

# 人道に対する犯罪の防止と処罰 (2・完)

—国際条約化に向けた課題—

東 澤 靖

## 目 次

1. はじめに
2. 人道に対する犯罪の歴史
3. 人道に対する犯罪の概念をめぐる諸問題 (以上前号)
4. 国際法委員会 (ILC) における条約化作業
5. 国際刑事法としての諸課題
6. おわりに (以上本号)

## 4. 国際法委員会 (ILC) における条約化作業

### 4.1 条約化作業の背景と条約暫定草案の採択

#### 4.1.1 条約化作業の背景—条約の必要性

国連の国際法委員会 (ILC) は、いうまでもなく、「国際法の漸進的発達及び法典化を奨励する」(国連憲章 13 条 1 項 (a)) という国連総会の目的のために、国連総会が 1947 年に設置した機関である。ILC の構成や任務は、国連総会が定めた ILC 規程に定められ、現在は 34 カ国 34 名の専門委員 (任期 3 年、再選可能) によって構成されている<sup>(146)</sup>。ILC は、国連総会から付託された国際法の漸進的発達や国連加盟国から提出された多国間条約案を検討することに加えて (ILC 規程 16 条, 17 条)、必要かつ望ましいと考える法典化のためのトピックを調査、選択して総会に勧告を行い、また注釈 (コメンタリー) を付してその条

約暫定草案を総会に提出することとされている(同18, 20条)。すでに触れた、ニュルンベルク諸原則, 1954年 ILC 法典案, 1996年 ILC 法典案, 1994年国際刑事裁判所規程草案は, ILC のこうした活動の一環として採択されてきた。

それではなぜ, ILC は, 人道に対する犯罪に関する国際条約について, 条約暫定草案(この名称については後述)を作成する必要性を認めたのか。また, そうした条約暫定草案は, すでに人道に対する犯罪やそれに含まれる特定の類型を規制している他の国際条約と, どのような関係に立つのだろうか。

人道に対する犯罪は, すでに見てきたように, 第2次世界大戦後の国際軍事法廷や連合国が占領する地域での軍事法廷において, 国際犯罪として承認され, 実際の裁判に適用されてきた。また, 冷戦終結後の安全保障理事会による ICTY や ICTR などの国際刑事法廷や, 紛争ごとに設置されたアド・ホックな法廷においても, 人道に対する犯罪は国際犯罪として承認され, 適用されてきた。それらは必ずしも人道に対する犯罪を扱う多国間の国際条約に基づくものではなく, 様々な国際法上の根拠に基づいて, 受け容れられてきたものである。

そして2002年に発効した ICC 規程は, 多国間の国際条約として, 人道に対する犯罪を, 常設の国際機関としての ICC の対象犯罪であることを認め, その詳細な定義を歴史上始めて法典化した。ICC 規程は, その管轄権の行使が認められる事態における人道に対する犯罪を ICC で訴追することのみならず, ICC 規程の締約国に対し, その訴追のために国際協力及び司法上の援助を義務付けることを可能にした。さらに ICC 規程は, その犯罪に管轄権を持つ国家が捜査や訴追を行う意思または能力を持たない場合に ICC による管轄権の行使が可能となる補完性の原則を採用した。その補完性の原則の効果として, 現在までに少なからぬ国々が, 人道に対する犯罪を国内で犯罪化するための国内法を持つにいたっている<sup>(147)</sup>。そのような既存の国際法の枠組のもとで, 人道に対する犯罪に関する国際条約をあらためて成立させる理由はどこにあるのか。

ILC が採択した条約暫定草案と注釈は, まず, そのような疑問に答えること

から始めている<sup>(148)</sup>。そこで述べられているのは、筆者なりに分類、要約すれば、人道に対する犯罪に関する国際法の2つのギャップである。

第一のギャップは、人道に対する犯罪の各国内での犯罪化を義務付ける国際法の不在である。

このギャップは、まず、同じように国際刑事裁判の対象とされる他の犯罪、すなわち集団殺害犯罪及び戦争犯罪との対比において明らかとなる。ICC 規程は、ICC の対象犯罪について、締約国が国内で防止し、処罰することを義務付けているわけではない。前述の補完性原則は、国内での捜査や訴追を奨励する事実上の効果を持つにとどまる。しかし ICC の対象犯罪の中で、集団殺害犯罪は、1948年ジェノサイド条約(注80)によって締約国に防止と処罰の義務が課されている。また戦争犯罪についても、1949年ジュネーブ諸条約(注11)や1977年ジュネーブ第1及び第2追加議定書(注12)が存在することによって、それらの条約の締約国では、集団殺害犯罪と戦争犯罪について国内での防止と処罰が義務付けられている。しかし人道に対する犯罪には、それらに相応する国際条約が存在しない。しかも、人道に対する犯罪は、戦争犯罪が前提とする武力紛争が存在しない状況、また、集団殺害犯罪が前提とする集団破壊という特別の意図が存在しない行為についても成立するものであり、その意味では、より発生しやすい犯罪である。それにもかかわらず、人道に対する犯罪を各国内で防止し処罰する国際条約が存在しないのは、均衡を欠いたギャップである。

各国内での犯罪化を義務付ける国際法に関わるギャップは、近年増加しつつある特定の類型の犯罪の防止や処罰を各国に義務付ける国際条約との対比においても明らかとなる。例えば、腐敗行為や越境組織犯罪などには、国内での犯罪化を義務付ける国際条約が存在する<sup>(149)</sup>。人道に対する犯罪は、それらの国際条約が対象とする犯罪に比べて、はるかに非難されるべき国際犯罪であるにもかかわらず、各国の国内法による防止と処罰を義務付ける国際条約が存在しない。こうしたギャップは、国家が関与する犯罪についての人権条約との対比

においても同様である。拷問や強制失踪は、一定の要件を満たす重大なものであれば、人道に対する犯罪として処罰されるべきものである。そして拷問や強制失踪であれば、既存の人権条約によって国内での犯罪化が締約国に義務付けられているにもかかわらず<sup>(150)</sup>、人道に対する犯罪のその他の犯罪類型には、そのような処罰のための枠組みは存在しない。

このように人道に対する犯罪は、他の国際犯罪との対比、国内犯罪化を義務付ける他の条約との対比において、いわば国内での防止と処罰が国に義務付けられないエア・ポケットとなっている。そして国際条約による犯罪に関するスタンダードの不在は、犯罪の成否のみならず、犯罪の定義や適用される諸原則についても、国や法域によって一様ではないという状況をもたらしてきた。そのため、犯罪化を行う国内法を採択させ、調和させるための国際条約が必要となる。あわせてそのような国際条約は、ICCをはじめとする国際刑事裁判には備わっていない、各国内での犯罪の防止という役割も担うことになる。

第二のギャップは、人道に対する犯罪をめぐる国家間の国際協力を義務付ける国際法の不在である。

今日の社会において、各国内での刑事裁判権の適切かつ効果的な行使は、国家間の国際協力が前提とされる。犯罪容疑者の身柄の確保と移送、捜査の実施や証拠の収集など、訴追の前提とされる各種の手続は、多くの場合には国家間協力を前提としてはじめて実現可能なものとなる。人道に対する犯罪のような広範または組織的に行われる犯罪行為については、特にそのように言えるだろう。その意味では、各国内での犯罪化を義務付ける国際条約のみによっては、実際の防止と処罰は実現できない。

そしてすでに触れた腐敗行為や越境組織犯罪などの他の犯罪については、越境的な犯罪に取り組むための国家間協力の枠組が国際条約に存在し、その協力の履行を締約国に義務付けている。また、拷問等禁止条約や強制失踪条約も、詳細なものではないが、国家間協力に関わる規定を持っている。はるかに非難

## 人道に対する犯罪の防止と処罰（2・完）

されるべき行為である人道に対する犯罪を、国際条約によって防止し、処罰しようとするのであれば、当然にそのような国家間協力の枠組が必要とされる。

他方で人道に対する犯罪については、集団殺害犯罪や戦争犯罪と同じように、国際裁判機関との関係での垂直的な国際協力は、これまでの国際法においても義務付けられることはあった。ICC 規程は、締約国に対し、ICC の管轄権の範囲内にある犯罪について ICC が行う捜査や訴追に対し、各種の形態での協力を行うべきことを義務付けている。しかし、ICC 規程をはじめとする国際裁判機関に関する国際法は、各国家の相互間での協力、いいかえれば水平的協力については、定めるところはなかった。そのような意味で、人道に対する犯罪に関する国際条約は、ICC 規程には存在しない、国家間の水平的協力のギャップを埋めることになる。

結局のところ、人道に対する犯罪に関する国際条約は、ICC 規程を初めとする既存の国際法上の義務との抵触を回避しながら、「現在の国際法の枠組、特に国際人道法、国際刑事法及び国際人権法における、重要で追加的な構成要素として役立つ」<sup>(151)</sup>ことが期待されることになる。

### 4.1.2 ILC における作業と第 1 次草案の採択

「人道に対する犯罪」のトピックは、2014 年の第 66 会期に ILC の作業プログラムに含められ、そのトピックの特別報告者として ILC のシアン・マーフィー委員（アメリカ）が指名された<sup>(152)</sup>。その後、2015 年から 2017 年にかけてマーフィー特別報告者は 3 次にわたるレポートを ILC に提出した。ILC は、それらの報告書を、起草委員会での検討も含めて審査した上で、3 次にわたる条文草案と注釈を暫定的に採択し、第 1 読会の審議を終了した。その経過にかかわる文書は、以下の通りである。

## 人道に対する犯罪の防止と処罰（2・完）

年	特別報告者レポート（報告内容）	ILC のレポート（採択草案）
2015	第1次レポート（検討を進める利益, 第1条—第4条） <sup>(153)</sup>	2015 ILC レポート（第1条—第4条） <sup>(154)</sup>
2016	第2次レポート（第5条—第10条） <sup>(155)</sup>	2016 ILC レポート（第5条—第10条） <sup>(156)</sup>
2017	第3次レポート（第11条—第17条, 残された問題, 前文, 最終条項を含めないこと） <sup>(157)</sup>	2017 ILC レポート（前文, 第1—第15条, 付属文書） <sup>(158)</sup>

採択された条文草案は、前文、15カ条の条文、そして付属文書（Annex）とから成っている。本稿では、その条文の抄訳を末尾に訳出している。

ILC の通常の手続において、その第1読会審議を経た暫定の条文草案と注釈は、国連総会第6委員会の審議のために付託されて、各国政府のコメントを受ける。その上でさらに、ILC における第2読会審議が行われて最終草案と注釈とが採択されれば、国連総会での最終的な採択、そして条約採択のための外交会議へと進んでいく<sup>(159)</sup>。ILC がこの条文草案に用いている標題は、「人道に対する犯罪に関する条文草案」である。しかしそれが究極的には犯罪の防止と処罰のための条約化をめざすものであり、他方でいまだ第1読会審議を経た暫定のものであることを考慮し、以下では、この条文草案を指して「条約暫定草案」と表現することとする。

### 4.2 国際刑事法のもとでの検討の射程

ILC の人道に対する犯罪の条約化作業とその結果を検討する前に、まずその作業が依って立つ国際刑事法と、検討の射程とを確認しておきたい。その検討の目的は、人道に対する犯罪に関する国際条約、さらにはそれを諸国家の国内法と国家間協力によって、防止と処罰とをめざす条約のために、国際法や国内法のいかなる分野の原則や規則、さらには立法技術を踏まえるべきなのかということである。そして後に触れるように、この条約暫定草案の注釈は、この条

約が特に国際人道法、国際刑事法及び国際人権法に関わるものであることを指摘している。しかし、国際刑事法という用語は、他の2つの法分野に比べて、その対象とするものが必ずしも自明ではないように思われる。ある場合には、ICCのような国際的な刑事裁判に関する国際法を意味し、別の場合には国内犯罪に関わる国家間協力を意味することもある。むしろ、「『国際刑事法』という表現の意味は、その使用目的次第であって、あまりに多くの必ずしも一貫していない定義がある」と指摘される状況である<sup>(160)</sup>。そのような意味で、「国際刑事法」といわれる法分野には何が含まれ何が含まれないのか、性格の異なる分野をどのように区別するのかを整理しておく必要がある。

わが国において国際刑事法を考える際に、広く受け容れられてきた分類は、国際刑事法そのものについてというよりも、山本草二の「国際犯罪」に関する三分類であろう<sup>(161)</sup>。すなわち山本は、国際刑事法が対象とする国際犯罪を、①外国性を持つ犯罪、②国際法違反の犯罪、③諸国の共通利益を害する犯罪に分類し、①は実質上国内法の犯罪であるが、後二者は国際法準拠の国際上の犯罪であるとする<sup>(162)</sup>。しかしこの区別は、②の国際法違反の犯罪に、国際刑事裁判の対象とされてきた典型的な国際法上の犯罪のみならず、国際テロから経済活動に関わる犯罪までも含まれる可能性が示唆されており<sup>(163)</sup>、③の諸国の共通利益を害する犯罪とどのように区別されるのかが必ずしも明らかではない<sup>(164)</sup>。他方で近時の教科書などでは、国際法上の犯罪を、諸国の共通利益を害する犯罪と個人の国際犯罪に二つの類型に分類し、後者には国際刑事裁判の対象とされてきた国際犯罪を含め（特に定義は記載されていない）、前者にはそれ以外の犯罪で、国際法が犯罪行為を定義し訴追や処罰を国内法に委ねるものが含まれるとする例もある<sup>(165)</sup>。

国際法の下での犯罪への取り組みは、古くは海賊行為や奴隷取引、そして近時では国際テロリズム、越境組織犯罪や腐敗行為など、諸国家が国境を越えて関心を持たざるを得ない多種多様な分野で拡大しつつある。そのために諸国家

は、国際条約を成立させる形で、国際社会の共通利益という法益に対処するための協調した取り組みを進展させてきた。その意味では、そのような取り組みを動的に把握するためのカテゴリーとしての「諸国の共通利益を害する犯罪」という概念は、きわめて適切なものかもしれない。そのため、国際刑事法の構造と機能は、「諸国の共通利益を害する犯罪」を中心に再構成されるべきだと指摘もなされてきた<sup>(166)</sup>。他方で、「諸国の共通利益を害する犯罪」というカテゴリーが分類のために有効なものであるのかという観点からはいくつかの疑問も生じる。そこで対象とされる犯罪は、通常の国内犯罪とされてきたが捜査や訴追に国家間協力を必要とする犯罪と、どのように質的に区別され、またその区別に意味があるのか。逆にここで検討している人道に対する犯罪など、従来国際法違反の犯罪あるいは個人の国際犯罪とされてきたものは、「諸国の共通利益を害する犯罪」というカテゴリーとどのような関係に立つのか。さらには、「諸国の共通利益を害する犯罪」として分類されることによって、国際法の取扱いにどのような効果をもたらされるのか、といった疑問である。そうした疑問についての共通認識は必ずしも存在しないように思われる。もちろん、本稿は、国際刑事法や国際犯罪の概念を探求整理しようとするものではないし、また筆者にそのような能力もない。しかし、以下で人道に対する犯罪の防止と処罰のあり方について検討するためには、便宜上、その概念が明確ではない「諸国の共通利益を害する犯罪」という概念からは離れることとしたい。

そのような便宜的な観点から現在世界に存在する犯罪を見てみると、そこには伝統的な国家主権の一部として究極的には国家が裁判権を持ち、国内刑法によって規律される国内犯罪と、それらの主権国家を超えた国際司法機関に裁判権が認められ、国際法によって規律されている国際犯罪とが存在する。伝統的な国家主権の観点からは、国家とは区別された国際司法機関に刑事裁判権を認めることは決して自明のことではない<sup>(167)</sup>。しかし、第二次世界大戦後に開始された国際刑事裁判の実践、そして最終的にはICC規程の採択によって、国



際司法機関が裁判権を持つ国際犯罪の概念が確立してきた。もちろん国際犯罪の概念をそのように狭く捉えることには多くの異論があることも容易に想定される。国際司法機関が裁判権を持つ犯罪ではなくても、国際条約がその犯罪を定義し、その国内犯罪化を締約国に義務付ける犯罪は、もはや純粋に国家主権の範ちゅうにある国内犯罪とは言えないかも知れない。後にひんばんに検討する越境組織犯罪や腐敗行為、あるいは人権にかかわりその一部は人道に対する犯罪も構成する拷問や強制失踪など、そのような枠組を持つ国際条約は今日多数存在する。しかし、それらの国際条約が定義する犯罪も、各国の国内法のみにおいて実際の犯罪化と訴追が予定されているという意味においては、国家が裁判権を持つ国内犯罪の一部として機能する。

このように犯罪を、国家による裁判権のみが予定されている国内犯罪と、国際司法機関に裁判権が認められている国際犯罪とに分類してみると、それらの拡張された諸態様を位置づけることも可能である。まず国内犯罪は、それが国際的な広がりを持つ場合、国家間での国内法の執行の調整、条約による国家間協力の義務付け、犯罪の定義や基準の国際的な統一、さらにはその犯罪と防止を相互に義務付けるという形で、国際法の礼讓や条約の対象となっていく<sup>(168)</sup>。そのような国内犯罪や国内刑法の国際的な諸側面を扱う概念として、今日では、越境刑法もしくは越境刑事法 (transnational criminal law) というカテゴリーが用いられることも多い<sup>(169)</sup>。越境刑事法は、広い意味では国際刑事法の一部であるが、対象とされる実際の犯罪は、中核的な国際犯罪とは区別される国内犯罪であり、それに対する管轄権も純粋に国内裁判権であるという意味で区別される<sup>(170)</sup>。なお、後に検討する ILC の注釈は、越境刑事法という概念は用いることなく、このような越境刑事法に関わる条約について「国内法の犯罪に取り組む条約」(treaties addressing crimes in national law) という表現を使用して、条約の対象とされる犯罪を国内法の犯罪として区別している。

他方で、国際司法機関に裁判権を認める国際犯罪が存在することは、特に

1990年代以降、争いようのない事実として存在する。刑事裁判権は、すべて国家主権に由来し、国家以外には刑事裁判権を行使することは認められないという伝統的な国家中心主義に対して、第2次世界大戦後に開始された国際刑事法廷の歴史は、国際法における刑事司法の分野に新しいカテゴリーを創り出してきた。現在では、ICC 規程が対象犯罪とする集団殺害犯罪、人道に対する犯罪、戦争犯罪、そして2017年に新たに管轄権が起動させられた侵略犯罪が、そのような国際犯罪の類型に含まれる。これらは、国際人道法の一部として議論されてきた内容である。もちろん、戦争犯罪のように国際条約が存在する以前に国内法で裁判権が設定されてきた犯罪も存在し、それらを扱うジュネーブ諸条約や追加議定書は、上記の越境刑事法の一部と考えることも十分に可能である。しかし、そうした国内犯罪も国際司法機関に裁判権を認められるに至ったという一点において、便宜上、国際犯罪の類型に含めることとしたい。

そのような意味での国際犯罪を考えた場合に、国際犯罪を訴追し、処罰するという執行のシステムは、バシオーニが述べる直接執行システム (direct enforcement system) と間接執行システム (indirect enforcement system) に整理できる。直接執行システムは、国際犯罪に対し国際司法機関が自ら裁判権を行使する体制であり、本稿で検討してきた国際刑事裁判がそれに該当する<sup>(171)</sup>。一方で間接執行システムは、国際犯罪に対する裁判権を、国際条約などによって諸国家の国内法制度を通じて執行するものである<sup>(172)</sup>。そしてそのような間接執行システムにおいては、国内犯罪に適用されるのと同様の国家間の刑事司法協力 (interstate cooperation in penal matters)、言い換えれば上述の越境刑事法に含まれる国際法が適用されることになる<sup>(173)</sup>。

以上を要約すれば、国際刑事法として議論されてきた法分野は、第一に、国際犯罪の類型に含められた犯罪の実体法の側面について、国際犯罪の直接執行システムに関して確立してきた諸原則や法技術を含んでいる。それらはこれまで国際人道法として議論されてきた内容と重なることになる。すなわち、人道

に対する犯罪がどのようなものであり、その犯罪にどのように関わった者に責任が認められるのかという刑事責任の実体法的側面については、これまでの国際犯罪に関する諸原則や法技術が用いられることになる。そこには、犯罪の構成要件（定義）、拡張された責任の成立要件（未遂、共犯、上官責任、法人の責任など）、責任を阻却する事由（上官命令の存在、主権免除、出訴期限（時効）、恩赦）、刑罰（通常犯罪の刑罰との区別、死刑の可否）などの問題が含まれる。それらの問題には、すでに人道に対する犯罪の概念を検討する際に見てきたIMT憲章以降の国際文書や判例法理などにおける諸原則や法技術を参照することになる。特に、人道に対する犯罪を含む国際犯罪を初めて詳細に法典化したICC規程が大きな影響力を持つことになる。

そして第二に、国際刑事法は、国内犯罪にかかわる国内刑事法を執行するための国際的諸側面、言い換えれば越境刑事法を形づくってきた諸原則や法技術を含んでいる。それらは、国際犯罪の間接執行システムにおいても、同様に適用されることになる。人道に対する犯罪の防止と処罰を実際に多数の国家間で実現するためには、手続法的側面に関する国家間の取り決めも必要となる。例えば、人道に対する犯罪の防止や処罰をどのように各国家に実施させるのか、各国家が持つ刑事裁判権をどのように調整するのか、各国での訴追や処罰を確保するために国家相互間でどのような国家間協力（犯罪人引渡しや証拠の収集など）を行わせるのか、などといった問題がそれである。それはまさに前述の間接執行システムに関わる問題であり、越境刑事法の中で用いられてきた諸原則と法技術とが利用されることになる。そのような越境刑事法の検討においては、海賊、奴隷取引、薬物取引、テロリズム、組織犯罪、腐敗行為、マネーロンダリング、あるいは一定の人権侵害行為など多くの犯罪分野ですでに存在する国際条約の規定が検討されることになる。特に比較的最近に成立した国際条約で国連加盟国の大半が参加している2000年の越境組織犯罪防止条約や2003年の腐敗防止条約（注149）は、越境刑事法における豊富な法技術を提供する<sup>(174)</sup>。

また、人道に対する犯罪という犯罪の性格を反映する諸原則の確認のためには、類似または一部となる犯罪を扱ってきた国際条約が参照されることになる。そのような条約には、1948年のジェノサイド条約(注80)、1973年のアパルトヘイト条約(注72)、1984年の拷問等禁止条約(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)、2003年の強制失踪条約(強制失踪からのすべての者の保護に関する国際条約：注72)がある。さらに、越境刑事法の中で犯罪人引渡しと相互援助(国家間協力)の分野については、かつて国連総会で採択された「犯罪人引渡し条約モデル」(犯罪人引渡しに関する条約モデル)と「相互援助条約モデル」(刑事問題に関する相互援助に関する条約モデル)が存在する<sup>(175)</sup>。

そして第三に、国際刑事法は犯罪の容疑者とされる個人、また、被害者や証人など犯罪の影響を受ける個人の地位をも対象とすることから、国際刑事法に関わるすべての分野において、国際人権法による人権保障との整合性が図られる必要がある。

以上を土台として、以下では、2017ILCレポート(注148)に含まれる条約暫定草案について、その概要と背景とを、同レポートに含まれる注釈を参照しながら検討する。それらは、いくつかのグループに分けるのが便宜であることから、目的・射程と犯罪の定義(前文、1条、3条)、犯罪の防止と犯罪化の義務(2条、4-8条)、国家間協力の義務(9-10条、13-15条、付属文書)、人権の保障(11、12条)の4つの分野に分けて検討していく。その際、2017ILCレポートに含まれる注釈の引用・参照先は、パラグラフ別ではなく、総論、前文、各条、付属文書ごとに丸括弧で記載されていることから、文章末尾に項目・条文数と丸括弧数字を記載して特定する(例、「総論(1)」,「1(1)」など)。

### 4.3 目的・射程と犯罪の定義

#### 4.3.1 目的・射程 (前文, 1条)

この条約暫定草案は、その標題を「人道に対する犯罪に関する条文草案」として、標題自身にはその内容を記載していない。しかしそれは、「人道に対する犯罪の防止と処罰に関する条約となるであろうものの条文草案」であることが意図されている(総論(3))。また、正式の条約案ではない ILC の暫定草案であることから、「締約国」などの条約の定型句を用いず、また、批准、留保、効力発生、改正などに関する最終条項は含めていない(総論(3))。

前文は、条約暫定草案を作成した一般的な文脈と主要な目的を明らかにするものである(前文(1))。全9文からなる前文は、まず多くの子ども・女性・男性が人道上の良心に衝撃を与える犯罪の被害者となってきた歴史、人道に対する犯罪が平和などへ与える脅威を確認する。その上で、国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪である人道に対する犯罪が防止され、実行行為者の不処罰を終わらせる決意を宣言する。また、ICC 規程における同犯罪の定義の存在、各国が刑事管轄権を行使すべき責務や国内での実効的訴追・国家間協力増進の必要性、そして被害者・証人・犯罪容疑者の権利など、条約定めるに当たって考慮された要素を指摘している。これらは、最も重大な犯罪に関する条約であるジェノサイド条約や ICC 規程の前文において使用された用語によって、着想されたものであるとされる(前文(1))。

注目すべきなのは、第3文に「さらに人道に対する犯罪の禁止は、一般国際法の強行規範(ユス・コーゲンス)であることを承認し」と記載されていることである。注釈は、ここでの強行規範性の意味を、その規範に対しては一切の逸脱が許容されず、同じ性質を有する一般国際法規範によってしか変更できない規範であると説明している(前文(4))。国際法の中に階層性が存在し、人道に対する犯罪の禁止が強行規範と考えられることは、前に触れたように ILC の

みならず(注66)、国際司法裁判所の判決においても間接的に、承認されてきたことである<sup>(176)</sup>。さらにそうした強行規範性が国際条約によって承認されることは、人道に対する犯罪禁止という規範の、国際法における性格を確立することにつながるであろう。

この条約暫定草案は、人道に対する犯罪の防止と処罰という2つの主要な目的を持つ。そのことは前文にも記載され(前文(5)(6))、さらに1条の適用範囲において明示的に規定される。ここで防止とは、犯罪の実行を妨げることに重点を置き、他方で処罰とは、犯罪が発生した後または行われる過程にある場合の刑事手続に重点を置く(1(1))。また、集団殺害犯罪、戦争犯罪、侵略犯罪など、他の重大な国際犯罪はこの条約暫定草案の対象とはしない(1(2))。

#### 4.3.2 目的・射程のもとでの国家の一般的義務(2条)

防止と処罰という条約暫定草案の2つの主要な目的を達成するために、国家の一般的義務(2条)に関する規定が、最初に置かれている。同条は、人道に対する犯罪が武力紛争とは関係なく国際法の下での犯罪であることを明示し、その上で国家に、その犯罪を防止及び処罰することを一般的に約束させる。同条が、人道に対する犯罪を国際法の下での犯罪であることを明示する趣旨は、それに該当する行為が国内法で犯罪とされているかどうかにかかわらず、同犯罪が国際法上の犯罪として存在することを明確にするためであるという(2(4))。

他方で、この2条の一般的義務に「武力紛争時に行われたどうかにかかわらず」という武力紛争関連要素の否定が含まれている趣旨は、必ずしも明らかではない。武力紛争関連要素の否定は、すでに見てきたように、本来は人道に対する犯罪の定義をめぐる問題の一部である。その意味では、次の犯罪を定義する規定に含まれるのが通常であるとも考えられる。この部分に関する注釈も、IMT憲章に始まる人道に対する犯罪の歴史的経緯を踏まえて、武力紛争関連要素を否定した異なる敷居要素を採用したことを説明しており(2(3)-(9))、

それ以上の説明はない。これはまさに犯罪の定義に関する説明であって、その意味では、武力紛争関連要素の否定を2条の一般的義務の項目で定めることは、奇妙である印象を与える。善意に解釈すれば、IMT 憲章にはじまり ICTY 規程においてもなお存在した武力紛争関連要素について、その影響力を排除するために、そしてそれがそもそも採用されていない条約暫定草案の犯罪の定義規定において、否定の趣旨を明確にするために、あえて一般的義務の項に含めたとも考えられる。

#### 4.3.3 犯罪の定義 (3条)

人道に対する犯罪の定義をめぐる問題状況は、すでに詳しく検討してきた。その中でも触れたように、条約暫定草案は、ICC 規程7条に規定された定義を、同条2項、3項の用語の定義を含めて、そのままに採用している。ICC 規程と異なる点は、まず、ICC 規程の「この規程の適用上」を「この条草案の適用上」としたり、迫害の犯罪類型の定義における「この1に掲げる行為又は裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪を伴うもの」を「この項に掲げる行為又は集団殺害犯罪若しくは戦争犯罪を伴うもの」に変更したりしたなどの、用語上の調整によるものでしかない(3(8))。また、内容的な変更としてはすでに述べたように、条約暫定草案の定義が他の国際文書や国内法のより広範な定義に影響を与えないことを確認する、第4項が加えられた点がある。

ICC 規程の定義をそのまま採用した理由について注釈は、同規程がすでに120を超える国家によって受け入れられていること、同規程の定義が多くの国家の国内法で用いられていることなどを挙げている(3(8))。その上で注釈は、ICC 規程の定義に存在する、広範性／組織性要素、文民たる住民に対する攻撃と政策要素、認識要素などの敷居要素について、国際刑事法廷やICCでの裁判例を挙げて詳細な説明を加えている(3(7), (9)-(36))<sup>(177)</sup>。しかし、それらの要素がなぜ必要とされるのか、合理的なものかについては、特段の検討は加

えられていない。

#### 4.4 犯罪の防止と犯罪化の義務

前述の人道に対する犯罪に関する国家の一般的義務（2条）を具体化するものとして、条約暫定草案は、犯罪の防止のために、防止のための措置を国家に義務付け（4条）、あわせてノン・ルフールマン原則（5条）を規定する。また、国内での犯罪化を行わせるために、国内での犯罪化（6条）、裁判権の設定（7条）、そして犯罪が行われた場合の捜査（8条）を国家に義務づけている。

##### 4.4.1 防止義務とノン・ルフールマン

###### 4.4.1-1 防止義務（4条）

条約暫定草案における国家の防止義務（4条）は、人道に対する犯罪の防止のために国家が約束する措置に関する規定（1項）と、その犯罪の逸脱禁止性を定める規定（2項）とから成っている。

まず防止義務は、国家が次の2つの措置を通じて行うことを約束するという形で規定されている（1項）。第1には、国家の管轄の下にある領域内において「立法、行政、司法その他の効果的な防止措置」を取る国内的措置であり、第2には、「他の国家、関係する国家間組織、及び適当なときはその他の組織との協力」をするという対外的措置である。それらの措置は、「国際法に従って」（in conformity with international law）実施することとされている。

人道に対する犯罪の犯罪類型に該当するような人権侵害行為については、人権に関する国際条約が、これまで締約国の国内に向けた防止義務を定めてきた。ジェノサイド条約（I条・V条）、アパルトヘイト条約（IV条（a））、拷問等禁止条約（2条1項）、強制失踪条約（23条）などがそれである。またこのような防止義務は、航空犯罪、外交使節に対する犯罪、人質を取る行為、テロリストによる爆破行為、組織犯罪、人身取引などの犯罪に関する国際条約にも含まれ



てきた (4 (3))。さらに他の人権条約においても、条約上は明文で防止や禁止を定めていないが、そのような締約国の義務を認めてきている (4 (4))。そのような慣行、先例法、諸国家による受容を踏まえて、条約暫定草案は、人道に対する犯罪関する国家の防止義務を規定した (4 (6))。その文言は、ジェノサイド条約 (I 条) に倣ったものとなっている。

注釈は、こうした防止義務には、以下の内容が含まれていると説明する (4 (9)-(19))。第1に国家自身が、その機関や国家に帰責されるような者を通じて、犯罪を行わないこと、第2に直接に国家の権限の下にはない者や集団の行為を、相当な注意を以て防止するための措置を取ること、第3に以上の防止に役立つ措置を、前もって積極的に取るようにすること、そして第4に、他の国家や国際機関と、一定の形態の協力を行うようにすることである。

第4の義務は、条約暫定草案 (4条1項 (b)) において、対外的協力義務として規定されている。しかし、前述の防止義務を定める人権条約やその他の条約は、防止義務の一内容として、対外的協力に関わる義務を明示的には規定してこなかった。その意味では、防止義務の一つとして「他の国家、関係する国家間組織、及び適当なときはその他の組織との協力」を約束させる条約暫定草案の規定は、斬新なものといえるかもしれない。注釈は、この対外的協力の義務の根拠として、国連憲章における国際協力の一般的な規定 (1条3項, 55, 56条) と、戦争犯罪と人道に対する犯罪の扱いにおける国際協力を謳った1973年国連総会決議<sup>(178)</sup>を引用している (4 (20))。

なお、前述のように条約暫定草案は、防止義務に「国際法に従って」という条件を付している。この点は、ジェノサイド条約の解釈においてICJがそのように判示していることに由来するものである<sup>(179)</sup>。そして、注釈自身もそのことが重要であり、防止義務の実施が、国連憲章、国際人道法、国際人権法に合致するものであることを求めている (4 (8))。

条約暫定草案は、防止義務のもう一つの重要な柱として、人道に対する犯罪

の絶対的禁止あるいは逸脱禁止を定めている。すなわち、「武力紛争、内政の不安定又は他の公の緊急事態のような事態であるかどうかにかかわらず、いかなる例外的な事態も人道に対する犯罪を正当化する根拠として援用することはできない。」(2項)という規定がそれである。この規定は、拷問等禁止条約(2条2項)や強制失踪条約(1条2項)で拷問や強制失踪の禁止について採用された表現とほぼ同じであり、人道に対する犯罪に適合するように文言上の修正がなされている(4(21)(22))。この規定は、「例外的な事態」を主語とすることによって、国家のみならず非国家主体の行為についても、逸脱禁止が適用されることを意図している(4(23))。他方でこの逸脱禁止は、国家の防止義務という文脈の中での規定されるものであって、その他の文脈、例えば訴追された者が刑事責任を免れるために「例外的な事態」を主張することまで禁止することを意図したものではない(同前)。

#### 4.4.1-2 ノン・ルフールマン(5条)

次に条約暫定草案は、国の防止義務に引き続く規定として、ノン・ルフールマンの規定を置く。すなわち人道に対する犯罪を防止するための措置の一つとして、人道に対する犯罪の対象とされるおそれがあると信ずるに足りる実質的な理由がある場合には、人を他の国の管轄の下にある領域に追放等してはならないとの義務を国に課し(1項)、そうした理由の有無の決定に際して特に考慮すべき事情を定めるものである(2項)。この規定は、ジュネーブ第4条約(45条)や1951年難民の地位に関する条約(難民条約:33条)<sup>(180)</sup>など多くの条約に存在する、いわゆるノン・ルフールマン原則を採用するものである(5(1)-(3))。

その中で、同原則が禁止している追放等には、拷問等禁止条約(3条)が掲げる追放、送還、犯罪人引渡しというリストがあるが、この規定は、強制失踪条約(16条)をモデルとして、「surrender」という用語を加えている(5条(4)(5))<sup>(181)</sup>。また、追放等が禁止される場所については、拷問等禁止条約や強制

失踪条約が用いる「他の国」という表現が、その法的意味をより特定する「他の国の管轄の下にある領域」に変更されている。

ノン・ルフールマン原則を採用する過去の文書には、難民条約のように一定の場合に例外を認めるものと、拷問等禁止条約のようにそのような例外を認めない絶対禁止を要求するものがあった。難民条約の場合には、国の安全への危険や有罪判決確定によって社会にとって危険な存在になった者について、追放禁止の例外が認められている。この違いは、ノン・ルフールマン原則を採用する日本の出入国管理及び難民認定法（53条3項）にも反映されている。この点について、条約暫定草案は、追放等禁止の例外を認めないという拷問等禁止条約の立場を取っている。それは、人道に対する犯罪の対象となる危険性の防止という文脈に照らして、例外を認めることは適切ではないという考えに基づくものである（5（11））。

この規定が国に義務付ける追放等の禁止は、あくまで人道に対する犯罪の対象とされる危険に関わるものだけであって、その他の人権または人道上の危険は対象とされていない。この点について注釈は、他の条約や慣習国際法から発生する、他のノン・ルフールマンの義務の適用を妨げるものではないと説明している（5（6））。また、条約暫定草案には、本条以外にも後に触れる犯罪人引渡しの規定の中に、差別的・人権侵害的訴追に関して犯罪人引渡請求に応ずる義務を否定する規定（13条9項）が存在するが、その適用によってノン・ルフールマン原則と重なる部分が生じる可能性もある。

人道に対する犯罪の対象となる危険の実質的理由の判断要素（2項）について、条約暫定草案は、拷問等禁止条約や強制失踪条約とほぼ同じ内容の規定を置いている。注釈は、この規定に関して、「おそれがあると信ずるに足りる実質的な理由がある場合」という判断基準や考慮要素について、拷問禁止委員会、自由権規約委員会、ヨーロッパ人権裁判所が行ってきた解釈の先例を紹介している（5（7）-（10））。しかし、人道に対する犯罪においては、拷問等禁止条約や強

## 人道に対する犯罪の防止と処罰 (2・完)

制失踪条約では、想定されていなかった新たな問題が、ノン・ルフールマン原則の適用において生じる可能性がある。それは、拷問等禁止条約や強制失踪条約においては、追放等が禁止される相手国における、国家が関与する拷問等や強制失踪が問題とされるのに対し、人道に対する犯罪の場合は、その行為の主体に限定がないことから、非国家主体による人道に対する犯罪の危険性がある場合に相手国の状況をどのように評価、判断するのかという問題などである。この点については、後にあらためて検討する。

### 4.4.2 国内での処罰のための措置

条約暫定草案は、処罰することを約束するという一般的義務を国内の刑事司法において実施させるために、国内法の下での犯罪化(6条)、国内裁判権の設定(7条)、捜査(8条)という3つの国の義務を規定している。国内での処罰を義務付けるための規定は、「必要な立法を行うこと」(例:ジェノサイド条約V条)など簡略に規定する例もあるが、注釈は、より最近の国際条約の規定例、具体的には拷問等禁止条約(4-6条)などになって規定したと説明している(6(7))。

#### 4.4.2-1 国内法の下での犯罪化(6条)

全8項から成る国内法の下での犯罪化に関する規定は、拷問等禁止条約などの先例にならったとするものの、はるかに詳しい規定となっている。特に、一般的な犯罪化の義務(1項)に加えて、拡張された責任形態(未遂及び共犯)(2項)、上官責任の責任類型(3項)、一定の責任・処罰阻却事由の排除(4-6項)、量刑(7項)及び法人の責任(8項)などに関する内容を含む点で、拷問等禁止条約とは異なっている。この点について注釈は、人道に対する犯罪が犯罪となることを確保し、一定の責任阻却事由や出訴期限(時効)をあらかじめ排除し、犯罪の重大な性質にふさわしい適切な刑罰を提供するために国家が採用しなければならない措置を定めていると説明している(6(1))。

【犯罪化の義務 (1項)】

1項は、人道に対する犯罪が自国の刑法上の犯罪となることを確保するための必要な措置を取ることを国に義務づけている。

この表現は、拷問等禁止条約(4条)における「自国の刑法上の犯罪とすることを確保する。」という表現と少し異なる。その違いの理由について注釈は、拷問禁止委員会が懸念を表明してきた、条約と国内法との間の犯罪の定義をめぐる食い違いや抜け穴の問題に対応するため、つまり人道に対する犯罪の国内法の定義が条約のそれから大きく変更されることを防ぐためであると説明する(6(4)-(6))。他方で、すでに定義規定(3条4項)で示されているように、国内法が処罰範囲を広げる定義を採用することは、可能とされる(6(6))。

【拡張された責任形態 (2項)】

2項は、人道に対する犯罪の実行犯のみならず、一定の拡張された責任形態を自国の刑法上の犯罪となることを確保するための必要な措置を取ることを国に義務づけている。具体的には、実行犯に加えて、未遂行為、あるいは実行行為や未遂を命じ(order)、教唆し(solicit)、勧誘し(induce)、ほう助し(aid)、唆し(abet)、またはその他の方法で援助(assist)もしくは寄与(contribute)するという共犯行為である。これらの責任形態は、それぞれの先例や必要性についての詳しい説明が行われているが(6(8)-(15))、内容はICC規程(25条3項)に掲げられた責任形態を要約して踏襲しているものである(6(12))。

【上官責任の責任類型 (3項)】

3項は、さらに追加的な責任類型として、指揮官その他の上官の責任が自国の刑法上の犯罪となることを確保するための必要な措置を取ることを国に義務づけている。この責任類型は、軍の指揮官とそれ以外の非軍事的・文民の上官とに区別され、いずれの場合も、軍隊・部下の犯罪行為に加えて、不適切な管理及び一定の帰責事由が存在する場合に、指揮官・上官の責任が発生する。指揮官と上官とでは、部下の犯罪の責任が帰責される要件において違いがある。

軍の指揮官の場合には部下の犯罪を認識していた場合だけでなく「知っているべきであった」場合にも責任が発生する一方で、上官の場合には認識に関する要件は、犯罪を認識し、または意識的に無視した場合に限定されている。また、指揮官・上官は、その権限内で、犯罪の防止・抑止、捜査・訴追のための付託といった必要かつ合理的な措置を取らなかったことについても、責任を負う。

注釈は、上官責任についての先例を詳しく検討しているが(6 (16)-(22))、結果的には、ICC 規程(28条)と同様の構成と表現とを用いている。

【一定の責任・処罰阻却事由の排除(4-6項)】

条約暫定草案は、以上の責任の成立に関する規定に続いて、一定の責任・処罰阻却事由の不適用に関する規定を置いている。具体的には、人道に対する犯罪については自国の刑法において、①政府や上官の命令に従って犯罪を行ったことが責任阻却事由とならないこと(4項)、②犯罪が公的資格を持つ者によって行われたことが責任阻却事由とならないこと(5項)、③出訴期限(時効)の適用を受けないこと(6項)を、確保するための必要な措置を取ることを国に義務づけている。

上官の命令への服従が、責任阻却事由あるいは犯罪を正当化する根拠とならないことは、IMT 憲章(8条)にはじまり、ICC 規程(33条)にいたる国際刑事裁判において広く承認されてきた法理である(6 (23)-(26))<sup>(182)</sup>。また拷問等禁止条約(2条3項)や強制失踪条約(6条3項)などの人権条約においても同様の法理が採用されてきた(6 (27))。

同じように、国家元首や外務大臣を含めて、容疑者が公的資格を持つことが責任阻却事由とはならないという法理も、IMT 憲章(7条)にはじまり、ICC 規程(27条1項)にいたる豊富で一貫した先例を持つ。それに依拠して注釈は、この規定を条約暫定草案に含めることが適切であるとしている(6 (28)-(31))。しかしながら公的資格が無関係であるという法理は、注釈も指摘しているように、政府高官の主権免除という慣習国際法の法理との間に緊張関係をもたらす。

そのため注釈は、ICJ の逮捕状事件 (注 176) の判例を引用しながら、次のような説明を行っている (6 (31))。すなわち、人道に対する犯罪に関して公的資格を責任阻却事由から排除するというのは、刑事責任に関する実体法の問題である。他方で、一定の政府高官が他国の裁判権から免除される慣習国際法の法理は、「手続的免除」として区別される。そして、責任阻却を認めないとする実体法上の規定は、「手続的免除」には影響を与えないとする。この説明が意味するのは、政府高官である容疑者については、「手続的免除」によって、他の国が裁き、またそのために犯罪人引渡しを求めることはできないかもしれないが、政府高官の所属する国がこの条約に加わっている限り、その国での訴追や処罰が義務づけられるということかも知れないということかも知れない。なお、公的資格にあったことを、量刑の問題として提起できるかどうかについては、注釈は、それは量刑に関する規定 (7 項) の適用における問題であるとしている (6 (32))。

出訴期限 (時効) の不適用は、従来の国際刑事裁判においてその扱いが必ずしも一様ではなかった。IMT 憲章、IMTFE 憲章、ICTY 規程、ICTR 規程などにおいては、出訴期限 (時効) に関する規定が存在しない一方で、CCL10 号 (II 条 5 項)、ICC 規程 (29 条)、さらには時効不適用条約 (注 72) では、人道に対する犯罪に対する出訴期限 (時効) の適用が排除されている (6 (34)-(35))。人権条約においても、その扱いは一様ではない (6 (36))。例えば、拷問等禁止条約には出訴期限 (時効) を禁止する条項はないものの、拷問禁止委員会は、拷問行為に出訴期限を適用することはできないとの立場を明らかにしてきた<sup>(183)</sup>。その一方で、強制失踪条約 (8 条 1 項) は、一定の要件の下で強制失踪に対する出訴期限の適用を許容しているものの、その起草過程文書では、人道に対する犯罪を構成する強制失踪には出訴期限が適用されないことが意図されていたという<sup>(184)</sup>。以上のような状況のもとで、条約暫定草案がなぜ出訴期限 (時効) の禁止を採用したのかについて、注釈及びその基礎となった特別報告者報告<sup>(185)</sup>

では特段の理由は述べられていない。推測すれば、時効不適用条約や ICC 規程の採択、さらにはこれまでの国内における人道に対する犯罪の裁判例に照らして、出訴期限(時効)の不適用は、諸国家にとって受け入れ可能なものとなっているとの判断があるのであろう。

【量刑 (7項)】

以上の諸規定によって成立する犯罪について、この項は、その重大性を考慮した適切な刑罰を科するための必要な措置をとることを国に義務づけている(7項)。犯罪の重大性に応じた適切な刑罰を課すべきことは、国際刑事裁判に関する ICTY 規程 (24条)、ICTR 規程 (23条)、ICC 規程 (77条)などで定められている他、拷問等禁止条約 (4条)など、犯罪の国内処罰に関する国際条約の多くにおいても採用されてきている (6 (38)-(40))。

【法人の責任 (8項)】

この項は、人道に対する犯罪について法人の責任を設定するために、国が必要な措置をとるものと定めている。ただし本項には、「適当なときは」という用語を加えられており、国家に一定の裁量権を認めた上での義務となっている。責任の種類は、「刑事、民事又は行政上の」という選択的なものとされており、必ずしも刑事上の責任に限られない。

法人の刑事責任については、そのような法概念を持つ国と持たない国とがある (6 (42))。また国際条約においても、法人の刑事責を明示している国際条約もある一方で (6 (45)-(46))、従来の国際刑事裁判においては、法人は実際に裁かれたことはなく、また、犯罪の国内処罰に関する国際条約においても含まれてはこなかった (6 (43)-(44))。注釈は、人道に対する犯罪に法人が関与する可能性があることから、その責任を犯罪化の手段として含めることとした。他方で、法人の責任に関する義務を国家が受け入れることを容易にするために、2000年子どもの権利条約人身売買選択議定書(児童の売買、児童の買春及び児童ポルノに関する児童の権利条約選択議定書)(3条4項)をモデルにして、柔軟な規



定としたという（6（47）-（51））。

#### 4.4.2-2 国内裁判権の設定（7条）

国家の裁判権は、各国内の刑事法によって、さまざまな原則に基づいて設定されてきた。そのような原則には、領域内での犯罪を対象とする「属地主義」（船舶・航空機の旗国を含む準属地主義を含む）、犯罪が行われた場所を問わず自国民による犯罪を対象とする「（積極的）属人主義」、犯罪が行われた場所や容疑者の国籍を問わず自国民が被害者となった犯罪を対象とする「消極的属地主義」、領域や国籍を問わずに国家の主権・安全保障・完全性その他の重要な政府機能に影響や脅威を与える犯罪を対象とする「保護主義」、国際法における犯罪の重大性のために犯罪の場所、容疑者の国籍や所在にかかわらず裁判権の対象とする「普遍主義」などがある。そして近時の特定の犯罪を禁止する条約は、各国家による一方的な裁判権の設定がもたらす紛争を回避するために、諸国家の合意の下に合理的な裁判権の拡張形態を設定する手段を与えている<sup>（186）</sup>。

条約暫定草案における国内裁判権の設定に関する規定は、裁判権を設定する義務を定める2つの規定と、それ以外の追加的裁判権を許容する規定とから成っている。すなわち、国家は第1に、人道に対する犯罪について、いわゆる属地主義、積極的属人主義及び消極的属人主義に基づく裁判権を設定するための必要な措置をとる義務を負う（1項）。ただし、消極的属人主義に基づき裁判権を設定すること、また積極的属人主義のもとで領域内に居住する無国籍者を含めることについては、「自国が適当と認めるときは」という条件が付されて裁量的なものとなっている。第2に国家は、容疑者が自国の管轄の下にある領域内に所在し、かつ容疑者の引渡しを行わない場合に、自国の補充的な裁判権を設定するための必要な措置をとる義務を負う（2項）。他方で、この規定は、国内法に従って設定されるその他の刑事裁判権を排除するものではないとして、上記の義務に含まれないより拡張的な裁判権の設定を許容している（3項）。

この場合のより拡張的な裁判権とは、容疑者が自国の領域内に所在することを理由とする裁判権などである。

これらの条項は、犯罪の防止と処罰という目的のために、後に触れる「引渡ししか訴追か」の義務と併せて、各国の国内法において最大限に広範かつ可能な裁判権を設定する必要があるとの考慮に基づくものであり、他の多くの国際条約においても採用されてきた方法である (7 (2)-(5), (11))。そして、これらの条項は、拷問等禁止条約 (5条) 及び強制失踪条約 (9条) の規定とほぼ同じ内容が用いられている。

属地主義に基づく裁判権について、注釈は、条約暫定草案4条の防止義務と同様に、事実上の領域だけではなく国家の管轄下にある他の領域をも包含するのが適切であると考え、「犯罪が自国の管轄の下にある領域内では又は自国において登録された船舶若しくは航空機内で行われる場合」という範囲を設定している (7 (6))。積極的属人主義に基づく裁判権において、自国民による犯罪に加えて、選択的に、「常居所を有する無国籍者」による犯罪を含める可能性を認めているのは、1979年人質行為防止条約 (人質をとる行為に関する国際条約: 5条1項 (b)) などになったものである (7 (7))。消極的属人主義に基づく裁判権について、それを国家の裁量に委ねて選択的なものとした理由は、その形態の管轄権行使を望まない国家が多数あることを考慮したためであり、拷問等禁止条約 (5条1項 (c)) にその例がある (7 (8))。

2項の補充的な裁判権と同様の規定は、拷問等禁止条約 (5条2項)、強制失踪条約 (9条2項) にある。注釈は、同項の定めが、関連する裁判権を持たない国に容疑者が避難することを防止するのに役立つと説明している (7 (9))。

3項の国内法による拡張的な裁判権の設定も、拷問等禁止条約 (5条3項)、強制失踪条約 (9条3項) に、「この条約は、国内法に従って行使される刑事裁判権を排除するものではない。」という同様の規定がある。注釈は、この規定の趣旨を、条約暫定草案の適用範囲を超えて国家がそのような裁判権を設定す

る権限を維持させるためであると説明している (7 (10))。

#### 4.4.2-3 捜査 (8条)

国内での処罰のための措置として、すでに触れた国内法の下での犯罪化と国内裁判権の設定に加えて、条約暫定草案は、国に自国内で発生する人道に対する犯罪に関する捜査義務を課している。

このような捜査 (investigation) の規定は、拷問等禁止条約 (12条) にも存在するが (政府訳では「捜査」ではなく「調査」)、さらに本規定では、「または行われている」という部分が追加され、すでに発生した犯罪のみならず、進行中の犯罪も対象とされている。この追加について注釈は、本規定の下での捜査について、容疑者やその所在を特定することのみならず、進行中の犯罪の継続や再発を防止することを期待していると述べている (8 (1))。

この規定の捜査義務は、自国内での犯罪の発生を機に行われるべきものであり、次の9条に定められた自国内にすでに特定された容疑者が所在する場合の予備調査とは区別される (8 (1))。この捜査義務の内容について注釈は、拷問禁止委員会の先例に依拠しながら、捜査は具体的な申立がなくても行われるべきこと、「迅速」な捜査とは直ちにまたは遅滞なく捜査が開始されるべきこと、「公平」な捜査とは真剣、実効的かつ偏見のないやり方での捜査であること、などの説明を加えている (8 (2)-(4))。

#### 4.5 国家間協力の義務

前述の人道に対する犯罪に関する国家の一般的義務 (2条) を具体化するものとして、条約暫定草案は、各種の国家間協力の義務に関する規定を設けている。具体的には、犯罪容疑者が所在する場合の予備的措置 (9条)、引渡しまたは裁判 (10条)、犯罪人引渡し (13条)、法律上の相互援助 (14条)、紛争の解決 (15条)、そして国家間協力を促進するための付属文書である。

すでに述べたように、人道に対する犯罪という国際犯罪を各国の刑事裁判権に委ねながら処罰していくという間接執行システムにおいては、国家間協力に関する越境刑事法の諸原則と法技術が用いられることになる。そのため、注釈は、国家間協力に関わる諸規定を設けるにあたって、これまでに存在してきた特定の犯罪を扱う数多くの国際条約を参照している。そうした過去の国際条約における国家間協力の規定について、特別報告者は、「より簡易な規定」(less detailed provisions)と「より詳細な規定」(more detailed provisions)という興味深い分類をしている。例えば犯罪人引渡しについては、「より簡易な規定」とは国の犯罪人引渡し条約において特定の犯罪を引渡犯罪に含める一般的な義務を課すのに対し、「より詳細な規定」は、特定の犯罪に関する条約自体を犯罪人引渡しの根拠と見なし、犯罪人引渡しをめぐる生じうる多くの問題について定めている<sup>(187)</sup>。また、法律上の相互援助についても、「より簡易な規定」は、最大限可能な援助を与えるという一般的義務を定めるにとどまるのに対し、「より詳細な規定」は、一般的義務に加えて「法律上の相互援助のミニ条約」とも呼ぶべき詳細な条約関係を規定している<sup>(188)</sup>。その詳細な条約関係には、証拠を提供するための被抑留者の移送、窓口となる中央当局の指定、証言のためのビデオ会議の使用、法律上の相互援助を拒否するために許される理由と許されない理由などが含まれる。そして、「より簡易な規定」の例としては、拷問等禁止条約や強制失踪条約の諸規定があげられ、「より詳細な規定」の例としては、越境組織犯罪防止条約や腐敗防止条約があげられる。全般的な印象として、特別報告者は、その特別報告者第3レポートにおいて後者の「より詳細な規定」をほぼそのまま提案していたが、条約暫定草案は、「より詳細な規定」を基本にしながらも、その簡略化を図っている。

#### 4.5.1 自国に所在する容疑者の取扱い

条約暫定草案は、自国に所在する容疑者の取扱いについて、3つの規定を置

いている。犯罪の容疑者が所在する場合の予備的措置 (9条), 「引渡しまたは裁判」 (10条), 犯罪人引渡し (13条) である。このうち自国に所在する容疑者の取扱いについて, 条約暫定草案が国に課す中核的な義務は, 「引渡しまたは裁判」に関する義務である。他方で, そのような中核的な義務の下で, 犯罪人引渡し自体は, 国の義務としては規定されていない。

#### 4.5.1-1 犯罪の容疑者が所在する場合の予備的措置 (9条)

この規定は, 人道に対する犯罪の容疑者が自国の管轄権の下にある領域内に所在する場合に, 国が, 抑留, 予備調査, 通報など一定の予備的措置をとる義務を定めている (9 (1))。

その予備的措置とは, 第一に, 容疑者の所在を確実にするために抑留その他の法的措置をとることである (1項)。ただし, その法的措置は, 自国が入手することができる情報を検討した後, 状況によって正当であると認める場合であること, 並びに, 当該締約国の法令に定めるところによるもので, 刑事訴訟手続又は犯罪人引渡手続を開始するために必要とする期間に限って継続するものであることという条件が付されている (同項)。第二に, 第一の措置をとった国は, 事実について直ちに予備調査を行う (2項)。そして第三に, 抑留を行う場合には, 第7条1項によって裁判権を持つ国に対し, 抑留されている事実及びその抑留が正当とされる事情を直ちに通報する (3項)。また第二の予備調査を行う国は, その結果をそれらの国に対して速やかに報告し, また, 自国が裁判権を行使する意図を有するか否かを明らかにする (同項)。

この規定は, 拷問等禁止条約 (6条) に定められた国の義務とほぼ同一のものである。注釈によれば, 人道に対する犯罪において, こうした予備的措置の重要性は, 国連総会や安全保障理事会によって承認されてきたものとされる (9 (4))。

他方で, 拷問等禁止条約 (6条3項) に存在する被抑留者が国籍国や居住国 (無

国籍の場合)の代表と連絡をとる権利は、本条には存在しない。しかし、そのような権利は、後述する犯罪の容疑者の公正な取り扱いに関する規定(11条2項(a))の中にも含まれている。

#### 4.5.1-2 「引渡しまたは裁判」(10条)

「引渡しまたは裁判」(*Aut dedere aut judicare*)の原則、すなわち、自国の領域内に所在する犯罪の容疑者を他国に引き渡さない場合には自国において訴追しなければならないという原則は、17世紀のグロチウスに起源を持つものであり、バシオーニによれば国際刑事法における間接執行システムの土台となる原則であるとされる<sup>(189)</sup>。条約暫定草案は、この法原則を採用し、自国の領域内に所在する人道に対する犯罪の容疑者を自国で訴追しない場合には、他の国または権限ある国際刑事法廷に引き渡さなければならないという義務を、国に課している(10(1))。具体的にこの規定は、第一に、「犯罪の容疑者がその管轄の下にある領域内に所在する締約国は、その者を他の国又は権限のある国際刑事法廷に引き渡さないときは、訴追のため自国の権限のある当局に事件を付託する。」という「引渡しまたは訴追」の義務を定める(第1文)。それに加えてこの規定は、「それらの当局は、自国の法令に規定する他の重大な犯罪の場合と同様の方法で決定を行う。」(第2文)と定めて、実際の訴追手続は、各国の国内法に従うべきことを明示している。

注釈は、「引渡しまたは裁判」原則の内容や義務の射程について、ILC自らが過去に検討してきた文書、様々な国際条約における「引渡しまたは裁判」原則、ICJの裁判例(「訴追または犯罪人引渡し」の義務に関連する問題(ベルギー対セネガル)2012年7月20日)において検討された同原則を検討している(10(2)-(5))。とりわけ、同判決が詳しく検討する1970年航空機の不法な奪取の防止に関する条約にならって用いられるようになった「ハーグ・フォーミュラ」は、国に「引渡しまたは訴追」の義務を課し、容疑者を拘束する義務と引渡しの可能性、

## 人道に対する犯罪の防止と処罰（2・完）

権限のある当局に付託する義務と訴追の可能性を設定するものである（10（3））。本規定は、その「ハーグ・フォーミュラ」の内容を反映したものであるが、実際の規定は、拷問等禁止条約（7条）や強制失踪条約（11条）に定められたものとほぼ同じである。なお、この規定によって国に課される義務の内容は、実際には、「引渡しまたは訴追」であって、この規定の標題に用いられている「引渡しまたは裁判」ではない。実際には訴追手続が開始された後で、各種の理由により裁判手続に移行しない可能性も存在する。しかし注釈は、「引渡しまたは裁判」というラテン語の原則が一般に通用していることから、標題としてはそれを用いることにしたと説明している（10（1））。

「引渡しまたは訴追」の義務の内容について、拷問等禁止条約を初めとする他の国際条約における規定との違いの一つは、引渡し先として裁判権を持つ国家だけではなく、国際刑事法廷が加えられていることである。そのような例としては、強制失踪条約（11条1項）があるが、同条約の場合には国際刑事法廷について「自国が管轄権を認めている」という条件が付されている。しかし注釈は、本条約暫定草案においてはそのような条件は不要であると見なしている（10（6））。

第2文の当局の決定方法に関する規定は、人道に対する犯罪についても他の重大な犯罪に関する通常の手続や立証水準（standards of evidence）を確保することを目的とするものであり、「ハーグ・フォーミュラ」を採用する多くの国際条約で用いられているものである（10（7））。他方で、この第2文には、拷問等禁止条約（7条2項）や強制失踪条約（11条2項）に存在する、訴追や有罪判決に必要とされる立証水準に関する定めは存在しない。その点について注釈は、特段の説明を加えていない。

同じように、拷問等禁止条約や強制失踪条約に存在する、容疑者の公正な取り扱いの保障に関する定めも、本規定には含まれていない。しかし、その保障は、後に述べる容疑者の公正な取り扱い（11条）において包括的に規定されて

いる。

注釈は、この規定の項で、国内法におけるアムネステイ(恩赦等)の是非についても論じているが(10(8)-(11))、その問題については、後に検討する。

#### 4.5.1-3 犯罪人引渡し(13条)

##### 【犯罪人引渡しに関する諸原則や法技術】

自国の刑事法の手続において、捜査、裁判、刑の執行の対象とされる者(犯罪人)が他国に所在する場合、自国の刑事法を執行するためには、その犯罪人が所在する国の政府に対し、犯罪人引渡請求を行い、被請求国にその請求に応じてもらう必要が生じる。その上で被請求国が、請求国からの犯罪人引渡請求に応じてるか否かは、基本的には被請求国の主権に属する事項であり、犯罪人引渡しに関する被請求国の国内法制度によって処理されることになる。そのような被請求国の国内法制度には、大きく分類して、犯罪人引渡しを行うために請求国との引渡条約が存在することを条件とする国(条約前置主義)と、条件としない国(条約非前置主義)が存在する。条約前置主義を取る被請求国は、請求国との間に犯罪人引渡し条約が存在する場合にその引渡しを行うが、条約非前置主義をとる被請求国が引渡しに応じてかどうかは、被請求国の国内法の定め委ねられ、通常は請求国から相互主義の保証が与えられることが条件とされて引渡しが行われる<sup>(190)</sup>。人道に対する犯罪においても、各国が条約上の義務を履行するために国内で犯罪化し裁判権を設定した国内法を、国外に所在する容疑者に対して適用するためには、そのような各国の法制度の違いを超えて、犯罪人引渡しを実施される条約上のシステムが必要となる。

二国家間における犯罪人引渡しは、国ごとに数多くの条約が存在し、その中で様々な諸原則や法技術が用いられてきた。それらの諸原則や法技術を集大成した一つの国際基準として存在するのは、前述の国連総会が採択した犯罪人引渡し条約モデルである(注175)。犯罪人引渡し条約モデルは、そこで用いる諸



原則や法技術として、第一に、条約の当事国に犯罪人引渡しの相互的な義務を課す。第二に、引渡請求を行うための双方可罰性と重大性の要件を課す。すなわち、引渡しの対象となる犯罪は、当事国双方の国内法で処罰可能であり（双方可罰性）、また一定の刑期以上に相当する犯罪であること（重大性）を必要とする。第三に、条約モデルは、引渡拒否事由を、必要的なものとするものと任意的なものとの区別して規定する。必要的な引渡拒否事由の代表的なものは、政治犯罪と差別的目的の訴追・処罰の場合であるが、軍法犯罪、時効や恩赦などにより免除された犯罪、手続保障を欠いた手続など、多数の引渡拒否事由が掲げられている。任意的な拒否事由も多数掲げられているが、被請求国の自国民、請求国での死刑判決の可能性、人道的な配慮などが含まれている。第四に、条約モデルは、被請求国が引渡請求に応じるに際しての特定性の原則を用いている。すなわち、引渡しを受けた請求国は、その後に行う訴追の範囲が、被請求国が引渡しに同意した際に特定された犯罪に拘束され、それ以外の犯罪を理由に刑事手続や刑の宣告などを行ってはならないという義務である。第五に、条約モデルには、請求国による請求やその添付書類の方式、被請求国による決定と通知、容疑者や証拠の移送手続、引渡請求の競合、費用負担などの、手続に関する多くの内容を規定している。こうした条約モデルにおいて対象とされている諸原則や法技術が、犯罪人引渡しに関する規定を設ける際に考慮されることになる。

通常の犯罪人引渡しに関する一般的な二国間条約に関する諸原則や法技術を前提とした上で、犯罪人引渡しに関する規定を、特定の犯罪の処罰と防止を目的とする多国間の国際条約に含める場合には、さらに検討を要する問題が生じる。一つには、多国間の国際条約の下で新たに設定する国の義務と、すでに二国間条約において存在する国の義務との関係を、どのように整理するのかという問題である。また、すでに触れた「引渡しまたは訴追」の原則を採用する多国間の国際条約の下で、国に課される義務の内容は、犯罪人引渡し二国間条約

の下での義務と同じものではない点も、さらなる検討を必要とする問題である。すなわち二国間条約は、すでに見た条約モデルのように、通常は、引渡拒否事由を設けながらも当事国に犯罪人引渡しの義務を課している。しかし、「引渡しまたは訴追」の原則の下で国に課される義務は、被請求国が容疑者を引き渡さない場合には自国において訴追しなければならないという義務であって、犯罪人引渡しは、被請求国の義務とはされていない。そのように両者の義務の性格の違いが、犯罪人引渡しに関する諸原則や法技術を取り入れる際にも影響を与えるかも知れない。

#### 【犯罪人引渡しに関する規定の基本的義務 (1項) と概要】

この規定は、人道に対する犯罪を、犯罪人引渡条約に含めることについての基本的な義務を国に課している。すなわち、「この条草案の定める犯罪は、国家間の現行の犯罪人引渡条約における引渡犯罪とみなされる。国は、相互間で将来締結されるすべての犯罪人引渡条約にこの条草案の定める犯罪を引渡犯罪として含めることを約束する。」(1項)ものとされる。

注釈は、この規定が扱う犯罪人引渡しを、容疑者が所在する国が裁判権を持つ国に通報する義務(9条3項)を実施した結果としての対応であること、そして引渡請求に応じない場合に被請求国に生じる訴追義務(10条)という全体的な文脈の中に位置づける(13(3)(4))。そして犯罪人引渡しは、通常二国間条約や多国間条約で規律されてきたが、人道に対する犯罪の容疑者の引渡しにおける国家間協力の重要性は、国連総会決議(1974年3074(XXVIII))その他の国連文書で確認されてきたことを指摘する(13(1)(2))。

注釈によれば、この規定は、基本的に腐敗防止条約(44条)と、同条約がモデルとする越境組織犯罪防止条約(16条)をモデルとしている(13(5))。その理由としては、対象とする犯罪の性格は違っていても犯罪人引渡しをめぐって生じる問題はほぼ同じであること、腐敗防止条約が国連加盟国の大半によって批准され、また国連薬物犯罪事務所(UNODC)による詳細なガイドによって

広く理解されていることなどが挙げられている(同前)。他方で、全部で18項にもわたる腐敗防止条約(44条)の規定が、すべて条約暫定草案で使用されているわけではなく、除外された項目、他の条約から追加された項目も存在する。

【「政治犯罪」の引渡拒否事由からの除外(2項)】

すでに触れたように犯罪人引渡条約においては、「政治犯罪」が引渡拒否事由の代表的なものであるが、条約暫定草案では、「政治犯罪」であることは引渡拒否事由から除外されている。すなわちこの規定の2項は、「国家間の犯罪人引渡しの適用上、この条文草案の定める犯罪は、政治犯罪、政治犯罪に関連する犯罪又は政治的な動機による犯罪となしてはならない。このため、政治犯罪、政治犯罪に関連する犯罪又は政治的な動機による犯罪に関係することのみを理由として犯罪人引渡しの請求を拒否することはできない。」と規定する。

注釈は、この規定について、犯罪人引渡しに関する二国間条約においても一定の犯罪は、しばしば引渡拒否事由から除外する扱いがなされてきたこと、また、特定の犯罪を扱う多くの国際条約においてもその条約の対象犯罪を「政治犯罪」とすることを禁止している例があることを指摘する(13(9))。その上で注釈は、集団殺害犯罪、人道に対する犯罪、戦争犯罪が、「政治犯罪」と見なされるべきではないとする考え方を、過去の国際文書<sup>(19)</sup>に基づいて指摘する(13(8))。

ここで注意すべきは、犯罪人引渡請求を「政治犯罪」などのみを理由に拒否することはできないというこの規定と、犯罪人引渡請求が政治的見解による迫害のための手段としてなされる場合に被請求国がどのように対応すべきかとは、区別されることである(13(10))。後者のような場合については、本規定の9項が、請求に必ずべき被請求国の義務を否定しており、また、「政治犯罪」以外の理由で拒否が認められる場合もある(同前)。

条約の対象犯罪を「政治犯罪」と見なさないという規定は、本規定がモデルとする腐敗防止条約(44条4項)にも同趣旨のものがある。しかし条約暫定草

案における「政治犯罪」に関する規定は、より詳しい規定を持ち、許されないのが「政治犯罪」のみを理由とする拒否であることを明示する、強制失踪条約(13条1項)をモデルとしている(13(10))。

**【条約前置主義・非前置主義をとる国のための規定(3項, 4項, 5項)】**

本規定は、犯罪人引渡しについて前述の条約前置主義をとっている国のための規定を置いている。そのような国は第一に、本条約暫定草案を他の締約国との関係で犯罪人引渡しに必要とされる条約と見なすことができるが(3項)、それは必ずしも義務ではない。第二にそのような国は、本条約暫定草案を犯罪人引渡しの法的根拠とするか否かを国連事務総長に通報しなければならない、また、本条約暫定草案を法的根拠としない場合には、犯罪人引渡しに関する条約を締結するように「適当なときは、努める」ものとされる(4項)。

逆に、条約非前置主義をとっている国については、人道に対する犯罪を引渡犯罪として認める、という簡単な規定が置かれている(5項)。

これらの規定は、腐敗防止条約(44条5-7項)をモデルとしたものである(13(12)-(15))。

**【引渡拒否事由その他、引渡しの条件(6項)】**

引渡拒否事由をはじめとする引渡請求に関する条件については、「犯罪人引渡しは、請求を受けた国の国内法に定める条件又は適用可能な犯罪人引渡条約に定める条件に従う。これらの条件には、請求を受けた締約国が犯罪人引渡しを拒否することができる理由を含む。」(6項)と規定され、具体的な条件は列挙されていない。ここで想定される条件について、注釈は、裁判所の判決や大臣の承認などの手続的要件、死刑の可能性・欠席裁判に基づく刑の執行の場合、特定性の原則を理由に基づく引渡しの禁止などを挙げている(13(17))。

この規定は、腐敗防止条約(44条8項)をモデルとしたものである。しかし、同条約が犯罪人引渡しの条件として、引渡拒否事由と並んで例示する、犯罪人引渡しに最低限必要とされる刑に関する条件(重大性の要件)は、本規定から

は除かれている。そのことについて注釈は、刑の最低限の要件を設けること、言いかえればその要件を満たさない場合に引渡しを拒否する条件を認めることが、人道に対する犯罪の容疑という文脈に照らして不適切と考えたと説明している (13 (16))。また、それ以外の国内法に定められた条件であっても、条約暫定草案が別の規定で禁止する出訴期限 (時効) (6 条 6 項) を理由とする引渡しの拒否は条件として許容されず、また、国際法のその他の規則に違反する条件も許容されない可能性がある (13 (17))。

**【裁判権設定国の犯罪発生国としての見なし規定 (7 項)】**

この規定は、「必要な場合には、この条文草案の定める犯罪は、国家間の犯罪人引渡しの適用上、犯罪が発生した場所だけではなく、条文草案 7 条 1 項に従い裁判権を設定した国の領域内において行われたものと扱う。」というものである (7 項)。この規定は、犯罪の発生した国以外への引渡しを被請求国の国内法が認めていない場合を想定して、それに対処するために設けられた (13 (19))。すなわち、そのような国内法を持つ被請求国であっても、7 条 1 項に従った積極・消極的属人主義に基づく裁判権を根拠に行われる引渡請求に対し、その国内法を理由に拒否はできないこととなる (13 (20))。ただし、このみなし規定は、容疑者の所在を根拠に裁判権を設定した国など、7 条 2 項のもとで追加的に裁判権を設定した国の請求には適用されない。

腐敗防止条約には、この内容に対応する規定は存在しない。しかし、こうした見なし規定は、前出の 1996 年 ILC 法典案 (注 57: 10 条 4 項) で採用されている (13 (21))。またこの規定の表現は、1999 年テロ資金供与防止条約 (テロリズムに対する資金供与の防止に関する国際条約: 11 条 4 項) をモデルとしている (13 (19))。

**【自国民の不引渡しを定める国の対応 (8 項)】**

自国民の引渡しを拒否する被請求国の問題についてこの規定は、外国において有罪判決と刑を受けながら自国に逃げ帰った者の取扱いについてのみ規定をおいている。そのような状況において、被請求国は、「刑の執行を目的とする

犯罪人引渡しをその引渡しの対象となる者が自国の国民であるという理由により拒否した場合において、当該請求を行った国からの申出があるときは、自国の国内法が認め、かつ、その法律の要件に適合する限りにおいて、当該請求を行った締約国の国内法に従って言い渡された刑又はその残余の執行について考慮する。」(8項)。すなわち、この規定の対象となるのは、刑の執行のための引渡請求についてのみであり、また、被請求国に求められるのは、自国内での残余刑の執行を考慮することである。

同じような規定は、越境組織犯罪防止条約(16条10項)や腐敗防止条約(44条13項)に存在する(13(22))。しかし、腐敗防止条約には、自国民の引渡しの拒否について他にも、自国内での訴追義務や、引渡後に刑の執行のための自国への送還を条件とする国内法が存在する場合の取扱いに関する規定がある(44条11項, 12項)。自国内での訴追義務を規定しないことについては、注釈は説明を加えていないが、「引渡しまたは裁判」(10条)の義務が存在する下で、あらためて規定する必要はないと考えているものと思われる。他方で、自国への送還を条件とする国内法が存在する場合の扱いについて、注釈は、それは国内法に定める条件に従うとの別の規定(13条6項)の適用によって不要となると考えている(13(23))。

【差別的その他国際法で許容されない理由による引渡請求に対する義務の否定(9項)】

条約暫定草案は、犯罪人引渡しに関して、差別的・政治的目的の引渡請求に対する義務を否定する規定を置いている。差別的・政治的目的の引渡請求とは、「ジェンダー、人種、宗教、国籍、民族的出身、文化、特定の社会的集団の構成員であること、政治的意見若しくは国際法の下で許容されないことが普遍的に承認されたその他の原因を理由として、当該請求の対象となる者を訴追し若しくは処罰するために当該請求が行われた」と信ずべき一定の根拠がある場合である。

同じ趣旨の規定は、越境組織犯罪防止条約(16条14項)や腐敗防止条約(44条15項)を初めとして、多くの多国間・二国間条約及び国内法に存在する(13(24))。この規定は、それら二条約の規定をモデルにしながらも、「性」を「ジェンダー」に変更し、「文化」や「特定の社会的集団の構成員」(強制失踪条約13条7項参照)を加えるなどしている(13(25))。また、注釈は特に説明していないが、「国際法の下で許容されないことが普遍的に承認されたその他の原因」という包括的な理由も加わっている。

他方で注釈も注意を喚起していることであるが、本条約暫定草案は、引渡しか訴追かの義務を国に課すものの(10条)、犯罪人引渡請求に応ずる義務を国に課す規定はそもそも存在しない(13(26))。その意味では、一定の場合に引渡請求に応ずる義務を否定する本規定は、厳密な意味では不要なものである。しかし注釈は、基本的権利が否定される危険のある引渡しが行われないことを確保し、そのような引渡しを被請求国が拒否することに確信や根拠を与えるために、この規定を置くことが適切であると考えたとする(13(26))。

#### 【引渡請求を拒否する場合の対応と協議(10項)】

最後に、本規定には、被請求国が引渡請求を拒否する場合の引渡請求の対応と協議についての取扱いが存在する。それは、「犯罪人引渡しの請求を受けた国は、その引渡しを拒否する前に、適当なときは、請求を行った国がその意見を表明し、及びその主張に関する情報を提供する機会を十分に与えるため、当該請求を行った国と協議する。」(10項)というものである。

この規定は、越境組織犯罪防止条約(16条16項)や腐敗防止条約(44条17項)がそのモデルとされている(13(28))。この規定の定める協議は、「適当なときは」とされて、拒否をする被請求国にとって義務的なものとはなっていない。それは、被請求国の拒否の理由が機密保持に関係するなど、協議を行うことが適切でない場合などを想定しているためである(13(27))。

#### 【その他、本規定のもとで生じうる問題】

以上の犯罪人引渡しに関する詳細な規定にもかかわらず、注釈は、条約暫定草案に参加する国の間においても、犯罪人引渡請求が拒否され、あるいは行われない事態があることを否定していない。例えば、条約前置主義をとる国が本条約暫定草案を法的根拠とすることを選択しない場合(3項)、国内法や犯罪人引渡し条約の条件が満たされないために引渡し拒否される場合(6項)、あるいは、差別的その他国際法で許容されない理由による引渡請求が拒否される場合(9項)などがそうである。しかし注釈は、そのような拒否を行う場合には、「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(10条)が国に生じることを、繰り返し指摘している(13(3)(4)(18)(32))。

また注釈は、本規定には含まれなかった2つの問題について説明を加えている。それは、犯罪人引渡し請求が複数の国からなされた場合の取扱いと、双方可罰性の要件についての規定の必要性についてである。

複数の国からの引渡請求がなされる場合、すなわち引渡請求の競合に関する取扱いは、本規定には存在しない。引渡請求の競合に関する規定を含めないこととした判断について、注釈は、他の特定の犯罪に関する条約には通常そのような規定が存在しないことを指摘する(13(29))。また仮に含めるとしてもそのような規定は、前出の犯罪人引渡しに関する条約モデル(16条)のように、被請求国の裁量権を承認するにとどまることになること(13(29))、すなわち規定を含める実際上の意味に乏しいことを指摘している。

また双方可罰性の要件の場合は、犯罪人引渡しに関する国内法や条約において広く受け入れられている原則であり、本規定がモデルとする腐敗防止条約(44条1項)においても規定が存在する。しかし注釈は、まず、腐敗防止条約においては、犯罪化が義務付けられる犯罪と推奨されるにすぎない犯罪とが混在し、締約国の間でも処罰可能な犯罪の範囲に食い違いが存在しうるので、双方可罰性の要件を含めることに意味があることを指摘する(13(31))。併せて注釈は、条約の対象とする犯罪の犯罪化が例外なく義務付けられている拷問等禁止条約



## 人道に対する犯罪の防止と処罰（2・完）

や強制失踪条約においては、すべての締約国において対象犯罪を処罰可能とする措置が取られていることが前提とされ、双方可罰性の要件は規定されていないことを指摘する（13 (32)）。その上で注釈は、本条約暫定草案が後者の諸条約と類似するもので双方可罰性は前提となっていること、また被請求国が負う義務は引渡しではなく「引渡ししか訴追か」の義務であることから、双方可罰性に関する規定を含める必要性はないと判断している（13 (33)）。これは、そもそも義務ではない犯罪人引渡しに、実際上の必要性が乏しい要件を加える必要はないという趣旨であろう。

### 4.5.2 法律上の相互援助

#### 4.5.2-1 規定の構造

捜査、訴追、裁判、判決の執行など各国の刑事裁判権をめぐる手続について、国家間で行われる協力には、司法援助、司法共助、捜査共助、刑事問題に関する相互援助（mutual assistance in criminal matters）など、さまざまな呼び名がある。ILC は、それらの国家間協力について、越境組織犯罪条約や腐敗防止条約で用いられている「Mutual legal assistance」という表現を用いており（14 (1)）、それらの条約の政府訳では「法律上の相互援助」という訳語が用いられている。

法律上の相互援助は、注釈によれば、国家間の礼譲に基づく任意の協力として通常は相互主義に基づいて行われ、あるいは二国間・多国間の条約に基づいて行われる（14 (1)(2)）。しかし、人道に対する犯罪のためには、多くの場合、法律上の相互援助を定める条約が存在しないため、犯罪人引渡しの場合と同様に、この条約暫草案において、法律上の相互援助に関する枠組を提供している（14 (2) (3)）。

注釈によれば、法律上の相互援助を定める条約には、拷問等禁止条約（9条）や強制失踪条約（14条）などのように、より簡略な規定を持つものもある。しかし、注釈は、越境組織犯罪防止条約（18条）や腐敗防止条約（46条）で用い

られている詳細な規定を、本条約暫定草案でも用いることにした (14 (4)(5))。両条約は、すでに指摘したようにほとんどの国連加盟国が批准していることに加え (注 174)、法律上の相互援助の規定についての留保も存在しない。これらの両条約に準拠する理由として、注釈は、両条約の規定が諸国家によって受け入れられていること、諸国家は法律上の相互援助についてより詳細に定めることを好むように思われること、さらには、国連薬物犯罪事務所 (UNODC) により出版された多数のガイドなどがあることなどを挙げている (14 (4)(5))。

法律上の相互援助に関する規定は、以上のようにして腐敗防止条約 (46 条) をモデルとしている一方で、修正もなされている (14 (6))。その修正の大きなものは、30 項にもものぼる腐敗防止条約の条文 (46 条) が、条約暫定草案では、8 項からなる本体の条文 (14 条) と付属文書とに分割されていることである。この分割は、法律上の相互援助の要請国と被要請国との間に、すでに条約が存在するかどうかの区別に関わるものである。すなわち、本体の条文は、要請国と被要請国との間の条約の存否に関わりなく適用される規定であるのに対し、より詳細な手続を定める付属文書は、要請国と被要請国との間に条約が存在しない場合、及び存在しても両国が付属文書を用いることに同意する場合に適用される (14 (3)(6))。その他にも、腐敗防止条約の条項が修正、場所替え、削除されたものがある (14 (6))。

#### 4.5.2-2 法律上の相互援助 (14 条)

以上の枠組のもとで、条約暫定草案の法律上の相互援助に関する本文としては、既存の条約の存否に関わりなく適用されるものとして、8 項目の規定がおかれている。それらは、国の一般的義務 (1 項)、法人の責任に関する相互援助 (2 項)、相互援助の目的のリスト (3 項)、銀行秘密保持を理由とする拒否の禁止 (4 項)、追加的な合意の促進 (5 項)、要請によらない情報の送付 (6 項)、既存の条約上の義務の優先 (7 項) と、付属文書が適用される場合 (8 項) である。

国の一般的義務（1項）は、人道に対する犯罪について「捜査、訴追及び司法手続において、最大限の法律上の援助を相互に与える」義務を国に課している。この規定は、腐敗防止条約（46条1項）とほぼ同じである（14（7））。

法人の責任に関する相互援助（2項）は、条約暫定草案の6条8項で規定された法人の責任の捜査、訴追、司法手続「及びその他の手続」についても、法律上の援助を「最大限度可能な範囲で与える」義務を国に課している。この規定も、腐敗防止条約（46条2項）とほぼ同じであるが、法人の責任について刑事手続以外の行政手続などに委ねる国の存在を考慮し、「その他の手続」という文言が追加されている（14（9））。義務に関して「最大限度可能な範囲」という基準が用いられるのは、法人の刑事責任に関する国々の間で法制度の違いを考慮しているものである（14（8））。

相互援助の目的のリスト（3項）は、法律上の相互援助の対象となる10項目の目的を列挙しているが、最後に包括的な項目も設けられ、限定的なものではない（14（10））。これらの項目は、腐敗防止条約（46条3項）をモデルにしながらも、人道に対する犯罪のために必要とされる項目や用語の追加や移動、項目の削除などの変更を加えている（14条（11）-（14））。

銀行秘密保持を理由とする拒否の禁止（4項）は、「銀行による秘密の保持」（bank secrecy）を理由として被要請国が法律上の相互援助を拒否することを禁止している。この規定は、腐敗防止条約（46条8項）と同じものであるが、名目上の銀行に限らず、すべての金融機関を含むものであるとされる（14（15））。注釈は、条約暫定草案の対象とする人道に対する犯罪が、その性格上、金融とは関係しないのではないかという疑問に対し、同罪においても財産の盗難が行われる場合や被害者にとって財産の回復や返還が有意義である場合を指摘している（同前）。

追加的な合意の促進（5項）は、法律上の相互援助への寄与、効果的实施、拡充のために、追加的な二国間・多国間の協定・取極締結の「可能性を考慮す

る」ことを国に義務付けている。この規定は、腐敗防止条約（46条30項）に基づくものであるが、条約に参加する国家間で追加的な協定・取極の締結を奨励する意味を持つ（14（16））。

要請によらない情報の送付（6項）は、国の権限のある当局が他国の事前の要請がない場合でも、人道に対する犯罪に関係する情報を他国の権限のある当局に送付することが「できる」とする裁量的な行為に関する規定であり、実際に国家間でひんぱんに行われていることである（14（17））。この規定は、腐敗防止条約（46条4項）に基づくが、情報の送付には「国内法を妨げることなく」という条件が追加されている（14（17））。他方で腐敗防止条約（46条5項）や組織犯罪防止条約（18条5項）には、情報の送付についてさらに詳細な項目が存在するが、注釈は、協力の基礎としてはこの規定で十分であるとする（14（18））。

既存の条約上の義務の優先（7項）は、条約暫定草案の定める法律上の相互援助の規定と、要請国・被要請国との間にすでに存在する条約による法律上の相互援助との関係を扱う。そして条約暫定草案の規定は既存の条約上の義務には影響を及ぼすものでないが、条約暫定草案の規定がより大きな法律上の相互援助をもたらす場合には、条約暫定草案の規定が適用されることを明らかにする。既存の条約上の義務に影響を及ぼさないとする部分は、腐敗防止条約（46条6項）に基づくものであるが、さらに本規定では、条約暫定草案の規定が適用される場合が追加されている。注釈は、より大きな法律上の相互援助のために条約が適用されることは、腐敗防止条約において合意されたことであり、そのことを明示したものであると説明する（14（19））。

#### 4.5.2-3 付属文書（Annex）

以上の本文の規定に加えて本規定は、条約暫定草案の一部としての付属文書が、一定の場合に国に適用されることを定めている（8項）。付属文書が適用されるのは、要請国と被要請国との間に法律上の相互援助に関する条約が存在し

人道に対する犯罪の防止と処罰 (2・完)

ない場合、ならびに条約は存在するが両国間で付属文書を適用することに合意した場合である (14 (20))。本規定は、腐敗防止条約 (46条7項) に基づいており、同条約では、そのような場合に適用される項目として21項目の規定 (9項-29項) が定められている。他方で注釈は、犯罪人引渡し (13条) の場合と同様に、人道に対する犯罪の犯罪化を義務づけられている国の間での双方可罰性に関する規定は不要とし (14 (21))、また説明はないが、財政問題を理由とする拒否に関する規定を用いず、19項目のみを取り入れている。

付属文書は、全部20項目からなる詳細なものであり、7つの標題が付されている。その概要は次の通りであり、注釈はそれぞれ簡単な説明を行っている (Annex (1)-(30))。

標題	内容 (項)	腐敗防止条約 46条の該当項
中央当局の指定	国が要請を受領する中央当局を指定する義務 (2項)	13
要請を行う手続	要請を行う手続における要請国の義務や方式 (3, 4項), 被要請国による追加情報の要求 (5項)	14, 15, 16
要請を受けた国の要請への対応	被要請国による要請執行の義務と方式 (6, 7項), 被要請国が要請を拒否・延期できる場合と拒否する場合の理由の告知・協議の義務 (8-11項), 被要請国が提供する義務を負いまたは裁量的に提供できる記録・文書・情報 (12項)	17, 24, 21, 23, 25, 26, 29
要請を行う国による情報の使用	要請国が受領した情報・証拠を伝達・使用できる範囲 (13項), 要請国による要請の秘密性の要求 (14項)	19, 20
要請を受けた国から来た者の証言	証言のために被要請国から来た者の取扱いと証言を行う方法 (15-16項)	27, 18
要請を受けた国で拘禁された者の証言のための移送	被要請国で拘束された証人を移送するための条件, 手続, 処遇 (17-19項)	10, 11, 12
費用	要請を執行するための費用は被要請国が負担するという原則とその例外 (20項)	28

### 4.5.3 紛争の解決 (15 条)

この規定は、条約暫定草案の解釈や適用に関する紛争について、国々がそれを交渉によって解決するように努力する義務 (1 項) と、解決できない場合に紛争を、合意による仲裁か国際司法裁判所 (ICJ) に付託する義務 (2 項) とを規定する。ただし国は、宣言に行ってその義務からオプトアウトすることが認められ、オプトアウトの宣言を行った国との関係では他の国も第 2 項の義務に拘束されない (3 項)。また、オプトアウトの宣言はいつでも撤回することが認められる (4 項)。

1 項の解決努力義務は、腐敗防止条約 (66 条 1 項) をモデルとしている。注釈は、他の同じような規定を持つ条約の起草過程の記録を参考に、この規定は平和的解決のためにすべての手段を尽くすように国を奨励するものだと説明している (15 (2))。

2 項は、仲裁もしくは ICJ 付託という、強制的な紛争解決手段を国に義務づけている。この点は、仲裁の前置や ICJ への任意的な付託を定める腐敗防止条約 (66 条 2 項) をはじめ、多くの他の条約と異なる点である。しかし注釈は、人道に対する犯罪という文脈に照らして、ICJ への即時付託を義務付けることが適切であり、ジェノサイド条約 (IX 条) にも例があると説明する (15 (3))。

その上で国に認められた、強制的紛争解決からの宣言によるオプトアウトとそれを行う国との関係での相互的な義務の否定 (3 項)、さらにはそのような宣言の撤回を常時認めることによって撤回を奨励する規定 (4 項) は、腐敗防止条約 (66 条 3 項, 4 項) をはじめとする他の多くの条約で採用されているものである (15 (4)(5))。なおこの規定をめぐる注釈は、紛争の解決に関する規定は最終条項の一部なので本条約暫定草案には含まれるべきではないという見解や、この規定がジェノサイド条約と同様に ICJ の強制的管轄権を確立するものであるとの見解が示されたことを報告している (15 (6))。

## 4.6 人権の保障

### 4.6.1 国際刑事法と人権保障

人間の生命、自由、完全性、身体的安全を保護する基本的な人権規範への違反は、国際刑事法のもとでジェノサイド、アパルトヘイト、人道に対する犯罪などの国際犯罪とされてきた<sup>(192)</sup>。同じように、越境犯罪から個人を保護することや、その被害者を援助することは国家に課された義務でもある<sup>(193)</sup>。そうした意味で、国際刑事法や越境刑事法には、個人や集団の法益を保護するという意味で人権保障に資する側面が存在する。

他方でそれらは、個人や法人の一定の行為を禁止し、違反者に対して刑罰を課すことを目的とする以上、捜査や訴追の対象となる者の人権との間で、強い緊張関係に立つことになる。越境刑事法も、様々な形で人権を脅かす<sup>(194)</sup>。もちろん、国際刑事法や越境刑事法とは別に、国際人権に関する諸条約や各国の国内法における人権保障制度は存在する。特に国際人権法は、刑事手続に関して比較的詳細な人権保障規定を定めている（自由権規約14条）。その意味で国際刑事法は、国家にとっての剣となる一方で、個人にとっては人権法が、それを防ぐための盾となる<sup>(195)</sup>。結局のところは、犯罪の禁止と人権の尊重との間には常にバランスが必要とされる<sup>(196)</sup>。

しかし、国際刑事法や越境刑事法による人権侵害の危険性を、その外部にある国際人権法のみによってバランスを取ることにについては、さまざまな限界も存在する<sup>(197)</sup>。国際人権法による人権保障が、実際に国際刑事法や越境刑事法の枠組みの中で機能するかどうかは、さまざまな要因によって左右される。すなわち、そもそも国が人権条約の締約国となっているか、人権条約を履行するために国内に適切な人権保障制度が存在するか、新たな越境犯罪に関する条約に加盟した国が、その条約の下での新たな義務に従来の人権条約の下での義務を優先させるか（日本でも2017年に越境組織犯罪条約の批准と共謀罪の創設という形

で問題となったことは記憶に新しい)、そして、国家間協力という文脈では、協力の要請に応じるにあたって要請国における人権侵害の危険性を問いたず態勢が被要請国に存在するか、などの要因によって人権保障の機能は左右されることになる<sup>(198)</sup>。また、国家の義務の射程を原則としてその領域または管轄下に限定する国際人権条約は、複数の国が関与する国際的または越境的な刑事手続においてさまざまな限界に直面する<sup>(199)</sup>。他国政府が国内法に違反して収集した証拠を受領した国がその証拠を自国の裁判で用いることの可否、他国ですでに刑事処分を受けた者への一事不再理の適用の可否、あるいは武器対等原則の一側面をなす被告人にとって有利な証拠の収集が国家間協力の対象には含まれず、裁判所も他国政府に対して強制できない問題などである<sup>(200)</sup>。

捜査や訴追の対象となった者の権利という意味では、国際刑事法や越境刑事法における犯罪に引渡しや法律上の相互援助の拒否事由の中にも、それらの者の保護を目的とした制度は存在する。しかしそこにおける国家間協力の特徴は、そうした制度が政府の利益のために存在し、個人は、その(反射的)利益を必ずしも自らの刑事手続において利用できず、享受できないことにある<sup>(201)</sup>。また、犯罪への対応の実効性を追求する越境刑事法の条約では、人権の尊重や保護については、これまで乏しい考慮しか払われてこなかったことも指摘されている<sup>(202)</sup>。以上のような国際刑事法や越境刑事法における問題状況の中で、個人や法人の人権保障をどのように確保するのか、またできるのかという問題については、多くの議論が重ねられながらも、未だ解決されていない<sup>(203)</sup>。

また刑事手続と人権については、近年における国際人権法の中で、被害者の保護・参加・救済という分野で、多くの基準が形成されてきている。人権侵害を受けた被害者が国家から効果的な救済措置を受ける権利は、世界人権宣言(8条)や自由権規約(2条3項)で長らく人権保障の対象とされてきた。また個別の人権に関する条約でも、被害者の概念を明示して(拷問等禁止条約14条, 強制失踪条約8条2項, 15条, 24条), あるいは明示することなく(人種差別撤廃条約6



条など)、各種の救済措置や援助が保障されてきた。特に犯罪の被害者という文脈では、国連総会において、1985年「犯罪及び権限の濫用の被害者のための司法の基本原則の宣言」<sup>(204)</sup>や、2005年「国際人権法の重大な侵害及び国際人道法の深刻な侵害の被害者のための救済及び賠償への権利に関する基本原則及びガイドライン」<sup>(205)</sup>などが採択されてきている。

以上のように国際人権法のもとで成立し、保障されている捜査・訴追の対象者や被害者の権利について、国際犯罪の間接執行システムとしての人道に対する犯罪に抑止と処罰に関する条約において、何をどこまでに規定すべきなのか。条約暫定草案は、そうした問題を検討せざるを得ない。ちなみに、直接執行システムとしての国際刑事法廷やICCにおいては、それぞれの規程において、これらの人権ならびに証人の保護に関する諸規定が定められてきた<sup>(206)</sup>。特に、ICC規程においては、被疑者と被告人の諸権利が包括的に規定されていることに加え、被害者のためには、保護、手続への参加、賠償に関する詳細な規定が定められていることに特徴がある<sup>(207)</sup>。

このような人権の保障に関して、条約暫定草案は、容疑者の権利に関するもの(11条)と被害種・証人などの権利や保護に関するもの(12条)の2つの規定を設けている。

#### 4.6.2 容疑者の公正な取り扱い (11条)

この規定は、公正な取り扱いの保障(1項)、国の代表への通報と訪問(2項)、所在国の法・規則の尊重(3項)の3つの項目が定められている。

注釈は、1項で用いる各国の刑事手続における「公正な取り扱い」を、適正手続、司法的な保障、平等な保護、武器対等原則その他の人権概念に加え、世界人権宣言(10条、11条)や自由権規約(14条)などの国際人権法で保障された諸権利を、包括する広い概念として用いている(11(2)-(6))。この規定の存在によって、条約暫定草案の下で行われる国内の刑事手続及び国家間協力の手

続に、国際人権法で承認された人権を適用すべきことが、各国に義務付けられることになる。

2項は、自国以外で「服役し、拘束又は抑留されたいかなる者」に、自国や保護する権限を持つ国の代表などにアクセスする権利を保障している。注釈は、同項に規定された者は、あくまで例示にすぎず、この規定は、連絡や訪問を自由に行うことができないあらゆる状況を対象としているとする(11(7))。こうした拘束された者の連絡・訪問の保障、そして、3項に規定する、それらが所在する国の法や規則(連絡・訪問の保障を実施するものである限り)に従うべきとの枠組みは、1963年領事関係に関するウィーン条約(領事関係条約:36条2項)や慣習国際法に詳しい形で存在する。注釈は、2項及び3項は、それらの枠組を簡略に示したものであるとする(11(8)(9))。

さらに注釈は、領事関係条約に規定された連絡・訪問の権利が、関係国の権利義務であるのみならず、拘束された個人の権利であるとして、そのことを確認したICJの判決(ラグラン事件)<sup>(208)</sup>を紹介している(11(10))。

#### 4.6.3 被害者、証人その他(12条)

この規定は、人道に対する犯罪に関する申立権と関係者の保護(1項)、被害者の刑事手続への参加(2項)、被害者が賠償を受ける権利(3項)に関する必要な措置の確保を、国に義務づけている。

注釈によれば、犯罪に関する国際条約の中には、1980年代までは被害者や証人に関する規定を持つものは少なかったが、1980年代以降は、人道に対する犯罪に当たる拷問や強制失踪を扱う条約を含めて、被害者や証人に関する規定を持つ条約が増えてきた(12(2))<sup>(209)</sup>。また人道に対する犯罪に関しては、すでに触れたようにICC規程(68条、75条)が被害者や証人の保護と権利を規定し、また国連総会が被害者の権利に関する基本原則とガイドラインを決議している(注204、205)。このような国際法における発展が、被害者等に関する規

定を本条約暫定草案に設ける背景となっている。

他方で注釈は、被害者の権利に関する規定を持つ多くの条約が「被害者」を定義することはせず、その運用を各国の法と実務に委ねているとし(12 (3) (4))、この規定においても「被害者」の定義に関する規定を設けていない。同時に注釈は、条約機関や国際裁判所における被害者の定義に関する議論を、詳しく紹介している (12 (3)(4))。

1 項 (a) の犯罪に関する申立てを行う主体は、人道に対する犯罪の存在を主張する「すべての者 (any person)」とされ、被害者や証人などに限定されていない。そうした主体のために国に義務付けられた「申立てを行う権利」の確保とは、国の当局が、申立てを信ずる合理的な理由がある場合に、速やかにかつ公平な捜査を進めるべきことを意味している (12 (5)-(7))。

また1 項 (b) は、被害者等を不当な扱いや脅迫 (ill-treatment or intimidation) から保護するための措置を取ることが義務づけられているが、そこでいう不当な扱いとは、身体的な健康状態に関わるものだけでなく、心理的な健康状態、尊厳、プライバシーに関わるものも含んでいる (12 (9))。他方でこの規定は、越境組織犯罪防止条約 (24 条 2 項)、腐敗防止条約 (32 条 2 項) などと異なり、国が取るべき保護措置を具体的に列挙していない。具体的な保護措置を列挙していないのは、拷問等禁止条約 (13 条)、強制失踪条約 (12 条) と同様である。このことについて注釈は、保護措置の内容は状況、関係国の能力、関係者の希望などにより異なるとして、具体的な列挙を行わない理由を説明している (12 (10))。他方で注釈は、電子的な証拠の提出など直接の出席を必要としない手段、プライバシーや身元を保護する手段、インカメラ手続、危険がある場合の証拠開示制限、被害者・証人の移転など、いくつかの保護措置を紹介している (12 (10))。

被害者の刑事手続への参加を可能なものとするを国に義務付ける 2 項には、「自国の法制に従って」という要件が置かれている。注釈は、この要件の

存在によって、国がそれぞれの刑事法制度に応じた参加制度を設ける柔軟性が認められていること、また、国が被害者のみならず家族や代理人に参加を認めることも可能であること指摘している (12 (12))。

3項が国に必要な措置を取ることを義務付ける被害者の賠償を受ける権利について、注釈は、他の国際条約では、「救済 (remedy)」、**「救済／是正 (redress)」、**「賠償 (reparation)」、**「補償／賠償 (compensation)」**などさまざまな表現方法が用いられていることを指摘する (12 (15))。その上で注釈は、包括的な意味での被害の是正を表現する手段として、「賠償を受ける権利 (right to obtain reparation)」という用語を用いることにしたと説明している (12 (16))。またこの項では、各種の賠償の形態のリストが例示されている。注釈によれば、それは強制失踪条約 (24条45項) に従ったものである (12 (17)(18))。それらの諸形態には、「適当なときは」という文言が置かれているが、それは、人道に対する犯罪の事後処理などのための措置に、一定の柔軟性や国の裁量権を認めているものである (12 (19))。個別的な賠償のみならず集団的な賠償にも言及されているのは、人道に対する犯罪の事後処理として、裁判所での通常の民事手続だけでなく、大量の補償請求を扱う特別な手続が取られる可能性などを想定したものである (12 (20)(21))。

## 5. 国際刑事法としての諸課題

### 5.1 ILC の作業及び検証の方法

以上で詳しく検討してきたように、ILC は、人道に対する犯罪に関する条約暫定草案を採択するにあたって、さまざまな典拠と方法に依拠している。人道に対する犯罪に関する国際刑事裁判の設立文書や判例、刑事法に関する一般原則、他の条約の規定例、国際法の諸原則や条約の解釈に関する ICJ の先例、そ

してそれらを前提とした適切性、合理性の検討などである。また、それらの検討を通じて常に意識されているのが、条約化への実現可能性、つまり諸国の広汎な支持を受けることができるかどうかという政治的受容性である。

条約暫定草案の内容や残された課題を以下で検討するために、はじめに ILC が行う国際立法作業あるいはその準備作業において、どのような方法を用いることができ、または適切なのかという点について、簡単に問題点を整理しておく。

すでに触れたように ILC は、国連憲章の目的の一つとされる「国際法の漸進的発達及び国際法の法典化の促進」を任務としている（ILC 規程 1 条）。そして、「国際法の漸進的発達」とは、国際法が存在せずまたは十分に発達していない事項について「条約草案を準備すること」を意味し、「国際法の法典化」とは、すでに広汎な国家実行・先例・学説の存在する分野における「国際法規則のより厳密な定式化及び体系化」を意味するとされている（ILC 規程 15 条）。これらの 2 つの任務は、ILC 規程上は、トピック選択のイニシアティブが、国連総会にあるか（漸進的発達）、ILC にあるか（法典化）によって区別されているものの（ILC 規程 16-18 条）、その区別は、元来相対的なものであるとされる<sup>(210)</sup>。それらについて、ILC は、条文の形式で委員会案を作成し、注釈を付して国連総会に提出する（ILC 規程 20 条本文）。その注釈には、先例その他の関連資料と論点・差異についての結論を含めるものとされるが（同上 (a) (b)）、関連資料には条約、司法的決定、学説が含まれ、また、結論には国家実行・学説の一致の程度や、差異・不一致についての結論を支持するための議論（理由）を含めるものとされる。これらの規定からは、論点について、ILC が一定の結論を示すために、条約、司法的決定、学説を示すことが期待されていること、そして結論を導くためには、国家実行・学説の一致の程度が重要な役割を果たすことが読み取れる。しかし、結論を理由付けるために、とりわけ条約、司法的決定、学説などが必ずしも一致していない場合に、どのような要素を考慮すべきであるのかは特に示されていない。

村瀬は、このような ILC の作業の「方法論」は時代によって、とりわけ対象とする作業の比重が、前述の(狭義の)法典化から漸進的発達に移行するに従って、次第に変化してきたことを指摘している<sup>(211)</sup>。すなわちその移行に伴って、ILC の作業の「方法論」は、「帰納的方法」(国際法の規則のより正確な定式化及び体系化)から、「経験的方法」(論点の背後にある利害対立等を科学的・経験的に見極めた上で各国が最も受け容れやすいルールを定式化する)へと変化してきたという。さらに、村瀬は最近の傾向として、それらの方法からさらに乖離して、「実際的方法」や「政治的方法」が用いられ、実際上実現可能か、政治的に受け容れられるか、といった柔軟な(あるいは非法的な)方法が強調されていることも指摘する。そのことは、村瀬も懸念するように、争点をあらかじめ回避した一般的・抽象的なルールの列挙になりがちで、場合によってはその分野の慣習法の健全な発展を阻害することにもなりかねないという問題を内包している<sup>(212)</sup>。他方でそれらの方法は、ILC の作業の出発点に存在した「帰納的方法」に加えて、ILC が「あるべき法」を定式化するための試みであると評価することもでき<sup>(213)</sup>、いずれかの方法が完全に放棄されるということもないであろう。その意味では、ILC が行う条約化の作業は、既存の国際法規則の帰納、科学的・経験的な検証、政治的な実現可能性の評価などさまざまな側面から基礎づけられることになる。そのため、その条約化作業の検証も、そうしたさまざまな側面を意識して行われる必要がある。

本稿では、すでにそれぞれの部分においてそのような検証作業を行ってきたが、以下では、条約暫定草案では十分に解決されていない、いくつかの主要な問題を検討する。残された課題として特別報告者は、①人道に対する犯罪の「隠ぺい」(concealment)の犯罪化の是非、②免除(immunity)、③アムネスティという3つの問題を挙げて、検討している<sup>(214)</sup>。しかし以下では、筆者の独自の問題意識として、犯罪の定義、アムネスティの取扱い、軍事法廷の取扱い、ノン・ルフールマン原則の適用、履行監視メカニズムの必要性の諸問題を検討す

ることとする。

## 5.2 犯罪の定義

人道に対する犯罪の定義については、すでに触れたように、ILCは、ICC規程（7条）で採用されたものを、ほぼそのまま条約暫定草案（3条）において採用している。その主たる理由が、ICC規程はすでに120カ国を超える国々が締約国となっており、各国政府もICC規程と異なる定義を定めるべきではないというコメントを行っているためであることはすでに指摘したとおりである。その意味で、實際上実現可能か、政治的に受け容れられるかといった考慮からは、そのようなILCの判断には、十分な理由がある。また、人道に対する犯罪の犯罪を通常の国内犯罪から区別して国際犯罪として定義するために、過去に取られた武力紛争関連要素や差別要素といった敷居要素を取ることなく、ICC規程が用いる広範性／組織性要素を用いることは十分に合理的である。

しかしながら他方で、ICC規程の起草過程の中で妥協による産物として用いられた敷居要素としての政策要素や認識要素を、広範性／組織性要素に屋上屋を重ねる形で用いることが、少なからぬ問題点を持つこともすでに詳しく述べたとおりである。また、実際上も、広範性／組織性要素という敷居要素によって限定された人道に対する犯罪について、さらに用語の定義という形で「国若しくは組織の政策に従い又は当該行為を推進するため……多重的に行うことを含む一連の行為」（7条2項（a））に限定していくことは、複雑に過ぎて、国内法での立法技術における困難をもたらすかも知れない。このことは認識要素についても同様である。各国の国内刑事法は、客観的な犯罪行為を前提としながらも、行為者がどのような心理状態にあった場合に責任を問うのかについてそれぞれの主観的要件の体系を作り上げている。日本の刑法体系で言えば、通常の故意犯と目的犯との区別、あるいは故意犯の成立のために前提とされる心理状態についての理解などがそれである。そのような主観的要件について、客観

的な犯罪行為の定義とは別に、「そのような攻撃であることを認識しつつ行う」(7条1項本文)という要件を加えることもまた、国内法での立法技術における困難をもたらすかも知れない。

その他にも、注釈は、個々の犯罪類型については、ICC 規程(7条)にならったものであると述べる以上に、合理性や選択の理由を説明してはいない(3(37)(38))。しかし個々の犯罪類型についても、他の国際刑事裁判との対比や、ICC 規程採択の後に生じた発展との関係で、ICC 規程における個々の犯罪類型の定義の合理性が検討される必要がある。

例えば、条約暫定草案(3条1項(h))は、犯罪類型の一つである迫害の犯罪において、ICC 規程(7条1項(h))にならって、「この項で定められたいずれかの行為又は集団殺害犯罪若しくは戦争犯罪を伴う」ことを必要としている。つまり、迫害という犯罪類型は、他の一定の犯罪を伴う場合のみ成立する従属的な犯罪として定義されている。そしてそもそも ICC 規程の迫害の犯罪類型における従属性は、IMT 憲章で用いられた武力紛争関連要素に由来するものであると説明されてきた<sup>(215)</sup>。しかし、ICTY 規程(5条(h))や ICTR 規程(3条(h))において迫害という犯罪類型は、「政治的、人種的及び宗教的な理由に基づく迫害」と定義されて、他の犯罪を伴うことを必要としない、独立した犯罪類型とされてきた。そして、ICC 規程が迫害の犯罪類型を他の犯罪に従属させていることに対しては、「慣習国際法と調和していない」<sup>(216)</sup>、あるいは集団殺害犯罪が存在するもとで迫害行為を訴追することはまったく余分なことである<sup>(217)</sup>、などの批判が加えられてきた。このように国際刑事裁判における取扱いが一樣ではなく、批判されてきた ICC 規程の定義をそのまま採用し、迫害という犯罪類型を他の犯罪に従属的なものとする必要があるのか、それは合理的であるのか、さらなる検討が必要とされる<sup>(218)</sup>。

また、強制失踪の犯罪類型についても、条約暫定草案(3条2項(i))は、ICC 規程(7条2項(i))にならい、客観的な犯罪行為(人を逮捕し、拘禁し、又



## 人道に対する犯罪の防止と処罰（2・完）

は拉致する行為であって、その自由を剥奪していることを認めず、又はその消息若しくは所在に関する情報の提供を拒否することを伴うもの）に加えて、「長期間法律の保護の下から排除する意図をもって」という特別の主観的要件を要求するかのような定義を用いている。他方で、ICC 規程採択の後に成立した強制失踪条約（2条）においては、類似した客観的な犯罪行為を定めながらも、上記に該当する部分は主観的要件とはされておらず、「当該失踪者を法律の保護の外に置くもの」という形で、客観的な犯罪行為の一部として規定されている<sup>(219)</sup>。この点、ICC 規程や強制失踪条約に先行する、1992年の国連総会決議にある「強制失踪からのすべての人の保護に関する宣言」は、強制失踪を定義しているわけではないが、強制失踪の行為は人を「法律の保護の外に置くもの」であるとして、このことを行為の結果として記載している<sup>(220)</sup>。このように強制失踪の成立のために特別の主観的要件を要求する例は、ICC 規程以外には存在しない。また、ICC 規程における強制失踪の定義の解釈においても、「法律の保護の下からの排除」は、強制失踪行為の結果にすぎず、特別の主観的要件を要求していると解釈するのは誤りであるとの指摘もなされている<sup>(221)</sup>。以上を考えれば、強制失踪の犯罪類型について、特別の主観的要件を要求するかのような ICC 規程の定義をそのまま用いることには、合理性も必要性も認められない。それゆえ、強制失踪の犯罪類型の定義は、強制失踪条約にならって再度定義されるのが妥当である<sup>(222)</sup>。ただし、強制失踪条約の定義が、「国の機関又は国の許可、支援若しくは黙認を得て行動する個人若しくは集団」として、公的機関の関与に限定している点は、人道に対する犯罪の対象とは合致していない。その点は、条約暫定草案が ICC 規程にならって用いている「国若しくは政治的組織又はこれらによる許可、支援若しくは黙認を得た者」という表現が維持されるべきである。

### 5.3 アムネスティの取扱い

すでに触れたように、条約条文草案は、国内法の下での犯罪化(6条)その他において、アムネスティ(恩赦等)やその他刑を免除する特別措置について、何も規定していない。アムネスティの措置は、憲法、法律その他の国内法によって行われることもあれば、武力紛争を終結させるための和平協定で設けられることもある(10(8))。しかし、注釈も指摘するように、国内法において特定の種類の訴追を妨げまたは刑事責任を遡って免除するアムネスティが実施される場合には、条約条文草案が国に課している人道に対する犯罪を訴追する義務(10条)との間で、抵触が生じることになる(10(8))。また、アムネスティの対象とされた者が、他国への引渡しがなされて訴追を受ける可能性もあまり想定できない。犯罪人引渡し条約モデル(注175)がアムネスティにより免除された犯罪を必要な引渡し拒否事由の一つに挙げているように、犯罪人引渡しに関する各国の国内法や二国間条約では、そうした犯罪が引渡しの対象とならない可能性は大きい。そして条約条文草案の下では、犯罪人引渡しは、あくまで被請求国の国内法の定める条件に従って行われるものとされている(13条6項)。そのため、アムネスティの実施が放置されれば、人道に対する犯罪の不処罰を終わらせるという条約条文草案の目的(前文)が達成できないことになってしまう。

こうしたアムネスティの取扱いについて、国際刑事裁判における取扱いも同様ではない。ICC 規程では起草過程において、その取扱いについての議論がなされたものの、結果的にアムネスティに関する規定は設けられなかった<sup>(223)</sup>。アムネスティに関する規定が存在しないことでは、ICTY 規程や ICTR 規程も同様である。他方で、シエラレオネ特別裁判所やカンボジア特別法廷の規程では、国内法でのアムネスティが訴追を禁止する理由とはならないことを明示している(10(9))<sup>(224)</sup>。

また、国際人権法の分野では、強制失踪条約の起草過程ではアムネスティに関する規定を含めることが検討されながらも、結果的には含められなかったという(10(10))。他方で、地域的な人権機関など(米州人権裁判所、ヨーロッパ人権裁判所、人と人々の権利に関するアフリカ委員会)において、人権条約の下での責任を否定するためにアムネスティを用いることが許されないという判断が重ねられてきていることもよく知られた事実である(10(10)参照)。

注釈は、アムネスティに関する規定を条約条文草案に含めなかったことについて、特に理由を説明していない<sup>(225)</sup>。他方で、ある国で採用されたアムネスティが裁判権を持つ別の国での訴追を妨げるものではないこと、また、採用されたアムネスティは、条約条文草案の下での犯罪化の義務、「引渡しまたは裁判」の義務、そして被害者その他に関する義務の履行との関係で、その許容性が吟味されなければならないと述べて(10(11))、アムネスティのもたらす影響をできるだけ限定しようとしている。

この点については、むしろ人道に対する犯罪に関する条約においては、アムネスティについて何も触れないことが、刑事責任を確実にするために最も賢明な方法であるとの指摘もある<sup>(226)</sup>。その理由として第一にあげられるのが、条約でアムネスティを排除することについての、国家間の合意形成の困難さである。例えば、強制失踪条約の採択に先立つ、1992年の国連総会決議すべての者の強制失踪からの保護に関する宣言(18条1項)は、強制失踪を行った者がアムネスティなどの利益を受けないことを明確に規定していた<sup>(227)</sup>。それにもかかわらず2006年に採択された強制失踪条約においては、前述したようにアムネスティを排除することについての合意が形成されず、結果的にそのような条項は含められなかった。そのことは、この点についての国家間の合意形成の困難さを示しているという<sup>(228)</sup>。他方で第二に、前述したように人権条約機関や人権裁判所は、その解釈の中で、アムネスティを排除する扱いを定着させてきており、そのような解釈運用に委ねるのが得策であるということである。そ

のため、条約本体では、この問題について何も触れないことが、各国に拒絶されることなく将来の解釈や実務の発展による利益を受けることができるというのである<sup>(229)</sup>。

しかし、後に指摘するように、条約条文草案の下での各国の義務の履行を厳しく独立して監視するメカニズムは、条約条文草案には存在しない。そのため条約条文草案が国に課している引渡しまたは訴追の義務が、各国のアムネステイ濫用によって潜脱され、放置される危険性がある。その場合、アムネステイの存在自体が、人道に対する犯罪の不処罰を終わらせるという条約条文草案の目的を損なうことにもつながりかねない。その意味では、すでに規定された出訴期限(時効)の禁止と並んで、人道に対する犯罪へのアムネステイの適用を禁止し、あるいは一定の制限を加えることも、検討されるべきである<sup>(230)</sup>。

#### 5.4 軍事法廷の取扱い

条約条文草案は、人道に対する犯罪を裁く国内裁判所の性質については、何も規定してはならず、軍事法廷なども特に排除されていない。しかし、この犯罪が、武力紛争関連要素が要件とはされていないものの、武力紛争に関連して起こりうる犯罪であることから、国内において軍事法廷の管轄とされることは十分にありうる。そのため、条約条文草案が軍事法廷についてどのような定めを持つべきなのかという点も、今後の問題となり得るだろう<sup>(231)</sup>。犯罪人引渡し条約モデル(注175)は、軍法による犯罪を、必要な引渡し拒否事由の一つに挙げている。また、条約条文草案11条が国に遵守を求める「公正な裁判」に関して、自由権規約委員会は、民間人を軍事裁判所や特別裁判所において裁くことについて、それ自体が禁止されるわけではないものの、例外的であるべきであって、自由権規約(14条)の求める要件に完全に合致しなければならないとしている<sup>(232)</sup>。

注釈は、軍事法廷については、特に検討を加えていない。そのことは、条約

条文草案で国に義務づける、容疑者の公正な取り扱い（11条）と被害者等の保護や権利の保障（12条）が実施されている限り、国内で人道に関する犯罪を裁く裁判所の性格を問うものではないと趣旨であるかもしれない。しかし、そのような義務の実施が、各国の軍事法廷において損なわれる危険性がないかどうかについては、さらなる検討が必要ではないか。

## 5.5 ノン・ルフールマン原則の適用

すでに触れたように、条約暫定草案（5条）は、拷問等禁止条約（3条）や強制失踪条約（16条）をモデルとしたノン・ルフールマン原則を規定し、「ある者が人道に対する犯罪の対象とされるおそれがあると信ずるに足りる実質的な理由がある他の国の管轄の下にある領域へ」の追放等を禁止している。しかし注釈は、それらの条約と、人道に対する犯罪にかかわるノン・ルフールマン原則との間にある重大な違いを特に検討していない。

その違いとは、第一に条約暫定草案が、非国家主体による犯罪をも対象としており、追放等が禁止される相手国については非国家主体による犯罪の危険性も考慮の対象としなければならないということである。

この点で拷問等禁止条約におけるノン・ルフールマン原則の対象は、「拷問が行われるおそれがある」他の国であるが、その拷問とは、「公務員その他の公的資格で行動する者により又はその扇動により若しくはその同意若しくは黙認の下に行われるもの」とされ、公的機関の一定の関与が必要とされている（1条1項）。そのためその有無の判断材料とされる「一貫した形態の重大な、明らか又は大規模な人権侵害の存在」（3条2項）も、そのような公的機関の一定の関与がある場合の違反のみに限定されている<sup>(233)</sup>。この点は、強制失踪条約でも同様である。強制失踪条約においてノン・ルフールマン原則が対象とするのは、「強制失踪の対象とされるおそれがある」他の国であるが、その強制失踪とは、「国の機関又は国の許可、支援若しくは黙認を得て行動する個人若

しくは集団」が行う行為とされ、やはり公的機関の一定の関与が要件とされている(2条)<sup>(234)</sup>。ただし以上は、各条約上の文言を厳格に解釈した場合の結論であり、公的機関の「黙認」(acquiescence)をより広い意味に解釈すれば、一定程度の非国家主体による行為をも含むうことはもちろんである。しかし、内乱や内戦などの状況で、政府と武力紛争の状態にある敵対勢力が行う拷問や強制失踪を含めて解釈することは難しい<sup>(235)</sup>。なお難民条約(33条)においては、追放等を禁止される「その生命または自由が脅威にさらされるおそれ」がある場合には、その脅威が国家の関与するものであるなどの限定は付されていない<sup>(236)</sup>。

このように拷問等禁止条約や強制失踪条約におけるノン・ルフールマン原則は、公的機関の関与する犯罪のみを対象としている。それにもかかわらず、非国家主体による犯罪をも対象とする条約暫定草案は、犯罪の対象となる危険性の定義(犯罪の対象とされるおそれがあると信ずるに足りる実質的な理由)と、その判断の際に考慮すべき事情(重大、明らか若しくは大規模な人権侵害又は国際人道法の著しい違反についての一貫した傾向が関係する国において存在することなど)について、両条約をそのままモデルとしている。

しかし、非国家主体による犯罪も対象とする人道に対する犯罪においては、犯罪の対象となる危険性の判断のために、犯罪の危険性だけではなく、その危険性に対して、どのような国家による保護を受けることができるのかも当然に検討の対象となる。すなわち、非国家主体、例えば民兵組織が国内の一地域を占拠して付近の住民に殺害、奴隷化、強制移住、拷問、性暴力などの犯罪行為を行っている場合に、人道に対する犯罪の対象とされる一般的な状況は存在するかも知れない。しかし、実際に人道に対する犯罪の対象とされるかどうかは、国家が、そのような非国家主体から住民を保護するためにどのような意思と能力を持っているのかによるところが大きい。また、そうした国のどの地域に追放等されるのかということも関係してくる。しかし、拷問等禁止条約や強制失

踪条約をモデルとする条項のみでは、そのような非国家主体による犯罪の危険についての判断の基準と考慮要素が必ずしも明らかとはならない。そのことは、人道に対する犯罪に関するノン・ルフールマン原則の運用が、国によってかなり異なるものとなる危険性をはらんでいる。

第二の異なる点は、拷問や強制失踪という特定の個人が対象とされる犯罪と、「組織的又は広範に」行われる人道に対する犯罪との間の犯罪の性格の違いである。すなわち、拷問や強制失踪の対象とされる危険は、通常は無差別なものではなく、政治的反対勢力や刑事事件容疑者などの個人の属性に基づいて存在する。そのため例えば、拷問禁止委員会は、拷問の対象とされるおそれがあると信ずるに足る実質的な理由を、送還が「逮捕され、拷問される真のかつ個人的な（personal）リスクにさらされるという予見可能な結果につながるかどうか」という基準を用いて判断している<sup>(237)</sup>。その場合には、追放等されようとしている者が個人として標的にされているかどうかを検討されることになる。しかし、人道に対する犯罪は「組織的又は広範に」行われることが要件とされており、特に広範に行われる犯罪行為の対象とされるおそれは、送還される者の個人的な属性よりも、むしろ一般的な状況によって判断されることになるだろう。例えば、内戦が継続する中で住民の殺害、奴隷化、強制移住、拷問、性暴力などが広範に行われている国への送還において、個人的なリスクの判断はあまり意味のないものとなる。

拷問等禁止条約や強制失踪条約との間の、こうした相違点は、条約暫定草案のノン・ルフールマン原則の規定においてどのように考慮されるべきなのか、両条約をモデルとする規定で十分に機能するものとなるのか、という疑問を生じさせる。もちろん、以上に指摘した、非国家主体による犯罪に対する国家による保護の可能性や、保護されるべき者の個人的な属性に関わらない広範に行われる犯罪行為の危険性は、条約暫定草案が用いる「おそれがあると信ずるに足る実質的な理由」の解釈によって合理的な判断を導くことが可能かもしれ

ない。しかし後に指摘する履行監視のメカニズムが設けられないとすれば、各国のノン・ルフールマン原則の解釈と運用には、あまりにも大きな差異が生じる危険性もある。その意味では、その実質的理由に関する考慮要素の規定(5条2項)において、非国家主体による犯罪の可能性と人道に対する犯罪の性格に応じた追加的な考慮要素を含めておくのが適切であろう。

そのような追加的な考慮要素として参考になるのが、難民条約の限定された保護の範囲を拡張するために近時用いられてきた補完的保護(complementary protection)または補充的保護(subsidiary protection)の概念である。難民条約は、前述のように非国家主体による迫害のおそれとその対象とする一方で、迫害の理由が「人種、宗教、国籍もしくは特定の社会的集団の構成員であることまたは政治的意見」によるものであることを要求している(1条(A))。そのため、国際紛争や内戦などの無差別な暴力から逃れて他の国に庇護を求める者は、必ずしも特定の社会的集団の構成員であることを理由に迫害を受けているわけではないことから、直ちに難民として保護の対象となるわけではない。しかし、厳密な意味で難民条約上の難民に該当しない場合であっても、庇護を求める者を無差別の暴力やその他の重大な人権侵害のリスクが予想される出身国に送還することは、国際人権法やそのもとでのノン・ルフールマン原則の適用にかかわる先例の積み重ねの中で禁止されるようになってきている。そのような難民条約上の保護に加えた、国際的保護が、補完的保護や補充的保護として議論されている<sup>(238)</sup>。

例えばEUが2011年に採択したEU指令は、加盟国が国際的保護を与えるための基準として、難民に加えて、補充的保護というカテゴリーを設けている(2条(f))<sup>(239)</sup>。それによれば、補充的保護を受けることができるのは、送還された場合に「重大な害悪」(serious harm)を被る真の危険に直面すると信ずる実質的な理由が示され、かつ出身国の保護を受けることができない、あるいはその危険のために保護を受けることを望まない者であるとされる(前同)。そ



して、そのような「重大な害悪」には、死刑や拷問等と並んで、「国際的又は国内的武力紛争の状況における無差別の暴力によって民間人の生命又は身体への重大かつ個人的な脅威」が含まれている（15条（c））。このEU指令が想定しているのは、主体が政府であるか非国家主体であるかを問わず、市民に対して無差別な暴力が行われている状況であり、それは、条約暫定草案のノン・ルフールマン原則が適用される「人道に対する犯罪の対象とされるおそれ」が存在する状況ときわめて類似する。さらに、EU指令（15条（c））の文言上は「個人的な脅威」（individual threat）という表現が用いられているものの、ヨーロッパ人権裁判所による解釈において、個人的に標的となっていることの立証が厳格に要求されず、より客観的集団単位の要素に基づく判断基準が用いられているという<sup>(240)</sup>。このようなEU指令の補充的保護の規定と運用における、非国家主体による脅威における国家による保護の可能性や、個人が標的となっている場合に限定されない客観的な脅威の認定は、条約暫定草案のノン・ルフールマン原則の条文化においては先例とすることができる。特に、人道に対する犯罪の対象とされるおそれがあると信ずるに足る「実質的な理由」の判断における考慮要素として、十分に参照されるべきである。

## 5.6 履行監視メカニズム

人道に対する犯罪の条文草案の検討を開始した際、ILCは、事務局に対して他の条約に基づく現存する監視メカニズムに関する情報の提供を求め、事務局は、その情報をメモランダムとしてILCに提出した<sup>(241)</sup>。しかしながら、条約暫定草案には、監視メカニズムに関する条項はなく、また、注釈においてもまったく触れられていない。

他方で、特別報告者は2017年の特別報告者第3レポート（注157）において、一つの章（Ⅶ）を「監視メカニズム及び紛争の解決」にあてている。そこでは、事務局が提出したメモランダムに基づいて、まず人道に対する犯罪に関する活

動を行う、現存する監視メカニズムとして、安全保障理事会、国連総会、国連事務局、人権理事会などの国連下部機関、人権条約機関、国際刑事法廷・地域人権裁判所などを紹介している (paras. 214-219)。また、条約における監視メカニズムとして、委員会、コミッション、裁判所、締約国会議などの形態が存在すること (paras. 220-229)、またそこで用いられている手続として、報告制度、申立て・通報制度、国家間申立制度、調査・訪問、緊急措置、締約国会議での情報提示などが存在することを指摘している (paras. 230-237)。その上で、特別報告者第3レポートは、①監視メカニズムは条約の下での締約国のコミットメント (国内法の採択、適切な防止措置の実施、迅速かつ公平な捜査の実施、「引渡しまたは裁判」の義務の遵守など) の実施を確保するために役立つであろうこと、②しかしながら監視メカニズムの選択は、法的な理由よりも、利用可能な資源や現存するメカニズムとの関係などの政策的な要素に基づくであろうこと、などを結論づけている (para. 238)。

特別報告者が指摘するように、越境刑事法あるいは国内犯罪の処罰に関する国際条約の監視メカニズムに関する取扱いは、これまで検討してきた主要な国際条約だけを見ても様々である。拷問等禁止条約 (17条) や強制失踪条約 (26条) は、個人の資格で職務を遂行する専門家による委員会を設置するものとしている。なお強制失踪条約の場合は、条約発効の4年後以降にさらに締約国会議が条約の監視を他の機関に移譲することかどうかの決定を行うこととされていたが (27条)、締約国会議が全会一致で委員会が監視機能を継続すべきとの決定を行い、委員会の監視機能は永続的なものとなった<sup>(242)</sup>。他方で、越境組織犯罪防止条約 (32条) や腐敗防止条約 (63条) は、条約実施の促進や検討などの監視機能を締約国会議に委ねている。

このように他の国際条約の取扱いが様々な下で、人道に対する犯罪に関する国際条約は、監視メカニズムについてどのように考えるべきであろうか。特別報告者も指摘するように、委員会のような新たな監視メカニズムを設けること

については、それに必要とされる人的・財政的資源の負担、現存する他のメカニズムとの重複の回避などの政策的な観点から、多くの諸国にとっては消極的な選択肢となるであろうことは想像に難くない。越境組織犯罪防止条約や腐敗防止条約などのように、新たな監視メカニズムを持たないままに機能している国際条約の存在を考えれば、同じように履行の監視を締約国会議のみに委ね、さらに各国における技術的・専門的事項の発展は、UNODCなど既存の国連機関の協力を仰ぐという選択肢も決して理由のないことではない。

しかしながら、越境組織犯罪防止条約や腐敗防止条約など一般の越境刑事法あるいは国内犯罪の処罰に関する国際条約と、人道に対する犯罪に関する国際条約との間には、一つの質的な相違点がある。それは、前者の国際条約が基本的には非国家主体による犯罪あるいは国家が容認していない犯罪を対象としているのに対し、人道に対する犯罪は、国家がその組織的な意思や制度の下に行われることが少なくないという点である。とりわけ、国家が当事者である武力紛争に関連して行われる犯罪は、国家が他国からの介入を拒否したいと考えるものであろう。そのような局面においては、各国家の利益とは対立する観点から、条約の履行状況をチェックし、その履行を求めることが必要となる。その意味では、人道に対する犯罪に関する条約の履行監視機能は、国家による人権侵害を抑止し、救済するという国際人権条約に極めて類似した性格を持っている。あわせて、条文暫定草案のように、容疑者の人権の保障や被害者の権利の確保を制度の中核に持つ場合には、犯罪のみならず、国内の刑事司法制度の運営という観点からも、各国家の利害と対立する監視が必要となる。そのような性格を持つ国際条約においては、やはり、締約国会議という諸国家による政治的な監視のみでは不十分であり、国際政治の利害から独立した専門家による各国の履行の監視が不可欠となる。

もちろん、国内の刑事司法制度の運営における人権の保障という問題は、国際人権条約における委員会や地域裁判所など、他の監視メカニズムとも重なる

側面もある。その意味で、任務の重複を避けるための工夫は必要となるであろうことも否定できない。しかし、人道に対する犯罪の防止と処罰に関わる核心的部分を各国に履行させるためには、やはり、何らかの独立した専門家による監視メカニズムが必要とされる。

## 6. おわりに

人道に対する犯罪が誕生するまでの歴史は、それをどのようにして通常の国内犯罪から区別された国際犯罪として定義するのかという模索からはじまった。アルメニア人虐殺やナチスのホロコーストのような、従来の国内法や国際法の概念では捉えきれない事態に遭遇して、伝統的な主権の一機能とされてきた国内の刑事裁判権を超えた、防止と処罰のための法概念が必要とされた。そのためには、国内法で許容されているかどうかにかかわらず国際犯罪として承認される必要があり、また、国際刑事裁判の基礎となることが必要とされた。

そうした模索は、IMT 憲章において国際犯罪としてすでに確立していた戦争犯罪と関係づけるという慎重な歩みとともに開始された。そしてその後は、長年の紆余曲折を経ながらも、次第に独立した国際犯罪の概念として見だされていった。その集大成ともいうことができるのが、ICC 規程における人道に対する犯罪の定義であった。それは、同犯罪を歴史上初めて法典化したものとして高い評価を受けてきた。とりわけ、人道に対する犯罪を通常の国内犯罪から区別するための敷居要素、さらには ICC 規程で採用された敷居要素としての広範性／組織性要素は、国際法の下での犯罪概念を確立するための重要な法技術であったということができるだろう。

そのように国際犯罪として確立した人道に対する犯罪は、新たな挑戦に挑もうとしている。それは、同犯罪を、単に国際刑事裁判のためにのみ存在する法概念ではなく、各国がその国内で処罰可能なものとし、国家間の協力という網

目の中で効果的な防止と処罰を実現するためことであり、人道の法に違反する数々の行為を、普遍的な犯罪として国際社会から排除していこうとする野心的な試みである。

しかし、そうした新たな挑戦は、国際条約化という道程の中で、少なからぬ課題に直面しなければならない。ICC 規程における対象犯罪の定義には、それを採択させるための数々の政治的妥協を経て、必ずしも合理的には説明できない条件が付されている。それは、各国が国内法として受容していく場合に十分に機能するものとなるのか。また、国際社会が各国の国内法を通じて効果的な防止と処罰とを行っていくためには、国家間の協力を保障するシステムが不可欠である。その点では、すでに国内犯罪に国際社会が一致して取り組むための越境刑事法の法と技術とが豊富に存在する。それらは、人道に対する犯罪という国際犯罪についても十分に機能するものとして利用可能であるのか。そこには、人道に対する犯罪が、国家の関与する行為と同時に非国家主体による行為をも対象とするという複雑な性格が絡み合ってくる。

本稿では、前半において、以上のように模索を続けてきた人道に対する犯罪の概念を、特にその定義をめぐって検証した。さらに後半においては、その草案作りを行ってきた ILC の作業を詳しく検討した。その中で、国際条約化の作業が今後において解決すべき課題の一端を示してきた。

もちろん、人道に対する犯罪が、その処罰と防止のための国際条約として成立していくのかどうかという問題は、法的な問題である以上に、諸国家の政府を中心とした国際社会における政治的意思に関わる場所が大きい。何よりも重要なのは、人道に対する犯罪をそのような普遍的な犯罪として抑止しようとする諸国家の意思、そしてより広くは市民社会を含めた国際社会の意思がどれだけ強固であるのかということである。

いまから 20 年前、筆者は、日本弁護士連合会から派遣されて、ICC 規程を討議するローマ全権外交会議に参加した。その場でまず目撃したのは、新しい

## 人道に対する犯罪の防止と処罰 (2・完)

国際刑法典と国際司法機関を創り出すことの想像以上の困難さである。しかし同時にそれ以上に、その会議に集まった各国政府や国際機関の代表、そして市民社会の代表の間に、一つの情熱が共有されていることも実感した。それは情熱と言うよりは、冷戦後の世界各地で止むことのない非人道行為に対し、国際社会が総意として何らかの道筋を見いださなければならないという共有された危機感であった。

人道に対する犯罪を扱う国際司法制度は、数々の問題点を抱えながらも、現在では ICC として存在する。他方で、国際社会は、ICC が活動を始めた後も、世界各地で止むことのない非人道的な行為の数々に直面し続けている。国際社会は、人道に対する犯罪の普遍的な抑止と処罰のために、20 年前を上回る情熱を共有することができるのか。人道に対する犯罪に関する条約化の作業において真に問われているのは、むしろそのことかも知れない。

別表 3. 条約暫定草案 (ILC の暫定条文草案の抄訳)

人道に対する犯罪

前文 【省略】

第1条 適用範囲 (Scope)

この条文草案は、人道に対する犯罪の防止及び処罰に適用される。

第2条 一般的義務 (General Obligation)

人道に対する犯罪は、武力紛争時に行われたどうかにかかわらず、国際法の下での犯罪であり、国家は、それを防止し及び処罰することを約束する。

第3条 人道に対する犯罪の定義 (Definition of crimes against humanity)

1. この条文草案の適用上、「人道に対する罪」とは、文民たる住民に対する攻撃であって広範又は組織的なものの一部として、そのような攻撃であることを認識しつつ行う次のいずれかの行為をいう。

【(a) 項-(k) 項省略。ICC 規程 7 条 1 項 (a) 項-(k) 項参照。】

2. 1 の規定の適用上、

【(a) 項-(i) 項省略。ICC 規程 7 条 2 項 (a) 項-(i) 項参照。】

3. この条文草案の適用上、「性」とは、社会の文脈における両性すなわち、男性及び女性をいう。「性」の語は、これと異なるいかなる意味も示すものではない。
4. この条文草案は、いかなる国際法又は国内法に定められたより広い定義に影響を及ぼすものではない。

第4条 防止義務 (Obligation of prevention)

1. すべての国は、以下に掲げるものを通じて、国際法に従って人道に対する犯罪を防止することを約束する。

(a) 国の管轄の下にある領域における立法、行政、司法その他の効果的な防止措置。

(b) 他の国家、関係する国家間組織、及び適当なときはその他の組織との協力。

2. 武力紛争、内政の不安定又は他の公の緊急事態のような事態であるかどうかにかかわらず、いかなる例外的な事態も人道に対する犯罪を正当化する根拠として援用することはできない。

第5条 ノンルフールマン (Non-refoulement)

1. 国は、ある者が人道に対する犯罪の対象とされるおそれがあると信ずるに足る実質的な理由がある他の国の管轄の下にある領域へ当該者を追放し、若しくは送還し、又は当該者について犯罪人引渡しを行ってはならない。

2. 権限のある当局は、1 に規定する理由の有無を決定するに当たり、すべての関連する事情 (該当する場合には、重大、明らか若しくは大規模な人権侵害又は国際人道法の著しい違反についての一貫した傾向が関係する国の管轄の下にある領域において存在することを含む。) を考慮する。

第6条 国内法の下での犯罪化 (Criminalization under national law)

1. すべての国は、人道に対する犯罪が自国の刑法上の犯罪となることを確保するための必要な措置を取る。

## 人道に対する犯罪の防止と処罰 (2・完)

2. すべての国は、以下に掲げる行為が自国の刑法上の犯罪となることを確保するための必要な措置を取る。
  - (a) 人道に対する犯罪を行うこと。
  - (b) 同犯罪の実行を試みること。
  - (c) 同犯罪の既遂又は未遂を命じ、教唆し、勧誘し、ほう助し、唆し、又はその他の方法で援助し若しくは寄与すること。
3. すべての国は、また、以下に掲げるものが自国の刑法上の犯罪となることを確保するための必要な措置を取る。

【(a) 項, (b) 項省略。ICC 規程 28 条 (a) 項, (b) 項参照。】

4. すべての国は、この条文草案に定める犯罪が政府又は上官（軍人であるか文民であるかを問わない）の命令に従って行われたという事実が、自国の刑法上当該従属者の刑事責任を阻却する理由とならないことを確保するための必要な措置を取る。
5. すべての国は、この条文草案に定める犯罪が公的資格を持つ者によって行われたという事実が、自国の刑法上刑事責任を阻却する理由とならないことを確保するための必要な措置を取る。
6. すべての国は、この条文草案に定める犯罪が自国の刑法上出訴期限の適用を受けるものではないことを確保するための必要な措置を取る。
7. すべての国は、この条文草案に定める犯罪に対し自国の刑法上その重大性を考慮した適当な刑罰を科することができることを確保するための必要な措置を取る。
8. 国内法の規定に従い、すべての国は、適当なときは、この条文草案に定める犯罪のために法人の責任を設定するための必要な措置を取る。当該国の法原則に従い、当該法人の責任は、刑事上、民事上又は行政上のものであることができる。

### 第7条 国内裁判権の設定 (Establishment of national jurisdiction)

1. すべての国は、次の場合において前条の犯罪についての自国の裁判権を設定するため、必要な措置をとる。
  - (a) 犯罪が自国の管轄の下にある領域内では又は自国において登録された船舶若しくは航空機内で行われる場合。
  - (b) 容疑者が自国の国民である場合又は自国が適当と認めるときは犯罪が自国の領域内に常居所を有する無国籍者によって行われる場合
  - (c) 自国が適当と認めるときは、被害者が自国の国民である場合。
2. 容疑者が自国の管轄の下にある領域内に所在し、かつ、自国がこの条文草案に従って当該容疑者の引渡しを行わない場合において、すべての国は、この条文草案が対象とする犯罪についての自国の裁判権を設定するため、必要な措置をとる。
3. この条文草案は、国内法に従って行使される刑事裁判権を排除するものではない。

### 第8条 捜査 (Investigation)

すべての国は、自国の管轄の下にある領域内で人道に対する犯罪に当たる行為がすで行われ、又は行われていると信ずるに足りる合理的な理由がある場合には、自国の権限のある当局が迅速かつ公平な調査を行うことを確保する。



## 人道に対する犯罪の防止と処罰 (2・完)

### 第9条 犯罪の容疑者が所在する場合の予備的措置 (Preliminary measures when an alleged offender is present)

1. この条文草案に含まれる犯罪の容疑者がその管轄権の下にある領域内に所在する国は、自国が入手することができる情報を検討した後、状況によって正当であると認める場合には、当該容疑者の所在を確実にするため、抑留その他の法的措置をとる。この措置は、当該国の法令に定めるところによるものとするが、刑事訴訟手続又は犯罪人引渡手続を開始するために必要とする期間に限って継続することができる。
2. 1の措置をとった国は、事実について直ちに予備調査を行う。
3. いずれの国も、この条の規定に基づいていずれかの者を抑留する場合には、第7条1項の場合に該当する国に対し、当該者が抑留されている事実及びその抑留が正当とされる事情を直ちに通報する。2の予備調査を行う国は、その結果をこれらの国に対して速やかに報告するものとし、また、自国が裁判権を行使する意図を有するか否かを明らかにする。

### 第10条 引渡しまたは裁判 (*Aut dedere aut judicare*)

犯罪の容疑者がその管轄の下にある領域内に所在する国は、その者を他の国又は権限のある国際刑事法廷に引き渡さないときは、訴追のため自国の権限のある当局に事件を付託する。それらの当局は、自国の法令に規定する他の重大な犯罪の場合と同様の方法で決定を行う。

### 第11条 犯罪の容疑者の公正な取り扱い (Fair treatment of the alleged offender)

1. この条文草案が規定する犯罪に関連して措置が取られたいかなる者も、手続のすべての段階において、公正な裁判並びに人権法を含む適用される国内法及び国際法の下での権利の完全な保護を含めて、公正な取り扱いを保障される。
2. 自らの国籍ではない国で服役し、拘束又は抑留されたいかなる者も、以下の権利を有する。
  - (a) その者が国籍を持つ若しくはその他その者の諸権利を保護する権限を持つ国(々)の然るべき代表に、又はその者が無国籍者である場合はその者の要請に基づきその者の諸権利を保護する意思がある国の然るべき代表に、遅滞なく通報すること。
  - (b) (a)の国(々)の代表による訪問を受けること。
  - (c) この項の下での諸権利を遅滞なく知らされること。
3. 第2項に規定された諸権利は、その者が所在する領域の国の法と規則が、第2項の下で付与された諸権利の意図する目的に完全な効力を与えなければならないという条件の下に、その法と規則に従って行使される。

### 第12条 被害者、証人及びその他の者 (Victims, witnesses and others)

1. すべての国は、以下を確保するための必要な措置を取る。
  - (a) 人道に対する犯罪に該当する行為がすでに行われ、又は行われていると主張するすべての者が、権限ある当局に申立を行う権利を有すること。

## 人道に対する犯罪の防止と処罰 (2・完)

- (b) 申立をした者、被害者、証人並びにそれらの者の家族及び代理人、並びに捜査、訴追、犯罪人引渡し、又はこの条文草案の射程の範囲内にあるその他の手続に参加するその他の者は、申立て、情報提供、証言、又はその他の証拠の提供の結果生ずる不当な取扱い又は脅迫から保護される。保護の措置は、条文草案の第11条に定められた容疑者の権利を害してはならない。
2. すべての国は、人道に対する犯罪の被害者の意見及び懸念が、容疑者に対する刑事手続の適当な段階で、この条文草案の第11条に定められた権利を害さない態様で、自国の法制に従って提示され、及び検討されることを可能なものとする。
  3. すべての国は、人道に対する犯罪の被害者が物質的又は道徳的な損害について、個別的又は集団的な賠償を受ける権利を有することを、自国の法制において確保するために必要な措置を取る。その賠償には、適当なときは、原状回復、補償、満足、リハビリテーション、犯罪の中止及び再発防止の保障の一つ若しくは複数のもの又は他の形態が含まれる。

### 第13条 犯罪人引渡し (Extradition)

1. この条文草案の定める犯罪は、国家間の現行の犯罪人引渡条約における引渡犯罪とみなされる。国は、相互間で将来締結されるすべての犯罪人引渡条約にこの条文草案の定める犯罪を引渡犯罪として含めることを約束する。
2. 国家間の犯罪人引渡しの適用上、この条文草案の定める犯罪は、政治犯罪、政治犯罪に関連する犯罪又は政治的な動機による犯罪とみなしてはならない。このため、政治犯罪、政治犯罪に関連する犯罪又は政治的な動機による犯罪に関係することのみを理由として犯罪人引渡しの請求を拒否することはできない。
3. 条約の存在を犯罪人引渡しの条件とする国は、自国との間に犯罪人引渡条約を締結していない他の国から犯罪人引渡しの請求を受けた場合には、この条文草案をこの条文草案の定める犯罪に関する犯罪人引渡しのための法的根拠とみなすことができる。
4. 条約の存在を犯罪人引渡しの条件とする国は、この条文草案の適用を受けるすべての犯罪のために、次の措置をとる。
  - (a) 国際連合の事務総長に対し、この条文草案を他の国との間における犯罪人引渡しに関する協力のための法的根拠とするか否かを通報すること。
  - (b) この条文草案を犯罪人引渡しに関する協力のための法的根拠としない場合において、適当なときは、この条の規定を実施するため、他の国と犯罪人引渡しに関する条約を締結するように努めること。
5. 条約の存在を犯罪人引渡しの条件としない国は、相互間で、この条の適用を受ける犯罪を引渡犯罪と認める。
6. 犯罪人引渡しは、請求を受けた国の国内法に定める条件又は適用可能な犯罪人引渡条約に定める条件に従う。これらの条件には、請求を受けた国が犯罪人引渡しを拒否することができる理由を含む。
7. 必要な場合には、この条文草案の定める犯罪は、国家間の犯罪人引渡しの適用上、

## 人道に対する犯罪の防止と処罰 (2・完)

犯罪が発生した場所だけではなく、条文草案7条1項に従い裁判権を設定した国の領域内において行われたものと扱う。

8. 犯罪人引渡しの請求を受けた国は、刑の執行を目的とする犯罪人引渡しをその引渡しの対象となる者が自国の国民であるという理由により拒否した場合において、当該請求を行った国からの申出があるときは、自国の国内法が認め、かつ、その法律の要件に適合する限りにおいて、当該請求を行った国の国内法に従って言い渡された刑又はその残余の執行について考慮する。
9. この条約のいかなる規定も、犯罪人引渡しの請求を受けた国が、ジェンダー、人種、宗教、国籍、民族的出身、文化、特定の社会的集団の構成員であること、政治的意見若しくは国際法の下で許容されないことが普遍的に承認されたその他の原因を理由として、当該請求の対象となる者を訴追し若しくは処罰するために当該請求が行われたと信じ、又は当該請求に応ずることによりその者の地位がこれらの理由によって害されると信ずるに足る実質的な根拠がある場合には、引渡しを行う義務を課するものと解してはならない。
10. 犯罪人引渡しの請求を受けた国は、その引渡しを拒否する前に、適当なときは、請求を行った国がその意見を表明し、及びその主張に関する情報を提供する機会を十分に与えるため、当該請求を行った国と協議する。

### 第14条 法律上の相互援助 (Mutual legal assistance)

1. 国は、この条文草案の対象となる犯罪に関する捜査、訴追及び司法手続において、最大限の法律上の援助を、この条に従って相互に与える。
2. 法律上の相互援助は、要請を行う国において条文草案第6条第8項の規定に基づいて法人が責任を負う可能性のある犯罪に関して行われる捜査、訴追及び司法手続について、要請を受けた国の関連する法律、条約、協定及び取極の下で、最大限度可能な範囲で与える。
3. この条の規定に従って与えられる法律上の相互援助については、次の事項のために要請することができる。
  - (a) 容疑者及び、適当なときは被害者、証人その他の特定及び所在
  - (b) 証拠又はビデオ会議を含む供述の取得
  - (c) 裁判上の文書の送達の実施
  - (d) 捜索及び押収の実施
  - (e) 法医学証拠の取得を含む物及び場所の見分
  - (f) 情報、証拠物及び鑑定を提供
  - (g) 関連する文書及び記録の原本又は証明された謄本の提供
  - (h) 証拠若しくはその他の目的のための犯罪収益、財産及び道具その他の物の特定、追跡又は凍結
  - (i) 要請を行った国において人が任意に出頭することの促進
  - (j) その他の種類の援助であって要請を受けた国の国内法に違反しないもの
4. 国は、銀行による秘密の保持を理由としては、この条の規定に基づく法律上の相

## 人道に対する犯罪の防止と処罰（2・完）

互援助を与えることを拒否することができない。

5. 国は、必要な場合には、この条の規定の目的に寄与し、この条の規定を効果的に実施し、又はこの条の規定を拡充するための二国間又は多数国間の協定又は取極の締結の可能性を考慮する。
6. 国の権限のある当局は、刑事問題に関する情報が、他の国の権限のある当局が調査及び刑事手続を行い若しくはこれらを成功裡に完了させるための援助となり得るものであると信じ、又は当該他の締り約国がこの条約に基づいて援助の要請を行うことにつながり得るものであると信ずる場合には、事前の要請がないときでも、自国の国内法の範囲内で当該情報を当該他の国の権限のある当局に送付することができる。
7. この条の規定は、法律上の相互援助について全面的又は部分的に定める現行の又は将来締結される二国間又は多数国間の他の条約に基づく義務に影響を及ぼすものではない。
8. この条文草案の付属文書は、関係国が法律上の相互援助に関する条約によって拘束されていない場合には、この条の規定に従って行われる要請について適用する。当該関係国がそのような条約によって拘束されている場合には、そのような条約の対応する規定は、当該関係国がこれらの規定に代えて付属文書の規定を適用することに合意する場合を除くほか、適用する。国は、付属文書が協力を促進する場合には、同付属文書を適用することを奨励される。

### 第15条 紛争の解決 (Settlement of disputes)

1. 国は、この条文草案の解釈又は適用に関する紛争を交渉によって解決するよう努める。
2. この条約の解釈又は適用に関する二カ国以上の間の紛争で交渉によって解決することができないものは、それらの紛争当事国が紛争を仲裁に付すことに合意する場合を除いて、いずれかの紛争当事国の要請により、国際司法裁判所に付託される。
3. 国は、2の規定に拘束されない旨を宣言することができる。他の国は、そのような宣言をした国との関係において2の規定に拘束されない。
4. 3の規定に基づいて宣言をした国は、いつでもその宣言を撤回することができる。

### 付属文書

【以下は、項目のタイトルを記載し、条文は省略】

- ・ 中央当局の指定 (Designation of a central authority)
- ・ 要請を行う手続 (Procedures for making a request)
- ・ 要請を受けた国の要請への対応 (Response to the request by the requested State)
- ・ 要請を行う国による情報の使用 (Use of information by the requesting State)
- ・ 要請を受けた国から来た者の証言 (Testimony of person from the requested State)
- ・ 要請を受けた国で拘禁された者の証言のための移送 (Transfer for testimony of person detained in the requested State)
- ・ 費用 (Costs)

注

- (146) Statute of the International Law Commission, adopted by the General Assembly in resolution 174 (II) of 21 November 1947, as amended by resolutions 485 (V) of 12 December 1950, 984 (X) of 3 December 1955, 985 (X) of 3 December 1955 and 36/39 of 18 November 1981.
- (147) 注74を参照。
- (148) ILC Report A/72/10, 2017, Chapter IV (以下、「ILC Report 2017」), para. 46.
- (149) 腐敗の防止に関する国際連合条約（2003年）。国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約（2000年）。
- (150) 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（1984年）、強制失踪からのすべての者の保護に関する国際条約（2007年）。
- (151) ILC Report 2017（注148）para. 46, General Commentary (2).
- (152) ILC Report, A/69/10, 2014, Chapter XIV, para. 266。「人道に対する犯罪」のトピックに関する作業経緯の概要は、ILCのウェブサイトに記載されている（最終アクセス2018年6月1日）。[http://legal.un.org/ilc/summaries/7\\_7.shtml](http://legal.un.org/ilc/summaries/7_7.shtml)
- (153) 特別報告者第1レポート（注65）。
- (154) ILC Report, A/70/10, 2015, Chapter VII, paras. 108–117.
- (155) ILC, ‘Second Report on Crime against Humanity by Sean D. Murphy, Special Rapporteur,’ A/CN.4/690, 21 January 2016（以下、「特別報告者第2レポート」）。
- (156) ILC Report, A/71/10, 2016, Chapter VII, paras. 77–85
- (157) ILC, ‘Third Report on Crime against Humanity by Sean D. Murphy, Special Rapporteur,’ A/CN.4/704, 23 January 2017（以下、「特別報告者第3レポート」）。
- (158) ILC Report 2017（注148）, paras. 35–46.
- (159) 村瀬信也『国際立法—国際法の法源論—』（東信堂、2002年）225–227頁。
- (160) Robert Cryer et al., “An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Third Edition” Cambridge University Press, 2014, p. 4. この点は、わが国における古典的な教科書である、山本草二『国際刑事法』（三省堂、1991年）も、その執筆当時の状況ではあるが、「国際刑事法という独自の法分野が存在するかどうか、また存在するとしてその内容と機能をどのように解するかは、今日でも学説上論争が繰り返されている問題である。」と述べている（57頁）。
- (161) 石井由梨佳『越境犯罪の国際的規制』（有斐閣、2017年）16頁など。
- (162) 山本（注160）3–15頁。
- (163) 同上2–13頁。
- (164) 山本自身、『「国際法違反の犯罪」の多くは、実際に今日では、『諸国の共通利益を害する犯罪』に移行している』としている。同上13頁。

人道に対する犯罪の防止と処罰 (2・完)

- (165) 中谷和弘他『国際法 第3版』(有斐閣アルマ, 2017年) 251, 256-259頁(執筆担当者は河野真理子)。
- (166) 山本(注160) 23頁。
- (167) 刑事管轄権に関する伝統的な主権権能説については、同上 58頁を参照。さらに、そうした国家主権との関係における国際刑事裁判の刑罰権の淵源は何かという問題について、譲渡説や固有説などの諸説を検討している論稿として、安藤泰子『刑罰権の淵源』(成文堂, 2018年)がある(特にその第一章)。
- (168) 越境犯罪の国際法による規制については、石井(注161) 14-15頁が、「国際法が直接規律しない越境犯罪」、「国内法に共通する越境犯罪」、「国際法益を害する越境犯罪」の3つの類型に分類しているものが参考となる。
- (169) Cryer(注160) pp. 4-5.
- (170) Neil Boister, "An introduction to transnational criminal law," Oxford University Press, 2012, p.18.
- (171) M. Cherif Bassiouni, "Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition," Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 22. さらにバシオーニは、直接執行システムの中には、自ら執行手段を持つ包括的なものと(IMTとIMTFE)、執行を他の機関に依存する非包括的なものがあるとする。
- (172) *Ibid.*, p. 487.
- (173) *Ibid.*, pp. 22, 34. ただし、バシオーニはさらに、2つのシステムには含まれない、ICCの補完性モデルも存在するとする(p. 25)。ICC規程は、対象犯罪について、国内法での犯罪化を締約国に義務付けることはせず、国家に捜査や訴追の「意思又は能力がない」場合にICCの受理許容性を認めることにより、国内法での犯罪化を事実上奨励している。
- (174) 越境組織犯罪防止条約の締約国数は、188カ国(2017年7月11日時点)であり、腐敗防止条約の締約国数は、183カ国(2017年10月3日時点)である。
- (175) Model Treaty on Extradition, adopted by General Assembly resolution 45/116 (1990), subsequently amended by General Assembly resolution 52/88 (1997). Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters, adopted by General Assembly resolution 45/117 (1990), subsequently amended by General Assembly resolution 53/112 (1998).
- (176) ICJのJurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, 3 February 2012, para. 95は、戦争犯罪と人道に対する犯罪を理由とする逮捕状に対する外務大臣の免責特権が問題とされたICJの逮捕状事件の判決(Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, 14 February 2002)について、ユス・コーゲンス違反の事実も慣習国際法の免責特

## 人道に対する犯罪の防止と処罰（2・完）

権をはく奪するものではないとの判断を示す文脈においてではあるが、次のような評価を行っている。すなわち、ICJは、逮捕状事件判決について、「ユス・コーゲンスの概念を明示的に述べることはしなかったが、「外務大臣は、疑いもなくユス・コーゲンスの性質を持つ刑事上の規則違反によって訴追された」ことを確認した。

- (177) なお、注釈3(7)の末尾の文章にある、武力紛争関連要素と差別的要素に関する記述には、誤植があるようである。すなわち、文章の最初にある「Article 7, paragraph 1 (h)」は、「Article 7, paragraph 1」でなければ、文章が意味をなさない。この点は、個人的に特別報告者のマーフィー教授に確認したところ、指摘のとおり「(h)」が存在するのは正確ではないとの回答を得た。
- (178) Principles of International Cooperation in the Detection, Arrest, Extradition and Punishment of Persons Guilty of War Crimes and Crimes against Humanity, adopted by General Assembly in resolution 3074 (XXVIII) of 3 December 1973.
- (179) ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order, 8 April 1993, para. 45.
- (180) 1951の難民条約が1951年1月1日以降の事件にも適用されるのは、正確には、1967年の難民の地位に関する議定書を通じてであるが、以下ではその議定書を含めて難民条約と総称する。
- (181) 「surrender」という用語は、ICC規程などで容疑者を国際刑事裁判機関への引渡しを意味するものとして、「extradition」と区別して用いられるようになった。しかし、強制失踪条約の政府訳では、「extradition」と「surrender」とを区別することなく、一括して「犯罪人引渡し」という訳語が用いられている。
- (182) ただしICC規程(33条)は、戦争犯罪については、一定の場合に責任の阻却を認めている。
- (183) Report of the Committee against Torture, Official Records of the General Assembly, Sixty-second Session, Supplement No. 44 (A/62/44), chap. III, consideration of reports by States parties under article 19 of the Convention, Italy, para. 40 (19).
- (184) Report of the intersessional open-ended working group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance (E/CN.4/2004/59), paras. 43-46 and 56.
- (185) 特別報告者第2レポート(注155), paras. 63-73.
- (186) Boister(注170) p. 135.
- (187) 特別報告者第3レポート(注157) para. 7.
- (188) 同上 para. 9.

- (189) Bassiouni(注171) p. 487.
- (190) 山本(注160) 201-201頁。
- (191) ILCが依拠するのは、1948年ジェノサイド条約(Ⅱ条)、UNODC, “Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters,” para.45, 旧国連人権促進保護小委員会決議(2001/22)などである。
- (192) Bassiouni(注171) pp. 217-218.
- (193) Boister(注170) p. 21.
- (194) *Ibid.*, p. 22.
- (195) Bassiouni(注171) p. 217.
- (196) Boister(注170) p. 22.
- (197) この点で、「ヨーロッパ逮捕状」など急速に発展するヨーロッパ諸国間の刑事司法協力と人権原則との調和を検討した研究として、北村泰三「ヨーロッパ諸国間における犯罪人引渡法制の現代の変容(1)～(3)―効率性と人権原則との調和・両立を目指して―」中央ロージャーナル9巻4号(2013年), 10巻1号(2013年), 同4号(2014年)がある。特に、同(3)75-82頁参照。
- (198) Boister(注170) p. 22.
- (199) 石井(注161) 106-108頁。
- (200) 同上。
- (201) Bassiouni(注171) p. 506.
- (202) Boister(注170) p. 22. Boisterは、そのような例として、越境組織犯罪条約が人権や個人の権利に関して締約国に求めるのは、「防衛の権利に妥当な考慮を払うことであり、しかも、「裁判までの間又は上訴までの間に行われる釈放の決定に関連して課される条件」に関するものに限定されたものでしかないことを指摘している。
- (203) 「刑事共助」と人権保障との問題についての議論状況は、石井(注161) 105-131頁で詳しく検討されている。
- (204) ‘Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power,’ UN General Assembly Resolution, A/RES/40/34 annex, 29 November 1985.
- (205) ‘Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law,’ UN General Assembly Resolution, A/RES/60/147 annex, 16 December 2005.
- (206) ICTY 規程(20-22条), ICTR 規程(19-21条), ICC 規程(55, 67, 68, 75条)など。
- (207) 東澤靖『国際刑事裁判所と人権保障』(信山社, 2013年), 「ICCにおける被害者



の地位—実現された制度と課題—」村瀬他編(注64)295-337頁などを参照。

- (208) *Germany v. United States of America*, Judgment, 27 June 2001, para. 89. '89. The Court cannot accept the argument of the United States which proceeds, in part, on the assumption that paragraph 2 of Article 36 applies only to the rights of the sending State and not also to those of the detained individual. The Court has already determined that Article 36, paragraph 1, creates individual rights for the detained person in addition to the rights accorded the sending State, and that consequently the reference to "rights" in paragraph 2 must be read as applying not only to the rights of the sending State, but also to the rights of the detained individual (see paragraph 77 above).'
- (209) 拷問等禁止条約(13条, 14条), 強制失踪条約(12条, 24条), 越境組織犯罪防止条約(24-25条), 腐敗防止条約(32-33条)など。
- (210) 村瀬(注159)218-219頁。
- (211) 同上228-229頁。
- (212) 同上229頁。
- (213) 同上230頁。
- (214) 特別報告者第3レポート(注157) paras. 264-297. ①「隠べい」(concealment)の犯罪化とは, 人道に対する犯罪が発生した後に, その犯罪を犯罪化する義務を国に課すべきかどうかという問題であり, 特別報告者は消極的な見解を示している(para. 277)。②「免除」の問題とは, 容疑者が慣習国際法の下での国内裁判権からの免除を主張する場合の取扱いについてであるが, この問題については, 条約暫定草案(6条5項)が, 公的資格が刑事責任と無関係であることを条文化し, あわせてすでに触れたように, その注釈において実体的な免除と慣習国際法の下での手続的な免除とを区別する整理を行っており, 一応の解決がなされている。アムネスティについては, 以下で検討する。
- (215) Hall(注6)p. 221. Schabas(注133)p. 199.
- (216) ICTY, *Prosecutor v. Kpreskiae*, Trial Chamber, Judgment, Case No. IT-95-16-T, 14 January 2000, para. 580.
- (217) Schabas(注133)p. 199.
- (218) Amnesty International, '17-Point Program for a Convention on Crimes against Humanity,' AI Index number: IOR 51/7914/2018, para. 1.
- (219) 強制失踪条約2条: この条約の適用上, 「強制失踪」とは, 国の機関又は国の許可, 支援若しくは黙認を得て行動する個人若しくは集団が, 逮捕, 拘禁, 拉致その他のあらゆる形態の自由のはく奪を行う行為であって, その自由のはく奪を認めず, 又はそれによる失踪者の消息若しくは所在を隠蔽することを伴い, かつ,

当該失踪者を法律の保護の外に置くものをいう。

- (220) 'Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance,' UN General Assembly Resolution, A/RES/47/133 annex, 18 December 1992, art. 1 (2).
- (221) Hall (注6) p. 269.
- (222) Amnesty International (注218) para. 1.
- (223) William A. Schabas, "An Introduction to the International Criminal Court Fourth Edition," Cambridge University Press, 2011, pp. 198-199.
- (224) Statute of the Special Court for Sierra Leone, art. 10. Extraordinary Chambers of Cambodia Agreement, art. 40.
- (225) ILCの作業の前提となった特別報告者のレポートは、犯罪を扱ってきた従前の国際条約がアムネスティの問題をまったく扱わなかったアプローチにならって、条約暫定草案においても国内法の下でのアムネスティの問題を扱うべきではないと結論づけている。特別報告者第3レポート(注157) para. 297.
- (226) Diane Orentlicher, 'Immunities and Amnesties,' in Sadat (注2) pp. 202, 217-222. 著者は、米国国務省に所属しているが(同論文発表当時)、米国政府や同省の見解を反映するものではないとしている。
- (227) Declaration (注220). Article 18 (1): Persons who have or are alleged to have committed offences referred to in article 4, paragraph 1, above, shall not benefit from any special amnesty law or similar measures that might have the effect of exempting them from any criminal proceedings or sanction.
- (228) ただし、Orentlicher(注226) p. 221は、起草過程の議論から、強制失踪犯罪について一般的なアムネスティの排除に反対する国の中にも、人道に対する犯罪に該当する強制失踪については、そのような排除条項が適切と考える国もあったことを指摘している。
- (229) *Ibid.*, p. 221.
- (230) Amnesty International (注218) para. 9.
- (231) *Ibid.*, para. 10.
- (232) Human Rights Committee, General Comment No. 32, CCPR/C/GC/ 32, 23 August 2007, para. 22.
- (233) Committee against Torture, General Comment (1) on the Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22 (1998), para. 3.
- (234) 強制失踪条約(3条)は、非国家主体、すなわち「国の許可、支援又は黙認を得ることなく行動する個人又は集団が行った」行為に対しても一定の措置を取ることが義務づけているが、それは「強制失踪」という用語の定義には含まれていない。
- (235) 他方でこれらの条約の定義を離れて、「拷問」一般を考える場合には、異なる

## 人道に対する犯罪の防止と処罰 (2・完)

解釈もちろん可能である。例えば、自由権規約委員会は、拷問禁止(7条)に関する一般的意見において、締約国に対し、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に適用される刑罰について、「公務員若しくは国家のために行動するその他の者、又は私的な者」の行為を問わずに報告するように求めている。Human Rights Committee, General comment No. 20: Article 7 (Prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment) (1992), para. 13.

- (236) 国連難民高等弁務官「難民認定基準ハンドブック(改訂版)」は、難民条約における難民の定義における「迫害を受けるおそれ」に関する迫害の主体について、「迫害は、通常は国の当局による行為に関連するものである。それはまた、当事国の法令により確立された基準を尊重しない一部の人々によって引き起こされることもある。」として、非国家主体による迫害についても、「当局により故意に容認される、又は当局が効果的な保護を与えることを拒否、若しくはできないときは、そのような行為は迫害に当たると考えることもできよう。」と述べている(65項)。
- (237) Committee against Torture, *Aemei v. Switzerland*, 34/1995, 29 May 1997, para. 9.5.
- (238) 難民と補完的保護との関係については、その認定審査の特徴に照らして、難民認定審査が申請者の主観に関する判断に注力した恐怖審査であるのに対し、補完的保護の審査は、申請者の置かれることになる状況についての客観判断による危険審査であるとの区別も指摘されている。山本哲史「二つの国際的保護—難民保護と補完的保護の比較から—」国際人権 27号(2016年)40頁。
- (239) Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011.
- (240) 佐藤以久子「シリア難民—武力紛争下を逃れた文民に対するEUの国際的保護の資格基準：重要判例を通して—」国際人権 27号(2016年)49頁。
- (241) その経緯は、LC Report 2017(注148) paras. 36-37. 提出された事務局のメモランダムは、'Information on existing treaty-based monitoring mechanisms which may be of relevance to the future work of the International Law Commission Memorandum by the Secretariat,' A/CN.4/698, 18 March 2016.
- (242) Conference of the States Parties, Summary record of the first meeting, CED/CSP/SR. 1, 28 December 2016, para. 78.