2010年5月28日）パラグラフ1。

標的殺害よりも身の毛のよだつような強制的で超法規的な措置の実例を想像するのは難しい。標的殺害は、先制的であり、デュー・プロセスによって課される制約又は透明性の必要性により束縛されていないため、たとえ国家権力の正統な行使として何とかして正当化され得るとしても、非常に濫用され易い対テロ技術である。加えて、そうした実践を公的に正当化しようと試みる際に、国家は、そうした技術の利用と対立する確立した規範を蔑にし始めた。多くの国家が一部で標的殺害を実行してきたということはほぼ間違いなく真実である一方で、大部分においてそれらの国家はそうした活動を常に頑強に否定してきた。例えば、1960年代のフィデル・カストロに対する CIA による暗殺技術の利用は、1970年代の間のベトナムとチリにおける標的殺害の利用と同じように、数10年間正式には否定されていた⁽⁵⁶⁾。

しかしながら、9・11以来、合衆国の一連の政権が、次第にそうした実践を認めるようになっただけでなく、アメリカ合衆国に対して向けられるテロ活動に携わっている合衆国市民へと標的化を拡張するのを厭わないところをも顕わにしてきた (Priest, 2010)。『エコノミスト』(*Economist*) 誌 (2011) が報道したように、2004年にテロについての疑いのある者に対する無人機による攻撃は10件未満であったが、2011年にこの数は50件弱に増加した。国家に認可された「標的殺害」の急速な増加が深刻な批判を招いているということに疑問の余地はない。アルストンは、様々な評者に同調されている (Waldron, 2011; Altman et al., forthcoming)。こうした評者は、戦略のレベルでも、またこれらの活動の法的かつ道徳的な正統性に関しても、非常に重大な懸念を表明してきた。

恐らく最も不安を生じさせるのは、国家がそうした措置の利用を公然と認め始めたことではなく、むしろ国家が国内外でのそうした活動を正当化するための自身の規範的枠組みを発展させ始めたということである。典型的に、そうした主張は、直面する脅威は比類なく危険であり、当該国家は他国とは異なった形で行動する際に正当化される、という例外主義の主張に基づいている。そして、そうした主張は、普遍的な適用を有するよう意図されていないことを示唆

(55) P・アルストン『無裁判、即決又は恣意的処刑に関する特別報告者報告書』(国連総会人権理事会第14会期) A/HRC/14/24/Add.6 (2010年5月28日) パラグラフ1。

(56) 米軍による標的殺害の初期の利用に関する考察については、Tovy (2009) 参照。

する言葉遣いで通常言い表される。標的殺害を支持して類似した主張を利用する国家が増えているので、次のような非常に現実的な危険がある。それは、こうした形態の超法規的活動が、通常の実践となり、そしてテロリズムの脅威から国家を保護する先制的取り組みに関しては法の入り込む余地がほとんどないのだという信念の強化につながるだけとなる、という危険である。

恐らくこれの最も例証となる実例は、最近のオサマ・ビン・ラディンの暗殺とオバマ政権によって彼の死が合衆国の一般の人々に示された仕方の中に見られ得る。初めは、マスメディアは、ビン・ラディンが合衆国特殊部隊との銃撃戦で死亡したと伝えられたのだが、合衆国当局者は、すぐに、彼が自己防衛のために又はやむを得ず殺されたことを示唆するいかなる内容も控えめに言い始めた。彼の死と彼の遺体の処理後1週間以内に、政権は、悪びれもせず彼の殺害を意図的な行為として述べていた。これは、標的殺害の政略と正統性における重要な転換を専ら表している。その上、パキスタン政府も知らずにビン・ラディンがパキスタンにおいて合衆国部隊に殺害され、そして彼を生きたまま捕える試みが何ら行われたように見えないという事実は、明らかに、西洋民主主義国家によるそうした超法規的な強制的措置の利用における大きな転換の印となっている。ビン・ラディンが裁判に掛けられ自らの犯罪のために刑務所に収容されるべきであるという素振りが全くなかっただけでなく、彼の殺害が国家によって認可された刑罰の一形式であったという事実を隠蔽する取り組みもほとんど行われなかった。

オサマ・ビン・ラディンの殺害に対する一般の人々の反応は、真の脅威が標的殺害の非常に満足感を与えるポピュリズムの性質にあるということを示唆している。そうした性質によって、国家が、標的殺害の必要性を過大視し、正義の要件としての刑事法上の保護手段に関する一般の人々の認識を更に弱体化させるようになるだろう。同様に、世界の多くの地域におけるオサマ・ビン・ラディンの標的殺害の肯定的受容は、私的制裁（vigilante-style justice）についての一種の是認を反映しているように見える。明らかに先行するプロセスがないが、ビン・ラディンの殺害は多くの人々の心の中で応報的正義の形で刑罰の一形態と同一視されているということはほとんど疑いがなかった。したがって、標的殺害が死刑よりも有害な刑罰の形態となり、全ての関連したデュー・プロセス及び証拠上の基準を免れ、そして手当たり次第に執行されるようになるのかどうかという疑問が残されている。

違法な武力行使

国連憲章第2条(4)及び慣習国際法に取り込まれている武力行使の禁止に関する境界は、「テロとの戦い」に携わる国家によって異議を申し立てられてきた。国連憲章第2条(4)は、「加盟国は、その国際関係において、武力による威嚇又は武力の行使を、いかなる国家の領土保全若しくは政治的独立に対しても、又は国際連合の目的と両立しないいかなる方法においても慎まなければならない」と規定する。武力行使の禁止は、国連憲章の「礎石」⁽⁵⁷⁾と評され、また慣習国際法を表すと考えられてきた⁽⁵⁸⁾。この武力行使の禁止に対する唯一の例外は、国連憲章第51条の下での国家の個別的又は集団的自衛権から、あるいは国際的な平和と安全を保持するために安全保障理事会によって認可された場合に生じる。

テロリズムとの関係での武力行使に関する議論は、緊張状態に関する次の3つの重要な点を含む。それは、まだ発生していない攻撃を予期して武力を行使することの合法性、国家又は国家の集団が非国家主体に対して武力を行使することの合法性、またテロの脅威に対する軍事的反応の必要性と比例性である。国家がテロ攻撃に先立って又はそれを予期して自己防衛の行動を取るものの合法性についての、これらの議論の最初のものは、犯罪の前段階又は非刑罰志向の強制的措置の利用に関する議論を再現している。

2002年の「国家安全保障戦略」において、アメリカ合衆国は、次のように主張した。

本責務により政府は脅威が重大な損害を与え得る前に国力の全要素を利用して脅威を予期しそれに対抗する義務がある、ということが恒久的なアメリカの原則である。脅威が大きくなるに従い、不活動のリスクも大きくなる。また、たとえ敵の攻撃の時間と場所に関して不確かさが残るとしても、我々自身を防衛するため予期的行動を取ることを支持する主張も一層説得力のあるものになる。大量破壊兵器を使ったテロ攻撃よりも大きな脅威はほとんどない。

国際法は国家が自己防衛の行動を取る前に既に攻撃されてしまうまで待つと

(57) Judge Koroma, *Armed Activities Case* [148].

(58) Nicaragua, [187-201].

いうことを決して要求してこなかったが、攻撃の脅威が差し迫っているという要件が存在している⁽⁵⁹⁾。近年、2002年の「国家安全保障戦略」に反映されたように、アメリカ合衆国は、伝統的に制限的な予期的自衛権として観られてきたものを、より広範な先制的又は予防的自衛権として位置づけようとしてきた。

アメリカ合衆国とは対照的に、イギリスは、少なくとも公式の法的立場の点からは、より慎重な立場を維持してきた。「予期的自衛が、差し迫っている攻撃と比例して応じる権利以上のものを意味するならば、私見では、国際法に存在する又は承認されている法理ではない」と法務長官が述べた⁽⁶⁰⁾。

国際法の下での予期的自衛の範囲に関するアメリカ合衆国の主張を考察する可能な3つの方法がある。第1に、そうした主張は国際法の下での自衛に関する既存の法の延長を表しており、こうした法は恐らく戦争状態の新しい形態及びテロの非国家主体の役割に照らして拡張された、といった方法がある。第2に、そうした主張は、先制的自衛措置に関連して増大した権利を国家に与える慣習国際法における転換を表している、といった方法もある。そして、第3に、これらの措置は、違法であり、また武力行使の禁止の違反を表している、といった方法もある。

予期的自衛の正確な範囲を取り巻く議論と不確かさは、ある程度、非国家主体に対する武力行使に関する議論の中に反映されている。アメリカ合衆国は、非国家主体に対する自衛権は国連憲章に先行するし、また（第51条で国家の「固有の」自衛権を認めることに言及しているために）その憲章の中に含まれていると主張する⁽⁶¹⁾。非国家主体に対する自衛権についての支持者達は、その権利は第51条の文言をそのまま読んで正当化されるような権利であるということ、また慣習国際法の下でこの権利を確立するのに十分な国家による実践が存在し、その実践はキャロライン号事件で始まり、そしてイスラエルによる一

(59) The Caroline Incident 29 B.F.S.P. 1137-1138 ; 30 B.F.S.P. 195-196, 国務長官ウェブスター氏からフォックス氏への書簡 (Secretary of State Mr. Webster to Mr. Fox) (1841年), 「即座の、圧倒的な、手段の選択の余地のない、また熟慮の時間のない自衛の必要」。

(60) Lord Goldsmith, 'Secret: Advice to Prime Minister: Iraq: Resolution 1441,' http://news.bbc.co.uk/1/shared/bsp/hi/pdfs/28_04_05_attorney_general.pdf (2003年3月7日にアクセス)。

(61) Gray (2004), 114-128参照。彼女は、これをデレク・ボウエット等による「広範囲な」解釈・論議の主張と性格づける。

連の行動⁽⁶²⁾を含んでいるということを論じてきた。

この権利についての他の支持者達は、この権利は新しい、あるいは出現しつつある権利であり、現代のテロリズム、特に 9・11の到来に応じて発展した、と論じている。この立場の提案者達は、十分な国家による実践の欠如だけでなく、ニカラグア事件における非国家主体に関する自衛権に反対する国際司法裁判所の決定を提示するが、9・11のテロ攻撃に続く転換を表しているものとして、非国家主体による攻撃との関連で「固有の自衛権」を認める安全保障理事会決議第1368号⁽⁶³⁾及び第1373号を引証している。このことを「即席の慣習法」に関する実例、あるいは「グロティウスの転換期」(Grotian moment)を表しているものとして評してきた者もいる。

他の者達は、単に、非国家主体に対する自衛権は全くないということ、また 9・11以降の展開は慣習国際法を変えなかったということを論じている。

それにも関わらず、アメリカ合衆国は、(標的殺害に関連して考察されたように)テロリズムに対する反応の一部として非国家主体に対して外国の土地で武力を行使してきた。そうした行動は、合法性の「もっともらしさ」を帯びているであろうが、最終的にこれらの行動の合法性は国際法の下での議論に今なお服している。

特別身柄引渡し

「特別身柄引渡し」という語句は、法的権限なしに個人を法域間で移すことに関連した様々な実践を表している。犯罪人引渡し(extradition)の形式における身柄引渡しは、犯罪人引渡し条約及び国内法によって律せられた正当な法的プロセスである⁽⁶⁴⁾。特別身柄引渡しは、これらの法の外側で行われる身柄引渡しを表している。9・11以来、特別身柄引渡しと、隠された環境での身柄確保、拘禁及び尋問といったその身柄引渡しに関連した実践は、「テロとの戦い」の一部として採用されている様々な超法規的措置を取り巻くようになってきた。特に、特別身柄引渡しに関する実践は、合衆国領土の外側で合衆国当局者によって、又は引き渡された個人を受け取るエジプト、ヨルダン、モロッ

(62) 1982年のPLOに関してのレバノンにおけるイスラエルによる行動、1985年のPLOに関してのチュニジアにおけるイスラエルによる行動、1986年のドイツのナイトクラブ爆破に応じての合衆国によるリビア爆撃。

(63) 国連安保理決議第1368号(2001年9月12日)、UN Doc S/RES/1368。

(64) Garcia (2009: 1) における概要を参照。

コ、サウジアラビア、シリア、ウズベキスタン、そしてイエメンのような国々の第三者によって実行された拷問及び強化された尋問と密接に結び付いてきた（Weissbrodt and Bergquist, 2006: 590）。特別身柄引渡しの諸形態は9・11より前に遡るのだが、その実践は、その時以来「劇的に拡大した」し、またそれに関連した方法及び目的もまた変化した⁽⁶⁵⁾。

特別身柄引渡しに関連した実践は、合法性の見せかけを帯びている。アメリカ合衆国においては、大統領（行政）命令が特別身柄引渡しを支持してきた⁽⁶⁶⁾。ただ、その実践は合衆国の法律の中で、つまり議会によって認められていなかった。特別身柄引渡しに関連した措置は、時には政府当局者や諜報員によって否定され、また時には採用され、是認された。そういうものとして、それらの措置は、独特の法的かつ政治的空間を占めるようになったのであり、「公式に認められているが隠された政策」となっている（Weissbrodt and Bergquist, 2006: 586）。その上、裁判所は、被告人個人が違法な身柄引渡しを受けていた場合でさえ、こうした国際法違反は、その個人が同じ法域で裁かれることを妨げない、との判決を出した⁽⁶⁷⁾。

(65) American Civil Liberties Union, 'Fact Sheet: Extraordinary Rendition,' 6 December 2005. <http://www.aclu.org/national-security/fact-sheet-extraordinary-rendition> にて入手可能。非常に多くの情報源が身柄引渡しの著しい増加を断言しているのだが、もちろん本問題に関して公表された統計は存在していない。ガルシア（Garcia）は、2009年に執筆し、「合衆国が9・11後に100名を上回る人達の身柄を引き渡してきたという推定がいくつか報告されているのだが、その実際の数値は公的記録に関する問題とはなっていない」と述べた。他の情報源は、3,000名近くの人達の身柄が違法に引き渡されただろうということを示唆しており、また欧州議会の報告書は、特別身柄引渡しプログラムと関連した1,200便を上回る航空便が欧州領空を巻き込んでいたことを指摘している。この点、Leila Sadat, 'Extraordinary Rendition, Torture and Other Nightmares from the War on Terror,' *The George Washington Law Review*, Vol. 75: 05/06, 105における考察を参照。

(66) 大統領決定指令第39号「対テロリズムに関する合衆国の方針」（1995年6月21日、ウィリアム・J・クリントン署名）。<http://www.fas.org/irp/offdocs/pdd39.htm> にて入手可能。本指令は、国家安全保障指令第77号（題名機密）（1993年1月、ジョージ・H・W・ブッシュ署名）を基礎としている。

(67) *Attorney-General of Israel v. Eichmann* [1961] IsrDC 45 (3) (36 INT'L L. REP. 5 (1968) にて翻訳)、後に *Attorney-General v. Eichmann* [1962] IsrSC 16 (2033) (36 INT'L L. REP. 277 (1968) にて翻訳) が支持; *United States v. Alvarez-Machain* 504 U. S. 655 (1992) (Weissbrodt and Bergquist

特別身柄引渡しの現在の扱いは、9・11以前の時期の手続とは異なる(Weissbrodt and Bergquist, 2006: 589)。特別身柄引渡しは、アメリカ合衆国又はその同盟国の法域の範囲内に疑いのある者を連れて来るよう意図された合法性の疑わしいプロセスであるというよりも、むしろ現在では、疑わしい者についての公判及び量刑に向けた見通しもなく、隠された環境でこうした疑わしい者を尋問し、また諜報を収集することへと一層向けられている。ワイスブロードとバーグキスト(Weissbrodt and Bergquist)が強く主張したように、

こうした新しい形の特別身柄引渡しは、典型的には、アメリカ合衆国で正式にはいかなる犯罪でも訴えられていない者を標的にする。その代わりに、合衆国諜報員又はその代理人が、第三国の拘束施設に輸送するため、海外でその者を捕える。今日、「特別身柄引渡し」という用語は、テロについての疑いのある者の誘拐を記述するための婉曲語として専ら利用されている。そうした誘拐は、合衆国での司法に連れて来るためではなく、むしろ第三国に移すために行われる。(2006: 588-9)

特別身柄引渡しのプロセスは、拷問つまり「強化された尋問手法」の利用と密接につながっている。印象的なことにも、2004年12月からの司法省(DoJ)のメモは、「重要度の高い被拘禁者」の強化された尋問手法と身柄引渡しを同時に扱っている。身柄引渡しは、「条件づきの」手法(裸体状態、睡眠剥奪、食事の操作)、「矯正的」手法(「侮辱的な平手打ち、手の甲での腹部の平手打ち、頭部の固定、そして両手での襟首の把持」)、また「強制的」手法(「壁への押し付け、水の浴びせ掛け、体に負担が掛かる姿勢、壁に対して指で体を支える直立姿勢、そして窮屈な部屋への監禁」)と評される各種手法を伴うであろう尋問のプロセスの第一段階である⁽⁶⁸⁾。しかしながら、DoJのメモが述べるところでは、尋問より前に、身柄引渡しは、重要度の高い被拘禁者(HVD)が「秘密軍事施設」に飛行機で運ばれることを伴うだろう。その施設で、被拘禁者は、「嚴重に手錠を掛けられ、目隠し、耳覆い、また頭巾の利用を通じて視覚と聴覚を奪われる」。受理の場面で、「HVDの頭部と顔面の毛が剃られ」、被拘禁者の裸体の写真が撮影され、そして医師と心理学者が「尋問

(1996: 586-7) にて引用)。

(68) DoJ Memo, 7-8.

手法の利用によって何らかの禁忌」があるかどうかを判定するために検査に着手する。それから、尋問プロセスの中で状況及び強制がエスカレートしていくのだが、HVD は、初めは「比較的温和な環境」である所で面接される。意義深いことに、DoJ のメモは、「尋問の目的は、時宜を得た方法で [HVD を] 説得して脅威に関する情報及びテロの諜報を提供させること、合衆国政府がテロの陰謀を突き止め粉碎するのを可能ならしめること、そしてアルカイダに関する決定的な諜報を収集することである」と述べている⁽⁶⁹⁾。このメモのどこにも被拘禁者個人の裁判又は刑罰が目標として、あるいは可能性としてさえも言及されていない。

刑事司法あるいは法的枠組みさえの外側にある強制及び虐待を伴う他の実践の場合と同様に、特別身柄引渡しの実践は、刑事法のいかなる保障制度も与えられずに、疑いのある者に非常に刑罰的なプロセスを受けさせることを伴う。「間違った身柄引渡し」という語句は、誤って誘拐され、あるいは身柄引渡し及び関連した尋問手法を受けさせられた無実の者に言及するために現れた。間違った身柄引渡しの最も悪名高い事例は、ドイツ国籍のカーレッド・エル・マスの事例である。彼は、マケドニアからアフガニスタンにある拘禁センターに連れて行かれた。エル・マスリが合衆国政府を相手取って起こした民事訴訟は、本案を顧みることなく、国家安全保障を根拠として棄却されたが、違法であり誤った身柄引渡しの実例であるとして広くみなされている (Weissbrodt and Bergquist, 2006 : 644 ; Garcia, 2009)。同様に衝撃的な事例が、カナダ国民で有能なコンピューター・エンジニアであるマヘル・アラルの身柄引渡しの中に見出され得る⁽⁷⁰⁾。彼は、ジョン・F・ケネディ国際空港で逮捕され、それからシリアに送られた。シリアで、彼は、1年近くの間、刑務所に収容され、また拷問を受けた。誤った身柄引渡しに関するこれらの事例のいずれもが、世間一般の重大な懸念を生じさせてきたし、また多分こうした種類の予防的統制の非正統化が拡大することに帰着するだろう。

(69) DoJ Memo, 1.

(70) Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, *Report of the Events Relating to Maher Arar : Analysis and Recommendations* (CP32-88/1-2006E) (http://www.sirc-csars.gc.ca/pdfs/cm_arar_rec-eng.pdf #53). Editorial, 'The Unfinished Case of Maher Arar' *The New York Times* (17 February 2009) (<http://www.nytimes.com/2009/02/18/opinion/18wed2.html>) もまた参照。

これらの論争点があるにも関わらず、アメリカ合衆国は、次のようにコンドリーザ・ライス国務長官が論じたようなものも含めて様々な方法で特別身柄引渡しを正当化しようと試みてきた。

捕えられた21世紀のテロリスト達は、刑事司法又は軍事司法の伝統的なシステムに容易には収まらない。これらのシステムは、別の必要性のために設計されたからである。他の政府もまた現在こうした課題に直面している。

我々は、アルカイダ及びその関係団体の捕えられた構成員を非合法的な戦闘員であると考え。こうした戦闘員は、無辜の民を殺害させないために、戦時国際法に従って拘束されるであろう⁽⁷¹⁾。

しかしながら、比較的明らかなのは、特別身柄引渡し、犯罪人引渡し及び裁判に関係した法律、また拷問手法との関連で考察されたように拷問の利用を禁じる国際法及び国際条約の多様な規定に違反しているということである。通常の意味の犯罪人引渡しは、ある法域で犯罪を行ったとして訴えられている者が別の国によってその法域に戻されるプロセスを律する国家間条約に基づいている。しかしながら、特別身柄引渡しを受けた者達は、例えば合衆国憲法上のデュー・プロセスに関する保障の保護を受けておらず、また第三国で拷問に服し兼ねない。たとえ合衆国がテロについての疑いのある者を（いかなる種類でも）戦闘員として性格づけることが正確なものであるとしても、合衆国の政策は、「国際人権法及び国際人道法の確立した規範」に違反しているように思われる（Sadat, 2006: 106）。特に、拷問等禁止条約（CAT）⁽⁷²⁾は、拷問を受けるかもしれない相当な見込みがある国に個人を移すことを禁止している⁽⁷³⁾。

最終的に、特別身柄引渡し及び関連した尋問についての強制的な力を使用する際の国家の活動が、そのプロセスに直接的に関与している国家に限定されないということは、指摘されるべきである。数多くの欧州の国家が、領空を提供すること、「秘密軍事施設」を設置すること、また諜報上の知見の獲得を期待

(71) BBC News, 'Full Text: Rice defends US Policy,' 5 December 2005 (<http://news.bbc.co.uk/1/hi/4500630.stm>).

(72) 拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約（CAT）, G.A. Res. 39/46, Annex, 39 U.N. GAOR Supp. No. 51, U.N. Doc. A/39/51 (1984).

(73) 同上第3条（1）。

して合衆国又は第三者どちらかの尋問者に質問を供給すること⁽⁷⁴⁾に関係してきた。これらの「秘密軍事施設」の多くは、進行中のテロとの戦いの中で捕えられた個人に対する刑務所としての機能を効果的に果たしている。だが、それらの施設は刑務所として指定されていないし、また秘密にされてきたという事実は、そうした場所が主として法の外側で運営されてきたということを意味してきた。これらの設備を利用している国家は、それらの設備が自国内の刑務所法又は人権上の要請に、あるいはデュー・プロセス及び弁護士依頼権の要求にさえ確実に準拠しているようにする必要はない。帰結として、それらの設備は、近年テロリズムに対する反応として出現してきた強制のための施設の際立った実例である⁽⁷⁵⁾。そして、こうした施設は、国内法又は国際法の範囲を越えて意図的に置かれてきた。

「刑罰と社会」とテロとの戦い

本稿では、9・11に続いて国家によって利用されてきた多様な対テロリズムの技術を検討してきた。これらの技術は、その焦点と扱い方の点からかなり異なるのだが、共通の特徴を有している。それは、それらの技術は全て、刑事法の範囲の辺縁で、又は外側で作用する強制の諸形態であるということである。しかしながら、興味深いことに、これらの実践は、正に大部分の者が処罰の実践として認めるであろうものとして作用し、また多くの実例では、正に（アメリカ合衆国を含む）全ての自由民主主義国家が文明化した刑罰の基準として認めるであろうものに紛れもなく違反して作用する（Elias, 1969, 1982）。このことは、「刑罰と社会」という学問が取り組む必要のある重要な側面を提起する。言い換えれば、その側面とは、これらの予防的統制措置のほぼ全てが、刑事法と何も関係を持たずに（多くの場合、完全に非人道的で尊厳を損なわれる）刑罰を構成している、ということである。

これらの新しい対テロリズムの措置を既存の国内法及び国際法の拡張として性格づけようとすることは魅惑的であるだろうが、我々は、先制及び超法規的な強制又は暴力の2点の強調がそれらの措置を全く新しいものとして目立たせていると確信している。過去には国家が秘密主義の覆いの背後でそうした活動

(74) ビンヤム・モハメド事件（イギリス）。

(75) 秘密軍事施設と、特別身柄引渡しにおけるその役割に関する概観については、Sadat (2006) 参照。

に従事してきたり、一般の人々の否認を注意深く巧妙に作り上げてきたり、あるいは時には戦争の要求に基づく正当化に頼ってきたりしたであろう。だが、過去10年の間で、これらの技術は、より可視的なものになっただけでなく、完全に異なった一連の正当化及び説明を受けるものになってきた。強制的な対テロリズムの技術は、テロとの戦いの隠された顔であるどころか、安全と国家の責任に関する論議において中心的な話題となり始めてきた。

新たに出現したこれらの技術の利用には、国家の役割、また特に国家による強制、暴力又は攻撃の利用についての我々の見方及び理解の仕方にとって重要な含意がある。リベラルな刑罰理論の見地から、我々が国家に個人に対して苦痛、強制又は暴力を加えさせる理由の一つは、我々は国家の関与が正統性及び独立性の不可欠な感覚を与えていると信じているからである。そこで、刑罰は、刑事法の枠組みの範囲内に存在するという点で、むきだしの強制又は国家の暴力とは区別され得る。リベラルな刑罰モデルは、一応は公平であり厳格な規則に律せられているのであって、恣意的又は衝動的な制裁から個人を守るよう意図されている。それ故に、国家の刑罰は、個人的な復讐及び皮肉にもテロリズムの行為といった他の余り望ましくないとされる形態の強制又は暴力としばしば対比される。しかしながら、国家が刑事法の外側にある強制的な技術を利用できるならば、このことで刑罰の制度又は国家による暴力の独占に対する我々の責任はどうなるのか。国家がデュー・プロセスを無視して脅威とされているものを回避するために先制的に力を利用できるならば、なぜ個人及び組織は同じことを行うのを許されるべきでないのか。

自由主義国家が処罰するのを許されている理由の一つは、一部には、国家の手は法の支配に対する義務によって縛られているからである。しかしながら、一旦我々がそうした縛りを取り除くと、国家の刑罰に伴う正統性の大部分が消滅し、また国家は単に強制と暴力に関わる行為をし兼ねない更にもう一つの団体となる。こうした理由でこそ、特別身柄引渡し、標的殺害及び強化された尋問又は拷問といった技術の新たに出現した利用は、国家についての我々の理解の仕方、また民主主義的な説明責任と法の支配を確約した自由民主主義社会における国家的強制の枠づけられ方に根本的な課題を提示する。反テロリズムの名の下での先制的強制が国家的強制の新しい形態であるとすれば、法はどのように反応すべきなのか。刑事法と戦時国際法との間の関係はどのようなものなのか。刑罰についての我々の見方についての含意とは何なのか。刑罰は全体的に見てこうした種類の刑罰的強制によって取って代わられているのか。あるい

は、ゴードン（Gordon）（2009）が論じるように、非刑罰的強制の技術は、単に法定の刑罰が伴う残虐性の常態についての拡張及び反映に過ぎないのか。高度な安全対策が施された大量の施設収容のような刑罰の形態がそれ自体非正統なものであるならば、法定の刑罰と、テロとの戦いの名の下に行われる種類の虐待との間に、どのような相違があるのか。

本稿の最後にある参考文献の部分を一読すれば分かるように、今までのところ、対テロリズムの領域は、人権問題専門の法律家、道德哲学者、国際関係学者、国際問題専門の法律家、また戦争学者によって占められている。対照的に、いくつかの注目に値する例外がありつつも、犯罪学及び刑罰学のような社会科学は、「テロとの戦い」に関する議論にとって比較的重要な存在ではなかった⁽⁷⁶⁾。先に考察されたように、アシュワースとゼドナーのような刑事法の理論家は、刑事法と、対テロリズムという状況において予防的措置と結び付いた刑事プロセスとの境界に関する問題に取り組もうと努めてきた（Ashworth, 2008；Ashworth and Zedner, 2008；Zedner, 2010a, b）。その上、スクラトンとマカロックのような刑罰学者は、軍の拘禁において採用された技術と高度な安全対策が施された刑務所収容の中で現れている技術との間の連続性を目立たせようと努めてきたし、次にはこれを新自由主義的な民主主義国家において大量の暴力的施設収容が有する中心的役割と結び付けてきた。こうした者達の見解では、テロとの戦いとは、今述べたものと同じことに過ぎない（Scruton and McCulloch, 2009：13）。

これらの者達と、研究の焦点を人権と刑事司法との間の関係に当てている犯罪学者は別として、刑罰学は、法の範囲内だが刑事法の外側か、完全に法の外側かにある国家的強制又は暴力の新たに出現した形態に関して説得力のある理論的な議論をまだ産み出していない。証拠はとても決定的なものではないが、多くの大学の犯罪学及び刑罰学の講座が「テロとの戦い」とその帰結に比較的自由無関心なままであったということを指摘するのは興味深い。いくつかの講座は犯罪としてのテロリズムの観念を取り扱うかもしれないが、ほとんどの講座は、国家的強制を伝える主要な方式として法定の刑罰が取って代わられるところを、又は伝統的な国内的及び国際的刑事司法システムの外側にある超法規的強制に関する新たな言説が出現しているところを我々が目撃しているという可

(76) 例えば、Lyon（2006b）及び Webb（2007）参照。一方で、人権論の学者もまた、9・11とその基本的自由への影響という主題に関して言えば、極めて多作であった（Cole, 2009）。

能性を考慮に入れていない。

テロリズムの研究において実証主義的な犯罪学上の発言がないということは、ごく最近、『テロリズムと国土安全保障に関しての犯罪学者達』においてブライアン・フォースト (Brian Forst) (and others, 2011: 1) によって指摘されてきた。

蓄積されてきたテロリズムに関する著作と論文では、次のように一つの重要な点が著しく欠けている。大部分の著作は、多くの場合、テロ行為は発生する大部分の場所で犯罪行為であることを認めているのだが、相当な量に上の関連した知識を見過ごしている。そうした知識は、犯罪及び攻撃の性質及び根源に関して、また犯罪を防止し犯罪に効果的に介入するために何が上手くいくかに関して、犯罪学者と刑事司法の学者によって過去数10年間に亘って産み出されてきた。

本書は、犯罪予防の知識とテロリズムの問題に対する規制理論を含めるといいくつかの顕著な試みも含め、均衡を図ろうとしている一方で、刑罰と「テロとの戦い」との間の関係に関するいかなる章も特に含めていない (Amoore and Goede, 2008)。

そういう訳で、ゼドナーが提起した重要な疑問は、犯罪発生後に生じる刑事司法の実践に焦点を当てた学問分野が急進的に予防的な国家を取り扱うことができるのかどうかということである。意義深いことに、彼女は、対テロ措置を犯罪学の領域の外側で観たい誘惑に耐えて (Zedner, 2007)、代わりに次のように「前段階の刑罰」の観念及び「安全」の領域を中心として、より適切に自ら理論化するようその学問分野に強く迫っている。

テロとの戦いによって示される時間的転換は、長い歴史のある犯罪学という学問の範囲に対して強力な課題を突き付ける。テロリズムと対テロリズムは、かつて通常の犯罪学的知識の境界の外側にあったのだが、今や犯罪学上の注目を必要としている。…これらの時間的及び区分的転換は共に犯罪学の存在理由に対して強力な課題を突き付ける。(Zedner, 2007: 264)

ゼドナー (Zedner) (2007) の解決策は、犯罪学が、経済分析論、国際関係論、道徳哲学、また政治理論といった既に安全の追求と関連している領域をよ

り率直に活用することである。こうした意味で、テロリズムとその除去を追求した措置は、犯罪学の新しいパラダイムを生みだしてきたと言われるかもしれない。こうしたパラダイムでは、安全の研究、「前段階の刑罰」及びそれが生み出す犯罪の前段階の領域が中心的な話題となる。手短かに言えば、犯罪学がその周りで変化する世界に順応し、実的な意味のある探究領域のままでありたいと思うならば、予防的又は先制的な対テロ技術の研究が中心なものにならない。しかしながら生じる疑問は、特に「刑罰と社会」の領域に関してこの転換は何を意味するのかということである。

「刑罰と社会」という学問は、犯罪という違反とそうした違反から生じる刑罰に先立って取られる行動に、その時間的焦点を転換すべきなのか。その学問は、予防、先制又は急進的予防の仕組みをその探究の焦点と考えるべきなのか。我々の見解では、そうすることは、部分的な反応だけを構成し、また無駄な機会を与えることになるだろう。「刑罰と社会」は、処罰的領域の範囲内で行われる強制的形態、仕組み及び技術を研究する領域として、「テロとの戦い」において刑罰の枠組みの外側で展開される強制的戦略を取り扱うのに他にはない立場である。しかしながら、対テロリズムの名の下に着手されるむきだしの強制と、正統な法定の刑罰を求めて着手される強制的活動を区別する法的又は道徳的枠組みがないということは、学問分野上及び道徳上の難問を示している。「刑罰と社会」の領域の範囲内からこの種のむきだしの強制に関与することで、軽率にも対テロの強制が正統な刑罰として位置づけられる危険を冒すのか。あるいは、「刑罰と社会」は、そうした強制的活動を処罰的領域の外側にあり、またこの「刑罰と社会」の領域の学問分野上の範囲の外側にあるものと積極的に言明すべきなのか。言い換えれば、「刑罰と社会」の学問分野は、自身を正統な処罰の限界と強く結び付いているものと言明すべきなのか。

我々はここで、これらのジレンマの解決を提案せず、むしろ一領域としての「刑罰と社会」は全体としてこれまでテロリズムについて実に多くを語らなかったという事実を目立たせようと試みている。しかしながら、対テロリズムが、一旦むきだしの強制として理論化されるならば、多分より充実した刑罰学上の応答をもたらすだろう。この転換は、国際関係論、戦争学及び人権論のような他の学問分野に関与するという「刑罰と社会」の学者からの確約を必要とするだろうが、多分行くに値する転換になるだろう。

参考文献

- Ackerman, B. (2004) 'The emergency constitution,' *Yale Law Journal*, 113 : 1029-43.
- Ackerman, B. (2006) *Before the Next Attack : Preserving Civil Liberties in an Age of Terrorism*. New Haven, CT : Yale University Press.
- Altman, A., Finkelstein, C. and Ohlin, J. (eds) (forthcoming) *Using Targeted Killing to Fight the War on Terror*. Oxford : Oxford University Press.
- Amoore, L. and de Goede, M. (2008) *Risk and the War on Terror*. London : Routledge.
- Aradau, C. and van Munster, R. (2007) 'Governing terrorism through risk : taking precautions, (un) knowing the future,' *European Journal of International Relations*, 13 (1) : 89-115.
- Aradau, C. and van Munster, R. (2009) 'Exceptionalism and the "war on terror": criminology meets international relations,' *British Journal of Criminology*, 49 : 686-701.
- Ashby Wilson, R. (ed.) (2005) *Human Rights in the 'War on Terror.'* Cambridge : Cambridge University Press.
- Ashworth, A. (2008) 'Conceptions of overcriminalization,' *Ohio State Journal of Criminal Law*, 5 : 407-425.
- Ashworth, A. and Zedner, L. (2008) *Defending the Criminal Law : Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure and Sanctions*. Criminal Law and Philosophy.
- Ashworth, A. and Zedner, L. (2010) 'Preventive orders: a problem of undercriminalization?,' in R. A. Duff, L. Farmer, S. Marshall, M. Renzo and V. Tadros (eds), *The Boundaries of the Criminal Law*. Oxford : Oxford University Press.
- Australian Human Rights Commission (2008) *A Human Rights Guide To Australia's Counter-Terrorism Laws*. http://www.hreoc.gov.au/legal/publications/counter_terrorism_laws.html にて入手可能 (2012年3月20日にアクセス)。
- Beck, U. (2002) 'The terrorist threat : world risk society revisited,' *Theory*

- Culture Society*, 19 : 39.
- Beck, U. (2003) 'The silence of words : on war and terror,' *Security Dialogue*, 34 (3): 255-267.
- Beck, U. (2006) 'Living in the world risk society,' *Lecture at the London School of Economics*, 15 February.
- Bedau, H.A. (2010) 'Punishment,' *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <http://plato.stanford.edu/entries/punishment/> にて入手可能。
- Bobbitt, P. (2008) *Terror and Consent : The Wars for the Twenty-First Century*. New York : Knopf.
- Bosworth, M. (2011) 'Deportation, detention and foreign-national prisoners in England and Wales,' *Citizenship Studies*, 15 (2) : 583-595.
- Bosworth, M. and Guild, M. (2008) 'Governing through migration control : security and citizenship in Britain,' *British Journal of Criminology*, 48 : 703-719.
- Bowcott, O. (2011) 'Osama bin Laden : US responds to questions about killing's legality,' *Guardian*, 3 May. <http://www.guardian.co.uk/world/2011/may/03/osama-bin-laden-killing-legality> にて入手可能（2012年3月20日にアクセス）。
- Calavita, K. (2005) *Immigrants at the Margins : Law, Race, and Exclusion in Southern Europe*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Carlton, B. (2006) 'From H division to Abu Ghraib : regimes of justification and the historical proliferation of state-inflicted terror and violence in maximum security,' *Social Justice*, 33 : 15-36.
- Cole, D. (2003) *Enemy Aliens : Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*. New York : The New Press.
- Cole, D. (2004) 'The priority of morality : the emergency constitution's blind spot,' *Yale Law Journal*, 113 : 1753-1800.
- Cole, D. (2009) *The Torture Memos : Rationalizing the Unthinkable*. New York : The New Press.
- Cole, D. and Dempsey, J. (2006) *Terrorism and the Constitution : Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*. New York : The New Press.
- Corn, G. and Jensen, E. (2008) 'Untying the Gordian knot : a proposal for

- determining applicability of the laws of war to the war on terror,' *Temple Law Review*, 81 : 787.
- Crawford, A. (2006) 'Networked governance and the post-regulatory state? Steering, rowing and anchoring the provision of policing and security,' *Theoretical Criminology*, 10 : 449-79.
- Crawford, A. (2009) *Crime Prevention Policies in Comparative Perspective*. Cullompton : Willan.
- Cryer, R., Friman, H., Robinson, D. and Wilmshurst, E. (2010) *International Criminal Law and Procedure*, 2nd edn. Cambridge : Cambridge University Press.
- Davis, A. (2005) *Abolition Democracy : Beyond Empire, Prisons and Torture*. New York : Seven Stories Press.
- Dershowitz, A. (2006) *Preemption : A Knife That Cuts Both Ways*. New York : WW Norton.
- Di Fillippo, M. (2008) 'Terrorist crimes and international cooperation : critical remarks on the definition and inclusion of terrorism in the category of international crimes,' *The European Journal of International Law*, 19 (3): 533.
- Dudziak, M. (ed.) (2003) *September 11 in History : A Watershed Moment?* Durnham and London : Duke University Press.
- Dworkin, R. (2003) 'Terror and the attack on civil liberties,' *The New York Review of Books*, 50 (17): 37.
- Dworkin, R., Sullivan, K., Tribe, L., et al. (2006) 'On NSA spying : a letter to Congress,' *New York Review of Books*, 9 February.
- Economist* (2011) 'Editorial: drones and the law : America's attack on suspected terrorists should be more closely monitored,' *Economist*, 8 October.
- Elias, N. (1969) *The Civilizing Process, Vol. I. The History of Manners*. Oxford : Blackwell.
- Elias, N. (1982) *The Civilizing Process, Vol. II. State Formation and Civilization*. Oxford : Blackwell.
- Endicott, T. (2007) 'Habeas corpus and Guantanamo Bay : a view from abroad,' *Oxford Legal Studies Research Paper* No. 6/2007.

- Ericson, R. (2008) 'The state of preemption : managing terrorism through counter law,' in L. Amooore and M. de Goede (eds), *Risk and the War on Terror*. Abingdon : Routledge.
- Ericson, R. and Doyle A. (2004) 'Catastrophe risk, insurance and terrorism,' *Economy and Society*, 33 (2): 135-173.
- Forst, B., Greene, J. and Lynch, J. (eds) (2011) *Criminologists on Terrorism and Homeland Security*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Garcia, M.J. (2009) 'Renditions : constraints imposed by laws on torture,' Congressional Research Service-CRS Report for Congress, 8 September.
- Golden, T. (2005) 'In US Report, Brutal Details of 2 Afghan Inmate Deaths,' *New York Times*, 20 May.
- Gordon, A. (2006) 'Abu Ghraib: imprisonment and the war on terror,' *Race and Class*, 48.
- Gordon, A. (2009) 'The United States military prison : the normalcy of exceptional brutality,' in P. Scraton and J. McCulloch (eds), *The Violence of Incarceration*. London : Routledge.
- Gray, C. (2004) *International Law and the Use of Force*. Oxford : Oxford University Press.
- Greenberg, K. (2006) *The Torture Debate in America*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Greenberg, K. and Dratel, J. (eds) (2005) *The Torture Papers : The Road to Abu Ghraib*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Gross, O. (2003) 'Chaos and rules : should responses to violent crises always be constitutional?,' *Yale Law Journal*, 112 : 1011-1034.
- Gross, O. and Ní Aoláin, F. (2006) *Law in Times of Crisis : Emergency Powers in Theory and Practice*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Guiora, A. (2007) *Global Perspectives on Counterterrorism*. Aspen Publishers.
- Guiora, A. (2008) *Fundamentals of Counterterrorism*. Aspen Publishers.
- Guiora, A. (forthcoming 2011) *Homeland Security : What Is It and Where Are We Going?* CRC Press/Taylor & Francis Publishers.
- Guiora, A. and McNeal, G. (forthcoming 2011) *Counterterrorism Law Across Borders : Differing Perspectives on Rights and Security*. Aspen

Publishers.

Guiora, A. and Page, E. (2006) 'The unholy trinity: intelligence, interrogation and torture,' *Case Western Reserve Journal of International Law*, 37: 427-447.

Husak, D. (2008) *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.

Ignatieff, M. (2004) *The Lesser Evil: Politics in an Age of Terror*. Princeton, NJ: Princeton University Press.

International Council on Human Rights Policy (2008) *Talking About Terrorism: Risks and Choices for Human Rights Organisations*. Geneva: ICHRP.

Janus, E. (2004) 'The preventive state, terrorists and sexual predators: countering the threat of a new outsider jurisprudence,' *Criminal Law Bulletin*, 40: 576.

Kennedy, C.H. and Swire, P.P. (n.d.) 'State wiretaps and electronic surveillance after September 11.' http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=416586 にて入手可能 (2012年4月2日にアクセス)。

Kramer, R. and Michalowski, R. (2005) 'War, aggression and state crime: a criminological analysis of the invasion and occupation of Iraq,' *British Journal of Criminology*, 45: 446.

Lazarus, L. (2004) *Contrasting Prisoners' Rights*. Oxford: Oxford University Press.

Lazarus, L. and Goold, B. (2007) 'Introduction,' in Goold, B. and Lazarus L. (eds), *Security and Human Rights*. Oxford: Hart Publishing. pp. 1-8.

Leverick, F. (2002) 'Is English self-defence law compatible with Article 2 ECHR?,' *Criminal Law Review* 347-362.

Levinson, S. (2004) *Torture: A Collection*. Oxford: Clarendon Press.

Lewis, P., Taylor, M. and de Comarmond, C. (2010) 'Security guards accused over death of man being deported to Angola,' *Guardian*, 14 October. <http://www.guardian.co.uk/uk/2010/oct/14/security-guards-accused-jimmy-mubenga-death> にて入手可能 (2012年3月29日にアクセス)。

Lichtblau, E. and Risen, J. (2005) 'Bush lets US spy on callers without

- courts,' *New York Times*, 16 December.
- Liebling, A., Arnold H. and Straub, C. (2010) 'Power and Vulnerability in Prison : Updating the Findings from HMP Whitemoor Ten Years on-June 2009 to November 2010,' in Institute of Criminology, Cambridge, *Prisons Research Centre : Annual Report on Research Findings 2010*. <http://www.crim.cam.ac.uk/research/prc/prcrep10.pdf> にて入手可能 (2012年 3 月にアクセス)。
- Loader, I. (2004a) 'Policing unlimited? Security, civic governance and the public good,' in K. van der Vijver and J. Terpstra (eds), *Urban Safety : Problems, Governance and Strategies*. Enschede : IPIT. pp. 55-64.
- Loader, I. (2004b) 'Policing, securitisation and democratization in Europe,' in T. Newburn and R. Sparks (eds), *Policing, Securitisation and Democratisation in Europe*. Cullompton : Willan. pp. 49-79.
- Lyon, D. (2003) 'Airports as data filters : converging surveillance systems after September 11,' *Information, Communication and Ethics in Society*, 1 (1): 13-20.
- Lyon, D. (2006a) 'Airport screening, surveillance and social sorting : Canadian responses to 9/11 in context,' *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 48 (3): 397-412.
- Lyon, D. (2006b) *Surveillance after September 11*. London : Polity.
- MacMaster, N. (2004) 'Torture : from Algiers to Abu Ghraib,' *Race and Class*, 46 : 1.
- McCulloch, J. and Carlton, B. (2006) 'Preempting justice : suppression of financing of terrorism and the war on terror,' *Current Issues in Criminal Justice*, 17 : 397.
- McCulloch, J. and Pickering, S. (2009) 'Pre-crime and counter terrorism,' *British Journal of Criminology*, 49 : 628-645.
- Mead, G.H. (1918) 'The psychology of punitive justice,' *American Journal of Sociology*, 23 : 577-602.
- Murphy, C. (2007) "'Securitizing" Canadian policing : a new policing paradigm for the post 9/11 security state?,' *The Canadian Journal of Sociology*, 32 (4): 451-477.
- National Commission on Terrorist Attacks upon the United States (9/11

- Commission) Report (2004). <http://www.9-11commission.gov/report/index.htm> にて入手可能。
- Neyland, D. (2006) *Privacy, Surveillance and Public Trust*. Basingstoke : Palgrave Macmillan.
- Pickering, S., McCulloch, J. and Wright-Neville, D. (2008) *Counter-Terrorism Policing: Community, Cohesion and Security*. New York : Springer.
- Priest, D. (2010) 'US military teams, intelligence deeply involved in aiding Yemen on strikes,' *Washington Post*, 27 January. <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/01/26/AR2010012604239.html?sid=ST2010012700394> にて入手可能。
- Roach, K. (2007) 'Sources and trends in post-9/11 anti-terrorism laws,' in B. Gould and L. Lazarus (eds), *Security and Human Rights*. Oxford : Hart. pp. 227-256.
- Sadat, L. (2006) 'Ghost prisons and black sites : extraordinary rendition under international law,' *Case Western Reserve Journal of International Law*, Washington U. School of Law Working Paper No. 06-02-01. SSRN (<http://ssrn.com/abstract=886377>) にて入手可能。
- Sadat, L. (2007) 'Extraordinary rendition, torture and other nightmares from the war on terror,' *George Washington Law Review*, 75 : 101.
- Saul, B. (2006) *Defining Terrorism in International Law*. Oxford : Oxford University Press.
- Scruton, P. and McCulloch, J. (eds) (2009) *The Violence of Incarceration*. London : Routledge.
- Slobogin, C. (2003) 'A jurisprudence of dangerousness,' *Northwestern University Law Review*, 98 : 1-62.
- Steiker, C. (1998) 'The limits of the preventive state,' *Journal of Criminal Law and Criminology*, 81 : 771-808.
- Stumpf, J. (2006) 'The crimmigration crisis : immigrants, crime, and sovereign power,' *American University Law Review*, 56 (2): 367-419.
- Taureck, R. (2006) 'Securitization theory and securitization studies,' *Journal of International Relations and Development*, 9 (1): 53-61.
- Tesón, FR (forthcoming) 'The morality of targeted killing,' in A. Altman, C. Finklestein and J. Ohlin (eds), *Using Targeted Killing to Fight the War*

- on Terror*. Oxford : Oxford University Press.
- Tomkins, A., Lazarus, L. and Fenwick, H. (2010) 'Submission in response to HM Treasury : Public Consultation : Draft Terrorist Asset-Freezing Bill (Cm 7852).' Unpublished report.
- Tomkins, A., Fenwick, H. and Lazarus, L. (2011) 'Terrorist asset-freezing -Continuing flaws in the current scheme,' *International Review of Law, Computers and Technology*, 25 : 117-28.
- Topping, A. (2011) 'UKBA accused of breaking pledge to end child detention,' *Guardian*, 16 October. <http://www.guardian.co.uk/uk/2011/oct/16/ukba-childrens-society-child-detention> にて入手可能 (2012年 4 月 2 日にアクセス)。
- Tovy, T. (2009) 'The theoretical aspect of targeted killings : the Phoenix Program as a case study,' *Journal of Military and Strategic Studies*, 11 (4): 1-24.
- Tribe, L.H. and Gudridge, P.O. (2004) 'The anti-emergency constitution,' *Yale Law Journal*, 113 : 1801.
- Waldron, J. (2010) *Torture, Terror and Trade-Offs : Philosophy for the White House*. Oxford : Oxford University Press.
- Waldron, J. (2011) 'Can targeted killing work as a neutral principle,' NYU Public Law and Legal Theory Research Paper Series Working Paper No. 11-20.
- Walker, C. (2007) 'Keeping control of terrorists without losing control of constitutionalism,' *Stanford Law Review*, 59 : 1395-1463.
- Webb, M. (2007) *Illusions of Security : Global Surveillance and Democracy in the Post-9/11 World*. San Francisco, CA : City Lights Publishers.
- Weissbrodt, D. and Bergquist, A. (2006) 'Extraordinary rendition and the torture convention,' *Virginia Journal of International Law*, 46 (4): 587.
- Weissbrodt, D. and Bergquist, A. (2007) 'Extraordinary rendition and the humanitarian law of war and occupation,' *Virginia Journal of International Law*, 47 (2): 295.
- Whitman, J. (2004) *Harsh Justice : Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*. Oxford : Oxford University Press.
- Zedner, L. (2007a) 'Preventive justice or pre-punishment? The case of

- control orders,' *Current Legal Problems*, 59 : 174-203.
- Zedner, L. (2007b) 'Pre-crime and post-criminology?,' *Theoretical Criminology*, 11 (2): 271-275.
- Zedner, L. (2010a) 'Security, the state, and the citizen : the changing architecture of crime control,' *New Criminal Law Review*, 13 : 379-403.
- Zedner, L. (2010b) 'Pre-crime and pre-punishment : a health warning,' *Criminal Justice Matters*, 81 (1): 24-25.

[本稿は、2013年7月9日に早稲田大学比較法研究所の主催で開催されたブリティッシュ・コロンビア大学ベンジャミン・J・グールド教授 (Prof. Dr. Benjamin J. Goold) の講演「刑罰を用いない統制—『強制』の再定位—」 (“Control Without Punishment : Understanding Coercion”) の講演原稿の翻訳である。なお、本研究は、オックスフォード大学リオラ・ラザルス (Liora Lazarus) 専任講師及びオックスフォード大学博士課程学生ケイトリン・ゴス (Caitlin Goss) 氏と共同で実施されたものであり、Liora Lazarus, Benjamin Goold and Caitlin Goss, “Control Without Punishment : Understanding Coercion,” in Jonathan Simon and Richard Sparks (eds.), *The Sage Handbook of Punishment and Society* (London : Sage, 2012), pp. 463-491として発表されている]。