

強制失踪条約における「強制失踪」の定義と その国内犯罪化義務

薬師寺 公 夫

論文要旨

本論文は、日本が締約国となっている強制失踪条約の、「強制失踪」の定義と、強制失踪を国内刑事法上の犯罪とするために必要な措置をとる国の義務とについて検討したものである。強制失踪は拉致のように、直接国の機関により又は間接的に国の許可、支援又は黙認を得て行動する人や集団によって行われるあらゆる形態の自由のはく奪を行う行為であって、その自由の剥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、その失踪者を法律の保護の外に置くものをいう(第2条)と定義されている。この定義は、「長期間法律の保護の下から排除する意図」等の要素を必要とする国際刑事裁判所規程第7条2項(i)及び国連国際法委員会の人道に対する犯罪第1読草案第3条2項の「強制失踪」の定義とは、異なっている。強制失踪の対象とされない権利を独立の人権として定めることによって、強制失踪からの保護と被害者の救済並びに強制失踪に対する訴追・処罰をはかろうとした強制失踪条約は、なぜ上記第2条のようなICC規程とは異なる「強制失踪」の定義を採用するに至ったのか。本稿一では、この経緯を条約起草過程の検討を通じて明らかにするとともに、最初の個人通報事件であるイルスタ事件の強制失踪委員会の見解を検討することを通じて、3要素説にたつ同委員会が上記の定義をどのように解釈したのかを明らかにした。

強制失踪条約は、不処罰との闘いを強化するために、第2条に定義する「強制失踪」を条約の基準に従って国内法上の刑事犯罪とする義務を締約国に課した(第4条から第8条)。そこで本稿の二では、強制失踪条約がどのような措置を締約国に義務づけているかを条約の起草過程と国家報告の検討手続を考察することによって明らかにした。強制失踪の構成要件につき3要素説を採用する強制失踪委員会が強制失踪罪を継続的、自律的かつ単一の独立罪とみなして、同罪の極度の重大性に適合した固有の重罰、上官責任、出訴期限等を制定する義務を強調するのに対して、締約国には日本も含めて既存の国内刑事法上の犯罪及び制度を組み合わせることによって対処しようとする傾向が強い。そこで二では、刑事法に関する条約義務の国内実施のあり方について、委員会と締約国の間にどのような論点と課題が生じてきているのかを考察した。

はじめに

2006年に国連総会で採択され2010年12月23日に効力を発生した「強制失踪からのすべての者の保護に関する国際条約」(以下強制失踪条約)は、拷問等禁止条約及び児童の売買等に関する児童の権利条約選択議定書等と同じく国連人権条約にはあまり見られない国際刑事法に関する規定をもっている。すなわち「強制失踪」を条約上の犯罪として定義し、その国内犯罪

化と処罰義務を定めるという側面である。強制失踪条約は、国連テロ防止関連条約の基本パターンに従って¹⁾、犯罪となる「強制失踪」を条約で定義しているが、刑罰については当該犯罪の重大性に適合した厳しい刑罰を要求するものの、具体的な刑罰の設定は締約国の国内法に委ねている。他方一般の国際テロ防止関連条約や児童の売買等に関する児童の権利条約選択議定書が主に私人のテロ行為や児童の売買等の行為を処罰対象としているのに対して、強制失踪条約や拷問等禁止条約は、国が関与した強制失踪や拷問を規制対象とし、純然たる非国家主体による同様の行為については、強制失踪条約が、第3条で一般的に、締約国は当該の行為を「調査し、かつ、それらについて責任を有する者を裁判に付するために適当な措置をとる」と定めるに止まる。つまり、一般の国際テロ防止関連条約とは異なり、強制失踪条約は、国家が関与する強制失踪のみを対象として、締約国に「強制失踪が自国の刑事法上の犯罪を構成することを確保するために必要な措置をとる」(第4条)ことを求め、そのために必要な条約上の義務をより細かく定めている。

国際条約が定義した犯罪をどのように国内法で受け入れ、どのような刑罰を科すかは、従来、基本的には締約国の主権事項と見なされてきたといつてよい。国際犯罪とはいっても集団殺害罪のような「国際法上の犯罪」とは異なり、「強制失踪」罪や「拷問」罪は直接国際法によって個人が規律されるわけではなく、他方、罪刑法定主義を求める国内法の規定があるため、国際犯罪を定義した条約規定を国内で直接適用することは殆どの国で認められていない。そこで「強制失踪」罪も国内刑事法の規定に変型することが必要になるが、条約が定義する犯罪をそのまま独立の犯罪と定める国内法を新設するか、刑事法上の既存の犯罪を組み合わせるかの判断は、従来の考えでは、基本的に国内管轄事項と考えられてきた。特に国際テロ防止関連条約の基本パターンを受け継ぐ条約の実施の方法は、基本的に各締約国に委ねられてきた。例えば日本は、1970年の航空機不法奪取防止(ハーグ)条約を締結するに当たっては、条約義務の履行を担保する国内法として「航空機の強奪等の処罰に関する法律」(1970年)という特別法を制定したが、人質をとる行為に関する国際条約の批准(1987年)を契機に国際テロ防止関連条約を締結するたびに刑事特別法を制定する必要がないように、刑法総則に「条約による国外犯」に関する第4条の2を付加することによって「刑法第二編の罪」を適用するという形で処理することになった(もちろん既存の実体刑法規定で対応できない部分は刑法の改正や特別法の制定によって対処してきている)²⁾。既存の刑事法で対応するという実行を行っている国は、日本に限られないが、こうした場合、国際条約に定める犯罪の定義と国内法上の犯罪の定義との間にずれが生じることがありうる。例えば、強制失踪条約が定める国家機関の関与のある「強制失踪」の場合、刑法第二編には強制失踪罪それ自体は存在しないために、刑法第二編の関連各犯罪を適用することによって「強制失踪」行為の国内的な訴追・処罰を担保するということになるが、刑法第二編の罪の適用によって条約に定義する「強制失踪」行為が首尾よくカバーで

きるのかという問題が生じうる。

もっとも国際テロ防止関連条約を含めて従来国際刑事犯罪条約は、条約実施の恒常的機関を設けてこなかったため、条約の解釈・適用をめぐる国家間紛争が国際司法裁判所（ICJ）に提訴されるような特殊な場合を除けば³⁾、条約の実施は、条約の解釈権をもつ締約国のみによって担保されてきたといつてよい⁴⁾。もっとも最近では国連腐敗防止条約や国連国際組織犯罪条約のように条約実施を監視する制度（review mechanism）を設ける国際刑事条約も現れてきているが⁵⁾、これらの実施手続は、最良の慣行と課題を共有し効果的な実施を援助することを目的としており、締約国会議の下に置かれた締約国間のピア・レビューの形式をとることを特色としている。これに対して、拷問等禁止条約と強制失踪条約は、「拷問」罪及び「強制失踪」罪の抑圧のために国連の国際テロ防止関連条約の基本パターンを受け継いだ犯罪規制及び国際刑事協力のための規定を設けるとともに、国連人権条約の条約実施制度の基本パターンを踏襲して、条約の実施を国家報告手続、個人通報手続、国家通報手続によって履行監視するシステムを採用した。このため、刑事関連規定についても国家報告に対する拷問禁止委員会（CAT）及び強制失踪委員会（CED）の審査が行われ、個人通報手続では被害者により刑事関連規定に関する国の義務違反が問われうる仕組みとなっている。重大な人権侵害の不処罰を許さない取り組みの一環として独特の制度が設定されていることになるが、この制度が実際にどのような機能を果し始めているのかを、本稿の課題である強制失踪条約について検討してみたいと思う。

なお、強制失踪条約の第5条は、「強制失踪の広範又は組織的な実行」が国際法上の「人道に対する犯罪」を構成すると定めるが、国際刑事裁判所（ICC）規程第7条1項及び2項（i）で定める「人道に対する犯罪」とは、いくつかの重要な点で構成要素を異にしている。さらに国連国際法委員会が2017年に作成した「人道に対する犯罪」第1読草案は、強制失踪についてICC規程の定義を採用し、その防止・処罰のために国に国際テロ防止関連条約の基本パターンに沿った国内犯罪化義務、刑事管轄権設定義務、訴追か又は引渡ししかの義務などを定めている。強制失踪及びそれが「人道に対する犯罪」を構成する要件について異なる定義及び基準を採用するいくつかの国際文書が登場する中、ICC規程と強制失踪条約の双方の締約国である日本が、それぞれの条約制度の下で別個の義務をどのように履行していくのが課題となるが、本稿では、その一つである強制失踪条約の「強制失踪」の定義に焦点を絞って、同条約上の「強制失踪」犯罪の国内犯罪化義務の実施方法について、強制失踪委員会の総括的所見及び見解にも考慮を払いながら若干の検討を加えてみたいと思う。

二 「強制失踪」の定義をめぐる問題

(1) 強制失踪条約における「強制失踪」の定義 —— 国際刑事裁判所規程との違い ——

強制失踪条約第2条は、強制失踪を「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（ら）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（そう）者の消息若しくは所在を隠蔽（ぺい）することを伴い、かつ、当該失踪（そう）者を法律の保護の外に置くものをいう」と定義する。他方、ICC規程第7条2項(i)は、人道に対する犯罪に限ってはいるが、「人の強制失踪」を「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が、長期間法律の保護の下から排除する意図をもって、人を、逮捕し、拘禁し、又は拉（ら）致する行為であって、その自由をはく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を提供することを拒否することを伴うものをいう」（傍線筆者）と定義する。「人道に対する犯罪」に関するILC第1読草案第3条2項(i)も、ICC規程第7条2項(i)の定義をそのまま採用する。強制失踪が「人道に対する犯罪」となる条件も、強制失踪条約とICC規程とは基準が異なっている。すなわち、強制失踪条約は、強制失踪の「広範又は組織的な実行」があれば、適用可能な国際法に定める「人道に対する犯罪」に該当すると定めるが（第5条）、ICC規程は、強制失踪が「人道に対する犯罪」となるためには、その行為が「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」行われ、しかも、「そのような攻撃であると認識しつつ」行われていることを要件とする（第7条1項）。

両者を比較すれば、その違いは一目瞭然であろう。第1に、「強制失踪」そのものの定義が異なる。強制失踪条約が、国対個人という人権条約の枠組みに従って国が関与する強制失踪のみを定義するのに対して、個人（国の元首等も含む）の国際犯罪を扱うICC規程は「政治的組織」による強制失踪も規制対象にする。もちろん、強制失踪条約も、国が関与しない「個人又は集団が行った」強制失踪行為を「調査し、かつ、それらについて責任を有する者を裁判に付するために適当な措置をとる」ことを締約国に義務づけているが、非国家主体による強制失踪同等の行為は同条約の主眼目ではない。今ひとつ大きな差違は、強制失踪条約が、①自由のはく奪、②国の何らかの関与、③国による自由のはく奪の否認又は消息等の隠蔽を要件とし、失踪者を法の外に置く意図までは要求していないのに対して、ICC規程は上記3要件に加えて、国又は政治的組織が「長期間法律の保護の下から排除する意図をもって」行為することを必要としている。ICC規程第7条は、法律の保護の外に置くことを要件化するだけでなく、それが「長期間（for a prolonged period）」に及ぶこと及び行為者にその「意図」があったことの証明を求めているのである。

第2に、強制失踪が「人道に対する犯罪」を構成する基準も、両者で異なる。強制失踪条約

は、強制失踪の単なる「広範又は組織的な実行」があれば「人道に対する犯罪」の成立を認める規定ぶりであるのに対して、ICC 規程は、強制失踪が「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」行われること、さらに行為者が「そのような攻撃であると認識しつつ行う」ことを「人道に対する犯罪」の成立条件としている。ICC 規程は「国際的な関心事である最も重大な犯罪」のみを規律対象とするが、国内刑事法の介入を待たず直接個人を拘束する「国際法上の犯罪」である「人道に対する犯罪」について、なぜ強制失踪条約は ICC 規程とは異なる規定の仕方をしたのだろうか。最近、「人道に対する犯罪」について国連の国際テロ防止関連条約の基本パターンに従って国家の義務を法典化しようとした ILC は、強制失踪に関して ICC 規程第 7 条の定義と基準を採用する第 1 読草案を採択した。「人道に対する犯罪」を構成する強制失踪を国内犯罪化し、刑事管轄権を設定し、訴追か又は引渡しかの義務を引き受ける国家の立場からすれば、二つの異なる基準が存在することは、決して望ましいことではない。そこで ILC の第 1 読草案第 3 条 2 項 (i) は、ICC 規程第 7 条 2 項 (i) の強制失踪の定義をそのまま採用しつつも、第 3 条 4 項に「この条文案は国際文書又は国際法に定めるより広い定義を損なうものではない」⁶⁾ という規定を新たに追加することで、強制失踪条約等の人権諸条約との調整をはかっている。また同条項に関する ILC の注釈は、「強制失踪」の定義にふれ、第 1 読草案第 3 条 2 項 (i) の定義は ICC 規程第 7 条 2 項 (i) に従ったもので強制失踪宣言、米州強制失踪条約、国連強制失踪条約の定義とは異なり、第 3 条 4 項に定めるように、国がこれらの文書や国内法でより広義の定義を採用することを排除しないが、「人道に対する犯罪」条文草案の範囲に入らない国内法上の要素は犯罪人引渡しや司法共助などの点で本条文草案の利益を受けない、と指摘している⁷⁾。しかし、国連強制失踪条約は犯罪人引渡しや司法共助などの国際協力義務を定めているから、同条約締約国が、強制失踪及び「人道に対する犯罪」の国内犯罪化、刑事管轄権の設定、訴追か又は引渡しかの義務について、ILC 条文草案とは異なる定義と基準に従ったより広範な義務を引き受けなければならないことには変わりはない。

しかし、このような相違が生じたのは、強制失踪条約と ICC 規程の起草作業が並行して行われる中、1988 年に採択された ICC 規程（2019 年 2 月末で締約国は 123 カ国）の強制失踪の定義を、2006 年採択の強制失踪条約（2019 年 2 月末で締約国は 59 カ国）が採用しなかったことに起因する。前述したように、強制失踪条約は、とりわけ強制失踪の定義から「政治的組織」の要素と、「長期間法律の保護の下から排除する意図」の要素を排除した。以下では、後者の要件を強制失踪の定義から排除した経緯に焦点を絞って、なぜ強制失踪条約起草者は ICC 規程とは異なる基準を採用したのかについて簡単に振り返っておきたい。国家機関が関与する強制失踪の国内犯罪化義務に重要な関連をもつからである。他方の「政治的組織」の排除については、個人の国際法上の犯罪を定義し国際刑事裁判所の管轄権を確立することを主要な目的とした

ICC 規程とは異なり、人権条約である強制失踪条約の場合は、個人の人権と国家の義務という人権の伝統的な法枠組みを考慮して、個人の人権を保護・確保・実現する専ら国家の義務に焦点を絞らざるをえない結果、政治的組織による強制失踪については直接の規律対象とはせず、非国家主体による強制失踪を調査・訴追する国の義務のみを扱う別個の条文（第3条）を新設することで対処したといえる⁸⁾。非国家主体による強制失踪については、拙稿「強制失踪条約における非国家主体の人権侵害行為と締約国の責任」⁹⁾で詳しく論じているのでそれに譲る。

(2) 強制失踪条約における「強制失踪」の構成要素 —— 3要素説と4要素説の攻防 ——

T. スコバッチ及びG. シトロニは、1996年の「強制又は非自発的失踪作業部会（WGEID）」の報告が強制失踪の定義に含められるべき三つの要素、すなわち、①人の意思に反した自由のはく奪、②政府職員の少なくとも黙認の形態による間接的な関与、③自由のはく奪の否認と失踪者の所在等の隠蔽、を明確に指摘したが、この内の②と特に③が強制失踪に典型的な要素だと述べる¹⁰⁾。右のWGEID報告書は、強制失踪を国内法上の犯罪とすることを求めた1992年の強制失踪宣言第4条に関連して、刑法の規定を同宣言前文に定める強制失踪の定義に合わせる必要はないが、強制失踪行為を強制的な自由のはく奪、誘拐、外界との連絡を断つ拘禁（incommunicado detention）等と明確に区別して定義することを求めており、そのために強制失踪に不可欠な3要素を提示したのである¹¹⁾。司法行政作業部会の1998年の報告に付された強制失踪条約案の第1条は、強制失踪の定義にこの3要素を採用した¹²⁾。

他方、人道に対する犯罪に関するICC規程の強制失踪の定義は、1998年4月の準備委員会段階の定義案では、この3要素以外に、第4の要素として、自由のはく奪の否認と失踪者の所在等の隠蔽により「失踪者を法律の保護の外に置く」ことが加えられた規定になっていた¹³⁾。しかし、T. スコバッチ及びG. シトロニによれば、7月になって「なんらかの不明確な理由によって」、現行の規定のように「長期間法律の保護の下から排除する意図」を必要とする規定に置き換えられたとされる¹⁴⁾。さらにICC規程採択後の「犯罪の要素」では、強制失踪の実行者は、自由のはく奪の後に自由のはく奪の否認と失踪者の所在等の隠蔽が続くこと、並びに、強制失踪が文民に対する広範又は組織的な攻撃の一部として行われたことに気づいていたことまで求める内容になっている、ことが指摘されている¹⁵⁾。結局、二人によれば、強制失踪の意図と期間を組み合わせることでICC規程は、検察官に殆ど不可能な挙証責任を課すもので、人権保護文書のモデルとしてはいい例とはいえず、ICCで裁かれる者に適用を限定すべきものだ、とされている¹⁶⁾。ただし、ICC規程第7条1項及び2項の上記規定は、あくまでICCが「人道に対する犯罪」を構成する「強制失踪」罪につき個人の刑事責任を認定するための基準を定めた規定であって、それ以上でもそれ以下でもない点に注意すべきであろう。

強制失踪に関する上記ICC規程第7条の定義に追加された犯罪の主観的要素（意図）の要件

が、国が強制失踪の実行者を訴追しようとする際に、国の当局及び裁判所の挙証責任の負担を極端に増大させることは、2002年のノバック報告でも指摘されている。彼は、将来の国際文書において国内刑事法上の犯罪とすることを求められる強制失踪は、ICC規程に含められたものよりも広いものでなければならないと指摘した¹⁷⁾。しかし、「法律の保護の外に置く」という要素を強制失踪の追加的な要件とみなすか否か、さらに「長期間法律の保護の外に置く意図」という長期性及び故意性の要素を加えるべきか否かについては、強制失踪条約の採択まで議論が続いた。

会期間作業部会の2003年報告書によれば、強制失踪の定義に当たり構成要素として、少なくとも、(a)自由のはく奪（形態を問わない）、(b)自由のはく奪の否認、(c)失踪者の法律の保護からの排除、の3要素があるという点では諸国代表の考え方がある程度まとまっていたものの、これらの要素に加えて（非国家主体の問題を除いても）、(d)強制失踪の期間、(e)武力紛争への適用、(f)越境的な失踪の問題等についてもふれるべきだという意見があったほか、強制失踪犯罪の構成要素を明確にするために主観的要素にふれるべきだと主張する意見に対して、刑事司法に実効性を与えるためには主観的要素を含めるべきでないとする意見が出されるなど、なお多様な意見が存在していたことが窺える¹⁸⁾。次いで会期間作業部会の2004年報告書によれば、ケセジャン特別報告者・議長作成の定義に関する作業文書第1条案に、①自由のはく奪（形態を問わない）、②自由のはく奪の否認又は失踪者の消息等の隠蔽、③失踪者を法律の保護の外へ置くこと、の3要素が明示されたが、この案をめぐっては、最新の国際法を反映したICC規程の定義と異なることに遺憾を表明する代表と、人道に対する犯罪に当たるような強制失踪に対する刑事裁判権をICCに付与するICC規程とあらゆる強制失踪からすべての人を保護する強制失踪条約とでは目的が異なるから、強制失踪条約ではより広い強制失踪の定義が好ましいとする代表の意見とが別れ¹⁹⁾、「失踪者を法律の保護の外に置く」ことについては特に次の点で意見の対立があったことが窺われる。第1に、法律の保護からの「長期間の」排除を支持する代表が、逮捕と拘禁通知との間には一定の期間が必要だと主張したのに対して、反対意見の代表は、強制失踪は自由のはく奪の否認があれば逮捕の瞬間から始まるのであって、「長期間（prolonged period）」という曖昧な文言は不必要であり、一定期間の経過を待つことなく自由のはく奪に即時介入できることが必要だと主張した²⁰⁾。また、「法律の保護からの排除」の意味が「意図」なのか「結果」なのかをめぐっても、国内法は犯罪の遂行に意図の要素が存在することを要求しているから実行者の強制失踪を行う意図が明示されなければならないとする意見と、そうした意図の証明は困難であり意図という追加的要素は不要だという意見とが表明され、いくつかの妥協案が示されたが妥協には至らなかった²¹⁾。

続く会期間作業部会の2005年報告書によれば、前年の議長作業文書の第1条案から政治的組織の文言を削除した改訂定義案に基づいて起草作業を進めた結果、同年9月の会期間作業部

会で、「逮捕、拘禁、拉（ら）致その他の」という文言を追加すれば現行条文と同一の条文案について、合意が成立した。若干の代表は、第1条案は無修正のまま国内法に引き写されるような刑法上の定義ではなく、人権侵害について定義したものであると指摘したが²²⁾、「法律の保護からの排除」についてはなお次のような事情があった。すなわち、議長がコンセンサスのために、英文はそのままにして仏文テキストの“la sourstrayant ainsi à la protection de la loi”から“ainsi”を削除することにより、「法律の保護からの排除」が強制失踪の結果なのかそれとも定義の一部なのかをめぐる問題に「建設的な解釈上の曖昧さ (constructive ambiguity)」を設けることを提案したが、この提案はコンセンサスを得られなかった²³⁾。この会合でも、若干の代表はなお失踪の目的は失踪者を長期にわたり法律の保護から排除することにあると主張し、又は、罪を問うことができるようにするためには意図の要素を入れる必要があると主張して、期間と意図の挿入を追求したのに対して、他の代表は、一般的な意思 (*dol général*) については国内法が定めを置いているから条約で意思についてふれる必要はなく、法律の保護からの排除は失踪の結果に過ぎず追加的要件 (特定意思 *dol spécial*) と見なすべきではないとし、あるいは、意図の表示を義務づける新たな基準の追加は単に証明を困難にするだけだと反論した、と報告されている²⁴⁾。しかし、こうした経緯を経て、強制失踪条約第2条の定義規定についてなんとかコンセンサスに達した会期間作業部会の2006年報告書によれば、アルゼンチンが、強制失踪の対象とされた人が「法律の保護の外」に置かれるのは失踪に当然付随する事柄であって強制失踪の3要素の結果であり追加的構成要素ではないという立場を明確に表明したのに対して、中国、エジプト、英国は、「法律の保護の外に置かれる」ことは3要素の結果ではなく、第4の要件であるとみなす立場を表明し、さらに米国及びカナダは、強制失踪犯罪を行った個人の刑事責任を問うには意思の要素が不可欠だと主張して、米国は「法律の保護から排除する意図をもって」という文言への修正を主張した²⁵⁾。作業部会最後の一般演説でも米国は、第2条が故意性の要素を含めるように定義する必要がある、もっとなすべき作業があると信ずると述べ、インドも「建設的な解釈上の曖昧さ」は同一犯罪について異なる証明基準を生じさせるが、心理的要素 (*mens rea*) は行為を犯罪とするための不可欠の要素であるから意図の要素を明示しなかったからといって挙証責任の軽減にはならないと述べた²⁶⁾。英国も日本も、「法律の保護の外に置かれる」ことを強制失踪の第4の要件とする考え方を支持した²⁷⁾。作業部会の議長は、第2条案本文の曖昧さについて注意を喚起し、この文言を強制失踪の定義の不可分の一部とみるかみないかについては立法者に解釈の選択権を与えていること、また批准時に国はこの点について解釈宣言を行う完全な権利を有することについて言及し、また意図についても、すべての要素は意図なしには相互に結びつかず、いかなる刑事制度の下でも意図なしに強制失踪犯罪は成立しないから定義の中に意図は黙示されていると説明した²⁸⁾。

強制失踪の定義に関する第2条の以上の起草過程から次のことが窺われる。第1に、強制失

踪の3構成要素である、①形態のいかんを問わず人の意思に反する自由のはく奪、②国家機関の直接又は間接（黙認を含む）の関与、③自由のはく奪の否認又は失踪者の消息等の隠蔽、については、①について具体的な行為に言及するか否かの問題を除けば、諸国間に異論がなかった。また、②及び③、とりわけ③の要素が他の自由のはく奪と区別される強制失踪の特徴を示す中核的構成要素であることについても、異論はなかったと見てよいであろう。第2に、強制失踪条約第2条の強制失踪の定義は、あらゆる形態の強制失踪から個人を保護し、強制失踪の不処罰を許容しないという人権条約の目的に適合するように可能な限り広い定義が採用されている。したがって、強制失踪の被害者の保護や強制失踪の実行者の不処罰を実質上許容することになる障害や主観的要素は強制失踪の構成要素の定義それ自体からは除外されたように思われる。第3に、これと関係するが、起草過程を通じて強制失踪の構成要素について諸国の見解が最も分かれたのが、第2条の「当該失踪者を法律の保護の外に置くもの」という規定の解釈である。まずICC規程第7条2項(i)と異なり、「長期間 (prolonged period)」という言葉は期間が曖昧な上、強制失踪の範囲を不当に狭めるものとして、構成要素には入れられなかったし、この削除に反対する意見はそれほど強くはなかったと見受けられる。自由のはく奪から家族への通知までにどの程度の時間的経過が許容されるのかという解釈・適用問題は残るとしても、自由のはく奪の長期間にわたる否認や隠蔽がなければ強制失踪に該当しないということにはならないと思われる。次に、「法律の保護の外に置く」ことが強制失踪に該当するための第4の構成要素となるのか、上記3要素を満たすことによって当然生じる結果を定めたものに過ぎないのかについては、起草過程を見る限り、起草者の意思に一致があったとは認められない。会期間作業部会議長による「建設的な解釈上の曖昧さ」の試み自体が双方の解釈の余地を残す試みであり、それがコンセンサスにならなかったからといっていずれかの解釈が採用されたとはとてもいえない。起草過程を見る限り別個の解釈が成立しうる余地があったといわざるを得ないだろう。T. スコバッチ及びG. シトロニも、「法律の保護の外に置く」という要素が犯罪の自立的要件か強制失踪が行われたことの単なる結果なのかを明確にしないように起草されており、一種の「建設的な解釈上の曖昧さ」と考えられる、と指摘する²⁹⁾。他方、「法律の保護の外に置く意図をもって」の「意図をもって」という文言は、意識的に規定に含められなかった。主観的な意図が長期間と組み合わせられると殆ど立証不可能になるという実際的理由がその背景にあったと思われる。意図に関する規定が採用されなかった以上、「法律の保護の外に置く」ことの意図の証明がなければ強制失踪条約上の「強制失踪」には該当せず、条約のいかなる実体規定の適用もないということにはならない。しかし、強制失踪の国内犯罪化義務に関連して、強制失踪の3要素の内、自由のはく奪、自由のはく奪の否定又は失踪者の消息等の隠蔽について全く意図が認められない者についてまで刑事責任が問えるように締約国を義務づけたかといえ、そうではない。会期間作業部会議長も、いかなる刑事制度の下でも意図なしには

強制失踪犯罪は存立しないから定義の中に意図は黙示されていると述べたように、強制失踪の定義の中で意図にあえて言及しなかったのは、刑事犯罪行為の成立に心理的要素の存在がなければならないという国内法上の一般原則を排除することを意味しないという一般的了解があったからである。しかし、強制失踪を国内犯罪とする立法措置をとる際に強制失踪犯罪の構成要件として、実行者にどこまでの認識を求めるのかについては条約第2条の定義は曖昧さを残したといわざるをえないだろう。

他方、「人道に対する犯罪」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一部として、そのような攻撃であると認識しつつ行う」殺人、絶滅行為、奴隷化、住民の追放又は強制移送などの行為をいうと定義する1998年のICC規程第7条1項は、ニュルンベルグ及び東京の裁判所条例以来発展してきた人道に対する犯罪の一つの歴史的到達点を定式化したものである。他方、一定の要件を備えた強制失踪が人道に対する犯罪に該当するという考え方が表明されるようになるのは、T. スコバッチ及びG. シトロニによれば1980年代初頭以降のことだと言われ、強制失踪の組織的な実行が人道に対する犯罪の性質を有するといった性格づけは1992年の強制失踪宣言前文でもなされている³⁰⁾。1998年に人権小委員会司法行政作業部会が作成した強制失踪条約案第3条は、「強制失踪の組織的な又は大規模な(massive)実行」を人道に対する犯罪と性格づけ、それを実行し又は関与した被疑者は、関与の性格がどんなに限定的なものであっても、その行為が「強制失踪の組織的な又は大規模な(massive)実行」の一部であることを知っていた又は知っているべきであった場合には人道に対する犯罪に問われるべきであると規定し、さらに強制失踪が人道に対する犯罪に該当した場合の法的効果(刑罰の重さに関する第5条、時効に関する第16条1項等)について規定していた³¹⁾。しかし、その後、強制失踪条約で人道に対する犯罪にふれるべきか否かについては諸国代表の意見が分かれた。会期間作業部会の2005年報告書によれば、将来の文書はICC規程等で既に定められている人道に対する犯罪の問題に立ち入るべきではないという意見が出される一方で、ICC規程は人道に対する犯罪に対するICCの管轄権を規定しているが他の問題については定めていないので強制失踪が人道に対する犯罪に該当する場合の国内法上の義務等に関する定めを置くべきだという主張もなされ、また規定を設ける場合にも、ICC規程第7条1項にならって強制失踪は「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一部として、そのような攻撃であると認識しつつ行われる場合には人道に対する犯罪を構成する」という規定にするのか、それとも「強制失踪の広範又は組織的な実行は人道に対する犯罪を構成し、国際法の定めるところにより決せられた結論を引き受けなければならない」という規定にするのかをめぐって意見が分かれたが、多くの代表は、現行国際法特にICC規程の基準からかけ離れた基準を採用すべきではないという意見であった、とされる³²⁾。会期間作業部会での議論が続けられ、上記後者の案の「人道に対する犯罪」の前に「適用可能な国際法に定める」という文言を入れる妥

協案が提案され、これが現行の第5条となったことが認められるが、「適用可能な国際法」とはICC 規程第7条のことを指すとみる解釈もあれば、それを明記しなかったことを遺憾とする見解、さらに強制失踪条約第5条は実体条文としての意味をなさず前文に入れるべきだったとする見解などが表明され、他方では、広範又は組織的な攻撃の一部として強制失踪が行われた場合には、それがたった一件の強制失踪であったとしても人道に対する犯罪を構成するというのが現行国際法であるところ、現行条文はこの規則からの後退を示すという見解も表明された³³⁾。これに対して作業部会議長は、「適用可能な国際法」という文言は中立的なもので、人道に対する犯罪に関係する国際法を弱めるものではないと反論している³⁴⁾。この文言には、ICC 規程及びこれまでの ICTY 等国際刑事裁判所の判決で認められてきた規則だけでなく、今後の規則の発展も含意されているものと思われるが、強制失踪条約第5条の「広範又は組織的な実行」という文言のみを見てICC 規程第7条に定める基準とは異なる基準が採用されたと見るのは誤りであろう。ただ第5条は、強制失踪が人道に対する犯罪を構成する要件についても、人道に対する犯罪を構成した場合の法的効果についても直接義務の内容を定めておらず、すべてを「適用可能な国際法」に委ねる規定ぶりとなっていることに注意しなければならない。

(3) 強制失踪委員会における「強制失踪」の解釈

—— イルスタ事件見解と3要素説の採用 ——

現在までに強制失踪委員会が取り上げた個人通報事件は一件しかないが、最初の事件である E.D. イルスタ及び A.V. イルスタ対アルゼンチン事件の強制失踪委員会 (CED) 見解は、「強制失踪」の定義について CED の解釈を示した重要な見解である。事件では、刑務所で服役中だったロベルト・A・イルスタの刑務所間移送中に生じた約1週間の消息不明が強制失踪条約第2条に定義する「強制失踪」に該当するか否かが最大の争点となった。事件の概要をごく簡単に説明しておく次のようになる。

ロベルト・A・イルスタは、銃を使用した強盗等により2005年12月に8年の拘禁刑を言い渡されアルゼンチンのコルドバ州の刑務所で服役していたが、3年以上にわたり刑務所職員に拷問、非人道的及び品位を傷つける取扱いを受けたため、2012年に刑務所職員を州裁判所に訴え、テレビ番組で拷問の様子を公に訴えたところ、刑務所職員の拷問や虐待が一層ひどくなったので、殺されることをおそれ、家族が住むサンチャゴ・デル・エステル州の刑務所への移送を刑務所当局に要請した。ところが彼は、2013年1月16日に要請した刑務所ではなく、サンタフェ州の刑務所に移送され、懲罰独居房に収監され、再び拷問や虐待が行われた。彼の家族が刑務所当局に何度も彼の所在について情報を求めたが、回答がなされなかった。この状態が7日間以上続き、通報者らはロベルトが強制失踪させられたと考えたが、ロベルトは再び家族と電話連絡をとれるようになり、懲罰房に入れられ毎日拷問や虐待を受けていると話した。

彼の刑期が終了する10ヶ月前で、恩赦による釈放が4ヶ月後に迫った2013年2月7日に、サンタフェの刑務所当局から家族に連絡があり、ロベルトが房内で首つり自殺を図り死亡したと伝えられ、翌日遺体が引き渡された。遺体には多数の傷跡があり、首のまわりには自殺した形跡も見られなかった。被害者の家族は、国内の救済手段に訴えたが救済が得られなかったので、2013年9月11日にロベルトの兄弟がCEDに個人通報を提出し、アルゼンチンによる強制失踪条約第1条から第3条、第12条1項及び2項、第15条、第17条2項(c)及び(d)、第18条、第20条、第23条、第24条の違反を訴えた³⁵⁾。

本件においてアルゼンチンは、国内的救済の未完了を理由とする通報の許容性を争ったが、本案については、何も意見を提出しなかったため、CEDは、通報者の主張に対して、その証明がなされた(substantiated)限りで適正な重みを与えた³⁶⁾。他方、通報者は、本件が条約第2条に定義する「強制失踪」に該当することを次のように主張した。ロベルト・イルスタ氏は、コルドバからサンチアゴ・デル・エステロへの移送を要請し、彼の同意なくサンタフェの刑務所に連行された後、同刑務所の管理下に置かれていた間に7日間以上失踪した。7日以上のこの期間イルスタ氏は家族との連絡を断たれる状況に置かれた。関連した刑務所の各登録には、イルスタ氏は三人の異なる氏名で登録されており(ロベルト・A・イルスタ、マリオ・A・リオス、ダビッド・S・トレス)、それが彼の各拘禁段階での正確な居場所を明確に決定できないような効果をもたらしたから、国家当局の職員によるイルスタ氏の計画的な失踪及び隠蔽が示されたことになる。イルスタ氏の所在は意識的に家族に対して隠蔽された³⁷⁾。通報者の主張に加えて委員会は、次の点にも留意している。すなわち、登録簿には、イルスタ氏の移送を命じた当局、移送の理由、移送の日時、移送先の場所についての情報が記載されていなかったし、この点について、通報者にも委員会にもいかなる説明もなされなかった³⁸⁾。

そこでCEDの見解は、次のようにいう。

「通報者の請求は通報者が援用した本条約の条文に関係するので、委員会は、当該請求の検討に進む前に、イルスタ氏が受けた諸行為が条約第2条の意味での強制失踪を構成するかどうかを決定しなければならない(10.2項)」。

「強制失踪を構成するには、自由の剥奪は、それに続いてその自由の剥奪を認めず又は失踪者の消息又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でなければならない。ただし、このような自由の剥奪又は隠蔽の期間は問わない。(10.3項)」

「本件で、イルスタ氏の所在に関する彼の家族の情報要求に対する刑務所当局の不回答、並びに、イルスタ氏の所在が不明であった7日を超える期間に何が起こったのかについての情報の欠如は、彼の消息又は所在の隠蔽を構成すると思料する。情報の欠如又は自由の剥奪を認めないことは、第2条の適用上隠蔽の一形態を構成する。加えて、その期間を通じて、イルスタ氏は誰と連絡することも、訪問を受けることもできず、彼も彼の家族もイルスタ氏が以前に収

監されていた刑務所から移送されたときの状況の適法性について遅滞なく決定を行う裁判所に対してアクセスできなかった。人を法律の保護の外に置くことは、逮捕され又は拘禁された人の所在を隠蔽することの結果であると考える。このような事例では、拘禁された人は、失踪の結果として、本件におけるように、裁判所が自由の剥奪の適法性に関する決定を行うことを確保するために関係当事国の法律が被拘禁者の利用に供している救済手段を利用することを妨げられるときに、法律の保護の外に置かれる。以上に照らせば、イルスタ氏のサンタフェからの移送に続いて7日以上の間彼に課せられた行為は、第1条と第2条違反の強制失踪を構成する。(10.4項)³⁹⁾（傍線は筆者）

CEDは、本件の上記事実が強制失踪に該当することを確認した後、ロベルト・イルスタ氏につき条約第12条1項、第17条、第18条、第20条、第24条1項から3項の違反を認定するとともに、通報者についても、第12条1項、第24条1項から3項の違反を認定し、条約第31条5項による賠償の一つに、(c) 犯された違反に責任を有する者を訴追し、裁判し、処罰すること、を加えた⁴⁰⁾。

上記のように本件の失踪者は、最初に収監された刑務所で拷問その他の虐待を受け、要請した移送先とは別個の刑務所に正しい情報を与えられないまま移送され、移送先で一週間を越える期間所在が不明となり、同刑務所でも拷問その他の虐待が続けられた後に疑惑の生じるような状態で自殺したとされる。本件は単独の事件であり、当時アルゼンチンに一貫した形態の重大な人権侵害が報告されていたわけではない。本件の失踪期間は一週間余りと短く、しかもいったんは家族との連絡がとれる状態に回復したケースではあるが、CEDは、イルスタ氏に対する強制失踪が行われたことを認定した。本件では刑務所当局の職員が関与した失踪が審査対象なので国家機関の関与は明らかであり、CEDは、第2条に定義する「強制失踪」の構成要素である、自由の剥奪、それに続く自由のはく奪の否認又は失踪者の消息等の隠蔽及び当該失踪者を法律の保護の外に置くことに言及して、各要素の意味及び相互の関連について次のように解釈した。

第1に、失踪行為が「強制失踪」に該当するためにはある程度長期間にわたる失踪でなければならないかという点について、CEDは、自由はく奪又は隠蔽について、「期間は問わない」と解釈した。第2条の起草過程で「長期間」という要素を排除したことから、自由はく奪及びその隠蔽の時間的要素を要件としないことにはコンセンサスがあったとはいえ、本件のように7日を越えた秘密拘禁が「強制失踪」に該当するか否かは、やはり一考を要する問題であった。既に強制失踪という概念を用いて自由権規約第7条の違反を認定してきた自由権規約委員会(HRCttee)も、サラ・ジョセフ及びメリサ・カスタンによれば、1ヶ月以上外界との連絡を断つ拘禁を残酷な若しくは非人道的な取扱い等に該当すると認定した事例がある半面、40日間の秘密拘禁を第7条違反とは認めなかった事例もあり、明確な基準があるわけではないが、少

なくとも1ヶ月程度以上の外界との連絡を断つ拘禁については第7条違反の残虐若しくは非人道的な取扱いに該当するとみなしてきた、とされる⁴¹⁾。このHRCtteeの実行からみれば、7日間を越える外界との接触を断つ拘禁が「強制失踪」を構成するといえるか否かは、なお問題になりえたが、CEDは、条約第2条の要件に規定されていない条件を追加することを認めなかった。もっとも、自由のはく奪について家族等に通知するために状況によっては一定の時間を要することも生じうるから、一律に一定時間を越える秘密拘禁（secret detention）又は外界との連絡を断つ拘禁（detention incommunicado）は強制失踪に該当するということではできないだろう。しかし、原則として、わずか数日でも自由のはく奪が第2条に定める要件を満たす場合には強制失踪に該当するという解釈をとったことの意味は、責任者の訴追・処罰規定の整備を含めた強制失踪の防止という点で、決して小さくはない。

第2に、本見解は、「失踪者の消息若しくは所在を隠蔽する」という規定の意味をより具体的に説明した。CEDは、アルゼンチンが本案については全く情報を提供しないという事情の下で、被拘禁者の所在に関する家族の情報照会に対する関連国家当局の不回答、並びに、被拘禁者の所在不明期間（短期であっても）に生じた出来事についての情報不開示をもって、被拘禁者の消息又は所在の隠蔽の一形態だとみなした。強制失踪条約は、第17条、第18条、第20条で秘密拘禁の禁止、拘禁登録簿への記載情報、情報へのアクセス等について詳細な規則を定めているが、これらの条件に適合せず外界との連絡を絶つ拘禁は、自由のはく奪の否定又は失踪者の消息等の隠蔽を構成するものとして「強制失踪」に該当するとみなされる可能性が高い。

第3に、本見解の最も重要な点は、失踪者を「法律の保護の外に置く」ことの意味を確定し、第4の要件説を否定した点にあると思われる。CEDは、「法律の保護」とは、自由のはく奪の適法性について裁判所の審査を受けるために、例えば同条約第17条2項(f)に定めるような、国内法上の救済手段を利用できることと解釈し、その保護の外に置くとは、被拘禁者がこれらの救済手段を利用できない状態に置かれることとみなした。したがって、自由をはく奪された者の所在が隠蔽される場合には、被拘禁者は隠蔽の結果として拘禁の適法性に関する裁判所の審査を利用できない状況に置かれることになる。強制失踪条約の下では、自由のはく奪、国家機関の何らかの形態の関与、自由のはく奪の否定又は失踪者の消息等の隠蔽の3要素が認められれば、自由のはく奪の実行者に、被拘禁者を「法律の保護の外に置く」意思が存在したこと証明しなくても、「強制失踪」に該当するというのが、CEDの採用した解釈である。

以上のようにイルスタ対アルゼンチン事件のCED見解は、条約第2条の「強制失踪」の認定にあたり時間的要素（自由のはく奪又はその隠蔽等の長期性）を除去するとともに、「失踪者を法律の保護の外に置く」という要素を関係者の主観的意図の証明を要する独自の要件ではなく、自由のはく奪を認めず消息を隠蔽することから生ずる当然の帰結と整理することによって、

「強制失踪」の認定を容易にただけでなく、「強制失踪」に該当しうる行為の範囲を短期の秘密又は外界との接触を断つ拘禁と重複する行為にまで拡大した。概ね1カ月以上にわたる自由のはく奪と消息の隠蔽を強制失踪として扱ってきた前述のHRCteeの実行と比して、CEDは、極めて短期間の失踪についても3要素が確認されれば「強制失踪」を認定をする前例を作ったことになるが、今までのところ、この「強制失踪」の認定について締約国から強い批判が出されたということはない。条約第2条の強制失踪の定義及びCEDによるその解釈は、ノン・ルフールマン原則のように強制失踪の防止規定や第24条の賠償規定だけでなく、強制失踪を条約に定める基準に従って国内法上の犯罪として処罰できるようにする第4条から第8条の義務にも適用される。強制失踪の防止及び救済義務の範囲が拡大することそれ自体は望ましいことであるが、他方で、「強制失踪」の「極度の重大性」を根拠に締約国が条約規定に従った国内法上の強制失踪犯罪を制定し適用するように求めている諸条項に及ぼす影響にも注意を払う必要が生じてこよう。そこで次節では、締約国に「強制失踪が自国の刑法上の犯罪を構成することを確保するために必要な措置をとる」ことを求め（第4条）、その際に、上官責任、刑罰、時効について条約規定に従うことを求めた条約第4条から第8条の規定について、CEDがどのような解釈を行い、何を締約国に要請しているのかを、締約国の条約義務の理解の仕方との対比において検討し、若干の課題を指摘しておきたいと思う。

三 「強制失踪」の国内犯罪化義務をめぐる問題点

(I) 強制失踪条約における「強制失踪」の国内犯罪化義務の特徴

ノバックは、2002年の独立専門家報告書の中で、強制失踪の不処罰は同時に強制失踪の基礎的原因であり、強制失踪からの十分な保護をはかろうとすれば刑事法上の適切な措置を含めなければならない、期待される抑止効果を達成するためには1992年の強制失踪宣言第4条が要請したように、諸国は自国の刑事法に強制失踪犯罪（適切な処罰規定とともに）を含めなければならないだろう、と述べていた⁴²⁾。しかし、WGEIDの2005年報告書によれば、当時独立罪として強制失踪犯罪を制定していた国はわずか8カ国しかなく、その内ラテンアメリカ以外の国は1カ国しかないというありさまであり、ノバックは、拷問等禁止条約第4条のような規定がないことが当時の法的枠組みの主要な欠陥であり、国際条約を作成する場合には、強制失踪犯罪について、その継続的性格の承認、普遍的管轄権の適用、公的機関の指示・命令の抗弁の非許容、時効・恩赦の不適用、軍事裁判の禁止、刑事手続からの免除の否定、政治犯不引渡原則及び追放送還禁止原則の不適用に関する規定を設けることが不可欠だと指摘せざるをえなかった⁴³⁾。これが、人権条約である強制失踪条約の中に、強制失踪犯罪の訴追・処罰に関する相当立ち入った規定を設けるに至る一つの理由である。

さて、強制失踪条約は、強制失踪犯罪の国内法化の義務について、拷問等禁止条約第4条の規定の仕方を下敷きにしつつも、それよりは少し詳しい規定を置いている。強制失踪条約は、締約国にまず、①「強制失踪が自国の刑事法上の犯罪を構成することを確保するために必要な措置をとる」(第4条)ことを義務づけたが、国内刑事法が従うべき事項について、さらに次のような規定を設けることを要請している。すなわち、締約国は、②強制失踪を実行した者だけでなく、「強制失踪の実行を命じ、教唆し、勧誘し、若しくは試みた者又は強制失踪に加担し、若しくは参加した者」、並びに、第6条1項(b)(i)から(iii)に定めるすべての条件を満たす上官にも刑事上の責任を負わせるために必要な措置をとること(第6条1項)、③公的機関及び上官の「いかなる命令又は指示も、強制失踪犯罪を正当化する根拠として援用することはできないこと」(第6条2項)、④強制失踪犯罪の「極度の重大性を考慮した適当な刑罰」を科すことができるようにすること(第7条1項)、ただし第7条2項に定める刑を減輕し又は加重する情状を定めることができること、⑤出訴期限を適用する場合、刑事手続の時効期間につき、(a)長期間にわたり、かつ、犯罪の極度の重大性と均衡のとれたものとする、及び、(b)強制失踪犯罪の継続的な性質を考慮して、犯罪行為が終わった時から起算することを確保するために必要な措置をとること(第8条1項)、を要請されている。同条約は、以上のような国内犯罪化の義務を前提として、拷問等禁止条約第5条から第9条と同様に、国際テロ防止関連条約の基本パターンに従った諸条項、すなわち、刑事裁判権の設定、容疑者所在地国の義務、引渡しか又は訴追かの義務、刑事司法共助などに関する諸条項を置いているが、本稿ではこれらの諸条項については扱わない⁴⁴⁾。もっとも、刑事裁判権の設定義務に関する強制失踪条約第9条は、その前提として、締約国に、強制失踪が、自国領域内又は自国において登録された船舶・航空機内で行われる場合、容疑者が自国民である場合、及び、失踪者が自国民である場合(締約国が適当と認める場合に限る)に、自国刑事法の犯罪規定を適用できるようにしておくことを義務づけているほか(第9条1項)、容疑者が自国管轄下の領域内に所在する場合には、他締約国又はICC等に引き渡さない限り、当該容疑者に自国刑事法を適用することができるように必要な措置をとることを義務づけている(第9条2項)。

さらに強制失踪の広範又は組織的な実行は、「適用のある国際法に定める人道に対する犯罪」を構成するため、締約国は、「当該適用可能な国際法の定める法的効果」を引き受けなければならない(第5条)、前述したように、その具体的内容は「適用可能な」国際法に委ねられる。

もっとも、以上のような国内犯罪化に関する強制失踪条約の諸規定は、起草過程で表明されたさまざまな見解を調整した結果であり、起草過程では必ずしも決着がつかず、その解釈・適用をめぐる議論の生じる余地のある規定も含めて、いくつかの特徴が見られる。以下では、強制失踪の定義と強制失踪犯罪の国内法上の位置づけ(独立罪か否か)をめぐる議論と、拷問

等禁止条約第4条の規定の仕方に比べて詳しい規定が置かれることになった上官責任に関する規定、刑罰の減輕又は加重事由に関する規定、時効期間に関する規定について、現行規定を入れた経緯と争点について簡単にふれておきたい。

(a) 独立罪か否かをめぐる議論 司法行政作業部会（ジョワネ議長・特別報告者）による1998年強制失踪条約草案第5条は、締約国に必要な立法措置として、強制失踪を「独立罪 (independent offence)」として採用すること、さらに強制失踪が人道に対する犯罪に該当する場合には別個の犯罪 (separate offences) として定義し、極度の重大性に比例した適切な刑罰を科すことを求めていた⁴⁵⁾。しかし「強制失踪」は、単独の実行者のみによって行われる行為とは限らないため、国内刑事法上の実体規定を条約に定める「強制失踪」犯罪と整合させることは、なかなか困難を伴う作業である。1998年条約草案第2条は、条約に定義する強制失踪犯罪の実行者及び他の参加者（共犯、従犯等）だけでなく、強制失踪犯罪のいずれかの構成要素 (any constituent element, 例えば最初の逮捕行為など) の実行者及びその他の参加者も、強制失踪が行われようとしていることを認識又は認識すべきだったときには、処罰対象に含めていた⁴⁶⁾。また強制失踪は、しばしば拷問や即決処刑といった他の重大な犯罪を伴っているため、強制失踪をもたらすあらゆる行為が刑事法上の犯罪を構成すべきだという考え方もあり、その後の会期間作業部会における起草作業でも、強制失踪犯罪の国内犯罪化の方法と強制失踪犯罪の人的範囲をめぐる意見の対立が生じた。その中でも、独立罪をめぐる争点は、起草過程で決着がつけられなかった最大の問題と思われる。

実際、会期間作業部会の2003年報告書では、強制失踪につながるすべての行為を国内刑事法上の犯罪とするべきだという意見がある一方で、国内刑事法では独立罪として定義すべきであるという意見があり、その理由として、独立罪の方が強制失踪の複雑さへの対応、刑事制裁の実効性、強制失踪犯罪の特殊性に関する規則（時効、免責、犯罪人引渡し等）の設定において優れていることや、拷問禁止委員会（CAT）、WGEID等でも独立罪が支持されていることが挙げられた⁴⁷⁾。2004年報告書によれば、作業部会議長が作成した第2条1項案には、独立罪という言葉はないものの、「第1条に定義した強制失踪が自国の刑事法上の犯罪を構成することを確保するために必要な措置をとる」（現行第5条に近似）という規定が置かれていた⁴⁸⁾。しかし、この案に対しては、「第1条に定義した」という文言は不必要とする意見のほか、条約は締約国に強制失踪を独立罪と性格づけることまで要求すべきではなく強制失踪の行為を訴追することを求めるにとどめるべきだとする意見も出され、それらの代表は、国内刑事法制度の多様性及びいくつかの連邦国家が直面する困難に配慮する必要があるほか、独立罪を制定しなくても強制失踪行為に対して責任を負う者は既存の国内法で訴追できる、といった点を根拠に掲げた⁴⁹⁾。しかし、作業部会議長は、強制失踪犯罪を独立罪として定義することは将来の文書にとって中心的要素であるため、この点を曖昧にすることはできないという立場をとった⁵⁰⁾。

作業部会 2005 年報告書を見ても、議論は平行線をたどったままで、独立罪を支持できない国は解釈宣言を付すことができるといった意見もだされたが、独立罪を擁護する代表から強調されていたのは、強制失踪は一連の単独犯罪行為の寄せ集めではなく特殊で複雑な性質をもった固有の刑事犯罪とされなければならず、その特質が特に刑事手続における時効等に影響を与えるという点であった⁵¹⁾。作業部会の 2006 年報告書でも、同様の事情が見られる。米国が、連邦国家の困難性にふれて、連邦政府は各立法レベルで強制失踪の新しい犯罪を導入する義務を負っておらず、この犯罪のすべての要素が各刑事法の下でカバーされていることを確保するだけでよいという解釈を示したことに対して、議長はこのような解釈は受け入れられないと反論し、メキシコが強制失踪を国内刑事法上の別個の犯罪とすることが不可欠とする立場を表明したものの、中国及びイランは、第 4 条が強制失踪を国内法上別罪にする義務を課すものではなく、強制失踪は既存の刑事法で処罰できるとする立場を表明した⁵²⁾。記録を見る限り、議長案が多数の代表の支持を得たものと思われるが、コンセンサス方式であるので、果たしてどの程度の代表が独立罪という解釈を支持していたのかは不明である。ただ、記録上どういふ議論があったのかは不明であるが、最終的に確定した第 4 条の規定からは、条約第 2 条で定義する強制失踪という限定句は付されなかった。強制失踪が独立罪であることを基本としつつも、「第 2 条に定義する」強制失踪と内容を特定しないことで第 4 条の文言上の妥協が図られたものと見ざるをえない。

(b) 上官責任及び上官命令の抗弁に関する国内法規定めぐる議論 1998 年採択の ICC 規程第 28 条が軍の指揮官とそれ以外の上官を区別して上官責任に関する詳しい規定を含めたこともあり、1998 年強制失踪条約草案第 9 条 3 項には、部下が行った強制失踪は、上官がその犯罪が行われているか行われようとしていることを認識できる情報をもって、その犯罪の実行を防止又は制止するための権限を行使することを怠ったときは、上官を刑事責任から免責してはならないとする規定が含められていた⁵³⁾。もっとも上官責任は、強制失踪の命令、共同謀議、教唆、扇動等の積極的行為を共犯として処罰の対象とするのとは異なり、上官の不作为について刑事責任を問うものであって、ICC 規程のように国際社会の最も重大な国際法上の犯罪を対象とした条約には導入されているが、主に私人の国際犯罪を対象とした国際組織犯罪条約や国際テロ防止関連条約にも、国家機関犯罪を対象とした拷問等禁止条約にも導入されてこなかった。強制失踪条約は、人道に対する犯罪のレベルに達しない強制失踪犯罪を含めて上官責任を一般的に定めた点で特異性を有する。しかしながら会期間作業部会の 2003 年報告書を見ても、上官責任は従犯 (accessories) 概念で既にカバーされているから不必要であるという意見が代表から出されただけで、多数の代表は従犯とは区別された上官責任規定を設けることを望んだことが窺われ、ただ国内法上上官責任を負わせる要件をめぐって、「知っているべきだった」(ICC 規程第 28 条 (a) 項 (i)) という基準は困難が生じるという意見、代わりに、部下の行為に

目を閉じた、又は、知っている若しくは「これらのことを明らかに示す情報を意識的に無視した」(ICC 規程第 28 条 (b) 項 (ii)) 等の基準を支持する意見、反対に国際基準を設定せず「締約国の法的原則に従って」(法人責任に関する国際組織犯罪条約第 10 条 2 項) という基準でよいとする意見が出されたことが記録されている⁵⁴⁾。つまり、上官責任規定を導入することに一般的に反対した国はなく、その規定の仕方について、主要には ICC 規程第 28 条にならうのか否かが争われたものと思われる。

同 2005 年報告書では、文民の上官を意識した ICC 規程第 28 条 (b) 項の頭文及び (i) と (iii) を組み合わせた現行第 6 条 1 項 (b) の規定とほぼ同じものが議長から提案されており、規定の文言の解釈について若干の代表から意見が出され、また若干の代表が ICC 規程第 28 条との齟齬を避けるために当該第 28 条の規定に戻すべきだという提案を行ったが、多数の代表は、この規定は特に軍の指揮官についてはより高い基準を設定した国際文書の適用を損なうものではないという趣旨の規定でカバーできると考え、最終的には現行第 9 条 1 項に (c) の規定を追加することで処理された⁵⁵⁾。

なお、ILC の人道に対する犯罪第 1 読条文草案第 6 条 3 項は、強制失踪が人道に対する犯罪に該当する場合には、ICC 規程第 28 条と同一の要件に基づいて、国内法上の上官犯罪が成立するようにするために必要な措置をとることを求める規定ぶりになっており⁵⁶⁾、人道に対する犯罪に達するレベルの強制失踪犯罪については強制失踪条約第 6 条 1 項 (b) 及び (c) の規定とも調和するように思われる。

強制失踪条約第 6 条 2 項は、公的機関、文民、軍人その他のいかなる命令又は指示も強制失踪犯罪を正当化する根拠として援用できないことを、締約国に義務づける。拷問等禁止条約第 2 条 3 項に、上司又は公的機関による命令は拷問を正当化する根拠として援用できないという規定が既にあるが、強制失踪条約第 6 条 2 項は、強制失踪犯罪の責任阻却事由として上官命令の抗弁を認めないことを一層明確にした規定である。1998 年条約草案では、拷問等禁止条約第 2 条 3 項のように、公的機関又は上官の命令が強制失踪を正当化する根拠とならないことを一般的に述べる規定であったが、遅くとも 2005 年 9 月の会期間作業部会に提案された議長作業文書第 6 条 2 項の中では上官命令が強制失踪犯罪の責任阻却事由にはならないことが明記された⁵⁷⁾。この提案に反対する代表は、殆どいなかったように思われるが、一代表が、罪を問われる者が命令が違法であることを知らなかった又は知っていることを合理的に期待できなかった場合はこの限りではない、とする規定を追加するよう求め、また、作業部会最後の会期で米国は、第 6 条 2 項の上官命令の抗弁の非許容が事情を了知していない軍の要員及び法執行官を、禁止されていることを知らない又は知ることができない行為で訴追する可能性に不当に服させるものだとして、同国の同意を保留した⁵⁸⁾。

(c) 刑を加重及び減輕する情状に関する国内法規定をめぐる議論 強制失踪条約第 7 条 1 項は、

強制失踪犯罪に対する刑罰については、拷問等禁止条約第4条にならって、一般的に「その極度の重大性を考慮した適当な刑罰を科する」ことを国内刑事法に求めるにとどめている。人道に対する犯罪に関する ILC の第1 読草案第6条7項も、「その重大な性質 (grave nature) を考慮した適当な刑罰を科する」という表現を用いており、その注釈で国際犯罪条約は科すべき(又は科すべきでない) 刑罰を指示することなく特定の犯罪とその遂行者の事情に基づいて刑罰を決定する国の裁量権を許容してきたと指摘している⁵⁹⁾。この実行は、強制失踪条約でも、そのまま維持されたといえよう。1998年強制失踪条約草案第5条1項には、死刑は科してはならないという規定もあったが、これは早々に落とされている⁶⁰⁾。

1998年草案には、早くも、現行第7条2項(a)に対応する刑を減輕する情状として、失踪者の生還への効果的な貢献、強制失踪事件の解決若しくは加害者特定に貢献する情報の自発的提供に言及した規定が提案されており、会期間作業部会の2003年報告書には、弱い立場にある人(障害者、高齢者、妊婦、未成年者等)が被害者になる場合に刑を加重するべきだという提案が出されたことが記されている⁶¹⁾。刑を加重・減輕する情状に関する条文を削除する提案もなかったわけではないが、会期間作業部会では、刑を加重又は減輕するいずれの情状についても締約国が内容を決定できるように例示規定とすること、加重する情状として失踪者が死亡した場合と弱い立場の人が被害者になる場合を掲げること、減輕する情状についてはそれを恩赦や不処罰の口実としてはならないこと、などについて意見が出された程度で大きな意見の違いはなく現行規定が採択されている⁶²⁾。

(d) 出訴期限又は時効期間に関する国内法規定をめぐる議論 出訴期限(時効)に関する第8条も、他の一般的な国際刑事犯罪条約(国際組織犯罪防止条約第11条5項等を除く)、拷問等禁止条約及び児童の売買等に関する児童の権利条約選択議定書には見られない強制失踪条約を特徴づける条項である。人道に対する犯罪に関する ILC の注釈が指摘するように、時効に関する規定をもつ条約は、これまで重大な戦争犯罪及び人道に対する犯罪に関する国際犯罪条約に限られていた⁶³⁾。ところが、強制失踪については、1992年の強制失踪宣言の第17条が、①強制失踪行為は実行者が失踪者の消息や所在を隠蔽している間及び事実が明らかとなるまで継続する継続犯罪であり、②自由権規約第2条に定める救済措置が効果的でなくなる時には、それが回復するまで失踪行為に関する出訴期限(statutes of limitations)が中断し、③強制失踪に出訴期限がある場合には、当該出訴期限は相当期間にわたる(substantial)もので、かつ、犯罪の極度の重大性と均衡のとれたものでなければならぬと定めており、1998年条約草案第16条も、強制失踪が人道に対する犯罪に該当するときは強制失踪に係る刑事手続及び刑罰に関して出訴期限(statutory limitations)は適用されず、人道に対する犯罪に至らない強制失踪に係る犯罪及び刑事手続の出訴期限は、①各締約国の法律に定める最も長い期間と等しくし、②失踪者の消息又は所在が確定的に証明される時点から開始され、③自由権規約第2条に定め

る救済措置が効果的でなくなるときにはそれが回復されるまで強制失踪犯罪の時効（prescription）が中断する、という規定を構想していた⁶⁴。これらの提案には既に現行第8条の全要素が示されている。

会期間作業部会でも、上記2文書を基礎に置いた議長案が2003年から2005年にかけて議論され、人道に対する犯罪に該当する場合は適用可能な国際法規則に従うことを条件に、現行第8条の規定形式が選択された。最終条文に到達する過程で主な論点になった事項は、まず強制失踪の時効に国内法の最長の期間をあてることを義務づけるのではなく、より柔軟性のある長期間（long）という条件と強制失踪犯罪の重大性と均衡する期間という条件を課すことを多数の代表が望んだことである⁶⁵。次に、刑事手続の時効の起算点についてさまざまな提案があったが、強制失踪犯罪が終了する時点を起算点とし、その時点を「失踪者の消息が確定的に証明される時点」とするよりは、「強制失踪犯罪の継続的な性質を考慮しつつ」決めるとする文言が選択された⁶⁶。第三に、第8条2項の規定は、上記のように元々は時効の中断に関する規定であったが、締約国が強制失踪の被害者に刑事手続を通じて効果的な救済措置を保障することを求める規定に変換され、さらに、刑事手続の制限が賠償に対する権利や民事訴訟の時効に影響しないとことを定めた第3項の追加を求める提案や時効期間の中断に関する規定の削除を求める案が提示された⁶⁷。そこで作業部会議長は「強制失踪の被害者が時効期間内において効果的な救済措置についての権利を有することを保障する」という規定を提案し、同案が若干の反対はあったものの第8条2項となった⁶⁸。このために、第8条2項が刑事手続の時効の中断に関する規定でないことは明らかであるが、同条項が被害者の権利を定めた条約第24条及び締約国の国内民事訴訟法上の出訴期限及び時効との関係でどのような法的意味を持つ規定なのか、必ずしも明確になっているとはいえない。

他方、強制失踪が人道に対する犯罪に該当する場合には、時効期間は適用されないという明示の規定を求める意見も出されたが、それは「第5条の規定の適用を妨げることなく」という規定に黙示されているという意見があり、議長もこれを受け入れた⁶⁹。人道に対する犯罪については時効及び出訴期限は適用されないという原則は、人道に対する犯罪に関するILCの第1読草案第6条6項でも確認されている⁷⁰。

以上、強制失踪条約の定義に基づく強制失踪の国内法上の犯罪化について、同条約が締約国に課した義務の特徴とその起草経緯を簡単に見てきた。強制失踪の「極度の重大性」を考慮し、その不処罰を許容しないという条約の目的から、同条約は、強制失踪犯罪の国内犯罪化について、他の国際犯罪条約にはない、いくつかの特色ある義務を締約国に課している。締約国間に解釈の相違があるものも含めれば、独立罪又は自律的犯罪（autonomous crime）としての強制失踪罪の制定、強制失踪犯罪への上官責任の適用、上官命令の抗弁の排除、極度の重大性と均衡する刑罰の設定、刑罰の減輕・加重事由の設定、強制失踪犯罪の継続的性格に適合する出訴

期限又は時効期間の設定などが、その典型例といえる。条約起草の当初には、これらに加えて、強制失踪犯罪に対する刑事手続免除の非許容、公務遂行行為を理由とする刑事免責の排除、恩赦の否定又は制限も主張され、会期間作業部会でも、ICC規程第27条（公的資格の無関係）と同様の規定を設けるべきだとする主張がなされたが、これらの規定は条約には入れられなかった⁷¹⁾。

従来、国連人権条約の国内実施のあり方については、条約規定の国内法への変型又は包括的受容あるいは既存の法律の解釈・適用による受容を含めて、締約国に大きな裁量権が与えられてきており、条約が保障する権利及び自由が保護又は確保されるのであれば特定の方式又は態様で条約義務を履行することまでは要求されてこなかった。他方、私人の犯罪を主要対象とする国際組織犯罪条約や国際テロ防止関連条約は、条約に定義する犯罪の国内法化を求めてきたが、条約規律事項の重点は犯罪の定義、刑事裁判権の設定、犯罪人引渡し、訴追か又は引渡しかの義務、司法共助といった国際刑事協力の側面に置かれ、犯罪の国内法化についてはあまり詳しい規定を置いていない。加えて、刑事立法とその解釈・適用は国家の根幹をなす重要な主権作用の一つであり、国際刑事犯罪条約の主要な解釈・適用権は締約国にあるとみなされてきたこと、最近まで国際犯罪条約の適用を監視する恒常的な条約機関は存在していなかったことなどにより、条約犯罪を国内法上の犯罪とし、当該犯罪を抑圧・処罰する締約国の義務の履行状況が国際機関によって審査されることもなかった。しかし、拷問等禁止条約及び強制失踪条約は、国家機関による人権侵害犯罪の不処罰を許容しないということを条約の主目的の一つとしており、条約実施機関が人権条約の手続を用いて、条約犯罪を国内法上の犯罪にする締約国の義務を恒常的に監視し、勧告を行うことになっている。そこで次に、強制失踪犯罪の国内法化義務の実施について、国家報告手続においてどのような議論が行われてきたのかを検討してみたいと思う。

(2) 「強制失踪」の国内犯罪化義務の締約国による実施 —— 国家報告の検討 ——

強制失踪委員会（CED）は、2019年4月の第16会期までに31カ国の第1回国家報告、1カ国（メキシコ）の第2回国家報告の審査を終えた⁷²⁾。委員会の意見はその総括的所見（concluding observations）に最も集約的に示されるので、以下では、(a) 強制失踪の定義及びそれに従った強制失踪犯罪の国内立法化の義務のいわば基本部分にあたる第2条、第4条、第6条1項(a)及び第7条1項に関するものと、(b) 特に強制失踪条約で締約国に要請された、上官責任、刑罰の加重・減輕の情状、出訴期限又は時効期間に関するものとに区別して、総括的所見の若干の特徴を見ておきたい。総括的所見は、各締約国に固有の状況に即して問題を指摘する「懸念」の部分と別として、「勧告」部分ではほぼ同様のパターンに従った言い方又はフォーミュレーションを使用することが多い。また紙数の関係もあるので、以下ではすべての

国に対する指摘を網羅的に検討するというよりも、いくつかの例示によって強制失踪の国内犯罪化義務について委員会が何に注目しているかの特徴点を指摘しておきたいと思う。なお日本の報告書審査は（3）で別個に検討する。

(a) 「強制失踪」の定義に則った立法義務に関する懸念と勧告 第1に、コロンビアの総括的所見で指摘されたように、条約の直接適用を認めている国であっても、犯罪と刑罰については国内刑事法の制定を必要とする国が一般的であり、強制失踪条約自体も、強制失踪犯罪の国内犯罪化のために国内刑事法の整備を要求している。したがって、CEDは、条約に定義された犯罪を国内犯罪とするための立法措置がとられていない場合には、条約義務の履行が阻害されているという見解をとってきている⁷³⁾。ボスニア・ヘルツェゴビナの審査では、立法措置は中央政府レベルだけでなく、国を構成する構成単位レベルでもとられることを確保することが求められた⁷⁴⁾。

第2に、強制失踪の構成要素について、CEDの3要素説と異なる見解を締約国が採る場合には、CEDは第2条の定義に従った別個の犯罪（separate crime）としての強制失踪の定義を求める。例えばフランスは第1回報告書の審査時に準備していた強制失踪罪に関する法案（第736号法案）で「法律の保護の外に置く」という要件を強制失踪の第4の要件として定め、さらに条約第2条の文言とは少し異なる規定の仕方をしていたため、CEDは、フランスが条約第2条の文言の位置を変更したり新しい言葉を追加したりすることなく、条約第2条の定義をそのまま採用するように求めた⁷⁵⁾。

第3に、既存の刑事法で条約の強制失踪犯罪をカバーできると主張した締約国は、これまでに相当数あった。しかしCEDは、強制失踪は自律的な犯罪であって、既存の各種の類似の犯罪を組み合わせても強制失踪の全要素がカバーできるとはみなしてこなかった。例えば、ドイツ、スペイン、カザフスタン等の報告書を審査したCEDは、原則として、強制失踪犯罪は異なる一連の諸犯罪からなるものではなく（例えば失踪を伴う違法な拘禁、誘拐など）、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によって行われる複雑かつ単一の犯罪であり、一群の既存の諸犯罪に言及すれば条約上の義務が完全に達成できるというものではなく、反対に、強制失踪犯罪を別個の犯罪として犯罪化することによって、締約国は条約第6条、第7条、第8条の義務と密接な関係をもつ第4条の義務を履行することができるのだと指摘した⁷⁶⁾。同様に、ポルトガルは、刑法第158条の違法な拘束（retención ilegal）で強制失踪の事案を訴追及び処罰できるから強制失踪を自律的犯罪として国内法に編入する必要はないという立場をとったが、CEDは、第158条も締約国が言及した自由を奪う第159条から第161条までの他の犯罪も条約第2条で定義した強制失踪のすべての構成要素及び態様を完全に包含し、並びに、第6条や第7条といった他の立法義務とも密接に関係した第4条の義務に適合するためには不十分であるとみなした⁷⁷⁾。アルバニアの場合、CEDは、条約第2条及び第

4条に従って強制失踪の要素を定めた刑法第109条(c)項に留意しつつも、同条項には条約第6条(a)項の強制失踪の実行を命じ、教唆し、勧誘し、若しくは試みた者又は強制失踪に加担し、若しくは参加した者に関する規定がなく、これらが刑法の一般的制度に従うこととされている点に懸念を示し、強制失踪に関する刑法の制度の全容が不明確だと指摘した⁷⁸⁾。さらにCEDは、強制失踪を独立罪として犯罪化するリトアニア刑法第100条1項を歓迎しつつも、同国が「逮捕」という文言を逮捕は短期間のものだからという理由で刑法規定から除外したことを取り上げて、強制失踪が短時間しか継続しない場合には強制失踪の適用を制限する危険があるとして、条約第2条に定める定義に完全に一致させることを勧告している⁷⁹⁾。

要するに、強制失踪犯罪は条約第2条に定められた定義が示す3要素を備えた単一の自立的犯罪であり、その国内法化にあたっては、これらの定義を踏まえ、さらに第6条1項(a)及び第7条1項の基本点を押さえることが不可欠であり、そのためには条約規定に沿った別個の犯罪規定として国内立法することが第4条の義務を履行する最適の方法であるというのがCEDの基本的立場となっているといつてよい。

第4に、刑罰の規定が、強制失踪犯罪の極度の重大性に合致していないと見なされた場合も少なからずある。ウルグアイは、2006年法(第18026号第21条)で条約第2条の定義に沿った強制失踪罪を新設した。この点についてCEDは高い評価をしたが、2006年法は、強制失踪犯罪に2年から25年の拘禁刑を科すことを定めており、CEDは、最低限度の刑罰と最高限度の刑罰の差が大きく裁判所に広範な裁量を与えていることに懸念を表明し、最低限度の刑罰が極度の重大性を適正に考慮したものとなるように最低限度と最高限度の刑罰の差を縮小することを勧告した⁸⁰⁾。強制失踪の極度の重大性を考慮した刑罰という点では身体刑2年は低すぎるというのがCEDの解釈であるが、罰金刑を不適切と見なした例もある。オランダの国際犯罪法は81,000ユーロを超えない罰金(最低額の規定はない)を強制失踪の独立の刑罰の一つに定めていたが、CEDは、国内裁判所に身体刑か罰金刑(額を含めて)かを選択する広い裁量を与える点を懸念して、強制失踪に独立の刑罰として罰金刑を科すことのないように、条約第7条に従って最低限度の刑罰を定めるよう法改正をすることを勧告した⁸¹⁾。またポルトガルでは公務員による犯罪は権限の乱用が刑法上刑罰を加重する情状とみなされるが、CEDは刑法の現行規定では強制失踪の極度の重大性を考慮した適当な刑罰を定めたものとはいえないとした⁸²⁾。

このようにCEDは、審査対象国の殆どについて、国内刑事法が強制失踪を条約の定義に則る形で十分に犯罪化していない又は独立罪としていない、あるいは、条約の定義する構成要素と一致しない犯罪概念を用いていることに懸念を表明し、また、条約の定義を採用する法律を制定した国でも刑罰が強制失踪の極度の重大性を考慮したものとなっていないことに注意を喚起してきている。こうした指摘をする場合、委員会は、個別的問題点に即した勧告を行う場合もあるが、次のような内容の一般的定式に従った勧告を行うのが慣行となっている。すなわち、

「締約国は、できる限り迅速に、[連邦及び州レベルにおいて]、強制失踪を第2条に定める定義に一致する自律的犯罪として定義すること、その極度の重大性を考慮した適当な刑罰を科すことを確保するために必要な措置をとるべきである。締約国はまた、第6条1項(a)に従って、強制失踪を実行した者、強制失踪の実行を命じ、教唆し、勧誘し、若しくは試みた者又は強制失踪の加担し、若しくは参加した者に刑事上の責任を負わせ及び適正に処罰するために必要な措置をとるべきである⁸³⁾。」

定義及び国内犯罪化に関する勧告を含めて最近の勧告は、基本的には条約のテキストそのものを再表現することにより、文字通り正確に条約義務を国内法に反映することを求める形式をとるものが多くなっている。強制失踪という「極度の重大性」をもつ犯罪が残念ながら少なくない国でお組織的に行われており、強制失踪犯罪の実行者等の不処罰を許さないために、締約国すべてにおいて、条約第2条の定義に従った自律犯罪として、強制失踪罪が新設され、厳格な処罰設定が設けられることが望ましいという基本認識がCEDにはある。ただし、文字どおり条約第2条の定義規定に従った法律の制定や改正を行うことは、政府関係各機関の合意だけでなく議会の同意を経なければならない制度をもつ多くの国にとっては決して容易なことではない。CEDの勧告を実施するには相当の年数を必要とする国も多いと思われ、その間どのようにして条約の求める強制失踪犯罪の国内法による防止・抑圧を確保するのか、締約国にとってもCEDにとっても重要な課題となる。

最後に、強制失踪が第5条の人道に対する犯罪を構成する場合について、締約国の中で国内法を制定している国はまだ少なく、CEDは、国内法制定を勧告するとともに、国内法が条約第2条及び第5条の義務と整合するように制定又は改正されることを求めている。例えば、フランス刑法第212条の1は強制失踪を人道に対する犯罪に含めていたが、「共同の計画の一部として (dans le cadre d'un plan concerté)」という条約第5条にも他の国際文書にもない条件が付されていたので、委員会は同法の見直しを求め、訴追に追加的要件を課す上記のような文言の削除を勧告した⁸⁴⁾。またポルトガルは、2004年の法律第34号の第9条(i)項で、強制失踪を人道に対する犯罪と定めていたが、CEDは、同法に定める定義は、失踪者の消息又は所在の隠蔽を構成要素に含めておらず、さらに「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」によって行われる犯罪ではなく、「国又は政治的組織」により又はその許可、支援若しくは黙認の下に行われる犯罪にのみ言及して懸念を表明した⁸⁵⁾。人道に対する犯罪の国内法化に関しては、ICC規程と強制失踪条約の双方の締約国になる国は、国内法上いずれの定義に準拠するのかという選択をせまられる。このような場合、強制失踪条約の締約国に対して、「強制失踪」の定義及び強制失踪が人道に対する犯罪に該当する基準について強制失踪条約の規定に準拠するように求めるのがCEDの基本的立場となっている。

(b) 上官責任、上官命令の抗弁、刑罰の厳格性と加重・減輕の情状、出訴期限又は時効に関

する懸念と勧告 第1に上官責任については、CEDは、強制失踪犯罪についてまだ上官責任の規定を設けていない国にはその制定を求め、国内法規定が条約第6条1項(b)と一致していない場合にはその改正を求めている。例えば、フランスは同国の刑法が人道に対する犯罪では上官責任を定めていたが強制失踪一般にはその規定がなかったため、CEDは、予定されている強制失踪に関する法律案に、加担者(accomplice)の責任とは区別された第6条に従った上官の責任に関する規定を置くことを勧告した⁸⁶⁾。メキシコについては連邦議会の努力を考慮するが既存の法律は第6条1項(b)の義務に完全に一致しているとはいえないとして、連邦及び州の法律が第6条1項(b)に従って上官の刑事責任について明確に定めるのを確保するために必要な立法措置をとることを勧告した⁸⁷⁾。コロンビアは、上官責任それ自体にふれたものではない刑法の諸規定(共犯、従犯等)とICC規程の批准により上官責任の考え方を取り入れていると主張したが、CEDは、条約第6条に従った固有の上官責任を国内法に編入する立法措置をとるように勧告し、キューバについても、事実の生じた後の従犯(刑法第160条1項)及び犯罪の報告義務の懈怠(刑法第161条)に関する規定による対処だけでは第6条1項(b)の要件は満たしていないと指摘した⁸⁸⁾。

第2に、上官命令の抗弁に関する国内法規定について懸念が表明されたケースもいくつかある。例えば、ポルトガルは、憲法第271条3項で、犯罪行為の実行を正当化するために上官命令を援用することを禁止しているが、CEDは、2014年法律第35号の第177条1項及び2項の下では、違法な命令を遂行した職員が、当該命令を違法と考えていたことを明記した書面によって、その命令が伝達されるように予め要請していた場合には免責されることに懸念を表明し、これらの規定は条約第6条2項が要求する保証を十分に提供できていないと指摘した⁸⁹⁾。またアルバニアは、行政手続法(2015年第108号)及び国家警察法(2008年第10032号)で、強制失踪の命令を拒否する部下に命令を実行させた上官に対して懲戒を請求する手続を定めたが、CEDは、国内法規定が第6条に定めるすべての人を網羅しておらず、規定も曖昧であるため、部下に不十分な保護しか与えていないとして、その改正を求めた⁹⁰⁾。

以上のように、上官責任についても上官命令の抗弁についても、条約規定に沿った国内法規定の整備がなされなければならないというのがCEDの基本的立場である。そこで委員会は、締約国が、第6条1項に規定する条件に従って上官責任に関する国内法を整備すること、ならびに、第6条2項に従って、強制失踪犯罪を正当化するために上官命令又は指示を援用することを国内法で禁止するよう勧告するのが慣行となっている⁹¹⁾。

第3に条約第7条2項の刑罰を減輕し又は加重する情状に関する規定は、締約国を義務づける規定ではない。そこで委員会は、第7条の規定が任意規定であると述べたフランスの主張を認めつつも、刑罰を減輕する情状を定めれば強制失踪の一定の事件の解明を促進することに繋がる可能性があるとして、第7条2項(a)に定めるような状況をもたらすことを助けるために

法律に刑罰を減輕する情状を含めるよう勧告した⁹²⁾。他方、ドイツに対する勧告の中で CED は、強制失踪を自立的犯罪として犯罪化する際には、第 7 条 2 項に定める特別の減輕及び加重の情状を設定するように勧奨したが、同時に減輕のための情状が適切な刑罰を科すことを損うことのないように勧告した⁹³⁾。以来、CED は一貫して、第 7 条に定める情状を強制失踪犯罪に対する刑罰を減輕又は加重する情状として、そのまま国内法の取り入れることを勧奨している⁹⁴⁾。

第 4 に、第 8 条の出訴期限又は時効についても、国内法規定の問題点を指摘された国は少なくない。CED は、人道に対する犯罪に該当する強制失踪には時効が適用できないことを前提に、強制失踪一般についても時効を設けないか又は最低限度条約第 8 条に従った出訴期限に関する規定を国内法で設けるように求めている。例えば、CED は、フランスが、法律案（第 736 号）で強制失踪の出訴期限を 10 年から 30 年としたことを歓迎しつつも、その起算点を正確に決めておらず、また民事賠償の出訴期限を一般の民法上の出訴期限と同じく 5 年から 10 年の間で設定していることを懸念して、刑事手続の出訴期限起算点を強制失踪犯罪があらゆる要素について終結するときとし、民事賠償の出訴期限については少くとも拷問と同様の重大性を有する他の犯罪に適用される出訴期限と同等にするように勧告した⁹⁵⁾。アルバニアは、刑法第 109 条 (c) 項で強制失踪を国内犯罪としたが、継続的性質の犯罪と性格づけておらず、刑法第 66 条の時効に関する一般規定は、犯罪の開始時点を時効の起算点としていることから、CED は、第 8 条 1 項 (b) の要件が満たされていないとして、その改正を勧告した⁹⁶⁾。他方、ポルトガルは、2004 年法律第 34 号で人道に対する犯罪には時効の適用はなく、刑法第 119 条 2 項が永続的な犯罪の時効期間の起算点は行為の完了した日、すなわち、強制失踪の場合には失踪者が見つかったときに開始されることを定めており、CED はこれらの点を歓迎しつつも、刑法が関連する犯罪ごとに異なる出訴期限を定めているため強制失踪の単独事件に適用される出訴期限が明確でないとする懸念を表明した⁹⁷⁾。このように CED は、出訴期限に関する国内法規定が欠如しているか又は第 8 条の規定と一致していないとみなした場合には、次のような勧告をしている。

強制失踪の犯罪化をはかる場合には、強制失踪犯罪はいかなる出訴期限にも服さない、又は、出訴期限が強制失踪犯罪に適用される場合には、当該期間は第 8 条に照らして長時間にわたるものであり、かつ、極度の重大性と均衡のとれたものであり、その継続的な性質を考慮しつつ、その犯罪行為が終わった時から起算することを保障すべきである⁹⁸⁾。

条約第 2 条で定義された「強制失踪」を自国の刑事法に編入する義務に関して CED の総括的所見は、人道に対する犯罪を構成する強制失踪犯罪への時効不適用、強制失踪犯罪に係る上官責任規定の新設、上官命令の抗弁の禁止といった点では必要な立法措置をとることを比較的厳格に勧告してきているといえる。他方、強制失踪犯罪の時効期間、強制失踪の極度の重

大性に比例する量刑の内容などについての勧告は、関連条約規定をほぼそのまま繰り返すだけの内容となっており、より具体的内容に踏み込む段階には至っていない。条約規定に沿った国内刑事法の制定改廃を求める勧告であるだけに、いずれの勧告をとってみてもその対応には相当時間を要するものと思われる。

(c)「強制失踪」の国内犯罪化義務に関するフォローアップ 締約国になされる勧告の内委員会が選択した三つ程度の勧告については、1年後にその実施状況に関する報告が求められる。2016年と2017年にCEDによるフォローアップの評価が行われたが、この時期までに条約第2条の定義に則った独立罪としての強制失踪犯罪の新設を勧告された国の内、フォローアップ報告を求められたのは、ベルギー、アルメニア、セルビア、イラク、モンテネグロ、ブルキナ・ファソ、カザフスタン及びチュニジアの8カ国であった。これらの国の中で、CEDによりB評価、すなわち、行動は部分的に満足できるという評価を得たのはベルギー、アルメニア、チュニジアの3カ国であり、他はC評価、すなわち行動は満足できるとはいえないという評価であった。CEDのフォローアップ評価は5段階に分かれており、A評価は行動が満足できる場合、D評価は委員会への協力がなく、E評価は執られた措置が委員会勧告に反する場合に付されるが、これらの評価は全勧告の履行状況に対する評価でもその国の強制失踪に関する状況に対する評価でも、締約国間の比較をするための評価でもなく、ただフォローアップ対象となった個別勧告の履行状況に対する評価に過ぎない⁹⁹⁾。

まず、CEDがB評価をした3カ国の取り組みをみると次のような特徴が見られる。条約第2条の定義に従った別個の犯罪として強制失踪罪を定義し、第7条1項に従った刑罰を科すことができるようにするための刑法改正法案の審議を促進するように勧告されたベルギーは、国家報告検討時点で検事総長法制審議会(Belgian College of Prosecutors General)に同法案を提出した段階であったが、同審議会が2015年12月に審議を終えて意見を出したことで、今後法案はこの意見とともに同国のより大きな刑法改正計画(強制失踪条約の諸規定の編入)に照らして実施される旨を報告した¹⁰⁰⁾。CEDは、とられた措置と条約の国内法への編入を完了させるという締約国の誓約を評価した¹⁰¹⁾。同じく改正刑法案を検討中であったアルメニアの場合も、法案が条約第2条と第7条1項に従った自律的犯罪であることを確保し、刑罰を減輕又は加重する情状を含めるように求めた勧告について、同国政府は、2016年に強制失踪を新たな犯罪とする法案が政府に提出され、今後議会に提出される予定だと報告し、CEDも、この進展を評価して、引き続き勧告内容の実現状況に関する報告を継続するよう要請した¹⁰²⁾。チュニジアの場合は、自律的な強制失踪罪の国内法への編入と条約第5条に則った人道に対する犯罪に該当する強制失踪犯罪の国内法化が勧告されたが、チュニジアは、憲法機関・市民社会・人権担当大臣の下に各省庁で構成される作業部会を設置し、OHCHRと連携しながら、作業を進めた結果、強制失踪を条約第2条、第7条1項及び2項に沿った自律的犯罪とする草案が起草され、まも

なく閣議にかけられるという報告を提出した¹⁰⁰⁾。CEDは、この進展を評価する半面、草案の詳しい情報が出されておらず、また人道に対する犯罪に関する規定が整備されていない点を指摘した¹⁰⁰⁾。

他方、上記他の国については、あまり進展が見られなかった。イラクに対してはチュニジアとほぼ同内容の勧告がなされていたが、多くの説明にも拘わらず、同国では人権省が廃止されたために法案起草作業が遅れ、司法省にファイルが送付された後法案を作成する作業が開始されたことしか述べていなかった。CEDは、政府の意思には留意するが、法案の現状に関する情報が提供されていないと指摘し、併せて、条約に従った自律的な強制失踪罪の制定が不処罰に反対する重要な保障措置であり再発防止措置となること、並びに、自律的犯罪の欠如は不処罰と闘う義務及び被害者の知る権利を保障する義務を妨げることを強調した¹⁰⁵⁾。強制失踪を自律的な犯罪として国内法化するプロセスを促進するように勧告されたセルビア及びガザフスタンからは抽象的な国の意思の表示はあるものの、実際にとられた具体的な措置に関する情報もたらされず、同様の法改正を促進するように勧告されたブルキナ・ファソからは強制失踪罪を別個の罪とする意図は伝えられたが、検討中の内容が明らかにされなかった¹⁰⁶⁾。強制失踪を条約第2条に従った自律的犯罪として編入し、及び第6条1項(b)の上官責任の規定を設けるよう勧告されたモンテネグロは、見直し作業の結果、同国の刑法第162条（違法な自由のはく奪）、第164条（力を伴う誘拐）、第427条（人道に対する犯罪）及び第428条（文民に対する戦争犯罪）により条約第2条に定める強制失踪はカバーでき、自律的犯罪とする必要はないという結論にいたったことを表明したが、CEDは総括的所見で指摘したことを再度繰り返し、上記チュニジアに対するのと同様の意見を付した¹⁰⁷⁾。

以上から明らかのように、既に条約第2条から第8条の規定に従って、強制失踪を自律的犯罪として自国の刑事法に編入しようとする作業に取り組み始めている国にとっては、その作業を後押しする一定の機能をフォローアップが担っているが、実際には、独立罪としての強制失踪罪を導入するための国内法の制定・改廃の作業は、決して容易ではないことが理解できる。もちろん、このことはCEDも十分承知の上で、しかし不処罰との闘いを推進し、被害者の救済と真実を知る権利の保障さらに再発防止の保証のために原則点を譲れないというのがCEDの立場と思われる。

そこで最後に強制失踪犯罪に関する日本報告書の審査について簡単にふれておこうと思う。日本の第一回報告書の審査においては、「従軍慰安婦」の「強制失踪」事案とされるものに関するCEDの懸念表明と勧告がなされ、日本政府は、CEDが適切な根拠を示すことなく懸念及び勧告を行ったことは、不適切な対応であるとして嚴重な抗議を提出した¹⁰⁸⁾。そこには国家報告の検討のあり方に関する重要な問題提起がなされているが、本稿では、強制失踪犯罪の国内犯罪化義務という主題に焦点を絞る。

(3) 強制失踪の国内犯罪化義務に関する日本の立場と強制失踪委員会の総括的所見

(a) 強制失踪の国内犯罪化義務をめぐる日本政府とCEDの基本的スタンスの違い わが国は、1987年の刑法第4条の2の新設以降、国際条約が定義する犯罪であつた外国人が日本国外において犯したときであっても罰すべきものとされているものについては、原則として刑法第二編の罪を域外適用することによって対応することを基本政策としてきた。他方、条約に定義する犯罪が刑法第二編の罪でカバーできないと判断された場合には、海賊処罰対処法のように新規法律を制定するか又は刑事法等の一部改正によって調整がはかられてきた。強制失踪条約の批准にあたって、刑事法改正が行われなかったということは、同条約が定義した犯罪は刑法第二編の既存の犯罪とその組み合わせによりカバーできるという判断がなされたことを意味する。他方、CEDは、強制失踪犯罪を、国家機関の関与、自由のはく奪、自由のはく奪の不承認又は失踪者の消息等の隠蔽という3要素を備えた継続的で自律的な単一の犯罪と性格づけ、強制失踪条約第2条の「法律の保護の外に置く」という文言は失踪者の消息を隠蔽することの帰結であつて長期間「法律の保護の外に置く」意図がなければ強制失踪に該当しないという解釈をとらないことを繰り返し表明してきた。結論から先に言えば、CEDは、強制失踪犯罪についてCEDとは異なるアプローチをとる日本の報告書を検討した結果、日本に対して以下の勧告を行うこと、並びに、同勧告をフォローアップの対象とすることを決定し、2019年11月16日までに同勧告の履行状況について報告するよう日本政府に求めた。勧告は次のようにいう。

「委員会は、締約国が可能な限り迅速に、強制失踪をこの条約第2条に含まれる定義に従つた自律的犯罪として、また、この条約第5条に規定される基準に従つた人道に対する犯罪として国内法に編入するために必要な立法措置をとるよう勧告する。」¹⁰⁰⁾

しかし、拷問禁止委員会(CAT)が、第6次から第8次となる国家報告の検討の結果、締約国に対して今なお拷問等禁止条約第1条に定義する「拷問」に適合する国内法の改正を要請している事実が端的に示すように、締約国の刑事法の改正は決して容易なことではない¹⁰¹⁾。日本も、第1回報告のCAT総括的所見(2007年)で拷問等禁止条約第1条の定義に従つた国内法の改正を勧告され、第3回報告の総括的所見(2013年)でもその履行が督促されている¹⁰²⁾。強制失踪条約も事情は基本的に同じと考えてよいであろう。法改正が簡単に見通せない状況の下でも、法改正がなされるまで何もしないということではなく、条約義務の適正な実施のために、現行刑法の下でもとりうる措置を検討していくことが重要かと思われる。

(b) 自律的な強制失踪罪の制定と普遍的裁判管轄権の設定 条約が定義する強制失踪を国内刑事法上の犯罪とすることを締約国に義務づける第4条から第8条の規定、国内刑事法の場所的適用又は刑事裁判権の設定について締約国を義務づける第9条の規定は、機能が異なる。CEDの総括的所見の第9条に関する懸念と勧告はこの点で日本の刑法第4条の2に対する誤

解があると思われるので、一言ふれておきたい。

CED の総括的所見は、「刑法第 4 条の 2 が条約によって規律される犯罪に対してのみ適用される」ことについて懸念を表明し、強制失踪犯罪に対する日本の裁判権の行使が条約第 9 条の義務（特に訴追か又は引渡ししかの原則）に従って十分に保障されるように必要な措置をとること、並びに、条約に定めていない条件が裁判権行使に影響を与えないように確保することを日本政府に勧告した¹¹²⁾。これに対し日本政府は、「日本の刑法は強制失踪のすべての罪に対して域外管轄権を確立している」と反論した¹¹³⁾。この点は日本政府の指摘が正しいと思われる。強制失踪条約第 9 条 2 項は、日本が容疑者所在地国になるときは日本の領域外で行われた強制失踪行為であっても、日本の刑事法を適用して裁判権を行使することを義務づける規定であり、このような条約義務を遵守するために、刑法第 4 条の 2 が新設されたのだから、同条項は刑法第二編の罪の域外適用を保障するものでこそあれ、制限するものではない。

この点に関連して、審査国担当報告者の一人から、強制失踪行為は条約第 9 条 1 項 (b) 及び (c) 並びに 2 項に従った双方可罰性 (dual criminality) の条件を満たす犯罪にあたるか否かが問われたが¹¹⁴⁾、犯罪人引渡しの場合とは異なり日本の刑法は、積極的属人主義、消極的属人主義又は普遍主義に基づいて日本の刑法を域外適用するときに当該犯罪行為が犯罪行為地国の国内法でも犯罪になっていることを要件とはしていない。また、もう一人の審査国担当報告者から、刑法第 4 条の 2 に従えば、普遍的刑事裁判権の行使には、①強制失踪の処罰を認める条約が存在しなければならず、②日本はたった 2 カ国としか条約を締結していないほか、それらの条約も強制失踪に係る犯罪のすべてを認めているわけではなく、③自立的犯罪としての強制失踪の定義が刑法にはないという 3 点で制限が課されているので、実際に、裁判権はどの程度行使できるのかと質問があり¹¹⁵⁾、日本代表から、条約第 9 条 1 項及び 2 項の刑事裁判権は、日本領域内の強制失踪行為であれば刑法第 1 条 (国内犯) が適用され、日本国民の行為であれば同第 3 条 (国民の国外犯) が適用され、日本国民が被害者になる行為には同第 3 条の 2 (国民以外の国外犯) が適用され、刑法規定の域外適用が認められるが、それでも裁判権が行使できない時は第 4 条の 2 (条約による国外犯) によって刑法規定の域外適用が認められるという回答がなされた¹¹⁶⁾。この回答に尽きていると思われるが、なお付言すれば、①にいう条約はここでは強制失踪条約それ自体で足り、したがって②にいう、日米及び日韓犯罪人引渡条約 (米・韓とも強制失踪条約の非締約国) と思われる条約は日本の第 9 条 2 項の義務の履行を何ら制約するものではない。また *aut dedere aut judicare* の原則は、訴追か又は引渡ししかの義務事件 ICJ 判決が示すように、訴追義務が主たる義務で引渡しは義務ではなく、ただ訴追義務を免除するものに過ぎない¹¹⁷⁾。また③は、強制失踪犯罪に対する域外管轄権を制約する事由ではない。刑法第 3 条、第 3 条の 2、第 4 条の 2 による域外管轄権の設定は、条約第 9 条 1 項 (b)、(c) 及び 2 項に沿ったものであり、両者の間に齟齬はないと思われる。

(c) 強制失踪を国内犯罪化する条約義務の履行をめぐる日本政府の説明と CED の懸念 日本政府は、条約第2条に定義する強制失踪を国内法上の犯罪とする条約第4条の義務について、条約批准時に、条約第2条の定義に従った独立罪を新設する必要はなく、刑法第二編の既存の各種の犯罪を適用することにより条約上の義務を履行できると判断した。日本政府は、条約第4条の義務が刑法第二編に定める各種の罪によって完全に実施されていることを以下のように説明した。

第1に、強制失踪行為のうち、①自由をはく奪する行為については、刑法の逮捕・監禁罪（刑法第220条、懲役3月～懲役7年）、同致死傷罪（同第221条、致傷罪は懲役3月～懲役15年、致死罪は懲役3年～懲役20年）、略取、誘拐及び人身売買の罪（同第224条～第227条、未成年者略取及び誘拐の懲役3月～懲役7年のものから身の代金目的略取等の懲役3年～無期懲役まで犯罪ごとに刑罰の下限と上限が異なる）などにより処罰され、②自由をはく奪の隠蔽行為については犯人蔵匿罪（同第103条、罰金1万円、懲役1月～罰金30万円、懲役3年）、証拠隠滅等（同第104条、罰金1万円、懲役1月～罰金30万円、懲役3年）などにより処罰され、③公務員の強制失踪行為については公務員職権濫用罪（同第196条、懲役・禁固1月～懲役・禁固2年）、特別公務員職権濫用罪（同第194条、懲役・禁固6月～懲役・禁固10年）、同致傷罪（第196条、致傷罪は懲役6月～懲役15年、致死罪は懲役3年から懲役20年）、偽造公文書行使等罪（同第158条、不実記載免状等行使の罰金1万円、懲役1月～罰金20万円、懲役1年から偽造勅書行使の懲役3年～無期懲役まで犯罪ごとに異なる）等によって処罰される。さらに、④組織的に強制失踪を行った者は、組織的逮捕監禁罪（組織犯罪処罰法第3条1項8号、刑法第220条、懲役3月～懲役10年）、組織的な身の代金目的略取（組織犯罪処罰法第3条1項10号、刑法第225条の2）で処罰され、強制失踪の広範又は組織的な実施に対しては、刑の加重の根拠となる（刑法第47条）上、悪質な態様として量刑上不利に斟酌されることになる¹¹⁸⁾。強制失踪の一つの形態である北朝鮮による拉致問題を別とすれば、近年日本政府の下で、条約第2条に定義された強制失踪を構成する三つのすべての構成要素からなる犯行が行われたことはない。日本政府は、条約第2条が定める三つのすべての構成要素からなる強制失踪を新たに自律的犯罪として定義することは検討していない。また、日本の刑事実体法においては、「人道に対する犯罪」が固有の犯罪として規定されていないが、広範で組織的な強制失踪は、犯罪の軽重や情状等の点において悪質であるから、量刑上不利に斟酌されることになる¹¹⁹⁾。日本政府としては、強制失踪の条約上の定義を完全には編入していないが、上記のような多様な範疇の犯罪によって、十分に条約をカバーでき、刑法と条約の間にギャップはないと考える。刑法は、①国の許可、支援又は黙認を得ているか否かを区別せず、強制失踪行為を犯罪と規定しており、②犯行者を起訴する段階では失踪者の所在又は消息の開示の拒否という要素を必ずしも必要としないから、強制失踪を行ったすべて者に対する刑事司法制度に基づく責任の追究が可能である¹²⁰⁾。刑法は、強制失踪の条約上の定義の第1の要素のみ明示し、

強制失踪罪を犯した者の責任を問うために国の許可、支援又は黙認の証拠を要求していないが、他の二つの要素は、刑法に関する判例によりカバーされることに加え、黙認の要素は刑法第62条に定める犯罪の幫助又は共謀の規定の範囲内に入る可能性がある¹²¹⁾。

強制失踪に適用できる刑法第二編の犯罪及び刑罰の下限と上限は上記のとおりであり、例えば国家機関による違法な逮捕（特別公務員職権乱用罪）は最高10年の禁固であるが、人に傷害を負わせた場合に最高15年、人を死亡させた場合には最高20年の禁固となるので、刑法の規定は、各犯罪の重大性を反映した厳しい刑罰を確立している¹²²⁾。

以上が日本政府の基本的な立場と考えられる。これに対して、CEDは、日本政府が条約第2条に定める強制失踪犯罪を自律的犯罪として国内刑法に編入していないことに対して懸念を表明した。その理由は、①日本の刑法上の各犯罪は、条約第2条で定義された強制失踪犯罪のすべての構成要素及び態様を包含するには十分ではなく、したがって、条約第6条から第8条等の義務とも深く関連した第4条の義務を十分に遵守しているとはいえない、②原則として、強制失踪犯罪は一連の別々の犯罪ではなく、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いくつかの犯罪の態様を通じて行う複雑かつ単一の犯罪であって、さまざまな権利を侵害するものであることから、一群の既存の犯罪に言及することではこの義務を果たすには不十分である¹²³⁾、と説明されている。審査国担当報告者及び他の委員からは、強制失踪犯罪の定義がない場合に、自由のはく奪を認めない又は失踪者の消息等を隠蔽する犯罪について果たしてどのような刑罰が適用されるのか懸念される、現行の刑法上の規定には強制失踪犯罪の定義にとって不可欠な一部である国の職員による許可又は黙認といった要素がふれられていない、自律的な犯罪としての強制失踪の定義を欠いているために、刑事上の有罪の宣告、刑罰を減軽及び加重する情状の斟酌、人道に対する犯罪に比例した訴訟期限（公訴時効）の確定等において、一貫性という観点から見ると一連の問題を生じさせる、という指摘がなされた¹²⁴⁾。さらに、CEDは、国内法が、条約第5条の基準に従った人道に対する犯罪を構成する強制失踪について犯罪化がなされていないことに懸念を表明した¹²⁵⁾。

強制失踪犯罪の処罰という点でも、CEDは、強制失踪行為に適用される各種犯罪に科される刑罰の下限と上限に3ヶ月から無期懲役までの非常に大きな隔りがあり、強制失踪犯罪の極度の重大性を考慮に入れた一貫性のある刑罰としては十分ではないとする懸念を表明し、条約第7条1項に従った刑罰（ただし死刑を除く）の設定を勧告した¹²⁶⁾。

以上の基本的な立場に関する相違点のほか、強制失踪犯罪の国内犯罪化義務に伴う、若干の各論的な論点についても日本政府の説明とそれに対してCEDの総括的所見において表明された懸念及び勧告について、ごく簡単にふれておきたい。

(d) 上官責任、上官命令の抗弁、刑罰を減軽・加重する情状、出訴期限（時効）をめぐる議論第1に、上官責任については、上官責任も逮捕監禁罪（刑法第220条）等及び共同正犯、教唆

犯又は幫助犯（第60条から第62条）で担保され、上官が処罰の対象となるというのが日本政府の回答であり¹²⁷⁾、これに対してCEDは、刑法の共犯規定にはそもそも強制失踪を命じ又は勧誘した者に責任を負わせることが明示的に規定されておらず、条約第6条1項(b)に定める上官責任は国内法に明示的に組み込まれていないという懸念を示し、第6条1項の規定に従った上官責任規定を設けるための立法措置をとることを勧告した¹²⁸⁾。他方、上官命令の抗弁については、日本政府は、質問票に対する回答で、一般公務員には法令遵守義務があり、違法な命令に服従しなくても懲戒処分の対象とならないこと、他方、自衛隊員の場合には法令遵守義務とともに上官命令服従義務とが課されるが（自衛隊法第56条及び第57条）、上官の職務命令が違法で職務命令としての要件を満たしていない場合は、上官命令服従義務違反による懲戒の対象とはならず、懲戒処分に対する不服審査請求の制度がある旨説明がされ、また口頭で、政府が一見して不法と見られる命令に違反した国民又は地方公務員に対して懲戒処分を課したことはないこと、したがって強制失踪行為を行った罪に問われた部下は、違法な命令に従うことを義務づけられていないので刑事手続で減輕事由を援用できないとの説明がなされた¹²⁹⁾。これに対し、CEDは、強制失踪を命じ又は指示する等の上官命令に従うことを拒否した者が処罰されないことを保障する法律に関する明確で十分な情報がない点に遺憾の意を表したが、勧告では第6条2項については何もふれなかった¹³⁰⁾。

第2に、刑の減輕・加重について、日本政府は、刑法上の自首、酌量減輕、未遂及び組織的犯罪処罰法上の解放による減輕の制度、並びに、逮捕等致死傷罪、特別公務員職権乱用等死傷罪による加重について説明するとともに、日本の裁判所は条約第7条2項に定める事情を考慮して宣告刑を言い渡すことが可能であると回答し、口頭でも、刑罰の減輕・加重の情状について事件のあらゆる事情を考慮して科すべき刑罰を決めるのは裁判所であることが強調された¹³¹⁾。これに対してCEDは、第7条2項(a)(ママ)に列挙された刑罰の減輕・加重の情状が規定されていないことに懸念を表明し、定型表現に従って国内法で強制失踪を犯罪化するときに第7条2項に定める減輕・加重の情状を国内法で定めるように勧告した¹³²⁾。

第3に、出訴期限（時効期間）に関する日本の報告書及び質問票に対する回答は、公訴時効期間が、逮捕及び監禁（5年、致傷10年、致死20年）、略取、誘拐及び人身売買（5年～15年）、犯人蔵匿等（3年）、証拠隠滅等（3年）、公務員職権濫用（3年）、特別公務員職権濫用（7年）、組織的な逮捕・監禁（15年）等であることを具体的に示しつつ、この起算点が「犯罪行為が終わった時から進行する」（刑訴法第253条）こと、犯人が外国にいる期間中断すること（同第255条）を説明し、強制失踪犯罪の極度の重大性と均衡のとれたものとなっているとする意見を付し、他方、不法行為に基づく損害賠償請求権は不法行為時から20年経過したときに消滅することを説明した¹³³⁾。さらに口頭で、強制失踪に適用される各犯罪の公訴時効は行為その他の加重事情（国家行為者による組織的な犯罪等）によって変化すること、損害賠償については、条約

第8条2項は時効期間内において効果的な救済措置を受ける権利を保障する規定であるから、20年の期間は救済のための十分な期間を保障していると考える旨を補足した¹³⁴⁾。これに対してCEDは、時効が犯罪行為の終わった時から進行すると定めた刑訴法規定を評価しつつも、強制失踪犯罪に適用される時効が極度に短い5年から20年であることを懸念するとし、さらに不法行為の損害賠償請求権が不法行為時から20年で消滅することは、時効期間内において効果的な救済措置を受ける権利が国内的に保障されていないとする懸念を表明した¹³⁵⁾。

(e) CEDにおける議論及びCEDの懸念と勧告に関する若干の意見 日本政府に対する懸念及び勧告には、CEDではしばしば用いられる表現形式が用いられており、他の締約国と比べ特異なものではない。筆者は、2017年3月までCEDの委員の一人として他締約国の報告審査にあたってきた経緯があり、委員は自国の報告書審査からは外れることになっているため、現職委員ではないとしても日本の報告書及びそれに対するCEDの懸念と勧告について直接論評することは、公平性の点から適当ではないと考える。ただし、条約第2条に定義する強制失踪の国内犯罪化の義務に関連して、今後建設的な議論を行っていく上で望ましいと思われる若干の点についてふれてみたいと思う。

個別の論点では、例えば強制失踪行為に対する上官責任に関する規定の実施について、日本政府は、逮捕・監禁等刑法第二編の罪に対する共犯・教唆・幫助犯として対応する旨を回答した。これに対して、CEDは、第6条1項(b)の要件に従った上官責任規定自体を設けることを勧告した。強制失踪条約の下では、仮に上官責任を問われる容疑者が日本に所在する場合、その者を引き渡すことができないときは、少なくとも検察当局に事件を付託する義務が発生する。その場合に、部下の強制失踪行為を了知しながら防止することを怠った上官の不作为の責任を問う上官責任が、例えば特別公務員権力濫用罪の共犯、教唆犯、幫助犯でカバーできるのかできないのか、どこまでカバーできるのかについて、本来であれば認識を一致させる必要があろう。上官責任の日本刑法上の可罰性については、故意犯を処罰することを原則とする日本刑法では、強姦、児童兵の徴用などの行為を過失によって防止しなかった場合には日本刑法上は不可罰とされるという指摘もなされていることも考えれば¹³⁶⁾、こうした正確なつめの作業なしには問題点を的確に把握することができないだろう。刑法の専門家がそろっているわけでもないCEDの、しかも限られた時間の中で、個々の論点につきどこまで正確な認識に到達できるかは問題であるが、専門的なNGO等による貢献が望まれる分野でもある。いずれにせよ現状の正確な認識を建設的対話の根幹に置く姿勢は絶えず重要視すべき事項だと思われる。

今ひとつ個別の論点にふれるが、CEDは、類似の状況に対する懸念や勧告を表明する場合には、締約国に対して、できる限り正確に義務の内容を表現しようとして条約規定をそのまま援用する定型句を用いる傾向が強い。しかし、条約規定にそのまま触れるだけでは、勧告の趣旨が伝わりにくい場合がある。そもそも条約の解释权を行使して、締約国が条約義務に合致して

いると解釈した事柄について、CEDが懸念を示す場合には、同じ条約規定をどのように解釈しているのかについて見解を示す必要があろう。例えば、CEDは、日本の公訴時効が5年から15年となっていることが極度に短く、日本の損害賠償請求権の時効（除斥期間）20年も第8条2項に定める被害者の権利の保障を損なうものとの懸念を表明したが、第8条2項の文言を見る限り、日本政府代表が指摘したとおり、上記の刑事の公訴時効期間中救済措置を受ける権利を保障するという義務は果していると思われる。CEDが、日本の強制失踪に対する公訴時効（5年から15年）が「極度に短すぎる」から公訴時効期間中救済措置を受ける権利を保障するだけでは不十分だと指摘したいのか、刑事事件の公訴時効は「犯罪行為が終わった時から進行する」のに対して、除斥期間は不法行為発生時から起算されることから矛盾が生じると考えているのか、その意図が必ずしも判然としないだけでなく、公訴時効及び民事賠償請求権の時効の期間がどの程度だと妥当と考えているのかも明らかではない。公訴時効の長期間という要件をCEDとしてはどう考えるかを締約国の実行等も踏まえて順次一般的意見にまとめることが必要だと思われる。

またイルスタ事件見解が示したように、CEDは、1週間を越える失踪であっても3要素が充足されれば強制失踪に該当するという解釈をとった。そうだとすれば、このような事件の関与者を強制失踪罪で訴追する場合に、責任者の範囲、上官責任の適用、刑罰の重さ（下限と上限）と減軽・加重の情状、訴訟期限（公訴時効）等をどう考えるかについても整理する必要がある。強制失踪概念の解釈を人権保護の観点から拡大していく場合、それに伴って強制失踪罪の適用範囲も拡大していくことになるが、その際に、不処罰を許さないという観点で厳格に設定されている上記のような規定を、どこまで厳格に適用できるのかも念頭に置いておく必要があるように思われる。

しかし、より根本的な問題は、強制失踪犯罪の国内犯罪化をめぐるアプローチの仕方の違い自体にある。日本政府とCEDは、強制失踪行為が極度の重大性をもった犯罪であり、それを防止し、不処罰を許容しないために、強制失踪条約の締約国は、強制失踪行為を国内刑事法上の犯罪とし、この行為に強制失踪行為の極度の重大性を考慮した適切な刑罰を科し、さらに条約に定める刑事管轄権を行使して、強制失踪の行為者を訴追・処罰する義務を負っている、とする点では、認識は一致している。また、少なくとも強制失踪条約が定義する「強制失踪」が、自由のはく奪、国家機関のなんらかの形態の関与、及び、自由のはく奪行為を認めず又は失踪者の消息等を隠蔽する行為を伴うという3要素を構成要素とする行為であると認識する点でも、認識は一致していると思われる¹³⁷⁾。しかし、強制失踪行為の国内犯罪化の意味及びその方法については、相当異なる立場に立っている。

すなわち、日本政府から見れば、単一で自律的な「強制失踪罪」がなくても、「強制失踪」に該当する行為が逮捕・監禁罪、略取、誘拐及び人身売買罪、あるいは、特別公務員職権濫用

罪、証拠隠滅等の罪などの個別犯罪又はその組み合わせによりカバーされ、また実行者以外の参加者については共犯・教唆等の規定によって漏れなく訴追・処罰できるならば、条約第4条の義務は履行されたことになり、また刑罰を加重・減軽する情状に関する規定によって刑罰の厳格性が担保されるから第7条の義務も履行される、ということになる。実際、国連テロ防止関連諸条約その他の国際犯罪条約においても、国内犯罪化義務の履行にあたって日本政府は、刑法第二編の罪を適用することによって条約に定める犯罪の国内法上の処罰を担保してきたし、このことは日本に限ったことではないといえる。

これに対して、CEDは、条約第2条に定義した「強制失踪」が、ナチスドイツやラテンアメリカ軍事独裁政権によって意識的に使用されてきた極度に重大な犯罪であって、私人が個人的又は組織的に行う逮捕・監禁、略取、誘拐、あるいは、特別公務員職権濫用とは質の異なる、複合的・継続的ではあるが単一の自律的な「強制失踪罪」として国内法に編入されなければならない、と考えてきた。さもなければ、極度に重大な犯罪でありながら、適用罪名、責任者の範囲、上官責任の義務づけ、刑罰の重さ（下限と上限）と減軽・加重の情状、訴訟期限（公訴時効）、刑事管轄権の設定などに国内でも統一性が保てず、まして締約国ごとに対応が異なるという不統一を許すことになり、不処罰を許容しないという条約の基本目的を維持できないという考え方が根底にある。

このような立場の違いは日本とCEDだけでなく、程度の差こそあれ、国家報告を終えた少なくない締約国とCEDとのスタンスの相違でもある。それは、CEDだけの問題ではなくCATでも経験されている問題である。そこで最後に、重大な人権侵害の国内犯罪化を義務づける条項の国内実施状況をモニタリングする際の、若干の課題にふれて本稿の結びとしたいと思う。

四 むすびにかえて

強制失踪条約の前文が述べるように、同条約の趣旨及び目的の一つは、「強制失踪が極度の重大性を有するものであって、それが犯罪を構成し、及び国際法に定める特定の場合には人道に対する犯罪を構成することを認識し、強制失踪を防止すること及び強制失踪犯罪について処罰を免れることがないように取り組む」ことであった。このため条約は、「強制失踪」の定義を置き、条約の定めるいくつかの原則を採り入れた国内犯罪化を締約国に義務づけた。既に起草過程で見たように、強制失踪条約は人権条約の系譜に属する条約であることから、人道に対する犯罪を構成する強制失踪を定義したICC規程第7条2項(i)とは異なる強制失踪の定義を選択した。それは、主に国家の関与する自由はく奪行為を対象を限定し、強制失踪をこの要素を含む3構成要素からなる人権侵害行為と定義することを特徴とし、特に強制失踪の認定を

困難にすると考えられた「長期間法律の保護の下から排除する意図をもって」の文言は意識的に「当該失踪者を法律の保護の外に置く」という文言に変更した。それとともに、極度の重大性を有する強制失踪行為を他の既存の犯罪とは区別して自律的な犯罪として、上官責任の設定、上官命令の抗弁の禁止、独自の減輕・加重事由、犯罪の継続的性質及び重大性と比例する出訴期限の設定、国際法に定める一定の強制失踪を人道に対する犯罪とすること等を要素とする強制失踪の国内犯罪化義務を設定した。条約起草過程が示すように、「当該失踪者を法律の保護の外に置く」という文言の解釈、強制失踪行為の自律的犯罪としての性格づけ等については、3要素説及び自律的犯罪説が多数派を形成しつつもなおこれとは異なる4要素説、独立罪設定に対する異論があり、強制失踪の定義及び国内犯罪化義務に関する条約規定の意味が必ずしも明瞭ではない部分が残されていたように思われる。

しかし、旧ユーゴスラビア及びルワンダをはじめ国際的国内的武力紛争における重大な強制失踪事件に関する各種報告書及び国際刑事裁判所の諸判決、ラテンアメリカ軍事政権時代の多数の強制失踪事件の報告書、米州人権委員会及び人権裁判所の決定並びにウルグアイ、アルゼンチン等で免責法や恩赦法等を見直し訴追を開始する法令を制定する動向、並びに、重大な人権侵害の不処罰を許容しないことを求める国連の諸文書などを背景として、CEDは、条約目的に適合的な解釈として強制失踪の定義としては3要素説に立った解釈を採用し（特にイラスト事件見解）、国内犯罪化義務については、上記の諸原則を最もよく反映できるアプローチの方法は強制失踪を自律的な単一の犯罪とする国内刑事法を制定する方法であるという立場から条約第2条の定義に従った自律的犯罪としての強制失踪罪の制定を勧告してきた。委員会の勧告を積極的に受け止めて、条約第2条に従った強制失踪犯罪を国内法化した又はその法案を準備又は審議し始めた国も既にいくつかでてきている。他方、既存の国内法上の犯罪及びその組み合わせによって固有の強制失踪罪ではないが、強制失踪行為やそれに参加する行為に対しては重い刑罰を適用できるとして既存の国内刑事法の枠組み内で対応する立場を維持する国もいくつか存在する。CEDとしては、不処罰との闘いを推進するためにこの問題で原則的な立場を譲ることはないと思われる。締約国としても、刑法改正に要する多大な労力と緊急性を考慮すると、引き続き現行法の運用を広げることで対応するという可能性が強い。したがって拷問等禁止条約の総括的所見が示すように、勧告の迅速な実施を求める原則的アプローチがずっと続くのはやむを得ないとしても、より具体的に現実の状況を踏まえて何が緊急に必要な措置かをレビューすることも重要なことと思われる。その一つの参考として、国際腐敗防止条約で既に始まり¹³⁸⁾、国際組織犯罪条約¹³⁹⁾でも導入されようとしているような国際犯罪条約のレビュー・メカニズムも一部参考になるように思われる。被審査国による自己評価、条約に定義する犯罪の国内法化について締約国の専門家の中から被審査国が指名する専門家による専門的評価報告の作成、特に専門的見地からなされる締約国のグッド・プラクティス及び課題の指摘などは、

これら手続や制度をそのまま適用することはできないとしても、参考にしうるものがあるようにも思われる。これまで国際犯罪条約の国内実施については、それをレビューする制度はなかったが、そうした制度が生まれ、活用され始めていることに留意する必要がある。前文にあるように、極度に重大な性格を有する強制失踪犯罪を有効に処罰するために具体的な措置としてなお何が必要なのかを具体的に明らかにしていくことが、拉致問題解決を目指す日本の立場としても重要なのではないかと思われる。

注

筆者は、2011年から2017年まで強制失踪委員会の委員を務めたが、本論文は、筆者個人の見解であって委員を務めていた時期のCEDの見解を表明するものではない。また委員会の作業は、国家報告の検討手続の一部のように公開で行われる部分を除けば、その多くが非公開の会合で進められている。国家報告の検討の結果委員会が採択する総括的所見も、審議過程は非公開であり、本論文でも委員会の見解や総括所見は、委員会としての結論についてのみふれる。

- 1) 国際テロ防止関連条約の基本パターンについては、小松一郎『実践国際法（第2版）』（2015年）、48-49頁参照。
- 2) 昭和62年法律第52号（昭和62年6月2日）。同年の人質行為防止条約の効力発生の日以降に日本国について効力を生じる条約並びにジュネーブ4条約に適用される。施行期日及び経過措置参照（ベーシック条約集2018年版906頁）。< http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_housei.nsf/html/houritsu/10819870602052.htm >
- 3) 例えば、*Application of the International Convention for the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Request for the Indication of Provisional Measures, Order of 19 April 2017, ICJ Reports 2017, p. 104 et seq.*
- 4) たとえば、国連麻薬条約の注釈書に対する前書きの中でコフィー・アナン国連事務局長は、いずれの条約締約国も最終的な解釈権をもつが、経済社会理事会の要請で作成された同注釈書は、条約内容と目的に関する相互の理解を促進する上で有益だと述べていた。UN, *Commentary on the United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychological Substances 1988*, 2001, preface.
- 5) 例えば、国際組織犯罪条約の実施制度については、Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Resolution 9/1. Establishment of the Mechanism for the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto. Available at < <http://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/review-mechanism-untoc.html> >
- 6) *Report of the International Law Commission (hereinafter referred to as ILC Report) (2017)*, A/72/10, pp. 11-12, article 3, paragraphs 1, 2 (i) and 4.
- 7) *Ibid.*, pp. 44-45, paras. (40)-(41).
- 8) Tullio Scovazzi and Gabriella Citroni, *The Struggle against Enforced Disappearance and the*

2007 United Nations Convention, (Martinus Nijhoff Publishers, 2007), pp. 278-282.

- 9) 拙稿「強制失踪条約における非国家主体の人権侵害行為と締約国の責任」坂元茂樹・薬師寺公夫編『普遍的国際社会への法の挑戦』（信山社，2013年）497頁以下参照。
- 10) Tullio Scovazzi and Gabriella Citroni, *supra* note 8, pp. 271-272.
- 11) *Report of the WGEID for 1995*, E/CN.4.1996/38, paras. 54-55.
- 12) *Report of the sessional WG on the administration of justice*, 1998, E/CN.4/Sub.2/1998/19, p. 22, article 1.
- 13) *Report of the preparatory committee on the establishment of an ICC*, UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an ICC, A/CONF.183/2/Add.1 (14 April 1998), p. 27, paragraph 2, (e).
- 14) Tullio Scovazzi and Gabriella Citroni, *supra* note 8, pp. 273-274; *Report of the committee of the whole*, UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an ICC, A/CONF.183/8 (17 July 1998), p. 96, article 7, paragraph 2 (i).
- 15) Tullio Scovazzi and Gabriella Citroni, *supra* note 8, pp. 274-275; *Report of the preparatory commission for the ICC*, PCNICC/2000/1/Add.2, pp. 15-16, article 7.
- 16) Tullio Scovazzi and Gabriella Citroni, *supra* note 8, p. 276.
- 17) *Report submitted by Mr. M. Nowak*, E/CN.4/2002/71 (8 January 2002), paras. 69 and 74.
- 18) *Report of the intersessional open-ended working group*, E/CN.4/2003/71 (12 February 2003), paras. 33-36 and 40-41.
- 19) *Report of the intersessional open-ended working group*, E/CN.4/2004/59 (23 February 2004), paras. 16-18.
- 20) *Ibid.*, paras. 22-23.
- 21) *Ibid.*, paras. 24-26.
- 22) *Report of the intersessional open-ended working group*, E/CN.4/2005/66 (10 March 2005), paras. 18-21. See also E/CN.4/WG.22/WP.2 (2004), article 1.
- 23) *Ibid.*, para. 23.
- 24) *Ibid.*, paras. 24-25.
- 25) E/CN.4/2006/57 (2 February 2006), paras. 91-92 and 93-94.
- 26) *Ibid.*, Annex II, general statements, USA and India. 米国は、人権理事会でも「失踪者を法律の保護の外に置く特別の意図」を必要とするという立場を強調した。A/HRC/1/G/1 (27 June 2006), Annex.
- 27) GA/SHC/3872 (13 November 2006), U. K. and, Japan.
- 28) *Ibid.*, paras. 93 and 96.
- 29) Tullio Scovazzi and Gabriella Citroni, *supra* note 8, p. 282.
- 30) *Ibid.*, pp. 286-290.
- 31) E/CN.4/Sub.2/1998/19, p. 23, article 3, p. 24, article 5 (1) and p. 28, article 16 (1).
- 32) E/CN.4/2004/59 (23 February 2004), paras. 42-48.
- 33) E/CN.4/2005/66 (10 March 2005), paras. 6-38; E/CN.4/2006/57 (2 February 2006), paras. 104-107.
- 34) *Ibid.*, para. 106.
- 35) *Estela D. Yrusta and Alejandra del V. Yrusta v. Argentina* (No.1/2013), Views of 11 March

- 2016, CED/C/10/D/1/2013, paras. 2.1-2.5 & 3.1.
- 36) *Ibid.*, para. 10.1.
- 37) *Ibid.*, para. 5.5.
- 38) *Ibid.*, para. 10.2.
- 39) *Ibid.*, paras. 10.2-10.4
- 40) See *ibid.*, paras. 10.5-10.9 and 12.
- 41) Sarah Joseph and Melissa Castan, *The International Convention on Civil and Political Rights*, 3rd ed. (Oxford University Press, 2013), pp. 282-283, [9.142-9.144].
- 42) *Report submitted by Mr. M. Nowak, supra* note 17, para. 81.
- 43) *Ibid.*, paras. 81-82; WGEID, *Annual Report for 2005*, E/CN.4/2006/56 (27 December 2005), para. 48.
- 44) なお、拷問等禁止条約に関するものであるが、拙稿「拷問等禁止条約における容疑者所在地国の義務に関する覚書」柳井俊二・村瀬信也編『国際法の実践』（信山社、2015年）、371頁以下参照。
- 45) E/CN.4/Sub.2/1998/19, p. 24, article 3.
- 46) *Ibid.*, p. 22, article 2, paragraph 1.
- 47) E/CN.4/2003/71 (12 February 2003), paras. 37-38.
- 48) E/CN.4/2004/59 (23 February 2004), para. 49.
- 49) *Ibid.*, para. 50.
- 50) *Ibid.*, para. 52.
- 51) E/CN.4/2005/66 (10 March 2005), para. 28.
- 52) E/CN.4/2006/57 (2 February 2006), paras. 100-103.
- 53) E/CN.4/Sub.2/1998/19, p. 24, article 3, paragraph 3.
- 54) E/CN.4/2004/59 (23 February 2004), paras. 55-56.
- 55) E/CN.4/2005/66 (10 March 2005), paras. 42-43.
- 56) *ILC Report (2017), supra* note 6, p. 13, article 6 (3); see commentary on article 6, *ibid.*, pp. 65-67, paras. (16)-(22).
- 57) E/CN.4/Sub.2/1998/19, p. 25, article 9 (1); E/CN.4/2005/WG.22/WP.1, article 6 (2)
- 58) E/CN.4/2005/66 (10 March 2005), para. 44; E/CN.4/2006/57 (2 February 2006), para. 109 and Annex, USA.
- 59) *Ibid.*, p. 60, article 6 (7); see commentary on article 6, *ibid.*, pp. 65-67, paras. (37)-(40).
- 60) E/CN.4/Sub.2/1998/19, p. 24, article 5 (1).
- 61) *Ibid.*, p. 24, article 5 (2); E/CN.4/2003/71 (12 February 2003), para. 55.
- 62) See E/CN.4/2004/WG.22/WP.2/Rev.1, article 4 (2); E/CN.4/2005/WG.22/WP.1, article 7 (2); E/CN.4/2004/59 (23 February 2004), paras. 59-61; E/CN.4/2005/66 (10 March 2005), article 4; E/CN.4/2006/57 (2 February 2006), paras. 111-112.
- 63) *ILC Report (2017), supra* note 6, pp. 70-71, commentary on article 6, paras. (35)-(36).
- 64) A/RES/47/133 (1992), article 17; E/CN.4/Sub.2/1998/19, p. 28, article 16.
- 65) E/CN.4/2004/59 (23 February 2004), paras. 64.
- 66) See E/CN.4/2004/WG.22/WP.2/Rev.1, article 5 (1); E/CN.4/2005/WG.22/WP.1, article 8 (1); E/CN.4/2004/59 (23 February 2004), paras. 65-67; E/CN.4/2005/66 (10 March 2005),

- paras. 45-47; E/CN.4/2006/57 (2 February 2006), para. 113.
- 67) E/CN.4/2005/66 (10 March 2005), para. 46.
- 68) *Ibid.*, para. 48. See also E/CN.4/2006/57 (2 February 2006), paras. 70-71.
- 69) *Ibid.*, para. 49. なお2006年報告書のカナダ及びキューバ代表の意見 (E/CN.4/2006/57 (2 February 2006), paras. 115-116.) も参照。
- 70) *ILC Report (2017)*, *supra* note 6, p. 13 and p. 70, commentary on article 6, paras. (33)-(34).
- 71) E/CN.4/Sub.2/1998/19, p. 24, articles 10 (2), (3) and 17; E/CN.4/2003/71 (12 February 2003), para. 56; E/CN.4/2005/66 (10 March 2005), para. 44.
- 72) 強制失踪委員会 (CED) の第12会期までの作業の概要は、とりあえず以下のものを参照。拙稿「強制失踪委員会の活動の現況」国際人権第27号, 71-76頁, 同「強制失踪委員会の活動の現況 —— 第10会期から第12会期まで」国際人権第29号, 79-83頁。
- 73) See e.g. CED/C/PRT/CO/1, 15 November 2015, para. 8. See also CED/C/TUN/CO/1, 15 March 2016, paras. 14-15; CED/C/IRQ/CO/1, 16 September 2015, paras. 13-14; CED/C/CUB/CO/1, 14 March 2017, para. 11.
- 74) CED/C/BIH/CO/1, 12 October 2016, paras. 13-14.
- 75) CED/C/FRA/CO/1, 19 April 2013, paras. 12-13.
- 76) CED/C/DEU/CO/1, 27 March 2014, para. 7; CED/C/ESP/CO/1, 13 November 2013, para. 9. CED/C/KAZ/CO/1, 16 March 2016, para. 11; CED/C/GAB/CO/1, 13 September 2017, para. 12.
- 77) CED/C/PRT/CO/1, para. 14.
- 78) CED/C/ALB/CO/1, 31 May 2018, para. 12.
- 79) CED/C/LTU/CO/1, 12 September 2017, paras. 11-12.
- 80) CED/C/URY/CO/1, 19 April 2013, paras. 11-12. アルゼンチンも強制失踪罪を導入する法改正が進行中だったので CED は、特に第2条に従った刑法改正が進むよう勧告した。CED/C/ARG/CO/R.1, 13 November 2013, para. 13.
- 81) CED/C/NLD/CO/1, 26 November 2014, paras. 16-17.
- 82) CED/C/PRT/CO/1, para. 14. See also CED/C/AUT/CO/1, 31 May 2018, paras. 12-13.
- 83) 例えば、メキシコ (CED/C/MEX/CO/1, paras. 19-20, 11 February 2015)。次も参照。CED/C/DEU/CO/1, para. 8.
- 84) CED/C/FRA/CO/1, paras. 14-15.
- 85) CED/C/PRT/CO/1, para. 12. See also CED/C/SEN/CO/1, 15 March 2017, paras. 17-18.
- 86) CED/C/FRA/CO/1, paras. 16-17.
- 87) CED/C/MEX/CO/1, paras. 21-22.
- 88) CED/C/COL/CO/1, 12 October 2016; CED/C/CUB/CO/1, para. 13. See also CED/C/HND/CO/1, 31 May 2018, paras. 16-17; CED/C/SEN/CO/1, paras. 19-20.
- 89) CED/C/PRT/CO/1, 15 November 2015, para. 16
- 90) CED/C/ALB/CO/1, paras. 18-19.
- 91) 例えば、CED/C/PRT/CO/1, para. 17.
- 92) CED/C/FRA/CO/1, paras. 18-19.
- 93) CED/C/DEU/CO/1, para. 9.
- 94) See CED/C/BIH/CO/1, paras. 15-16; CED/C/LTU/CO/1, paras. 15-16; CED/C/ALB/CO/1, paras. 20-21.

強制失踪条約における「強制失踪」の定義とその国内犯罪化義務（薬師寺）

- 95) CED/C/FRA/CO/1, paras. 20-21.
- 96) CED/C/ALB/CO/1, paras. 22-23.
- 97) CED/C/PRT/CO/1, para. 18.
- 98) CED/C/DEU/CO/1, para. 9; CED/C/MEX/CO/1, paras. 20; CED/C/PRT/CO/1, 15, para. 15; CED/C/AUT/CO/1, paras. 14-15; CED/C/CUB/CO/1, paras. 15-16; CED/C/TUN/CO/1, paras. 18-19. CED/C/ESP/CO/1, paras. 11-12; CED/C/KAZ/CO/1, paras. 13-14.
- 99) See CED/C/13/4, (2017), para. 1.
- 100) ベルギーは、一般の自由はく奪の犯罪とは別に刑法第 147 条、第 155 条から第 157 条に公務員による不法な又は恣意的な拘禁、その継続、拘禁の不報告及び拘禁を隠蔽する公務員の活動を個別に禁止する「別個の犯罪」を有しているという立場をとるが、条約第 2 条の定義に適合する刑法改正を行う計画を国家報告審査手続で表明していた。CED/C/BEL/CO/1/Add.1 (2016), paras. 10-14.
- 101) CED/C/11/2 (2016), p. 5.
- 102) CED/C/ARM/CO/1/Add.1 (2016), para. 1 and CED/C/11/2 (2016), p. 9.
- 103) CED/C/TUN/CO/1/Add.1 (2017), paras. 1-8.
- 104) CED/C/13/4 (2017), pp. 12-13.
- 105) CED/C/IRQ/CO/1/Add.1 (2017), paras. 3-5; CED/C/13/4 (2017), pp. 2-3.
- 106) Serbia: CED/C/SRB/CO/1/Add.1 (2016), para. 2; CED/C/11/2 (2016), p. 15, Kazakhstan: CED/C/KAZ/CO/1/Add.1 (2017), para. 10; CED/C/13/4 (2017), p. 10, Burkina Faso: CED/C/BFA/CO/1/Add.1 (2017), paras. 2-4; CED/C/13/4 (2017), p. 9.
- 107) CED/C/MNE/CO/1/Add.1 (2017), paras. 1-5; CED/C/13/4 (2017), p. 6.
- 108) CED/C/JPN/CO/1, 14 November 2018, paras. 23-24. 日本政府のファクトシートと岡村代表の書簡は以下に掲載。< <https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000424975.pdf> > < <https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000424973.pdf> > 質問票にも取り上げられていない問題について、建設的対話の中で取り上げ、総括的所見の懸念事項及び勧告で取り上げる場合には、問題の根拠となる事実について疎明できる資料を示して、議論を行うことが建設的対話の基本条件だと思われる。
- 109) CED/C/JPN/CO/1, paras. 14 and 48. その仮訳は外務省 HP 参照。< <https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000445437.pdf> >
- 110) 例えば最近の、ノルウェーの第 8 回報告書、オランダの第 7 回報告書、チリ及びロシアの第 6 回報告書の総括所見を参照。CAT/C/NOR/CO/8, 15 May 2018, paras. 7-8; CAT/C/NLD/CO/7, 3 and 5 December 2018, paras. 7-8; CAT/C/CHL/CO/6, 9 August 2018, paras. 10-11; CAT/C/RUS/CO/6, 8 August 2018, paras. 8-9.
- 111) CAT/C/JPN/CO/1, 7 August 2007, para. 10. その仮訳は外務省 HP 参照。 <https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/gomon/pdfs/kenkai.pdf>; CAT C/JPN/CO/2, 29 May 2013, para. 7. その仮訳は外務省 HP 参照。< <https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000020880.pdf> >
- 112) CED/C/JPN/CO/1, 14 November 2018, paras. 21-22. その仮訳は外務省 HP 参照。< <https://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000445437.pdf> >
- 113) Fact-sheet: Position of the Government of Japan (GOJ) with regard to the concluding observations by the Committee on Enforced Disappearance (CED) on the report submitted by Japan under article 29 (1) of the Convention. Available at < <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CED/Pages/CEDIndex.aspx> >.

- 114) CED/C/SR.257 (5 November 2018), para. 12.
- 115) *Ibid.*, para. 36.
- 116) *Ibid.*, para. 29 and CED/C/SR. 258 (6 November 2018), para. 4.
- 117) 拙稿「拷問等禁止条約における容疑者所在地国の義務に関する覚書」前掲注 44, 392-396 頁参照。
- 118) CED/C/JPN/1 (2016), paras. 17 and 21 ; CED/C/JPN/Q/1/Add.1 (2018), paras. 13-14. なお外務省のサイトでこれらの文書に対応する仮訳を閲覧することができる。< <https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaik/shissou/index.html> >. 質問票に対する回答の別添 2「強制失踪にあたり得る各犯罪の法定刑の下限及び上限」が一目でわかりやすい。
- 119) CED/C/JPN/Q/1/Add.1 (2018), paras. 12 and 23-24; CED/C/JPN/1 (2016), para. 17; CED/C/JPN/Q/1/Add.1 (2018), para. 12.
- 120) CED/C/SR. 257, para. 21
- 121) *Ibid.*, para. 45.
- 122) *Ibid.*, para. 23.
- 123) CED/C/JPN/CO/1, para. 13.
- 124) CED/C/SR. 257, paras. 6, 40 and 43.
- 125) CED/C/JPN/CO/1, para. 13.
- 126) CED/C/JPN/CO/1, paras. 15-16; CED/C/SR. 257, para. 7.
- 127) CED/C/JPN/1, para. 23 and CED/C/JPN/Q/1/Add.1, para. 27. なお、上官責任の法的性質と日本の法律の対応について論じたものとして以下を参照。横濱和弥「国際刑法における『上官責任』に関する一考察 —— 日本刑法上の諸概念との対比を中心に ——」法学政治学論究第 92 号 (2012 年 3 月) 365-397 頁。なお次の論文も参照。後藤啓介「国際刑法における正犯と上官責任の適用上の関係について —— 2016 年 3 月 21 日の国際刑事裁判所第一審裁判部第三法廷ベンバ事件判決を契機として ——」法学研究 90 巻 7 号 (2017 年 7 月), 29-75 頁。横濱和弥「国際刑法における上官責任の処罰対象としての不作為 —— 国際刑事裁判所規程 28 条を中心に ——」法学政治学論究第 113 号 (2017 年 6 月), 1-34 頁, 同「国際刑法上の上官責任における『実務的管理』要件の内実と意義」法学政治学論究第 117 号 (2018 年 6 月号) 69-104 頁。
- 128) CED/C/JPN/CO/1, para. 17-18.
- 129) CED/C/JPN/Q/1/Add.1, paras. 28-33; CED/C/SR. 257, paras. 24-25.
- 130) CED/C/JPN/CO/1, paras. 17-18.
- 131) CED/C/JPN/Q/1/Add.1, paras. 15-19; CED/C/SR. 257, para. 26.
- 132) CED/C/JPN/CO/1, paras. 15-16.
- 133) CED/C/JPN/1, paras. 25-28 and CED/C/JPN/Q/1/Add.1, paras. 34-39. なお回答書では、被害者による告発の期限、行政処分取消し等に関する行政訴訟の出訴期間についても言及している。詳細は、回答書の別添 5, 別添 6 参照。
- 134) CED/C/SR. 257, paras. 26 and 28.
- 135) CED/C/JPN/CO/1, paras. 19-20.
- 136) 横濱和弥「国際刑法における『上官責任』に関する一考察 —— 日本刑法上の諸概念との対比を中心に ——」前掲注 127, 306 頁。
- 137) 条約の起草過程では日本は、4 要素説を支持する立場であり、また ICC 規程の当事国ではあるが、強制失踪条約の国家報告手続では特に 4 要素説に固執することなく、CED の 3 要素説を前

強制失踪条約における「強制失踪」の定義とその国内犯罪化義務（薬師寺）

提に手続に参加している、と思われる。

- 138) 国連腐敗防止条約の詳細については次のサイトから情報を得ることができる。< <https://www.unodc.org/indoc/en/corruption/implementation-review-mechanism.html> >. 同メカニズムは、締約国会議の下に置かれ、締約国のベスト・プラクティスや課題を共有することによってより効果的な条約実施をはかろうとするためのピア・レビュー・メカニズムであるが、156カ国を対象とした条約第3章（国内犯罪化及び法執行）及び第4章（国際協力）に関する第一サイクルのレビューの結果が発表されている。UN Office on Drugs and Crime, *State of Implementation of the United Nations Convention Against Corruption- Criminalization, law enforcement and international cooperation* (second edition), 2017.
- 139) 構想されているメカニズムについては、次の資料を参照。Conference of the Parties to the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, Establishment of the Mechanism for the Review of the Implementation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto, CTOC/COP/2018/L.4/Rev.1.