

# 国際犯罪規制における引渡・訴追義務の変化

洪 恵子

- 一 問題の所在
  - 二 外国人の国外犯の取り扱い
    1. 多数国間条約成立以前
    2. 国際慣習法上の海賊
    3. 刑事管轄権の適用準則の整備
    4. 犯罪人引渡制度の発達
  - 三 多数国間条約における引渡・訴追義務の態様
    1. 「諸国の共通利益を害する犯罪」規制の基本方式
    2. 犯罪人引渡制度の利用と裁判管轄
- 四 結びにかえて

## 一 問題の所在

1. 現在、国際犯罪を規制する<sup>1)</sup>目的で、多数の国際条約が締結されている。それらの諸条約のほとんどは、規制の対象とする行為を「諸国の共通利益を害する犯罪 (delicta juris gentium)」として構成している。「諸国の共通利益を害する犯罪」とは、広く多数の諸国または人類が共通の利害関係を持つ特定の法益を害する行為であって、国際慣習法または条約で犯罪として処罰すべきものと定めており、これを受けて国家が刑罰法規を制定し、その犯罪行為の犯人を訴追・処罰することとした犯罪である。<sup>2)</sup>

さて、国際犯罪（「諸国の共通利益を害する犯罪」）を規制する多数国間条約においては、条約が規制の対象とする犯罪を行った犯人又は容疑者が自国の領域内にいる場合は、条約の締約国は身柄の請求があった請求国に彼を引き渡すか、或いは引き渡さない場合は自国で訴追しなければならないとする規定をおく場合がある。<sup>3)</sup> この規定は通常「引き渡すか或いは訴追するかいづれかを選択する」(aut dedere aut judicare) 原則と呼ばれる。このような規定がなければ、たとえ多数の国家の利益を害する犯罪の犯人が自国領域内で発見されても、とりわけ外国人の国外犯の場合、国家は刑事管轄権を行使する根拠を欠き、一般国際法上彼を処罰する義務も引き渡す義務も負うことはない。このような国家の裁量に制限を加えて、一定の犯罪が不処罰のままとどまらないように、国際犯罪規制の諸条約では、犯罪人引渡制度を利用するか、或いは、もし政治的背景その他の理由を根拠として身柄を引き渡さない場合は自国の国内裁判所による処罰か、そのどちらかを選択しなければならぬと規定し、犯人又は容疑者が必ず審理・処罰されるような体制を整備したのである。

2. 条約の締約国に対して、犯人又は容疑者を引き渡すか或いは訴追するかを選択させる規定をおく多数国間条約は次第に増加してきている。このような傾向を受けて、学説・国家実行では次のような考え方が指摘されるようになった。すなわち、多数国間条約において「引き渡すか或いは訴追するかいずれかを選択する」(aut dedere aut iudicare) 原則が規定されている場合は、その条約が規制しようとしている犯罪に関しては、普遍的管轄権 (universal jurisdiction) が設定されているというのである。<sup>1)</sup> 例えば、国連国際法委員会は一九九四年に国連総会に国際刑事裁判所規程草案を提出したが、<sup>2)</sup> その中で、九種の多数国間条約をあげ、これらの条約は aut dedere aut iudicare (「引き渡すか或いは訴追するかいずれかを選択する」原則) に基づいて、普遍的管轄権の体制を創設している。国際刑事裁判所の事項的管轄権の対象として妥当すると述べている (第二十条の (e))。<sup>3)</sup>

ところで、普遍的管轄権とは、国際慣習法上海賊に対して認められてきたものである。<sup>4)</sup> 公海において海賊行為を行っている者の身柄を拘束した国は、船舶の旗国ではなくても、身柄の拘束という事実のみで容疑者を自国の裁判所で審理・処罰することが国際慣習法上認められた。通常、公海では船舶の旗国が刑事管轄権を行使するが、海賊 (piracy jure gentium) に対しては犯人の身柄を拘束した国が国際法によって例外的な権能 (authority) を与えられたのである。

では、現在普遍的管轄権が設定されていると主張される諸条約には、果たして海賊に認められていたような普遍的管轄権が存在しているといえるのだろうか。

犯罪人引渡制度の利用と裁判管轄の問題を考えれば、国際犯罪規制の諸条約を一括して同一類型に属すると考えるのはそもそも疑問であり、それらを総称して普遍的管轄権と呼ぶのは概念に混乱を招くと思われる。なぜならば、

犯人（とりわけ外国人の国外犯）が自国領域内に所在している国家が、犯罪人引渡制度をどの程度利用すべきか、或いは外国人の国外犯を審理・処罰するという例外的な刑事管轄権行使をどの程度認められるべきかという点に關しては、学説・国家実行上、議論が繰り返されてきたのであり、締結された諸条約も締約国に与えている権能や課している義務という観点から見ればそれぞれ異なっている。国際法（条約）は締約国の立法管轄権と強制管轄権に對して、規制の対象となる行為の性質に依じて影響を与えているのである。確かに、諸条約が規制の対象としている国際犯罪には国際的な非難が表明されていると言<sup>9</sup>える。その意味では、いわば普遍的な処罰が求められているとも言えよう。しかし、犯罪の国際的な重要性を強調するあまりに、実定法（諸条約）が犯罪の規制という目的のために、国家の裁量をどのように強化或いは制限しているかということが軽視されることは、国際犯罪の有効な規制に<sup>9</sup>つながらないのではないか。

本論文では、このような問題意識に立ち、外国人の国外犯の扱いをめぐる学説を検討し、次に国際犯罪規制のために締結された多数国間条約を犯罪人引渡と裁判管轄の点から類型化する。その上で、現在の国際犯罪規制において必要であると思われる点を明らかにすることにした。

- (1) 国際犯罪という語は文脈により多義的に用いられる。今日、国際刑事法では国際犯罪をその犯罪の規制と犯罪者の訴追・処罰のための国際法の関与の仕方と程度によって以下のように分類している。すなわち (1) 外国性を持つ犯罪（国内法上の犯罪）と (2) 国際法上の犯罪の二つであり、さらに国際法上の犯罪は (イ) 国際法違反の犯罪と (ロ) 諸国の共通利益を害する犯罪の二つに分けられている。(1)の外国性を持つ犯罪とは当該犯罪に關して犯人又は容疑者或いは証拠が外国にあるなどの理由によって一定の

外国性を持つものを示す。但し法的性質上は一国の内国刑法違反の犯罪であるにすぎず、手続法的な協力すなわち国際司法共助の問題をのぞいて実体法に関しては国際法と関わりを持たない。(2) 国際法上の犯罪は以下の二つに分類される。第一が実行行為者である個人が、国際法に基づいて直接に義務を負い、その違反について刑事責任を負う「国際法違反の犯罪」(crime against international law) (または「個人の国際法上の犯罪 (volkerrechtliche Delikte von Individuen)」)である。(この犯罪は国内法を介在させないことを特徴とし、次の三つの要件を満たすべきとする。すなわち(1) 犯罪の構成要件と個人の刑事責任が、国際慣習法又は条約で明確且つ詳細に定められていること(内国刑法の規定を介さずとも、罪刑法定主義の要請を満たす)(2) 国際刑事裁判所を設立して犯罪の訴追と処罰をその専属的な管轄とすること(3) 「国際法違反の犯罪」を定めた関係条約が国際社会の大多数の国によって受諾されていることである。) 第二次世界大戦終了時の国際軍事裁判所で審理・処罰された平和に対する罪、人道に対する罪、通例の戦争犯罪(一九四五年ニュールンベルグ国際軍事裁判所条例第六条、一九四六年極東国際軍事裁判所条例第五条)がこの例であるとされる。第二が本論文で検討する「諸国の共通利益を害する犯罪 (delicta juris gentium: offenses against the law of nations: crime de droit des gens)」である。国際犯罪の概念に関して、山本草二『国際刑事法』(一九九一・三省堂) 一一四頁。太寿堂鼎「国際犯罪の概念と国際法の立場」ジュリスト七二〇号(一九八〇・七・一)六七―七三頁。André Huet & René Koering-Joulin, *Droit pénal international* (1994) pp.23-26, Kunt Ipsen, *Völkerrecht*, 3. Auflage (1990) SS.531-543, Hans-Heinrich Jeschek, *International Crimes*, in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Volume II (1995), pp.1119-1123, Dietrich Schindler, *Crimes against the law of nations*, *Ibid.*, pp.875-877.

(2) 例えば一九七〇年航空機の不法な奪取の防止に関する条約で規制される航空機の不法奪取がある。詳しくは第三章を参照。

(3) この原則が採用されていると一般にいわれるのは次の諸条約である。一九四八年集団殺害の防止及び処罰に関する条約、一九四九年戦争犠牲者に関するジュネーヴ四条約、一九六一年麻薬単一条約、一九六三年航空機内の犯罪規制に関する東京条約、一九七〇年航空機の不法奪取に関するヘーグ条約、一九七一年OASテロ防止条約、一九七一年航空業務の安全阻害に関するモントリオール条約、一九七一年麻薬向精神剤規制条約、一九七三年国家代表保護条約(ニューヨーク条約)、一九七七年ジュネー

ヴザ約に関する第一追加議定書、一九七七年ヨーロッパテロ防止条約、一九七九年人質禁止条約、一九八〇年核物質の防護に関する条約、一九八四年拷問禁止条約、一九八八年海上交通の安全阻害に関するローマ条約、一九八九年傭兵禁止条約である。R. Jennings & A. Watts eds., *I Oppenheim's International Law* (9th ed.) (1992), pp.953-971. M. Cherif Bassiouni, Edward M. Wise, *AUT DEDERE AUT JUDICARE-The Duty to Extradite or Prosecute in International Law* (1995), pp.3-19.

(4) 例えば、Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice* (1991), pp.267-270., Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public, 2e édition* (1993), pp.63-64., Antonio Cassese, *The International Community's "Legal" Response to Terrorism, I.C.L.Q., vol. 38, (1989), p.593.*

(5) 上記の通り(注1) 国際刑事裁判所は伝統的には「国際法違反の犯罪」を審理・処罰する制度として考えられており、個人の刑事責任が内国刑法の規定を介することなく、直接に国際法に基づいて成立することを特徴としていた。ところが現在国連国際法委員会を中心として議論されている国際刑事裁判所概念は、国際法の直接的且つ専属的適用を主眼とする方向から離れ始めており、国内裁判システムに対する補充性を強調している。詳しくは第四章を参照。

(6) ①一九四九年戦争犠牲者の保護に関するジュネーブ四条約の重大な違反 ②一九七〇年ヘーグ条約第一条に定義された航空機の不法奪取 ③一九七一年モントリオール条約第一条に定義された民間航空の安全に対する不法行為 ④一九七三年アバルトヘイト罪の抑止と処罰に関する国際条約第二条に定義されるアバルトヘイトと関連犯罪 ⑤一九七三年ニューヨーク条約第二条で定義される犯罪 ⑥一九七九年人質禁止条約第一条で定義される犯罪 ⑦一九八四年拷問禁止条約第四条で処罰可能とされた拷問の犯罪 ⑧一九八八年ローマ条約第三条と一九八八年大陸棚に固定されたプラットフォームの安全に対する違法行為の抑止に関する議定書第二条に定義された諸犯罪 ⑨一九八八年国連麻薬等ウィーン条約第三条第一項に予定される犯罪のうち、第二条を考慮して国際的次元を持つものの九つである。Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session, GAOR 49th Sess., Supp. No.10 (A/49/10), pp.141-146. 果たしてこれら国際条約で規制が求められている国際犯罪が国際刑事裁判所の事項的管轄権の対象として妥当するかについては、後述(一七八頁以下)参照。

(7) *Ibid.*, p.78.

(8) 山本草二『海洋法』(一九九二・三省堂) 三三〇—三三一頁。Georg Schwarzenberger, *The Problem of an International Criminal Law, Current Legal Problems*, vol.3 (1950), p.269.

(9) Oppenheim, *supra* (n.3), pp.953-954.

## 二 外国人の国外犯の取り扱い

### 1. 多数国間条約成立以前

(1) 外国で外国人によって行われた犯罪であっても、犯人の身柄が自国で発見されれば処罰されるべきである、換言すれば、逮捕地 (forum deprehensionis) の裁判官に対して裁判権を認めるべきであるという考え方はローマ法の時代から例外的な場合に認められていたとされる。<sup>10)</sup> 但し、国際慣習法上そのような権能 (authority) が身柄を逮捕した国家に認められたのは海賊についてだけである。この権能は、たとえ通常の刑事管轄権適用の根拠となる実質的な関連 (属地性、能動的・受動的国籍性、国家法益の侵害等) を欠く場合であっても、身柄を拘束する国家は刑事管轄権を行使しても国際法上の違法性を問われることがないというものである。<sup>11)</sup> 海賊以外の国際犯罪 (「諸国の共通利益を害する犯罪」) に関しては、二十世紀に入ってから多数国間条約上にこのような権能が規定されるようになった。<sup>12)</sup> さらに国際法上の義務 (従前の国内法を変更してでも、管轄権行使の法的基盤を整備しなければな

らない)として規定されるのは第二次世界大戦以降のことである。<sup>13)</sup>

(2) ところで、現代の「引き渡すか或いは訴追するかいずれかを選択する」(aut dedere aut iudicare)原則は、グロチウスの考え方を起源としているとされる。<sup>14)</sup> グロチウスは、まず個人にのみ関係する通常の犯罪と人類社会に關係のある犯罪を区別した。<sup>15)</sup> そして後者の犯罪に関しては、一国だけが処罰することに利益を持つのではなく、いかなる国家であっても処罰することに利益を持つとした。その上で、国家は通常犯罪の取締りのために他国の権力を自国領域内に入れることはしないので、後者の犯罪の実行者に関しては、その身柄が自国にいる場合は、国家は請求のあった他国に引き渡すか或いは自らが処罰するかのどちらかを選択しなければならぬ (aut dedere aut punire) と主張した。但しこれは引渡しを義務付けるものではなく、結果的に何らかの処罰がなされればよいのであると強調した。<sup>16)</sup>

(3) 上述のいわは普遍的な処罰に好意的な学説に対して、国家実行上、特に十八世紀以降は刑事管轄権についての属地性が強調されるようになった。<sup>17)</sup>

## 2. 国際慣習法上の海賊

すでに述べたように、国際慣習法のもとで海賊 (piracy jure gentium) については普遍的管轄権 (universal jurisdiction) が認められていた。<sup>18)</sup> この場合の普遍的管轄権とは、公海上で海賊行為を行っている者の身柄を拘束した国は、自国で裁判に掛ける「権能 (authority)」を国際法上与えられているということである。通常、公海を航行する船舶は旗国の管轄に服するのが原則であるが、<sup>19)</sup> 海賊については例外的に身柄を拘束した国の刑事管轄権行<sup>20)</sup>

使が認められるのである。海賊に関してこのような旗国主義に対する例外的な管轄権が認められたことについては、次の理由が挙げられている。<sup>21)</sup> 第一に、海賊行為が行われる公海はこの国の領域にも属さず、いかなる国の管轄権も及ばないこと（主権の欠缺）<sup>22)</sup> である。第二は、海賊は海上交通の一般的安全を侵害し、人類の敵 (*hostes humani generis*) とみなされることである。これらの理由から、海賊に関しては容疑船舶を抑留したすべての国が自国の裁判所で審理に掛ける権能を一貫して認められてきた。その後、公海上で行われる他の犯罪についても、その取締りの強化のために海賊概念を類推する試みが繰り返されたが、海賊に認められたような普遍的管轄権、つまり旗国ではなくとも犯人の身柄を確保し自国の裁判所に掛ける権能を認められたものはない。<sup>23)</sup>

### 3. 刑事管轄権の適用準則の整備

(1) 十九世紀後半には交通手段や情報伝達が発達し、国際社会もより交流が激しくなった。この時期には各国の内法において、その国が犯罪に対処するための諸原則が確立されるようになった。他方、国境を越えて展開される犯罪的行為や逃亡犯罪人の増加は国家間に紛争を生じさせるようになった。<sup>24)</sup> その結果、刑事管轄権を統制している法と慣行の国際的側面についての議論が高まった。中でも重要なのは、国際連盟時代に国際法の法典化<sup>25)</sup> のために招集された法律専門家委員会による刑事管轄権（国外犯に関する刑事管轄権）に関する検討作業（League of Nations, Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law: Criminal Competence of States in Respect of Offences Committed Outside Their Territory）<sup>26)</sup> である。

問題は次のように委員会に諮問された。「条約形式によって、国家領域外で行われた犯罪に関する国家の刑事的

権能を統制している諸原則を規定することは可能であるか、そしてもし可能であるなら、それらの諸原則とは何か」というものである。国家領域外で行われた行為（国外犯）に関する国家の刑事管轄権の行使について国際法規が成立しているかどうかという問題である。この諮問についてはブライアリー (J. L. Briery) による報告とド・ヴィッシー (Charles De Visscher) によるコメントが提出されている。

(フ) 報告ではまず問題を次のように限定した。国家領域外で行われる犯罪（国外犯）について、実行為者が自国民である場合、すなわち自国民の国外犯についてはそれぞれの国家が決定すべきものである。また外国人の国外犯とは、他国領域内或いはどの国家の領域にも属さない場所で行われるものを示すが、後者は条約化に適さない（例えば、公海上の海賊については旗国が自国の刑法を適用できるからである）。そこで他国領域内で行われる外国人の国外犯についてのみ議論すべきとする。

(イ) 次に各国の法制度と外国人の国外犯の処罰が認められている場合について検討している。当時フランス・ドイツ・オーストリア・ベルギー・オランダ・ハンガリー・イタリア・ノルウェー・ロシア・スウェーデン・ギリシャ・ブラジル・スペイン・スイス・日本そして中国が国家の安全や通貨の信用に関して外国人の国外犯を処罰する規定を持っていた。それらの規定は、これらの大部分の国の法典に正式に記載されている厳格な属地的管轄権という一般原則に対する例外として位置づけられる。

(ウ) 委員会は国家実行を概観して、国際法が刑事管轄権の行使に関して、国家に完全な裁量を許していると考えている国はほとんどなく、大部分の国は属地的管轄権を通常原則であると考えていることを認める。そこで次に問題としたのは、国際法は属地的管轄権に対して何かの例外を認めているのか、もしそうだとすれば、その例外とは

何かということであった。検討の結果、多くの国が外国人の国外犯を処罰している国家の安全や信用に対する犯罪についても、賛否の激しい対立があるために一般国際法上の基準としては認めなかった。<sup>27)</sup>

(二) 上記の委員会報告に対しては、ド・ヴィッシェがコメントを加えている。彼は国家の安全を害する犯罪については外国人の国外犯を処罰する一般国際法上の法規を認めるべきであるとする。その理由は、自国の安全と信用に對して向けられた犯罪については、その国家以外にその犯罪を抑圧する利益を持つ国はないこと、さらに、自らの本質的利益を害する恐れのある行為に對処することを他国に期待することはできないというものである。

(2) このように二十世紀初頭にいたって、刑事管轄権の適用準則が整備されるようになり、外国人の国外犯については国家の安全・信用に對する罪、或いは自国民がその被害者となった場合について処罰されるという国家実行が一部の国家で見られた。但し外国人の国外犯を処罰することに全体として国家実行の一致がなかったことは注意すべきである。なぜならばこのことは逆に、外国人の国外犯については身柄を拘束した国は管轄権を持たないとされた場合が多いことを示しているからである。結果的に犯人は放置されるか、請求のあった国へ引き渡されるか、或いは身柄を拘束している国の庇護 (Asylum) の対象となったのである。<sup>28)</sup> いずれにせよ、逃亡犯罪人の扱いはその者が所在している領域国の裁量に任ざれているのであり、一般国際法上の義務として国家に一定の扱いが要求されるということとはなかった。

#### 4. 犯罪人引渡制度の發展

(1) 十七世紀の終わり頃からは犯罪人の引渡しの行政的慣行が發展した。上述の通り、逃亡犯罪人をどのように取

り扱うかは当該逃亡犯罪人が所在する国の裁量に任されているので、他の国家と合意のうえ、犯罪人引渡制度 (extradition) のもとで逃亡犯罪人を引き渡す場合もあり、或いは強制出国 (追放 (expulsion)) を命じることが可能であった。<sup>31)</sup> 犯罪人引渡制度とは、他国で犯行におよび訴追又は有罪宣告を受けて逃亡してきた者 (逃亡犯罪人) 又はその容疑者について、その在留国が、相手国の請求を受けて、本人の身柄を拘禁したうえ相手国に送還する手続きをいう。<sup>32)</sup> 追放の目的がもっぱら国内秩序の維持にあるのに対して、犯罪人引渡制度は外国の刑事手続きに対する協力である。つまり犯罪人引渡制度の目的は、あくまでも身柄の請求国の刑事手続きの実現にある。そのため、犯罪人引渡が行われる場合には、身柄を請求する国家 (請求国) と請求を受けた国家 (被請求国) との間に合意を取り結ぶことが条件とされたのであり、相互主義が犯罪人引渡制度を支える原則であった。<sup>33)</sup> 犯罪人引渡制度は対等な主権国家間の協力制度 (国際司法共助) <sup>34)</sup> として発達したのであり、国際礼讓として引き渡すことはあっても、相手国からの相互主義の保障なしに一般国際法に基づいて逃亡犯罪人を引き渡すことを求められることはない。

(2) 犯罪人引渡制度が単発的に行われるのではなくて、条約の締結や国内法整備を通じて体系的なものとして整えられたのは十八世紀以降、とりわけ十九世紀前半である。<sup>35)</sup> 引渡しに関する条約や国内法では一定の共通の慣行が見られるようになり、それらは今日でも適用される主要な諸原則 (双方可罰性、政治犯不引渡、特定性、自国民不引渡等) <sup>36)</sup> として発達した。

(3) 逮捕地の裁判官に管轄権を与えるべきかという問題に関して重要であるのは、自国民不引渡の原則 (犯罪人引渡に関して自国民については引渡しを行わない) である。この原則は犯罪人引渡制度の構造から生じるのではなく、むしろ各国の国内法制度にあらわれる見解の違いを示すものである。つまり、本来逃亡犯罪人の国籍の如何に関わ

らず、引渡しは行われうる。しかし、フランスやドイツなどの大陸法系の諸国は自国民を引き渡さず、代わりに自国民の国外犯として処罰している。自国民を引き渡さない国家は自国民の国外犯に関する処罰規定を有しているのである。他方、英米法系の諸国はそのような制限的な一貫したアプローチを採用することはなく、この点については条約によって異なる。<sup>37)</sup>これらの諸国は刑法の適用に関して属地主義を採用しており、外国で犯罪を犯した自国民が帰国しても、当該犯人に対して処罰する根拠がなく、もし引き渡さなければ結果的に犯人を免責することになってしまうので、自国民であっても場合によって引き渡すことに応じるのである。

(4) 先に紹介した国際連盟の法律専門家委員会は「犯罪人引渡」の主題でも報告を行っているが、自国民不引渡の原則に関連して次のような指摘がなされた。<sup>38)</sup>すなわち、自国民の犯人を引き渡すことを拒否することが、当該犯人に対して免責を与えることになってはならないという点では意見の一致があるとし、その上で、自国民を引き渡さない場合は自国民の国外犯について処罰する国際法上の義務を国家は負うべきだというのである(ド・ヴィツシエによるコメント)。つまり国籍国の管轄権を強化することによって、不引渡しから生じる間隙を埋めるという考え方である。この後、この考え方は次章で見るとおり、国際法上の犯罪(「諸国の共通利益を害する犯罪」)を規制する多数国間条約の規定に影響を与えることになるのである。<sup>39)</sup>

(10) Gilbert Guillaume, *La Compétence Universelle Formes Anciennes et Nouvelles, Mélanges offerts à Georges Lussuau, Droit Pénal Droit Européen* (1992), pp.23-25.

(11) 山本草二「海上犯罪の規制に関する条約方式の原型」山本草二・杉原高嶺編集代表、小田滋先生還暦記念『海洋法の歴史と展

望』(昭六一・有斐閣)二五七―二五八頁。

(12) 例えは一九二九年通貨の偽造の処罰に関する条約。

(13) 例えは一九四九年戦争犠牲者の保護に関するジュネーブ条約。

(14) ただし、グロチウス以前にも、一定の場合には逮捕地の裁判官に裁判権を与えるべきだとする考え方は主張されていた。特に、ルネッサンスと古典期には、その後のヨーロッパの刑事法に深い影響を与える学説が北イタリアを中心として展開された。當時裁判権は犯行地の裁判官と住所地の裁判官について認められるのが原則であった。ところが、交通が次第に発達し放浪者や街道強盗が往来するようになると、これらの犯罪者については逮捕地の裁判権を認めるようになった。まず住所不定の放浪者について、逮捕地を彼の擬制的住所地とすることによって逮捕地の管轄権行使を正当化した。後には事実上本来の住所地から追放されているようなものにもこの考え方を拡大し、さらには街道強盗や盜賊団全体を放浪者や追放者と同一視し、逮捕地の裁判官に裁判権を与えたのである。(但し街道強盗の場合は逮捕地を擬制的住所地にしたというよりは、むしろ盗んだものを持って移動する者は盗んだ物運んだ至る所で犯罪を犯しているとみなされたのである)。いずれにせよ北イタリアの学説は一定の重大な犯罪は犯罪自体がどこで行われたにせよ、それが社会秩序を害するものである場合、普遍的な暴圧が必要であると考へ、擬制的住所地などの法的擬制を利用して例外的に逮捕地の裁判官に裁判権を認めるという立場をとった。この学説は十三世紀以降大陸の他の大部分の国に導入されたが、他方、当時ヨーロッパでは絶対的権力を持つ王権を中心とした最初の大国が形成され始めた。中世後期にはそれまでの忠誠心を絆とした個人に結びつけられた管轄権の原理(Grundsatz des *persongebunden Recht*)が後退し、領域を基準とした原理(Territorialgrundsatz)が台頭した。権力の集権化が推進され、刑事管轄権の分野においては属地性原理の興隆という結果をもたらした。例えはフランスでは、一六七〇年の王令が、犯罪を審理するに当たっての主たる管轄権は犯人或いは被害者の住所地や本国がどこであっても犯行地に与えられるとした。但し北イタリアの学説の影響を受け、放浪者の場合、および被害者によって告訴された場合に例外的に逮捕地の裁判官の裁判権をも認めていた。Guillaume, *supra* (n.10), pp.23-27. Dietrich Oehler, *Internationales Strafrecht*, 2 Auflage (1983), S.64. W.E. Beckett, *The Exercise of Criminal Jurisdiction Over Foreigners*, VI B.Y.I.L. (1925), p.58. 小野精一郎『犯罪の時及心所』

(大ニ・有斐閣) 一四、二〇—二二頁。

(15) 但し彼は国際法の理論として、つまり戦争の正当因(刑罰)を説くための付随作業として論じているのであり、必ずしも主権国家の刑罰権行使の問題として提示しているのではない。古川照美「刑罰」大沼保昭編『戦争と平和の法』(補正版)(一九九五・東信堂)三四九—三五四、三六九—三七四、三八五—三八九頁。Oehler, *supra* (n.14), S.96.

(16) Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* (1625), *Libre II*, Cap.21., §4., W. Whewell, *Grotius on the Rights of War and Peace: an abridged translation* (1853), pp.253-255. 尚、この考え方は代理処罰主義( das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege) という刑法適用の準則として幾つかの国内法に採用されている。代理処罰主義については森下忠「刑法適用法における代理処罰主義」『国際刑法の潮流』(一九八五・成文堂)二七一—五九頁。Oehler, *Ibid.*, S.497.

(17) Gullame, *supra* (n.10), p.30.

(18) Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th edition, (1990), pp.238-240., D. W. Bowett, *Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources*, *LIII B. Y. B. I. L.* (1982), pp.11-12.

(19) 船舶を介して行われる犯罪に関しては、公海上においては旗国が管轄権を持つことが国際慣習法上認められてきた(一九二七年ローチェス号事件常設国際司法裁判所判決二五頁)。これは条約でも踏襲されている(一九八二年国連海洋法条約第九二条)。

(20) 海賊には例外的な管轄権行使が認められるため、何が海賊にあたるのか、その定義が問題となる。当初は公海上の私的船舶が正当な権限なしに他の船舶に対して窃盗の意思をもって暴力行為を行うことをいい、海上での強盗罪に該当するものと解されてきた。その後は窃盗の意思をとまわなくとも公海上の船舶、人または財産に対する暴力・掠奪行為によって広く海上往来の一般的安全を侵害する犯罪である点が強調されるようになった。今日では公海における船舶の運航支配・奪取をも含んでいる(一九八二年国連海洋法条約第一〇一条)。山本・前掲書(注8)二二九頁。Alfred P. Rubin, *Piracy*, in: R. Bernhardt (ed.),

*11 Encyclopedia of Public International Law* (1989), pp.259-262.

(21) 山本・前掲論文(注11)二五八頁。Bowett, *Ibid.*, pp.11-12.

(22) Schwarzenberger, *supra* (n.8), p.269.

- (23) 海上犯罪に関しては、すでに一八八〇年代から九〇年代にかけて、その後の条約の原型ともいへべき諸条約が結ばれている(一八八二年北海における漁業警察に関する条約、一八八四年海底電信線保護万国連合条約、一八八七年北海における漁民間の酒精飲料売買の弊害の是正に関する条約、一八九〇年反奴隷制度に関するブラッセル会議議定書)。海上犯罪に関してはその取り締まりのために近接権や臨検の権利が認められるかどうかも焦点であり、各条約ごとに許容範囲は異なる。しかし裁判管轄に関しては上記の諸条約は全て旗国に委ねていたのであり(旗国主義)、条約による裁判管轄の拡大はない。普遍的管轄権の行使を許すべきだという政策的な目的論が展開されたが、当該犯罪の法的性質・構成要件が海賊と共通する要因をもつかどうかの点検が十分に行われなかったからである。但し規制の対象となる行為を各国の国内法で処罰すべき義務を課したのであり、締約国の立法管轄権に対しては強い影響を与えた。Brownlie, *supra* (n.18), pp.249-250. 山本・前掲論文(注11)二四七—二八七頁、海上犯罪の取り締まりに関する今日の法的枠組みについては安富潔「海上警察権の行使と国内法」広部和也・田中忠編集代表、山本卓二先生還暦記念『国際法と国内法—国際公益の展開』(一九九一・勁草書房)五九五—六三〇頁。
- (24) 例えばカッティング事件(Cutting Case)(一八八八)がある。米国人カッティングが米国においてメキシコ人に対して中傷する新聞記事を掲載したことに關して、メキシコ刑法二八六条(メキシコで身柄を拘束されたものについて犯行地法(lex loci delicti)でも犯罪であることを条件としてメキシコ人が被害者である外国人の国外犯を処罰する規定)が適用されたが、その国際法上の適法性が米国・メキシコ間で問題となった事件である。Beckett, *supra* (n.14), pp.46-48, J. B. Moore, *A Digest of International Law*, vol. II, §201, Reprinted from the edition of 1906 (1970), pp.228-242.
- (25) この時期は刑事的分野に限らず、様々な分野について国際法の法典化が必要とされるようになった。国際法の法典化とは狭義には既存の不文法規を成分の形に書き直すことであるが、広義にはいまだ確定していない法規を新たに制定することを含む。一九二四年国際連盟総会は現時国際協定によって解決することが望ましく実現できる国際法上の問題の予定表を作成することおよび十分に熟し足る問題とその解決のために開催されるべき国際会議を準備するために法律専門家委員会を設置した。この委員会では様々な事項について討議を重ねて法典編纂会議の準備を進めた。しかし一九三〇年に実際に開催された法典編纂会議の成果は乏しかった(領海の法的地位に関する条約草案の採択と国籍に関する決議の採択)。その理由としてあげられているのは、ま

- ず多数の政府間の法典化には未経験だったこと、次に法典化作業の手順として、はじめに法律家が議論を済ませ、後に政府の委員が可否を判断すればよいと当時考えられていたが、実際は多くの相対立する利益を調整することが不可欠であり、外交的な準備がより必要であったと指摘されている。松原一雄「国際法の編纂について」国際法外交雑誌第二五巻第六号（一九二六）一一一—一八頁。山田三郎「国際連盟と国際法典編纂」国際法外交雑誌第二八巻第二号（一九二九）一一三—一頁。J. W. Garner, *Some Observations on the Codification of International Law*, 19 A. J. I. L. (1925), pp.327-333. Shabrai Roseme, *Codification of International Law*, in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I (1992), pp.632-640.
- (26) *League of Nations Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law* (1925-1928) (1972), pp.9-12. 山本・前掲書(注一)七五—八二頁。

(27) この種の管轄権行使を主張するのは次のような考え方からである。犯罪に関する管轄権が犯罪実行地を基礎に持つのは、犯罪はその社会的秩序が最も影響を受ける国で対処されるべきであるからで、通常その最も影響を受ける国とは犯罪が実行された国である。しかし国家の安全を害する犯罪は、犯罪実行地たる国家が最もその犯罪から影響を受けるのではない。犯罪から最も影響を受ける国（すなわち、その安全が害されている国）が犯罪を処罰すべきなのだから、この種の犯罪については属地的管轄権からの例外が認められるべきだといっているのである。これに対しては重大な反論が加えられている。つまり、最も重要な事は何が自国の安全を害する行為にあたるかが、個別国家それぞれによって判断されているという事なのである。例えば自国の通貨に対する投機は信用に対する攻撃であるとみなす国家があるとして、この例外的管轄権に依拠して他国の金融市場で取り引きをしている外国人に対してまで自国の刑法を適用してよいのであろうか。いかなる国もこの種の行為について自国民が処罰されるのを甘受する国はないであろうといっているのである。 *Ibid.*, p.11.

(28) *Ibid.*

(29) 尚、この後一九三五年ハーヴァードロースクールが刑事管轄権に関する条約草案を作成している。その条約案は国家の刑事管轄権の適用原則の基本原則として (1) 属地主義 (territorial principle) (2) 国籍主義 (属人主義) (nationality principle) (3) 保護

- 主義 (protective principle) (4) 普遍主義 (universality principle) (5) 受動的国籍主義 (受動的属人主義) (passive nationality principle) をあげ、次のように評価している。属地主義は全ての国において最も重要だとされ、基本的な性格を持つ。国籍主義 (属人主義) は普遍的に受け入れられているが、どの程度用いられるかについては国家によって大きな相違がある。保護主義はほとんどの国によって主張されているが、一般的に補充的な管轄権であるとされている。普遍主義は広く認められているが、海賊以外は補充的な管轄権であるとされている。受動的国籍主義 (受動的属人主義) はかなり多くの国によって主張されているが、強い反論もあり、いずれにせよどの国にとっても他の準則で目的を達成できればそちらが優先されるといった補充的な準則である。 Jurisdiction with Respect to Crime, Draft Convention with Comment, Prepared by the Research in International Law of the Harvard Law School, *AJIL. Supplement* 29 (1935), pp.439-651.
- (30) Oppenheim, *supra* (n.3), pp.948-950.
- (31) 山本草二『国際法 (新版)』(一九九四・有斐閣) 五一四―五一五頁。
- (32) 山本・前掲書 (注一) 一八九頁。Torsten Stein, Extradition, in: R. Bernhardt (ed.), 8 *Encyclopedia of Public International Law* (1985), pp.222-225.
- (33) *Ibid*.
- (34) 古田佑紀「刑事司法における国際協力」(石原一彦・佐々木史朗・西原春夫・松尾浩也編『現代社会における刑罰の理論』現代刑法体系一) (一九八四・日本評論社) 三五五―四二〇頁。
- (35) Stein, *supra* (n.32), pp.222-224. 西井正弘「政治犯罪人引渡原則の形成過程 (一)」法学論叢九四巻二号一八一―二八頁。
- (36) これらの諸原則はわが国の逃亡犯罪人引渡法 (一九五三) や日米犯罪人引渡条約 (一九七八) に規定されている。今日の犯罪人引渡の慣行では、国際人權条約の傾向を受けて、逃亡犯罪人は請求国の裁判で死刑を科されてはならないという傾向も見られる。国際人權条約の犯罪人引渡制度に対する影響については、Yoram Dinstein, *Some Reflections on Extradition*, 36 *CYIL* (1993), pp.50-54.
- (37) Oppenheim, *supra* (n.3), pp.955-956. Geoff Gilbert, *Aspects of Extradition Law* (1991), pp.95-99.

(82) Report on Extradition, *supra* (n.26), pp.3-8.

(39) この考え方が実現されている例として、ベルギー一八七八年法第八条をあげている。この法律では引渡法によって規定されている犯罪を国外で犯したものは、被害者の告訴或いは外国当局の公式な通知によって、国籍国で訴追されなければならないと規定し、自国民の不引渡と国外犯についての刑事管轄権の間に直接の関連性を設定している。Ibid.

### 三 多数国間条約における引渡・訴追義務の態様

#### 1. 「諸国の共通利益を害する犯罪」規制の基本方式

十九世紀末から多数の諸国が利害関係を持つ法益を害する行為を規制するために多くの多数国間条約が結ばれた。それら諸条約では、まず一定の行為を国際法で処罰すべきもの（「諸国の共通利益を害する犯罪」(delicta juris gentium)）と定め、次に締約国に対して、条約を受けて国内法によって構成要件を特定・明確化し、行為者を訴追・処罰するように義務付けている。国家の立法管轄権<sup>10)</sup>、さらに裁判管轄の間隙から一定の犯罪が不処罰という結果に到ることのないように、国家の強制管轄権（執行管轄権と司法管轄権）に対して、国際法が影響を強めてきたのである。すでに前章で見たとおり、今世紀に入ってからには、裁判管轄の間隙のために一定の行為が不処罰にならないためには、犯罪人引渡制度と身柄を拘束している国家の裁判権を強化する必要があると認識されるようになった。諸条約では逃亡犯罪人の身柄を確保することを締約国に求め、犯罪人引渡制度を利用すべきであることを

命し、もし何らかの理由で逃亡犯罪人を引き渡さない場合には、身柄を拘束している国家が訴追することができる（権能）或いは訴追しなければならない（義務）と規定して、逮捕地の裁判管轄を強化するようになっていったのである。

犯罪人引渡制度の利用と裁判管轄に注目すれば、それらの諸条約は規制の対象とする犯罪の性質によって、様々に異なった程度で国家の刑事管轄権に影響を与えており、幾つかの類型にわけることができる。この観点から注目すべき諸条約は以下の通りである。一九二九年「通貨の偽造の処罰に関する国際条約」（略称・通貨条約）、一九三七年「テロの防止と規制に関する国際条約」（略称・テロ防止条約）、一九四九年「戦争犠牲者の保護に関するジュネーブ四条約」（戦地にある軍隊の傷病者の状態の改善に関する条約（第一条約）・海上にある軍隊の傷病者・難船者の状態の改善に関する条約（第二条約）・捕虜待遇条約（第三条約）・戦地における文民保護に関する条約（第四条約））、一九七〇年「航空機の不法な奪取の防止に関する条約（略称・ヘーグ条約）」、一九八八年「麻薬及び向精神薬の不正取引の防止に関する国際連合条約（略称・国連麻薬等ウィーン条約）」である。

## 2. 犯罪人引渡制度の利用と裁判管轄

(1) 自国民の国外犯に対する裁判権設定の義務付け

(ア) 前章で見たとおり、今世紀に入って、学説・国家実行上、犯罪人引渡制度に関して自国民不引渡の原則を採用している国家は、引渡しを行わない場合は必ず自国で訴追すべきであるという考え方が示されるようになった。この考え方は通貨偽造条約（一九二九年）に取り入れられた（第八条）<sup>44</sup>。但し、この場合は自国民不引渡原則との関

連で裁判管轄が強化されたに過ぎず、犯人が引き渡されない場合に訴追すべきであると義務付けられたのは自国民についてだけであった。外国人に関してこのような裁判管轄の拡大は見られず、外国人の国外犯が処罰されるかどうかは、身柄を拘束している国家の立法の一般原則に委ねられた(第九条前段)。さらに、たとえ自国の法令が外国人の国外犯処罰の原則を認めているとしても、実際の外国人の国外犯の処罰は、犯罪人引渡請求がなされたが、それを拒否したという場合に初めて問題となると規定されており(同条後段)、このことは外国人の国外犯処罰があくまでも補充的な役割であったことを示している。尚、テロ防止条約(一九三七年)にも同様の規定がある(第九条)が、テロ防止条約では外国人の国籍国もそのような管轄権行使を自国の裁判所に認めていることを要件としており(第十条)、一層制限的である。<sup>15)</sup>

(イ) 国連麻薬等ウィーン条約(一九八八年)においては、犯罪人引渡制度と関連つけた次のような裁判管轄の規定が見られる。すなわち、容疑者の身柄を拘束している国は、自国が犯行地或いは自国の船舶・航空機内で犯罪が行われた場合又は容疑者が自国民であった場合に、他の締約国からの請求があつて引渡しを拒否するならば、自国の裁判権を設定しなければならない(義務的管轄)(第四条第二項(a))。他方、それ以外の場合も自国の裁判権を設定することができるが、これは義務ではない(任意管轄)(同条同項(b))。つまり身柄を拘束している国家に属地主義と属人主義に基づいて身柄を引き渡さない場合の管轄権行使を義務付けており、ここでも自国民の国外犯に関する裁判権設定の義務付けが行われている。これに対して、外国人の国外犯については任意管轄とし、権能として与えているに過ぎない。

(ウ) 通貨偽造条約、テロ防止条約ならびに国連麻薬等ウィーン条約は、外国人の国外犯の裁判管轄に関しては締約

国の従前の管轄権の問題に関する立法上の規定に従うとされておき、この点、国内法の変更を求めるまでには到っていない。義務付けが行われたのは自国民の国外犯に対する裁判権の設定だけである。当該条約による国際法上の犯罪の規制に関して、外国人の国外犯に対する刑事管轄権の行使は限定的なものに留まっているのである。ところで国連麻薬等ウィーン条約が成立した時点では、次に見るようなヘーグ（条約）方式（外国人の国外犯に対する義務的管轄）が既に登場し、評価もされていた。しかし国連麻薬等ウィーン条約ではこの方式を採用していない。その理由については、違法行為の実行者の身柄を刑事的に処罰することだけが、必ずしも麻薬の不正取引の防止という条約目的の履行確保手段ではないことに注意すべきである。<sup>46)</sup>

(2) 外国人の国外犯に関する裁判権設定の義務付け

⑦ 多数国間条約が国家に命じて外国人の国外犯について刑事管轄権を強化したのは、第二次大戦後に締結された戦争犠牲者の保護に関するジュネーブ四条約が初めてである。ところで、第二次世界大戦後、戦争犯罪に関する普遍的管轄権の存在がしばしば主張された。<sup>47)</sup>戦後、戦争犯罪に関しては例外的に国際軍事裁判所が設立され、平和に対する罪、人道に対する罪、通例の戦争犯罪について処罰が行われたが（「国際法違反の犯罪」）、他方、国内法に基づいて国内裁判所によっても処罰が行われた。つまり、連合国の裁判所で外国人（旧敵国人）の国外犯についても審理・処罰を行うという実行が見られたのである。<sup>48)</sup>この実行を、論者によっては「戦争犯罪に関して普遍的管轄権が存在する」と説明し、さらに戦争犯罪に関して、国際法は個人に直接的に適用可能である（directly applicable）との主張もなされた。<sup>49)</sup>しかし、ジュネーブ四条約の枠組みではこの考え方を否定し、国内法の介在が要件とされたのである。<sup>50)</sup>すなわち、一定の行為を条約の「重大な違反（grave breaches）」として規定し、それらに対し

て有効な刑罰を定めるために必要な立法を行うことを命じた。さらに重大な違反行為を行い、又は行うことを命じた疑いのある者を捜査する義務を負い、その者の国籍の如何を問わず自国の裁判所に対して公訴を提起しなければならぬと規定した（第一条約四十九・五十条、第二条約五十・五十一条、第三条約百二十九・百三十条、第四条約百四十六・百四十七条）。これらの条約規定によって、締約国はたとえ犯人が外国人の国外犯であっても、或いは自国が交戦国でなくとも、条約の重大な違反を行ったとされる者については、自国の刑法を適用して訴追しなければならぬ。つまり条約目的の達成のためには国内立法の存在を要件とするのである。このようにして条約は外国人の国外犯に対する刑事管轄権の行使を締約国に義務付けている。他方、犯罪人引渡については、希望する場合に自国の法令に従って行われるとされており、自国で訴追しなかつた場合に必ず身柄を請求する関係国に引き渡す義務を負うのではない。したがって、何らかの理由で自国で訴追しなかつた場合には、身柄が引き渡されず、結局犯人が不処罰のまま留まるという可能性が全く排除されているのではない。

(イ) 条約が犯罪人引渡制度との関連性を規定し、さらに普遍主義に基づいて外国人の国外犯に対する裁判権の設定を義務付けることで締約国の刑事管轄権を強化したのは、主に国際テロ行為規制の諸条約である。

(a) その典型とされているのが一九七〇年航空機の不法な奪取の防止に関する条約（略称・ヘーグ条約）であり、この方式はヘーグ方式とも呼ばれている。<sup>23)</sup> 条約では、まず各国の国内刑法で犯罪として処罰すべき行為の定義をおいている（第一条）。現行刑法の規定の構成要件に不備があると判断する国は、特別立法を行うことが条約受諾の条件とされた。<sup>24)</sup> 裁判権の設定については、締約国は以下の場合に自国の裁判権を設定するために必要な措置を執ることを義務付けられた。すなわち (a) 犯罪行為が自国に登録された航空機内で行われた場合 (b) 機内で犯罪行為の

行われた航空機が容疑者を乗せたまま自国領域内に着陸した場合(c) 犯罪行為が自国に主たる営業所を有する賃借人又は主たる営業所を有しないが自国に住所を有する賃借人に対して賃貸された航空機内で行われた場合である(第四条第一項)。さらに、犯罪行為の容疑者の身柄を確保している国は、上記の条約上根拠を持つ他の締約国に引き渡さない場合に、自国の裁判権を設定するために必要な措置を執ることを義務付けられた(同条第二項)。そればかりではなく、この条約が画期的だとされる所以は次の第七条にある。「犯罪行為の容疑者が領域内で発見された締約国は、その容疑者を引き渡さない場合には、その犯罪行為が自国の領域内で行われたものであるかどうかを問わず、いかなる例外もなしに、訴追のため自国の権限のある当局に事件を付託する義務を負う。その当局は、自国の法令に規定する通常の重大な犯罪の場合と同様の方法で決定を行う。」これが「引き渡すか或いは訴追するかいずれかを選択する」(aut dedere aut iudicare) 原則と呼ばれるものである。<sup>53)</sup>ヘーグ条約の締約国は、身柄を拘束している場合は犯人を引き渡すか或いは訴追するかいずれかを選択する義務を負うことになったのである。たとえ外国人の国外犯であっても、容疑者の身柄を拘束した国は、拘束という事実だけで管轄権の行使を認められるばかりでなく、身柄の引渡しを行わない場合は、刑事管轄権を行使することが条約上の義務なのである。<sup>54)</sup>ところで、海賊の場合は身柄を拘束した国に刑事管轄権を行使する「権能」が国際慣習法上認められ、これが普遍的管轄権と呼ばれたのはすでに見たとおりである。これに対して、ヘーグ条約では普遍主義の「義務」付けが行われているのである。また、上記(1)の類型とも異なり、刑事管轄権行使はもはや既存の国内法の規則に従属するものではない。逆に、国際法が積極的に国内法に働きかけて刑事管轄権行使を命じているのである。

なお、引渡しに関しては被請求国の法令に従うことが規定されている(第八条)ので、当該犯罪行為の犯罪人引

渡に関して、被請求国によって、例えば自国民不引渡や政治犯不引渡の原則が援用される可能性は残っている。しかし、先に見たとおり、たとえ引き渡すこと自体がなされなくても、身柄を拘束している国は、引き渡さない場合は自国で訴追のための手続きにかけることが義務付けられているのであり、身柄が請求国に引き渡されない事態が生じようとも、それがその犯罪行為に関してはや刑事責任が問われない、ということを意味するのではない。この点、ジュネーブ四条約よりもさらに犯人が処罰を免れる可能性が狭められたといえよう。このヘーグ方式はその他の国際テロ行為関係の諸条約に引き継がれている。すなわち、一九七一年「民間航空機の安全に対する不法行為の防止に関する条約（略称・モントリオール条約）」、一九七三年「国際的に保護される者（外交官を含む。）に対する犯罪の防止及び処罰に関する条約（略称・ニューヨーク条約）」、一九七九年「人質をとる行為に関する国際条約（略称・人質条約）」、一九七九年「核物質の防護に関する条約（略称・核物質防護条約）」、一九八四年「拷問及びその他の残虐な、非人道的なもしくは品位を傷つける取り扱い又は刑罰を禁止する条約（略称・拷問禁止条約）」、一九八八年「海上航行の安全を害する不法行為の防止に関する条約（略称・ローマ条約）」、一九八九年「傭兵の徴用、使用、経済的支援と養成に対する国際条約（略称・傭兵禁止条約）」、一九九三年「国際連合要員及び関連要員の安全に関する条約」である。

(b)ところで、引き渡すか或いは訴追するかいずれかを選択する義務に関しては、引渡しを優先するのか、或いは引き渡すことも自国で訴追することも全く同等に並存しているのかという問題が提起されている。上記の諸条約は、裁判権設定に関して、義務的管轄と任意管轄の二種類を規定しているので、義務的管轄権を持つ国からの身柄の請求を優先すべきだという説が一方であるが、<sup>10)</sup>条約上は、身柄を拘束している国がいずれかを決定する権利があるこ

とからみても、引渡しが優先するとはいえない。<sup>(61)</sup>但し、外国人の国外犯を処罰することは証拠の確保など刑事手続き上困難であるので、身柄を拘束している国の実際の選択においては、属地主義に基づく裁判権行使を優先させるのが通例である。<sup>(62)</sup>条約によっては、身柄を拘束している国に対して複数の国家から請求があった場合は旗国管轄の優位を認める旨が規定されている場合もある。<sup>(63)</sup>このように条約によって義務的管轄や任意管轄の範囲ならびに管轄権の優先順位は異なるとはいえ、これらの諸条約は共通して身柄を拘束した締約国に対して、身柄を引き渡さない場合には自国で刑事管轄権を行使することを義務付けていることに注意すべきである。

以上、検討したように、これらの諸条約が、一般国際法上は国家の裁量に委ねられている外国人の国外犯の扱いに対して、裁判権を設定することを義務付けるまでにその裁量を制限することができたのは、当該諸条約が規制の対象としている行為が国際テロ行為であるとの認識が高まったからである。国際テロ行為は個々の行為は刑法上の個別の犯罪に当たるとしても、自分の要求を通ずために相手国のみならず、あえて第三国の国民を殺傷するなど複数国の利益を侵害し、さらに政治的、宗教的背景を持つなどの特徴を有しており、国際社会の基本的利益を侵害する重大犯罪といふべきものであると認識されたのである。<sup>(64)</sup>従って何が犯罪に当たるかを条約が実質的に定めることができたのであり、これを受けて裁判管轄に関しても、条約による国家の裁量の制限が可能になったのである。

(40) それらの諸条約は、共通して国家の立法管轄権に積極的に圧力をかけている。規制の対象となる行為を条約上示し、各国の内法で処罰すべき義務を課すのである。この国際法による立法管轄権に対する義務付けも、条約によって程度が異なり、幾つかの類型に分けることができる。第一は一定の行為を条約で列挙し、それを締約国の国内法令で処罰すべきだと定める(例、通貨偽造条約第三条、テロ防止条約第一・二条)。この類型では国際法上の義務の実現のための具体的な方法に関しては締約国が裁

量を有したので、国家は自国の従前の法令を用いることも或いは立法を新たに行うこともできた。第二は立法義務を負わせる類型である。条約の「重大な違反」を行いまたは行うことを命じた者に対する有効な刑罰を定めるため必要な立法を行うことを義務付けるものである(例、ジュネーブ四条約)。さらに第三は各国の現行法令の規定を前提とすることなく、条約自体で実質的に何が犯罪であるか「犯罪の定義」が定められている場合であり、現行刑法の規定の構成要件に不備があると判断される国は特別立法を行うことが条約受諾の条件とされる類型である(例、航空機の不法奪取に関するヘーグ条約第一条)。

(41) 既存の引渡条約における引渡犯罪として含めることや引渡しに関して条約の存在を要件とする国家は当該国際犯罪規制条約を法的根拠とみなすべき旨を規定する。

(42) *112 League of Nations Treaty Series*, pp.371-383.

(43) *19 League of Nations Official Journal* (1938), pp.23-35, 但し、未発効。

(44) 通貨偽造条約第八条「自国民不引渡の原則を認めている国は、第三条に言及されている犯罪を外国で犯して自国に戻ってきたものについては、犯罪が自国で行われたとみなして処罰すること。但し、この条文は外国人について引渡し許可されなかった場合には適用しない。」

(45) Antoine Sottile, *Le Terrorisme International, Recueil des Cours de l'Academie de droit international de La Haye*, tome 65-III (1938), pp.128-130.

(46) 例えば条約義務の履行に関する年次報告書の提出が義務付けられていたり(第二十条)、麻薬取引による不法収益の剥奪を命じる措置(第五条)等が整備されているのである。Alfons Noll, *Drug Control, International*, in: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Volume I (1992), *supra* (n.1), pp.1105-1107. これを受けてわが国も立法を行い新しい制度に備えた。三浦守「麻薬新法における没収・追徴に関する保全手続及び国際共助手続の概要」ジュリスト九九二号(一九九一年・二二・一五)九〇一九八頁。

(47) 戦争犠牲者の保護についてジュネーブ四条約によって普遍的管轄権が設定されたと見る見解がある一方 (Michael Akhurst, *Jurisdiction in International Law*, XLVI *B.Y.B.I.L.*, (1972-1973), p.160) これらの条約は締約国が交戦国として戦闘行為に

- 関与した場合の管轄権の立法上の根拠を定めたにすぎず、普遍的管轄権が設定されたのではないという反対論もある (D. W. Bowett, *supra* (n.18), p.12)。
- (48) 岡田泉「戦争犯罪に対する管轄権の基礎」愛知教育大学社会科学会社会科学論集第十六号(昭五二)七七一—二五頁。
- (49) 例として G. Brand, *The War Crimes Trials and the Laws of War*, XXVI B.Y.B.I.L. (1949), pp.415-417. 反対論 R.R.Baxter, *The Municipal and International Law Basis of Jurisdiction over War Crimes*, XXVIII B.Y.B.I.L. (1951), pp.390-391.
- (50) Baxter, *Ibid.*, p.386. 山本・前掲書(注一)一一七一—一八頁。Jean S. Pictet ed. by, *Geneva Convention, Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. IV. Commentary*, trans. into English from the original French by Ronald Griggin & C. W. Dumbleton (1958), pp.593-596.
- (51) ヴーン条約に關して Bin Cheng, *Aviation, Criminal Jurisdiction and Terrorism: The Hague Extradition/Prosecution Formula and Attacks at Airports, Contemporary Problems of International Law—Essays in honor of Georg Schwarzenberger* (1988), pp.33-41. 西井正広「国際犯罪に対する普遍的管轄権の意義」国際法外交雜誌第八十二卷第一号(一九八三)一七—一四五頁。
- (52) 山本・前掲書(注一)三四九頁。
- (53) 論者によっては引き渡さない場合の裁判権の設定に関する規定があれば、この原則の適用がある条約だと解釈している。例えば Bassiouni と Wise は犯人を引き渡すか、引き渡さない場合は訴追かのいずれかを選択する義務が採用されているとされる。諸条約を四つの類型に分類している。第一は引渡条約において自国民不引渡原則を採用している国家に対して義務が課される場合である(一九五七年犯罪人引渡に関するヨーロッパ条約第六条)。第二は一九二九年通貨偽造条約方式であり、自国での訴追義務は自国の従前の法令が外国人の国外犯を処罰する原則を採用している場合である。第三は一九四九年ジュネーブ四条約方式であり、外国人の国外犯についても捜索することおよび公訴の提起の義務付け、訴追しない場合は犯罪人は引き渡されることが望ましいという方式である。第四は一九七〇年航空機の不法奪取に関する条約(ヘーグ条約)方式である。M.Chérif Bassiouni

& Edward M. Wise, *supra* (n.3), pp.11-19. 尚(注3)にあげた諸条約のうち、以下の諸条約についてはこの原則の適用はないといふべきである。一九四八年集団殺害の防止及び処罰に関する条約、一九四九年戦争犠牲者に関するジュネーブ条約、一九六一年麻薬単一条約、一九六三年航空機内の犯罪規制に関する東京条約、一九七一年麻薬向精神刑規制条約、一九七七年ジュネーブ条約に関する第一追加議定書。

(54) わが国は条約を批准するに際し、「航空機の強取等の処罰に関する法律」(昭四五)を制定し、構成要件を整備すると共に、外国人の国外犯に対する裁判権については刑法第二条の例にしたがうとして対処した。その後、刑法の一部改正を行い(昭六二)、条約による国外犯処罰規定を設けた(第四条ノ二)。山本・前掲書(注1)一六三—一七一、三五四—三五五頁。

(55) 政治犯罪に関する国際法上確立した定義は存在しない。そのためいわゆる相対的政治犯の取り扱いをめぐって、学説及び各国の国内裁判所で議論が繰り返されてきた。政治犯不引渡原則の概念については、芹田健太郎「政治犯罪と偽装引渡—政治犯罪人不引渡原則適用の問題—」『変動期の国際法—田畑茂二郎先生還暦記念』(一九七三年・有斐閣)一八四—二二三頁。島田征夫「政治犯罪概念の国際法的考察」『早稲田法学会誌』二二号(一九七〇)一一三六頁。各国のアプローチに関してChristine Van den Wijngaert, *The Political Offence Exception to Extradition—The delicate problem of balancing the rights of the individual and the international public order* (1980), pp.95-135. 戦後「国際テロ行為に関連してたびたびこの原則が問題となり適用範囲の再検討が進んだ。国際テロ行為と犯罪人引渡については山本章二「犯罪人引渡制度における政治性の変質」東北大学「法学」四九巻三号(一九八五)一一三七頁。L.C. Green, Terrorism, the Extradition of Terrorists and 'Political Offence' Defence, 31 *GYL* (1988), pp.337-371. 国際テロ行為を政治犯罪とはみなさなう傾向にうつりChristine van den Wynngaert, The Political Offence Exception to Extradition: How to Plug the "Terrorists' Loophole" without Departing from Fundamental Human Rights, John Dugard & Christine van den Wynngaert eds., *International Criminal Law and Procedure* (1996), pp.297-316. 古谷修一「テロ行為の非政治犯罪化に関する考察」『早稲田大学法研論集第四一号(一九八七)』二七九—二八四頁。

(56) 条約の起草過程では、航空機の登録国に犯罪人を引き渡す絶対的な義務を課そうという提案もあったが、これは自国民の引渡

しを時として求めることになるため退けられた。Bassiouni & Wise, *supra* (n.3), p.16.

(57) 但しヘーグ方式では事件を権限ある当局に付託すれば良く、現実に起訴が行われるかどうかは起訴に関する国内法制と事例とに異なる。

(58) 一九九二年国際司法裁判所のロッカビー事件においては、一定の裁判官の反対意見にモントリオール条約上の義務と国際慣習法上の義務を同一視した見解が見受けられる。Question of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, *I.C.J. Reports* (1992), pp.114-128. Dissenting Opinion of Judge Bedjaoui, *Ibid.*, p.148. Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, *Ibid.*, p.161. Dissenting Opinion of Judge Ajibola, *Ibid.*, p.187. これに対して共同意見は「一般国際法上、犯罪人の引渡は義務ではなく被請求国の主権的決定に委ねられる。さらに一般国際法上は引き渡さない場合の訴追の義務はない。……そのような方式は学者によって提唱されたが、実定国際法になることはなかったのである。……モントリオール条約は……リビアが英国や米国に対して容疑者の引渡しを拒否することを禁止してはいない。ただし、引き渡さない場合は訴追のために自国の権限ある当局に事件を付託しなければならない」ということを意味するに過ぎない。」と述べている。Joint Declaration of Judges Evensen, Tarassov, Guillaume and Aguilar Mawdsley, *Ibid.*, pp.136-137.

(59) 義務的管轄を義務付けられているのは通常、犯行地(属地主義・旗国主義)、犯人の国籍国(属人主義)及び逮捕地(普遍主義)であり、任意管轄は消極的属人主義に基づくもの等、各条約によって異なる。

(60) Guillaume, *supra* (n.10), pp.34-36.

(61) Gilbert, *supra* (n.37), pp.157-162. M.C.Bassiouni, *Intentional Extradition*, 3rd edition (1996), p.107. 山本・前掲書(注31) 五五五頁。身柄を拘束している容疑者に対して、引き渡さない場合は自国で訴追する準則に代理処罰主義があるが(前述注16参照)、代理処罰主義は引渡しを必ず自国での訴追に優先させる。Oehler, *supra* (n.14), SS.144-147, 508.

(62) 山本・前掲論文(注55)二五二七頁。例えば一九八九年中国民航機を不法奪取した犯人が日本に着陸し、中国(航空機の登録国であり容疑者の国籍国)から身柄の引渡請求があったいわゆる「張振海事件」で、わが国は逃亡犯罪人引渡法に基づいて引

渡しに関する審査を行った。東京高等裁判所は犯罪人を引き渡すことができる場合に該当すると認定し、これを受けて法務大臣は引渡しを決定した。「中国民航機ハイジャック事件・高裁決定」判例タイムズ七二六号（一九九〇・七・一五）七七一一〇頁。外国人の国外犯を審理することは、証拠の確保など刑事手続き上から見て困難であることはたびたび指摘されている。

Gilbert, *supra* (n.37), pp.159-161.

(63) ローマ条約第十一条五項。

(64) 山本・前掲論文（注55）三四―三五頁。

#### 四 結びにかえて

1. 前章の諸条約の分析から、国際法上の犯罪（「諸国の共通利益を害する犯罪」）は、規制の対象とする犯罪的行為の性質に応じて、異なった程度で国家の刑事管轄権に影響を与えていることがわかる。それらの諸条約は確かに一様に国際社会が規制を求めている犯罪であるが、しかし、犯罪人引渡と裁判管轄の点から見れば様々な類型があり、はじめにも述べたように、これら諸条約に普遍的管轄権が設定されているとして一括して評価するのは、普遍的管轄権の概念に混乱を招くのみならず、実際の犯罪の規制にも有効ではない。なぜならば諸国の共通利益を害する犯罪の規制は、犯人が締約国の国内裁判所によって審理・処罰されるという点に意義があるのであって、各条約がどのように国家の裁量に影響を与えているのかを判断し、それに応じた国内法制度を整備することが最も必要だからである。

2. この点に関連して、諸条約で規制される国際法上の犯罪を国際刑事裁判所の事項的管轄権の対象とすべきであるとの近年の見解について最後に検討しておきたい。

(1) 九十年代以降、学説及び国家実行において、国際刑事裁判所を設立して個人に対して直接国際法を適用する制度を作り、広く多数の国の利害に関わる犯罪的行為を「国際法違反の犯罪」として構成することによって対処していこうという動きがあらためて活発になっている。これは一九九三年に国連の安全保障理事会決議に基づいてユーゴ国際裁判所が設立されたことが契機となっている。<sup>65)</sup> 一九九四年には、国連国際法委員会による国際刑事裁判所規程草案が国連総会で採択され、近々外交会議が開かれ実現に向けて国家実行が進んでいる。従来、国際刑事裁判所は「国際法違反の犯罪」、すなわち、個人に対して国際法を直接的且つ専属的に適用する制度として議論されてきたが、国際法委員会による国際刑事裁判所概念は国内裁判制度に対する補完性 (complementary to national jurisdiction) を強調しており、国内裁判所の管轄権を前提とし、その行使が何らかの理由で阻害されている場合に利用されるものと観念されている (規程草案前文)。<sup>66)</sup>

(2) さて、国際法委員会はその国際刑事裁判所規程草案において、国際刑事裁判所の事項的管轄権の対象を次の五つについて認めるべきだとしている。<sup>67)</sup> すなわち (a) ジェノサイド (b) 侵略 (c) 武力紛争に適用される法規慣例の重大な違反 (d) 人道に対する罪 (e) 付属書に列挙された諸条約の規定によって或いはそれらに従って確立された諸犯罪。これらの犯罪は申し立てられる行動を考慮に入れて、国際的関心のある例外的に重大な諸犯罪 (exceptionally serious crimes of international concern) を構成するものである (第二十條)。

(e) のいわゆる条約犯罪 (treaty crimes) は、すでに検討の対象としてきた「諸国の共通利益を害する犯罪」で

ある。なぜ数多くの条約のうち、一定の条約犯罪を国際刑事裁判所の事項的管轄権の対象として認定したのか、その基準についてコメンタリーでは次のように述べている。「(a) 犯罪自体が条約によって定義されており、国際刑事裁判所が第三十九条に規定される罪刑法定主義に従って条約を法として適用できること。(b) 条約が *aut dedere aut judicare* の原則に基づいて普遍的管轄権の体制を創設しているか又は条約が犯罪を処罰することについて国際刑事裁判所の可能性を予定しているか、或いはその両方によって、結果的に明らかに国際的関心の原則を認めている。」<sup>68)</sup>

(3) この二つの法的前提は実定法上の根拠を欠くと思われる。まず第一に、(a) に関して、これは当該条約は自動執行力 (*self-executing*) を認められるとする見解である。<sup>69)</sup> しかしすでに検討してきたとおり、諸条約に自動執行性を前提としたものはない。逆に、条約目的の達成のためには必ず国内法を介在させるということで諸条約は共通しているのである。次に (b) に関しては、普遍的管轄権との関係付けが問題である。国際法委員会のコメンタリーでは普遍的管轄権を特に定義はしていない。そこで付属書に列挙された諸条約の裁判管轄の規定についてみてみると、①ジュネーブ四条約は外国人の国外犯に対する裁判権の設定を義務付けているが、引渡しとの関連づけは行っていない。②ヘーグ条約 ③モントリオール条約 ⑤ニューヨーク条約 ⑥人質禁止条約 ⑦拷問禁止条約 ⑧ローマ条約はいわゆるヘーグ方式を採用している条約なので、引き渡さない場合の刑事管轄権行使を義務付けている。ところが、④アバルトヘイトの抑止と処罰に関する条約はヘーグ方式に見られるような裁判権の設定の義務付けは行っていない。さらに ⑨国連麻薬等ウィーン条約は前章で見たとおり、引き渡さない場合の属地主義と属人主義に基づく裁判権の設定を義務付けているだけである。以上概観して明らかのように、刑事管轄権の問題を考えれば、

これらの諸条約が各締約国に権能として与えたり、或いは義務として課しているものは異なっているのであり、普遍的管轄権が設定されたと見て、一括して同一カテゴリーに含めることは妥当ではない。このような点を考えてみると、条約自体で国際刑事裁判所の管轄を認めているアバルトヘイト（第十条）を除いて、そもそも条約で規制の対象となってきた犯罪を国際刑事裁判所の事項的管轄権の対象とする法的前提は整っていない。<sup>70)</sup>

3. 今後の国際犯罪（諸国の共通利益を害する犯罪）規制に必要であるのは、このような制度化を図ることではなく、国内法の整備にある。とりわけ、諸条約が一定の犯罪に関して引き渡さない場合は外国人の国外犯についても審理・処罰する義務を締約国に対して負わせることになったことに注意すべきである。確かに、外国人の国外犯を審理・処罰することは、裁判権自体の設定はもとより、証拠の確保や証人の尋問など、刑事裁判の遂行に不可欠な要素について困難な点も多い。<sup>71)</sup> だからこそ、普遍主義に基づく外国人の国外犯の処罰は補充的であるとされてきたのである。しかし、国際犯罪を規制する条約の締約国は、一定の犯罪に関しては国際法上の義務を履行するために外国人の国外犯であっても処罰しなければならぬ。刑事管轄権の行使を国際法によって命じられているのである。このような事例に対処できるように、手続法も含めて国内法制度をより一層整備していくことが今後の課題であり、そのような限定的ながらも、各国の国内法制度が国際法上の義務に対応可能になることが、長期的には国際法上の犯罪の有効な規制につながると思われるのである。<sup>72)</sup>

(65) この裁判所は旧ユーゴスラヴィア領域内で行われた武力紛争から生じた国際人道法違反を審理・処罰するために設立されたも

ので、事項的にも時間的にも管轄権が限定されており、旧ユーゴスラヴィアを承継した諸国家の「代替的な刑事管轄権」を行使するものである。ユーゴ国際裁判所について、種田玲子「旧ユーゴに関する国際裁判所の設立について」ジュリスト一〇二七号（一九九三・七・一五）一〇六一―一頁。伊藤哲夫「旧ユーゴ国際裁判所の法的な枠組みと問題点」立教法学四〇号（一九九四）二五三―二八三頁。

- (67) *Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session*, *supra* (n.6), pp.43-44. 国際刑事裁判所概念の戦後の発展については M. Cherif Bassiouni, *The Codification of International Criminal Law and Establishment of International Criminal Court, A Draft International Criminal Code and Draft Statute for an International Criminal Tribunal* (1987), pp.100-101., 最近の国際法委員会の国際刑事裁判所概念については James Crawford, *The ILC's Draft Statute for an International Criminal Tribunal*, 88 *A. J. I. L.*, 1994, pp.140-142. 藤田久一「戦争犯罪とは何か」(一九九五・岩波書店) 一八〇―二四頁。国際法委員会が提出した国際刑事裁判所規程草案については芝原邦爾「国際刑事裁判所の設立」法学教室一九四号(一九九六・一一)六八―七二頁。藤田久一「国際刑事裁判所規程の草案に関して」国際人権六号(一九九六)四二―四九頁。鶴岡公二「国際裁判所の設立について」ジュリスト一〇七九号(一九九五・一一・一五)八〇―八五頁。坂本一也「国際刑事裁判所設立構想に関する一考察―旧ユーゴ国際刑事裁判所と常設国際刑事裁判所設立構想」法学五十九卷三号(一九九五)八六一―二二頁。

- (68) *Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session*, *supra* (n.6), p.70. 裁判所の管轄の問題については James Crawford, *The ILC Adopts a Statute for an International Criminal Court*, 89 *A. J. I. L.* (1995), pp.410-413. 鶴岡・前掲論文(注67) 八二―八三頁。

- (69) *Report of the International Law Commission on the work of its forty-sixth session*, *supra* (n.6), pp.78-79.

- (69) Crawford, *supra* (n.67), p.143

- (70) 確かに、現在議論されている国際刑事裁判所は国内裁判所の管轄権を前提とし、それが有効に機能しない場合の裁判所であるという「補充性」を強調している。しかし国家が国内法に基づいて処罰してきた犯罪を自国で処罰できないという理由で自らの

意思で国際刑事裁判所の介入を招くことは、主権国家の基本的義務の放棄につながるし、他国の支援を仰ぐこともかく、国際社会の負担において求めるべきものではないという批判も加えられている。鶴岡・前掲論文(注67) 八三頁。国際刑事裁判所の「補完性」の原則の法的内容の確定と、裁判所規程草案にあげられているその他の犯罪(二十条(a), (b), (c), (d))に関する国際刑事裁判所の事項的管轄権の対象としての妥当性は今後の検討課題である。

(71) とりわけ国際テロ行為関連の犯罪について、犯行地以外の国で裁判が行われる場合に、証言を行う者も政治的なりリスクに晒される場合がある。例えば英国はキプロスからの逃亡犯罪人の請求に関して、彼の側の証人が共にキプロスに帰ることを拒否したので、当該逃亡犯罪人の引渡自体も拒否した事例がある。Gilbert, *supra* (n.37), pp.65-67. わが国は証拠の提供に関して、「外国ノ囑託ニ因ル共助法」(明三八)と「国際捜査共助法」(昭五五)を有しているのみである。国際捜査共助法について、芝原邦爾『刑事司法と国際準則』(一九八五・東京大学出版会) 二七四—二八〇頁。

(72) 例えば英国コモンウェルスは、国際司法共助に関する枠組(scheme)を作成し、共助の内容に証言のための証人の身柄の確保を可能にする等の規定草案を示し、各国の立法に影響を与えようとしている。David McClean, Mutual Assistance in Criminal Matters: The Commonwealth Initiative, *I.C.L.Q.*, vol. 37 (1988), pp.177-190. 尚、国際法上の犯罪に対処するために適切な国内法の規定とは何かという問題に関して理念的モデルを用いて検討するものとして田中利幸「国際法益と国内刑事管轄」前掲書(注23) 四二五—四四〇頁。