

事後亡命と不法滞在

久保敦彦

- I はじめに
 - II 人権の国際的保護と政治犯・政治亡命者
——庇護制度の特殊性——
 - III 政治犯罪および政治亡命の概念
——関係国の法益の観点から——
 - IV 政治犯・政治亡命者の欠格事由
——本人の人権と他の保護法益間の秤量——
 - V 不法滞在に基づく事後亡命
——不法滞在者の人権と他の保護法益間の秤量——
 - VI おわりに
- I はじめに

人権問題は、最近では国際政治上の争点の一つともされて注目を浴びることとなったが、国際法の分野でも近年極めて盛んに取上げられてきたテーマである。特にわが国においては、一九七〇年代に入って一段と多くの研究が発表

されるようになったといえよう。一つのテーマが考察対象として多数の研究者の注目をひくについては、純粋な学問的関心・動機の他いくつかの事由がその理由となり、背景となっている場合が多いのであるが、人権の国際的保護、特に政治犯、政治亡命者の問題が近年の一大論点となったのは、次のような条件が与えられていたためであると考えられる。

- 一 第二次大戦後現在に至るまでの人権保護に関する国際的宣言、国際条約の定着化と分野拡大。
- 二 日本における純国内的人権保証の充実化。
- 三 日本周辺の国際環境を背景とした外国人の出入国、在留に関する特殊問題の発生。

これらのうち、政治犯、政治亡命者の処遇に直結するのは、いうまでもなく第三の事情であるが、外国人が政治的理由を援用して日本に保護——入国および在留許可——を求めると自体は何も格別新しい現象ではない。⁽¹⁾ それにも拘わらずこの種の問題が特に近年一般世論の注目を浴び、学界の関心を集めることとなったのは、出入国管理に関する特定の具体的事件が裁判に付され、その中で政治犯不引渡原則、不送還原則⁽²⁾の法原則としての確立⁽³⁾が争われたためであり、更には、現行出入国管理令に代るべき新法としての出入国管理法案が国会提出の運びとなり、その中で政治亡命を希望する者に対する庇護の問題をどう取扱うかが議論されるに至ったからである。前者の例として挙げられるのは一九六二年の提訴から一九七六年の最高裁判所の判決に至るまで一五年を費して争われた尹秀吉事件⁽³⁾であり、また一九六七年の事件発生から一九七一年の東京高裁判決まで裁判所に係属した柳文卿事件⁽⁴⁾である。これらの事件に際して、裁判所は正面から政治犯不引渡原則が一般国際法原則として成立しているか否かの問題と取り組み、実際にこの問題についての判断如何が判決内容を左右する結果となったのは、記憶にも新しいところであろう。立法

面では、一九六九年の出入国管理法草案⁽⁵⁾の国会提出以後、同草案が亡命希望者に対して現行の出入国管理令にもみられる法務大臣の特別在留許可による以外には格別の便宜を与えていない点を批判する諸論文が発表され、議論を呼んだ。そして、このように亡命希望者に対する庇護供与の保証が十分に法制化されそうにないことを遺憾とする立場からは、民間有志による「政治亡命者保護法案」⁽⁷⁾が発表されている。この法案は、その第二条で庇護の対象となるべき政治亡命者を定義し、併せて特定の欠格事由を定めている。

さて、右の裁判例では、尹事件、柳事件いずれの場合も第一審の東京地方裁判所では一般国際法上の政治犯不引渡・不送還原則の存立が認定されて両氏に対する退去強制措置が違法と判示され、第二審では同原則の存立が否定されて一審判決が覆されたのであった。そして、尹事件についての最高裁判決では第二審判決が支持され、同原則は一般国際法上の原則としては成立していないという判例が残された。ところで、国際法上その存否が争われた政治犯不引渡原則・不送還原則とは、その最も本来的な形においては滞在国に合法的に在留する外国人をこの者につき政治的事由による訴追を行なおうとする国に引渡し、あるいは送還することを禁止しようとするものであるが、右の尹氏の場合は密入国者、柳氏の場合は査証の有効期限の切れた無資格在留者であった。それ故にこそ両氏については退去令が出され、事件の発端となったのである。

このように、両氏についてはいずれも退去令を受けた時点では日本での滞在そのものが違法であったという事情が存したのであるが、裁判所の判決では、政治犯不引渡・不送還原則との関連でこの点を指摘し、違法滞在が同原則の適用を妨げる事由とならないか否か、つまり、違法滞在が不引渡・不送還の対象となるべき政治犯の欠格事由とならないか否かを検討した議論はみられなかった。第二審以降においては、両事件の場合とも不引渡・不送還原則そのものの存立を否定する立場がとられたのであるから、右の点の検討は学問的見地からは兎も角、訴訟上からは不要で

あつたといわざるを得ない⁽⁸⁾。しかし、第一審のように同原則の存立を肯定した場合には、この原則が両氏の場合のよ
うな違法滞在者についてもなおかつ適用されるかどうかを第二段階の問題として詳論する必要があつたのではあるま
いか。違法滞在が上記のような欠格事由を構成するか否かは、もとより直ちに決し得る問題ではないが、両事件のよ
うなケースにあつては、退去令を違法とするか合法とするかいずれの結論を出すにせよ、政治犯不引渡・不送還原則
を肯定した場合には次の段階で検討しておかなければならない問題であると思われる。

両事件をも背景として、政治犯、政治亡命者の問題を取り上げた論稿が輩出していることは前にも述べた通りであ
るが、違法滞在のケースに論考を加えたものは何故か少ない。ただし、尹事件の判決についての論評の中に、右の第
二段階の検討を不要とした場合に生じ得べき社会的問題、社会的不公正を指摘したものは見受けられる⁽⁹⁾。そこで本
稿では、この指摘を踏まえ、両事件の場合のような違法滞在が政治犯不引渡・不送還原則の適用を阻害する事由とな
り得るか否か、仮になり得るとすればそれはいかなる態様においてであるかを考えてみることにしたい。右の原則
は、いうまでもなく領土的庇護の一郭を構成するものであるが、「政治亡命者保護法案」の例にもみられるように將
来個人の庇護請求権の法制化をより具体的に考える情況に立ち至つた場合には、庇護請求権者の範囲を定める際にも
同様の検討が必要である。したがって、国内的立法論としての庇護制度の中で違法滞在をどう位置づけてゆくべきか
の問題も併せ検討することとする。

なお、右の検討が實際上必要となるのは、尹、柳両事件の判例も示す通り、政治犯不引渡が一般国際法上の原則と
認定される場合に限られるのであるが、本稿では、同原則の存立如何の議論に深く立入ることは差し控える。この問
題は、政治犯、政治亡命をめぐるすべての議論の原点ではあるが、これに立ち帰り、この点から説きおこすことは余
りに論述を遡及、拡大させ、本稿が目的とする本来の論点へ焦点を合わせる作業にかえつてマイナスの効果を生む恐

れがあるからであり、更には、同原則については既に極めて多数の文献が論考を行っており、同原則の存立を認定するもの、または確立すべきものとして主張するものも決して少なくない現在、原点に關しての判断を留保しながら一方の立場を前提とした上での細部の問題を論じるのも、十分意味のあることと考えるからである。

(1) 外国人が日本において政治亡命を希望した事例を紹介し、これに解説を加えた文献としては、明治、大正期の事例に關する瀨川善信「日本外交史における亡命問題」・國際法外交雜誌第七四卷第二号一頁以下、第二次大戰前から現在に至るまでのものを取扱った大畑篤四郎「政治亡命と日本」・國際問題第一七四号一六頁以下、第二次大戰後の事例に限定した本間浩「政治亡命の法理」五七頁以下があげられる。

(2) 政治犯不引渡原則と不送還原則との間には、対象の者が既に訴追対象となっているか否か（したがって本国側がその者を主權下に収めることに積極的関心をもっているか否か）の差異の他に、滞在国がその者の出国に積極的関心をもつか否かの差も認められるのであるが、この点については第五節で触れることとし、ここでは不送還原則を不引渡原則の一準用形態とみてこれに包摂されるものとしておく。

(3) 尹秀吉事件に關する各裁判所の判決については以下を参照。

東京地裁、一九六九年一月二五日判決、行政事件裁判例集二〇卷二八頁、判例タイムズ二三〇号八九頁

東京高裁、一九七二年四月一九日判決、判例タイムズ二七六号八九頁

最高裁、一九七六年一月二六日判決、法学セミナー二五二号一八頁

(4) 柳事件に關する各裁判所の判決については以下を参照。

東京地裁、一九六九年一月八日判決、判例時報五七三号二六頁

東京高裁、一九七一年三月三〇日判決、判例時報六二四号四頁

(5) 一九六九年第六一国会提出の出入国管理法案の条文は、法律時報四八〇号五八頁以下に所収。同法案は結局廃案となったが、二年後の一九七一年に若干の修正を加えた形で第六五国会に再提出された。この法案も審議未了、不成立に終り、その後改めて提出されない假現在に至っている。なお、一九七一年提出の法案は、ジュリスト四八三号五五頁以下に所収。

(6) 宮崎繁樹「國際人權の法理」・法律時報四八〇号二一頁、同「出入国管理法案の問題点」・四三年六月八一頁、川島慶雄「政治難民と出入国管理法案」・ジュリスト四八三号四四、四六頁。

(7) 法律時報四八〇号七〇—七二頁所収。

(8) ただし、尹事件に關する東京高裁判決は、判決理由の中で、大平善悟、小田滋、高野雄一三氏の鑑定および証言に基づいて尹氏を政治犯罪人として不引渡の原則を適用される政治犯罪人ではないと論断した後、同氏が不法入国者であり、わが国から何時強制退去させられるかわからない立場

にあったことを知っていたと思われると指摘している。この指摘は、判決理由の文脈上は補足的な付言としてなされた形になっており、指摘の事実から特定の法的結論を導き出しではない。しかし、当裁判において入管事務所側は、引渡請求の対象となっていない者を不法入国後の行為に原因する理由によって退去させることは政治犯罪人引渡の原則の適用される事案とは遠く離れるものであるとの主張を行っている。このことを考えれば、裁判所の右の指摘は入管事務所側の主張にほぼ同調する趣旨のものとも受け取られよう。判例タイムズ二七六号九一頁、九四頁参照。

(9) 波多野里望「政治犯罪人引渡の原則は確立された国際慣習法とはいえない」・ジュリスト五三五号二〇二頁、筒井若水「政治亡命」事件の提起した国際法問題」・ジュリスト六〇九号一一〇頁、久保敦彦「尹秀吉事件確定判決と政治犯罪人引渡原則・最高裁判決後に残された諸問題」・神奈川法学第一二巻第二・三号一一五―一六頁。

II 人権の国際的保護と政治犯・政治亡命者

――庇護制度の特殊性――

人権保護は、第二次大戦以降現在に至るまで一貫して国際社会の関心事となっている事柄の一つに数えられる。人権保護を国際的基盤の上で推進しようとする意識は、既に国際連合憲章が「人権及び基本的自由を尊重するよう助長奨励すること」を連合の目的の一つとして掲げたことから伺い知ることができる。しかも、この目的は単に人道上の配慮からのみ設定されたものではなく、国際連合の結成目的そのものである国際間の平和と安全の維持とも関連づけられている。憲章第一条の規定が示すように、国際的人権保護は、それ自体国際社会全体が指向するに価する目標であり、他の目標達成の手段としての地位に止まるものではないが、憲章の中では、国際間の平和と安全を可能ならしめるような国際環境を作るための不可欠の一要件としても新たに位置づけられたわけである。⁽¹⁾そして、「平和」が単に武力抗争、武力による威嚇の不存在ではなく、社会的正義の実現された状態を指向する積極的概念として一般に捉えられるようになった現在では、基本的人権、基本的自由の保証は国内社会、国際社会を問わず、「平和」と不可

分の要素として認識されているといえよう。

このような認識に基づいて、国際連合は一般的人権規定として一九四八年に「世界人権宣言」を発し、一九六六年にはこの宣言を受けて法的効力を持つべき文書として二種の「国際人権規約」——経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約、市民的及び政治的権利に関する国際規約——を採択している。市民的及び政治的権利に関する国際規約には更に選択議定書が付され、規約により設置される人権委員会に対する個人の中立権、同委員会の審議権および意見表明権が規定されて国際的機関による人権保護、侵害救済手続への道を拓いている。また、地域的協定ではあるがその地域外からも注目されているものとして一九五〇年の「ヨーロッパ人権協定」がある。保護対象たる諸権利を規定する他、人権委員会、人権裁判所を設置して個別の事件に関して個人の請願を認め、実際にも効果的に機能していることはよく知られている⁽²⁾。

さて、これらの一般的人権保護協定の中で政治犯、政治亡命者の処遇に言及しているのは、法的拘束力をもたない文書である世界人権宣言のみである。同宣言第一四一条一項が「すべて人は、迫害からの避難を他国に求め、かつこれを他国で享有する権利を有する」としているのがそれである⁽³⁾。ここにいう迫害は、必ずしも政治的訴追、政治的迫害に限定されていないが、同条第二項が第一項を受けて「この権利は、非政治犯罪又は国際連合の目的及び原則に反する行為をもつばら原因とする訴追の場合には、採用することはできない」と規定することを考えれば、第一項のいう迫害にも特に政治的理由に基づくそれが意識されていることは明らかであろう。

これに対して、国際人権規約には世界人権宣言第一四一条の規定を受ける条項はなく、ヨーロッパ人権協定にも政治犯、政治亡命者に関する規定は置かれていない。この事実を、それだけに着目すれば、政治犯や政治亡命者にかかわる不引渡制度、庇護制度が個人の国際法上の権利としては成熟していないことのあらわれであると受け取られかねない

いが、それだけでこのような結論を下すことはもとより速断にすぎよう。これら一般的人権協定とは別に、政治犯、政治亡命者の特殊問題を扱った個別の多国間協定が締結され、また審議段階にあるからである。ただ、これらの者の処遇に関する問題が法的拘束力をもつ一般的人権協定の枠からは外され、特別協定に委ねられたことは、不引渡を要求する権利および庇護を請求する権利が他の基本的人権、基本的自由との比較においては二次的な権利であるという性格上の相違をもち、かつ権利としてはより不確定なものであることを示唆しているといえよう。

政治犯または政治亡命者の問題に関連する第二次大戦後の特別協定としては、一九五一年の「難民の地位に関する条約」、およびこれの適用を拡大するため一九六六年に採択された「難民の地位に関する議定書」がまず想起される。そして一九六七年には「領土的庇護に関する宣言」⁽⁴⁾が採択され、現在では「領土的庇護に関する条約」の草案が作成され、外交会議での検討が行われる段階へと進んできている。⁽⁵⁾これら亡命者の地位保全に関する協定、宣言の成立は、この問題についての国際的関心の昂揚を示すものには違いないが、この意識の高まりが個人の国際的権利(亡命請求権)の確立へと連っているかというところはいえない。いずれの文書共、規定している権利は本質的には国家の庇護供与権の域を出るものではない。領土的庇護宣言においてさえも、世界人権宣言第一四条の尊重に条文中で言及しながら庇護供与が国家の主権的権利であることを明確化したに止まり(同宣言第一条)、領土的庇護条約の草案をめぐる論議においても、個人の権利確立を目指す主張は容れられず、国家側からの権利を基本的立場とし、国家の責務としては庇護供与への単なる努力義務を定めるにすぎない条文案が採用される結果となっている。⁽⁶⁾このように、庇護供与が国家の権利であるに止まり、個人の請求権として確立するには至っていないとすれば、個人は国家による主権的権利行使の対象者、もしくは協定上国家の庇護義務(「努力義務」にすぎないにせよ)が定められている場合であっても

国家の義務履行の反射的受益者となるのみであるといわなければならない。更に、庇護が国家の権利であるとすれば、庇護供与のための諸要件も——どのような者に庇護を供与するかという積極的要件、どのような者には庇護供与を拒否するかという消極的要件の双方を含めて——当然庇護国に帰属することならざるを得ない。

また、地域的協定、宣言をみても、第二次大戦前からこの分野で長い伝統をもつ米州機構諸国による一九五四年の「領土的庇護に関する条約」(カラカス条約)、アジア・アフリカ法律諮問委員会が一九六六年に採択した「亡命者の待遇に関する原則」は、いずれも庇護を国家の権利として定めており、前記の世界的協定を越える規定内容は盛り込まれていない。⁽⁷⁾

右に瞥見した通り、政治亡命希望者に対する庇護制度は、これを個人の庇護請求権の角度からみる限り、未だ国際法上確立しているとはいえない。ただし、このことは、国際法上の権利義務とは無関係に各国家がそれぞれの国内法で亡命希望者に庇護請求権を付与するのを妨げるものではない。実際にも、憲法その他の国内法規定で個人の亡命権を認める国は、西欧、東欧、中南米、アジアに多数その例がみられる。⁽⁸⁾

このように、国内立法ではかなりの数にのぼる諸国が個人の側からの権利を認める規定を設けているにもかかわらず同趣旨の国際条約作りのみならず国際宣言作りまでもが実現され得ないところに、庇護制度が各国家の国益との関連で極めてセンシティブな問題であることが示されている。即ち、一般の基本的人權、基本的自由の保証は、これを国際的合意によって規定した場合であっても保証対象たる権利、自由の具体的行使は各国の国内社会で行われるものであり、直接個人の国境を越えての行動にかかわるものではない。したがって人權関係の国際的合意を作成するに際して——これをなんらかの形で国際政治上の利益追求の道具として活用しようとする場合は別として——関係国間の利害を法的な問題として配慮する必要は生じない。国際的人權保証の水準をどの程度に定めるかに関しては関係国

の間でそれぞれの国内制度の整備状況の相違などから意見の対立が生じることはあっても、人権保証そのものは基本的に各国の国益に合致する事柄だからである。

これに対し、庇護の供与はその性質上常に自国民以外の者に対する措置であり、しかも当該の外国人が本来の祖国との絆を断って他国にその代替（完全な代替ではないにせよ、庇護という特殊な絆による部分的代替）を求める点で本来的に国境を越えての個人の行動を前提とし、なおかつ両関係国と当該個人の公的関係がそれぞれに變動を受ける点で両国の国益上の利害變動と本質的に結びついている。また、特殊なケースにおいてであるにせよ、外国人の受け入れを義務として設定することはそれ自体国内社会への負担を意味するものである。庇護は、このようにそれだけを取り上げてみるならば、国益の犠牲において与えられるものであるから、これを他の国益上の利害との衡量の上で政策上自から法的義務として規定するのは比較的容易であっても、多数国間協定による一律の国際法的義務として受容するのは、実際上かなりの英断が必要とされる。したがって、各国共庇護供与権を国際協定上確立させて庇護供与の場合他国（特に亡命者の本国）から招く恐れのある非友好的行為としての非難等を排除することには一般に積極的であり得ても、個人に対し国際法に基礎を置く請求権を与えて自国の義務を固定化するについては懐疑的になるのである。

なお、政治亡命者に対する庇護の問題と比較すると、政治犯罪人引渡の原則は歴史的にもより以前から法制度化されたためもあり、⁽⁹⁾ 不引渡が広義での庇護にその一態様として包摂されるにもかかわらず、独立の問題として扱われることが多い。また、不引渡は、犯罪人引渡条約の中で定められる引渡対象犯罪からの除外例として位置づけられる性格のものであるので、不引渡は多く二国間条約、または二国間の犯罪人引渡条約締結のための基礎法としての国内立法の規定するところとなっている。多数国間条約としては、一九五七年のヨーロッパ犯罪人引渡条約⁽¹⁰⁾があるが、この条約を含め、政治犯罪人引渡は締約国の義務として規定されるのが一般である。⁽¹¹⁾ ただし、この義務が条約を離れ

て一般国際法上の義務としても確立されているか否かについては意見の分れるところである。しかし、条約上、或は仮に一般国際法上も国家が政治犯罪人不引渡の義務を負うとしても、この義務が實際上意味をもつのはこの国が当該の者について他国から引渡請求を受けた場合に限られる。この場合、引渡請求国が当該の者を自己の主権下に収めることに積極的関心をもつのは当然のことであるが、被請求国は、他の事情が並存しない限り、自国に滞在中の当該外国人の去就についてなんら関心をもっていないのが一般である。云わば、他国から引渡請求を受けて初めて当該外国人の存在に留意することとなるわけで、この場合、国家の外国人に対する関心は他動的に惹起されるにすぎない。

したがって、国家は不引渡義務を負うに際して理論的には外国人についての通常の処遇の範囲を越える新たな負担を負う心配はなく、庇護義務の場合と異なり、比較的容易にこの義務を認め得る立場にあると考えられる。ただし、不引渡の結果が事実上滞在国への継続残留の形で庇護供与と同一の結果に連がる可能性、および不引渡原則の承認が不送還原則の承認をも含むと解されて、滞在国が外国人の出国に積極的関心を有し、かつこれを強制する法的根拠をもつ場合でも、その実施が妨げられるに至る可能性は常に存しており、この点で不引渡と庇護との境い目は實際上流動的であることが認められる。

以上のように、庇護供与および不引渡に関しては国益上一定の制約がかかり得ること、その結果としてこれらは国内立法または二国間条約による制度化により抵抗なく馴染むものであることはいずれも無視できないのであるが、これらの制度を多数国間条約で確立しようとする努力、また一般国際法上確立した原則であるとの見解を定着させようとの努力が顕著であることも事実である。この点では、これらの制度による人権保護への国際的関心も、一般的な基的人権の保護についての国際的関心と同様に高まりつつあるといつてよい。

とはいえ、不引渡・庇護の国際的制度としての重要性が強調され、諸国の国内立法の上でも確立化されつつあることは、一見人権保護意識の滲透を意味しているようであるが、裏を返せば、政治犯の発生、庇護を求める亡命者の発生は、その原因となる政治的訴追、政治的迫害が存在することを示すものに他ならない。基本的人権が保障され、自由が広汎に認められた社会においても、無政府主義者、その他過激的思想の信奉者によって政治思想上の背景をもつた一般犯罪が犯され、犯行の政治的側面故に、これらの者の行動に対する取締が政治的迫害として喧伝されることはあり得るが、自由の保証された社会にあってはこの種の者でさえその思想、主張の故のみをもって直ちに訴追され、迫害されることはない。即ち、自由の保証ある国家の下では謂ゆる純粹政治犯、純政治的理由に基づく政治亡命者の発生する余地はなく、混合犯（相対的政治犯）の場合であっても、それに対する処罰は一般犯罪の角度からのみなされるのである。純粹政治犯、純政治的迫害を生む社会は、全体主義国家をはじめとして、思想信条の自由、言論出版の自由、結社の自由などに制約が加えられている社会である。このような社会体制をもつ国家に対してはまず一般的人権協定の諸条項を満すことこそが求められなければならない。この種の国が自国における自由の制約状態を放置したまま政治犯不引渡、特に政治亡命者の庇護を論じることが、自己撞着とはいえないまでも、本末転倒の誹りを免れない。

このように、政治犯不引渡、政治亡命者庇護の制度は、その實際的必要を説き、法制化を推進しようとする程、人権保護としてはそれよりも前段階の問題である基本的人権の保証を実現していない国が多いことを浮き彫りにし、際立たしてしまうという誠に皮肉な現象を生んでいる。そして、特に庇護制度に関しては、ここに皮肉な現象として指摘した事実の原因となっている人権保障面での諸国間の不均衡が、国際的規定を設ける上での真の障害となっていると思われる。

(一) L. M. Goodrich, E. Hambro, A. P. Simons "Charter of the United Nations, Commentary & Documents", 3rd & revised edition, p. 34.

- (2) ヨーロッパ人権協定、特に人権委員会、人権裁判所を通じての人権の手続的国際保証については、H. Guradze, "Die Europäische Menschenrechtskonvention" S. 207 ff., 239 ff.
- (3) 世界人権宣言第一四条一項は、「避難」を「求め」、かつ、「享有する権利」との表現をとっているため、これが被迫害者に直接に避難権を与えるのではなく、他国に避難者としての受入れを要請し、それが容れられたときに庇護を享有することができるとしたにすぎないとの解釈が生じる余地を残している。そうとすれば、要請を受けた国がこれを拒否しても第一四条に反することにはならないわけであるが、このような解釈をとるとすれば同条は従来も当然のこととされていた関係を述べたにすぎず、なら新しい内容をもたない結果になるとの反論がなされる。この問題に関しては、島田征夫「ドイツ連邦共和国基本法第一六条二項後段の庇護権と国際法」・法研論集五号五四頁、また、庇護に関する国内法上の規定から生じる同種の問題については川島慶雄「庇護権の性質と内容」・阪大法学九七・九八号七八頁参照。
- (4) 同宣言の邦訳は、芹田健太郎「国連の領域内庇護宣言について」・国際法外交雑誌七五巻二号九三頁以下、および法律時報四八〇号五六頁に所収。
- (5) 同条約草案（カーネギー草案・一九七二年）の邦訳は、川島慶雄「国連領域的庇護条約案——主要問題の検討——」・阪大法学一〇一七二頁以下に所収。同草案には、その後専門家会議による修正が加えられ（一九七五年）、今年初頭の全権会議の審議に付された。同会議では更に重要な修正決議がなされて草案の一部について決定をみたのであるが、これらの修正は、個人への庇護供与の幅を拡大しようとする立場からは後退を意味する内容のものが多し。全権会議の経緯と修正決議に関しては、齋藤恵彦「領土的庇護全権会議と日本」・ジュリスト六三六号一七七頁以下に報じられている。
- (6) 齋藤恵彦、前掲二二九頁。
- (7) これらの文書は、法律時報四八〇号五六頁に資料として掲載。
- (8) 各国の亡命関連規定の法文例示は、法律時報四八〇号五七—五八頁、各国制度に関する紹介、解説は宮崎繁樹（編著）「亡命と入管法・各国における法的処遇」に詳しい。また、A. Grahl-Madsen, "The Status of Refugees in International Law" Vol. II p. 130 もこの種国内立法をもつ諸国を列挙する。
- (9) 政治犯罪人引渡原則の法制度化の過程については、西井正弘「政治犯罪引渡原則の形成過程」・法学論叢九五巻三三四頁以下。
- (10) ヨーロッパ犯罪人引渡条約に関しては、森下忠「犯罪人引渡に関するヨーロッパ条約について」・警察研究四五巻一、同二号に詳論がある。同条約中の政治犯罪引渡原則に関しては、同論文四五巻二号一二頁以下、および I. A. Shearer, "Extradition in International Law" pp. 181.
- (11) 政治犯罪引渡原則が命令的・義務的性格をもつか、許容的性格をもつかが、条約例、立法例によって異なるのは、高野雄一「退去強制と政

治亡命の法理・1」・法学セミナー一五八号一三一—一四頁も指摘する通りであるが、国際慣習法上のこの原則がどちらの性格をもつか、即ち、同原則が義務的国際慣習法として成立しているか否かをめぐる諸論については、本間浩、前掲二七六頁以下が検討を加えている。

III 政治犯罪および政治亡命の概念

— 関係国の法益の観点から —

i 政治犯罪

犯罪人引渡条約による引渡対象犯罪からの除外例としての位置づけをもった政治犯罪の概念については、従来数多くの説明が試みられてきたが、いまだ国際的に統一された定義は成立していない。⁽¹⁾これは、前節に述べたように政治犯罪人不引渡が世界的広がりをもった多数国間条約によって規定された実績のないこと、犯罪人引渡条約が主に二国間条約として締結されてきたため政治犯の定義も二国間条約の解釈の問題として位置づけられ、そこで与えられた定義も特定の二国間条約に関する個別的なものとならざるを得なかったことにも帰因していよう。更に、国家が単独に外国人法、逃亡犯罪人引渡法など自国内法で政治犯罪に言及する場合には、そこで謳われる政治犯罪の概念はより一層個別化し、直ちには一般的妥当性をもち得ないこととなる。

なお、従来の条約例の殆んどは、政治犯罪に言及しながらも条文中でこれを定義づける方式はとっていない。この事實は、ある行為が政治犯となるか否かは多分にその行為がなされたとき的情況、周囲の事情に左右されるものであり、徒らに厳密な定義を設定しておくとかえって不引渡条項の弾力的、合目的適用を妨げる結果を招くとの配慮、懸念に基づくとも考えられる。⁽³⁾そうとすれば、条約中にせよ、ましてや一般国際法上であるにせよ、政治犯罪の概念に一定の統一的定義を下そうとする試みは、本来合目的ではないこととなる。現に、政治犯罪人不引渡を規定する地

域的多数国間協定の例をとつても、ヨーロッパ犯罪人引渡条約では「引渡を求められている犯罪が被請求国により政治犯罪または混合犯罪と認められる場合」に引渡を禁止する旨の規定が置かれ（同条約第三条）、政治犯罪の定義権が明確に個別の国家に帰属せしめられている。また、国際法協会が一九六八年に提示した領土的庇護に関する条約案も「政治的犯罪または混合犯罪のために迫害されている人々」に対する庇護供与、逃亡犯罪人としての引渡の禁止（第一条）を謳った後、「付与される庇護の理由の判定は、庇護国が行う」（第二条）との規定を置いている。政治犯罪の定義・解釈権と、具体的ケースに関して政治犯罪と認めるに足る理由が存するかどうかの判定権とは理論上は異質なものであるには違いないが、これらの権利が被請求国にとって實際上意味するところはほぼ同一とみて差支えなからう。しかも、上記二例の場合共、この二種の権利を厳密に区別した上でその一方を被請求国に付与しているというよりは、双方をこれに付与することを容認する趣旨であると考えられる。もし理由判定権のみを付与し、政治犯罪の定義は統一的に固定化しようとの趣旨であったならば、後者に関してなんらかの規定を設けざるを得なかった筈であり、理由判定権を被請求国に認めない趣旨であったならば、別にこの権限をもつべき機関を指定せざるを得なかった筈だからである。

右の指摘は、同時に前記二条約（条約案）中の政治犯の定義、理由判定に関する条項がいわば宣言的性格のものであり、創設的效果をもつものではないことを示している。これらの条項は謂ゆる注意規定であり、したがって多数国間条約、二国間条約の如何を問わず、何をもって政治犯罪とするか、具体的事案についての政治犯罪とすべき理由の存否の判断は、条約上別段の明示的規定のない限り、被請求国に委ねられていることとなる。

政治犯罪概念の決定が結局は引渡請求を受ける立場に置かれた国家の個別的解釈に委ねられる事柄であるとするな

らば、この問題については諸国の実例、学説⁽⁴⁾をみる以外に結論を得る手段はないのであるが、ここでは、前記の尹秀吉事件における裁判所の説明に着目してみたい。同事件は、その基礎事実である尹氏の行動に一切普通犯罪の要素の含まれないことが明らかであり、当初から純粹政治犯の事案として取扱われ、問題を複雑化する混合犯のケースと個別に論じるのに好適な例となっているからである。

尹事件の審理に当った東京地裁は、「政治犯罪の概念が多義的、不確定的である」ことを認めた上で、不引渡が一般国際法上成立しているのは「どうみても政治犯罪であるという嚴格に純粹な政治犯罪に当るものに限られる」と述べる。そして、純粹政治犯の概念については、刑法上の普通犯罪に触れず、したがって道義的または社会的に非難されるべき要素を伴わない行為との説明を与えている⁽⁵⁾。この説明は、これだけでは混合犯との区分を明確化するにすぎないが、判決がこの説明との関連において「どうみても純粹な政治犯」というのは、原告請求原因および鑑定書中にみられる「もっぱら政治的秩序を侵害する行為⁽⁶⁾」との定義と内容的には同一であると受け取られる。「もっぱら政治的秩序を侵害する行為」とは、その行為の動機、手段、目的のいずれの観点からも一般犯罪の要素を含まないにもかかわらず、特定の国家によりその政治秩序に不利益をもたらすと見做される行為であり、これが訴追の対象とされる場合に純粹政治犯罪を構成すると考えてよからう。

なお、本稿との関連で注目されるのは、東京地裁が尹氏の行為を純粹政治犯罪と認める立場から判決を下したことにより、純粹政治犯を生む原因たるべき行為は、訴追国の国内でなされたものであることを要しないとの見解が採られた点である。ただし、このように政治犯罪に関してはその行為地の如何を問わないとの見解に立ったとしても、そのことのみによって他の諸事情の如何にかかわらず行為者を政治犯罪人とし、不引渡の措置をとらなければならないかは自ずと別問題である。

政治犯罪の範疇の中で純粹犯以上に定義が困難であるといわれるのが謂ゆる混合犯である。⁽⁷⁾しかし、混合犯が一般には政治的動機または目的との関連においてなされた普通犯罪行為と説明されることを考えると、ここでの困難さは、定義そのものよりも、何を政治的動機または目的として認めるか、および、政治性と普通犯としての犯罪性が極めて多岐多様に組み合うことが予想される混合的犯罪の中でどれを不引渡原則の対象たる政治犯と認めるかという基準設定にあるといえよう。この基準に関する問題は次節で取上げる予定であるので、ここでは触れないこととするが、混合犯に関して純粹政治犯との対比の上で特筆されなければならないことが一つある。それは、純粹政治犯の場合にはその被害法益として考えられるのは特定国家の政治的利益、より厳密に言えば特定の政府の政治的利害のみであるのに対し、混合犯については政治的利益の他に常になんらかの個人——公人であるか私人であるかを問わない——の法益が侵害される点である。特定政府の政治的利益は、一国の政権自体が政治的力関係の強弱の結果として獲得される性格をもつことを考えれば、本来相対的な、はじめから他の勢力との競争関係の中に置かれた利益にすぎない。これに対して、混合犯によって侵害される個人の法益は多くの場合基本的人権としてその個人に不可分、不可侵に帰属する諸権利である。しかも、しばしば生命、身体の安全および自由といったその本人の存在、生活そのものに直結した権利でさえある。また、これほどの重大性をもたない財産権の侵害の場合であっても、被害法益が本来各個人に保証された性質の権利であることに変わりはない。

このように純粹政治犯と混合政治犯との間には、被害法益の面で被害法益の主体の範囲と被害法益の質——前者の場合はいわば本来相対的価値しか認められない利益、後者の場合は絶対的価値を有する権利——との双方において本質的な差異が存する。この点は、政治犯不引渡制度に関する諸問題を検討する上で、常に留意されなければならないと考えられる。

ii 政治亡命

政治亡命に関しては、政治犯不引渡原則の場合と異なり、国際的制度確立を目的とする多数国間条約が存在し、その中で政治亡命の概念が明確化されている。一九五一年の亡命者の地位に関する条約（一九六七年の同議定書による改正後の）は、第一条で亡命者を定義しているが、それによれば、亡命者たることの要件は、一、政治的意見の故に迫害を受けるという十分根拠のある恐怖の存在、二、右の恐怖のために国籍国外にあり、かつ、国籍国の保護を受けることができないこと、または右の恐怖のために国籍国の保護を受ける意思を有しないこと、である。

政治的意思の故の迫害は、純粹政治犯として訴追を受けるような場合をも含むが、これよりは明らかに幅の広い概念である。しかも十分な根拠さえあれば現実の迫害がなくともその怖れが認められればよい。⁽⁸⁾

したがって、政治犯罪人がその客観的当否はとも角として訴追国家の目からみればその国家の法益を犯した者であるのに対し、政治的被害者の場合はその者と国籍国との間にその者の側からの法益侵害に基づく緊張関係はない。国側にはその意に添わぬ政治的意見の持主は不利益な存在とは映るであろうが、もとよりこの種の利益、不利益は法的関心の枠外に留まるべきものであるから、法益としては把えられない。法益侵害は、むしろ迫害という形で国家の側から個人に対してなされている可能性が強いのである。政治犯罪についても、このような形でまず個人の基本的権利に対する侵害が国家の側から加えられたという前提事実があり、個人がこれに反撥してとった言動が訴追の対象とされるに至ったという経緯が認められることも多いであろう。しかし、政治犯罪とされる行為と亡命概念の下での迫害行為とを比較する限りでは、国家の側からみた法益侵害は前者の場合にのみ存する。したがって、この国家にとつては、前者を自己の主権下に留め、または取戻すことがより大きな関心事となるのが一般であり、亡命のケースに

は、これが集団的に発生し、或は政治的に特殊な効果をもたされる結果を生むなどの場合を除き、それほど利害関係上の関心を寄せないですむと考えられる。このように、政治犯不引渡原則が作用する場合には必然的に請求国と被請求国との間に国益上の対立関係が生じ、亡命者に対する庇護供与の場合には必ずしもこの対立関係に至らないのであるが、この相違は、両制度についての考察に際して看過してはならない点ではあるまいか。

なお、亡命者と庇護を求められた国家との関係に関しては、亡命者の地位に関する条約第三一条が注目される。この規定は、亡命希望者が被迫害地域から他国に不法入国し、或は不法滞在する場合であっても、これを処罰の対象としてはならないとするもので、滞在国に対してその本来有する権限の行使を差し控えさせる効果をもつ。滞在国は、この限りにおいて亡命希望者のために自国法秩序の侵害を認容すべきこととされているのであるが、同条但し書きも示す通り、この認容義務は亡命希望者が自から遅滞なく不法入国または不法滞在の事実を滞在国の機関に告げ、不法入国または不法滞在が止むを得ぬ事情に基づくことを示した場合に限って成立する。この規定は、庇護供与の要件に関するものではなく、したがって直接亡命者資格の成否を左右する効果はもたない。しかし、この種の条項の存在は、亡命に関してはその成立要件にかかわる事柄のみならず、亡命に際して生じることのあるべき通常の場合と異なる国境通過、外国滞在の諸態様を予測し、これらに対する法的措置を亡命希望者と滞在国双方の利益に公正な配慮を及ぼしつつ定めておかなければならないことを示している。

(1) 政治犯罪を統一的に定義し、枠づけることについては、これを本来不可能とする見方もある。H. Lauterpacht, "International Law, Vol. 1" 8th. ed. p. 678. 島田征夫「政治犯罪概念の国際法的考察」・早稲田法学会誌二一号六頁。条約或は国内法に定義がある場合にはそれに依ることとなるが、その場合といえども、政治犯は一般の犯罪類型と異なり、これとは異なる問題である政治的目的、政治的動機など行為者の主観にかかわる要素と社会の政治体制、政治情勢などの客観的要素を併せ考慮して規定されなければならないので、一義的定義は極めて困難とならざるを得ない。Vgl. G. Dahm, "Völkerrecht I." S. 283~4., F. Berber, "Lehrbuch des Völkerrechts I." S. 395~6. 皆川洸「政治

亡命と国際法」・国際問題一七四号一二頁。

- (2) 国内法上政治犯罪を定義する典型的な例は、ドイツ逃亡犯罪人引渡法第三条にみられる。R. Schiedermaier, "Handbuch des Ausländerrechts der Bundesrepublik Deutschland" S. 387 f.
- (3) M. C. Bassiouni, "International Extradition and World Public Order", p. 371.
- (4) 判例、学説の紹介は、本間浩、前掲三五五頁以下に詳しい。なお芹田健太郎『政治犯罪と擬装引渡——政治犯罪人不引渡原則適用の問題——』。変動期の国際法一九六頁参照。
- (5) 判決理由第三一二一、判例タイムス二三〇号一〇五頁。
- (6) 判決事実第二一二一、同右九二頁、高野雄一「退去強制と政治亡命の法理——尹秀吉事件の鑑定をして——」・法学セミナー一五九号八五頁、また、横田喜三郎「国際法Ⅱ・新版」・法律学全集五六卷、二三三頁。
- (7) 特に混合犯との関連で政治犯の定義を論じるのは、島田征夫、前掲「政治犯罪概念の国際法的考察」六頁以下。
- (8) A. Grahl-Madsen, *op. cit.*, I p. 173.

IV 政治犯・政治亡命者の欠格事由

——本人の人権と他の保護法益間の秤量——

国際条約上または国内法上政治犯不引渡、政治亡命を原則として認める場合であっても、これを無制限に規定するのではなく、なんらかの除外例を設けておくことは稀ではなく、むしろ一般化しつつあるように思われる。⁽¹⁾ 日米犯罪人引渡条約第四条、日本の逃亡犯罪人引渡法第二条のように別段の除外例を付さずに政治犯罪人の不引渡を規定する例もあるが、前節でみたように、政治犯罪そのものの定義および特定の行為がその定義の下での政治犯罪に該当するか否かの判断がそれぞれの国家の決するところに委ねられるのであれば、各国家はなお政治犯の認定に裁量を働かせる余地をもち、実質的に特定の行為を政治犯罪成立の阻止事由とすることができる。この裁量権は、特に混合犯のうちどの種の者を不引渡の取扱に含めるかについて行使されるであろう。

さて、政治犯、政治亡命に関する欠格事由として従来取り上げられてきた諸行為をこれらの行為によって侵害された法益の性質の観点からみると、次のような分類ができよう。

- i 国際社会全体の法益を侵害する行為
- ii 特定国の国家的存立および基本秩序にかかわる法益を侵害する行為
 - a 滞在国内、避難国以外の国、特に国籍（本国）国に対する行為
 - b 滞在国内、避難国に対する行為
- iii 国家社会全体の法益を侵害する行為
- iv 個人の法益を侵害する行為

一個の言動は、必ずしも右の分類のいずれか一つだけに当て嵌められるものではなく、同時に複数の項目に該当するものも多いのはもとよりである。ある行為を欠格事由として定める場合、ある重大な法益を守る意図で定めた事由が必然的に、或は偶然に他種の法益保護にも連がる結果となることもあるが、当初から多種の法益を保護することを狙うこともある。これら右の項目の一つ以上に該当する行為については保護の重点がいずれの項目の法益にあるかにも留意しつつ、それぞれについて観察を行ってみたい。

- i 国際社会全体の法益を侵害する行為

政治犯罪人不引渡原則から無政府主義者を除外する考え方は従前からよく知られているところであるが、この考え

方の根本は、無政府主義は特定国家の特定政体に対する攻撃を意図するのではなく、国家制度そのものに向けられた攻撃的姿勢であり、したがって国家をその基本的構成要素とする国際社会全体にとっての危険を意味するというにあった。⁽³⁾

第二次大戦後には、平和、安全を中心に国際社会共通の利益が国連憲章の目的の中に抽象的表現によってではあるがそれだけに網羅的なものとして解釈できる形で掲げられたことにも助けられ、憲章を直接、間接に引用する例が多い。亡命者の地位に関する条約第一条F項Cが「国際連合の目的および原則に反する行為」を掲げているのがその典型であり、国連領土的庇護条約の草案にも、これとまったく同一の規定が置かれている。⁽⁵⁾ また、これらの条約(案)では右の規定と並んで、平和に対する罪、戦争犯罪、人道に対する罪であってこれらの犯罪について規定するために作成された国際文書において定義されたものを欠格事由として定めている。これらのうち、平和に対する罪、人道に対する罪は、いずれも国際連合の目的と原則にも反することは明らかであろうが、これらの罪が国際的に認知されて日が浅く、この規定だけでは定義も困難であるところから、例えばジュネノサイド条約など、これらに該当する罪を個別に定義する条約の成立を前提として除外例としたものとみられる。⁽⁶⁾ 戦争犯罪については、戦争そのものが国際間の現象であって国際法の規制対象となるものである以上、国際法により戦争犯罪とされる行為が国際社会の利益を害することは自明であろう。

戦争犯罪の例が示す通り、国際法が慣習法上或は条約によって違法化している行為、謂ゆる国際犯罪は、おしなべて国際社会全体の法益に対する侵害行為であるということができよう。海賊行為、⁽⁷⁾ 奴隷売買、麻薬の国際取引などは伝統的な国際犯罪であり、更には航空機奪取もこの列に加えられようとしている。

ii 特定国の国家的存立および基本秩序にかかわる法益を侵害する行為

a 滞在国、避難国以外の国、特に国籍国（本国）に対する行為

国家の存立或は基本秩序に向けられた侵害は、それ自体当然に政治的性格を有する。したがって、この種の攻撃は第一義的にはむしろ政治犯罪の一メルクマールとして掲げられるものである。政治犯罪を法文上定義した少数の事例の一つとして紹介されることの多いドイツ逃亡犯罪人引渡法第三条第二項が「政治犯罪とは、国家の存立または安全、元首或はこれに準ずる政府構成員、憲法上の機関、選挙または投票に関する公民権、もしくは外国との友好関係に対して直接向けられた可罰的攻撃である」としているのがそれである。

しかし、このような国家の基本的利益に向けられた行為であっても、なおかつ——或は正にそれ故に——保護対象から除外しようとする例も見受けられるのである。

革命行為や共産主義に基づく行為をこの除外例としようとする考え方が存在したとの指摘もあるが、これは過去の⁽⁸⁾ことであり、これらの事由は少なくとも現在では實際上それ自体として欠格の根拠とされることはあるまい。ことに、特定の思想的背景をもった行為を他と区別することは、逆に基本的人権との抵触問題を惹起する怖れがある。しかし、戦時下など特殊な状況下における利敵行為、叛逆行為、敵側への協力行為を欠格事由とする考えも示されてお⁽⁹⁾り、この主張については、その当否はとも角として、現在の意味に乏しいとはいえないであろう。

また、欠格事由の最も古典的な実例である国家元首暗殺行為も、これを除外例とした趣旨はやはり主として国家の法益保護であったと考えられる。この条項が政治的に特に危険に曝されやすい地位にある者の生命に特別の保護を加えようとするものであることは事実であろうが、これのみを当条項の存在理由とするのでは根拠が薄弱といわざるを得ない。生命の保護に第一の重点を置くのであれば、国家元首のそのみを対象とするのは片手落ちの謗りを免れな

い。元首については生命の危険度が高いことも、特別の警備措置などの根拠とはなっても、人の生命そのものに軽重の差がない以上、犯された殺人行為の取扱に差異を設ける根拠とはならないからである。したがって、謂ゆる暗殺条項は、中心的国家機関の突然の機能停止を国家の存立、基本秩序に対する侵害として捉えたところに第一の根拠をもつものとして理解される。⁽¹⁰⁾

なお、これは政治犯不引渡または政治亡命者に対する庇護を規定しながらその欠格事由を定める例からは外れるが、これと同等の効果、場合によっては政治犯、政治亡命者の保護にはこれ以上に不利益な効果をもたらす制度が現存する。

その第一は、政治犯不引渡をそもそも規定しない例である。東欧諸国間相互の関係、コモンウェルス諸国間の関係、北欧諸国間の関係においてこの例が認められる。⁽¹¹⁾ 政治犯不引渡原則が適用されないのは、コモンウェルス諸国の場合には相互間では英国国内法たる逃亡犯罪人法（不引渡規定を含まない）が共通法として適用されること、北欧諸国間では同じく統一犯罪人引渡法（不引渡規定を含まない）が適用されることのためであるが、根本的には、それぞれの諸国間の歴史的同質性、連帯性があることが根拠であることは察するに難くない。この限りでは、歴史的に日は浅くとも、東欧諸国にも同様のことが指摘できる。

第二は、政治亡命者のための庇護制度に関して特定の方向をもった政治的言動のみを保護対象とする例である。政治的迫害を広く庇護の根拠として包括的に規定する方式をとらず、敢えて迫害を招く誘因となった言動を列挙する方式がこれである。この方式をとるのはソ連をはじめとする東欧諸国であり、労働者の利益保護、学術的文化的活動、民族解放闘争、民主主義的行動、社会進歩のための闘争などが列挙対象となっている。これらの列挙は、その文言だけを独立にみるならば必ずしも庇護対象を限定化するものとはいえないのであるが、東欧諸国の憲法体制に照らして

この列挙をみるならば、これら諸国においては亡命希望者が特定のイデオロギーに基づく列挙事項の解釈によってスクリーンにかけられるのは明らかである。その結果として、これら諸国に共通の政治体制に反する信条の持主に対しては庇護の根拠を欠くとの判断がなされ、結局庇護を受け得るのは供与国の政治体制に同調する者に限定されてしま⁽¹²⁾う。前記の東欧諸国間相互での政治犯不引渡原則の不適用とも併せ考えると、政治犯、政治亡命の問題がすぐれて世界のイデオロギー的対立の中で生じるには違いないにせよ、自からの政治体制とは異なる信条をもつ者をも政治犯、政治亡命者として処遇する諸国と東欧諸国の間には、極めて大きな質的差異が認められる。

b 滞在国、避難国に対する行為

亡命者の地位に関する条約第三三条二項にいう「在留する国家の安全に対して危険であると思料される」行為がこれである。また、同第三二条にいう国家的安全および公序に基づく追放の原因を形成する行為もこれに該当する。これらの規定は同条約の中では亡命者としての資格認定に関するものではなく、亡命者として受入れた者を事後に追放または強制送還に付する場合の要件を定めたものである。しかし、亡命者の追放は必然的にその国における亡命者としての資格の消滅に連がるので、実質的にはこれらの規定も欠格事由を掲げているといえよう⁽¹³⁾。

また、亡命希望者についてこのような事情——例えば避難国に対して直接行動をもって攻撃的行動をとることを標榜するなど⁽¹⁴⁾——が当初から判明している場合には、その者に対する避難供与は本来期待し得ない。このような者に対して入国拒否、追放などの防衛的措置をとることは国家の当然の権利に属するからであり、この権利の行使は国家の安全保持の法益と個人の人権との秤が当該個人の避難国に対する背信的加害行為によって大幅に前者の有利に傾いた場合、一層明白に正当化されるからである。

iii 国家社会全体の法益を侵害する行為

前項でも触れた亡命者の地位に関する条約第三三条二項は、国家の安全に対する危険とは別に国家社会に対する危険に言及し、重大犯罪について最終判決により有罪とされたことに基づいて国家社会への危険を意味することが明らかとなった亡命者に対して追放または強制送還の措置をとることを認めている。この追放または強制送還は、迫害の脅威が待つ国に向けて行なうことも許容されているので、亡命者にとってこの条項は場合によっては厳しい結果をもたらすことも考えられる。それにもかかわらずこのような規定が設けられたのは、前項でも述べた通りこの種の者に対して国外退去を強制する道を残すことが庇護供与国と亡命者の間で権利義務の公正な関係を保つために必要と認められるからである。また、ここでいわれる危険が庇護供与前に判明している場合、これは庇護拒絶事由、即ち亡命者に関する欠格事由として作用することも前項と同様である。

国家社会に対する危険とは何か、またどのような行為がこの危険をもたらすのかは、厳密には定義しきれない性格の問題であろう。ただ、国家の安全に対する危険との対比においては、これが前述のように国の存立または基本的政治秩序に向けられた攻撃によって発生させられるのに対し、国家社会への危険は、国の存立そのものには及ばず、また政治秩序というよりは社会秩序に脅威を及ぼす危険であるということができよう。また、この種の危険を生ぜしめる行為の特定方法としては、行為の対象から規定する方法と行為の態様から規定する方法が考えられる。

行為対象、即ち何に対して加害行為がなされたかの観点からは、不特定多数の者の生命・健康・自由、不特定多数の者の財産、公共的施設・設備の保全または機能、その他社会生活を支える公序があげられる。具体的には、不特定多数者を攻撃対象とするものとしては無差別殺人・傷害・誘拐、爆発物・毒物類の無限定使用、不特定多数の財産

に対するものとしては爆発物の無限定使用による他放火などが考えられ、公共的施設・設備に関しては鉄道、道路など交通関係、通信関係、電気・上下水道などエネルギー・対住民公共サービス関係の運営を妨げる行為、社会生活を支える公序に関しては通貨・公私文書の組織的偽変造などが考えられよう。

ここに参考までに掲げた諸行為は、これらを列挙して政治犯、政治亡命者の欠格事由とする形では条約および国内法規定の文言にあらわされないのが一般である。⁽¹⁶⁾しかし、混合犯に関する古典的理論の一つである優越性の理論が個々の犯行について政治性が優るか普通犯罪としての性格がより強いかの判断を求めるとき、加害行為の対象が何であるかはこの判断を大きく左右する要素となることは疑いない。また、亡命者庇護に関しても、亡命者の地位に関する条約第一条F項のように避難国入国前の重大な非政治的犯行を欠格事由とする場合、犯行行為の対象が何であるかは、常に犯行の重大性をはかる基準の一つであろう。

なお、行為の態様から国家社会への行為者の危険度を判断しようとする観点からは、犯行の残忍性がメルクマールとされる⁽¹⁷⁾。行為の異常な残酷性、非道性の判断には、その行為の加害対象の広狭が作用する場合もあるが、加害対象が狭く特定されているケースであってもそこに示された残忍性に基づいて行為者の反社会性が極めて強く、社会全体への危険が大であると判定されることも十分あり得よう。したがって、行為の態様も優越性理論の下での政治犯認定、政治亡命者の欠格事由としての犯罪の重大性認定の要素に数えられる。

iv 個人の法益を侵害する行為

これまでに観察した諸行為の中にも、個人の生命、身体、財産への加害を含むものは何例かみられた。元首暗殺、

無差別殺傷などの他、社会全体への危険とみなされる行為についても、それによって被害を蒙るのは究極的には各個人であるということが出来る。行為の残忍性の故にそれが重大犯罪とされるときには、直接の被害者はただ一人という場合さえ考えられる。しかし、これらの行為が政治犯、政治亡命の欠格事由とされる根拠は、個人の法益を害した点ではなく、少なくとも第一には国際社会、国家、国家社会など個人以外の、個人よりもこの関係では重視すべき存在として位置づけられているものの法益を侵害する点に求められるのであった。

したがって、個人の法益に焦点をあて、これを保護し、この個人の法益と政治犯、政治亡命者の法益とを秤量することを主眼とした欠格事由は、これらとは別にその存在の有無を問われなければならない。

個人のもつ法益の最たるものはいうまでもなくその生命である。この個人にとっての基本的法益に着目するならば、国家元首、その家族、或は政府要人に限定せず、殺人一般およびその未遂を政治犯の欠格事由とする事例の存在が指摘される。これは、一般に *unqualified attempt clause* と称されており、実際にこの条項をもつ条約例も珍しくない。⁽¹⁸⁾ また、国内立法としても、前記のドイツ犯罪人引渡法は、その第三条三項で、行為が生命に対する故意の犯罪を構成する場合には引渡を認めるとしている。同条は、第一項で政治犯不引渡を政治的行為の準備、保全、隠蔽、妨害を含む広範囲の行為について認め、第二項で前記のように政治犯の定義を試みている意欲的規定であり、⁽¹⁹⁾ 政治犯不引渡制度に原則的には積極的な態度を示しているものであるだけに、この第三項で生命に対する故意犯罪を一括して引渡の許容される行為と言い切っているのが注目される。⁽²⁰⁾ ただし、公の戦闘行動中の殺害行為は第三項の意味での生命に対する犯罪から除外されている。

更に、実定的規定とはならなかったものではあるが、国際法学会 (*Institut*) の引渡問題に関する決議⁽²¹⁾ (一八八〇年)、国際法協会 (*Association*) の引渡協定草案⁽²²⁾ (一九二八年) も政治犯不引渡原則について生命に対する犯罪を欠格事由と

する趣旨を規定していた。

国際法学会、国際法協会は、右記のそれぞれの文書では殺人のみならず、放火、窃盗、身体に対する重大な危害をも欠格事由として示していたのであるが、これらは、優越性理論の下での秤量の一要素となる場合はあり得ても、直接の欠格事由としては現在に受継がれていない。生命に対する犯罪でさえ、西ドイツのようにこれに直接言及する事例は極めて少ないようである。人権保護意識が国際的に高まったといわれる現在、生命尊重を旨とするこの種の規定が一般化せず、また学説上でもこの方向での条約制定、国内立法の必要を説くものがあまり見受けられないのは如何なる理由に基づくのか、この点に枳然としないものを覚えるのは一人筆者だけではあるまい。

- (1) 政治犯不引渡原則からの除外例の設定は、謂ゆる暗殺条項（ベルギー条項）をその嚆矢とするが、このような「政治犯罪概念の縮小化」―西井正弘、前掲五二頁―は、同原則確立化の動きと並行し、この動きによる幣害を押える方向に同時進行してきたといえよう。
- (2) 第二次大戦前の条約例を示すものとして American Journal of International Law (AJIL), Supplement 1935, p. 278, p. 302.
- (3) S. P. Sinha, "Asylum and International Law" p. 180. 本間、前掲二〇二頁。
- (4) Goodrich, Hambro, Simons, op. cit., pp. 25.
- (5) 川島、上掲「国連領域的庇護条約案」七三頁、更に、法律時報四八〇号五六頁は、アジア・アフリカ法律諮問委員会の亡命者の待遇に関する原則（第一条参照）を所収する。
- (6) ジェノサイド条約（第七条）は、同条約が規定する犯罪を政治犯から除外すべきことを自から定めている。したがって、亡命者の地位に関する条約、ジェノサイド条約双方の当時国は、集団殺害罪を政治犯としてはならない旨二重に規定されることとなる。しかし、前者の当事国であつて後者のような個別の犯罪に関する条約に参加していない国の場合には、その国に対する関係では当該犯罪は平和・人道に対する罪として国際条約上定義された犯罪に該当するとはいえないとの見解も成立し得る。ジェノサイドのように、条約内容が一般国際法としても成立しているとみられるときには、なお当該犯罪が平和・人道に対する罪であるとの定義が条約未参加国をも拘束すると考えられるが、当該犯罪が一般国際法上平和・人道に対する罪とされる域に達していないときには、この欠格事由に含まれる犯罪の範囲は国によって異なることがあり得よう。
- (7) Bassiouni, op. cit., p. 421. B. A. Wortley, "Political Crime in English Law and in International Law" British Yearbook of International Law Vol. XLV. pp. 243. 広瀬善男「国際法における『政治犯不引渡』原則と『亡命者不送還』原則」・明治学院大学論集法学

研究一二号四四頁。

- (8) Sinha, op. cit., p. 183, 198.
- (9) Sinha, op. cit., p. 181.
- (10) このことは、元首に関してはその生命のみでなく、名誉をも保護法益とし、名誉侵害を欠格事由とした例——本問、前掲九七頁——において一層明らかであろう。
- (11) 本問、前掲二二四頁以下。
- (12) これら東欧諸国間の関係においては、引渡そのものが社会主義に基づく社会を建設するために社会主義諸国が行なり国際協力であり、帝国主義諸国的干渉・覚醒行為に対する共同の闘いの一環であると意義づけられる。また、庇護に関しては、被害者の思想傾向を問わずに行なり自由主義諸国の庇護供与を（社会主義諸国に対する）干渉政策とみるなど、引渡、庇護に際して本人の思想傾向を問うことが明らかである。Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR, "Völkerrecht, Lehrbuch Teil 1" S. 324, 350~1.
- (13) 島田征夫「亡命者の入国問題と国際法」・早稲田法学五二卷一・一八五頁。
- (14) 島田征夫「亡命者の追放と国際法」・早稲田法学会誌二三卷二一四頁以下。
- (15) 国家の安全、国家社会共同の利益への脅威となる者に対して庇護を拒否するのは、国家の当然の権利であり、庇護制度に「内在的」制約であるといわれる。W. Kanein, "Ausländergesetz mit den übrigen Vorschriften des Fremdenrechts" 2. Aufl. S. 129.
- (16) 但し、反社会性の極めて強い暴力行為を総括的にテロリズム行為とし、これを政治犯から除外する例——アラブ連盟諸国間の引渡協定（一九五二年）——、またこの条項を既存協定に新たに挿入しようと試みる例——ヨーロッパ犯罪人引渡協定に關し——はみられる。Shearer, (p. cit., p. 52, Bassiouni, op. cit., p. 411.
- (17) Sinha, op. cit., p. 181 AJIL Supplement 1935, p. 380.
- (18) AJIL Supplement 1935. p. 115, note 1.
- (19) O. Kimmich, in "Bonner Kommentar" Art. 16 Randnr. 157 ff.
- (20) Schiedermair, a. a. O., S. 387.
- (21) AJIL Supplement 1935. p. 300.
- (22) AJIL Supplement 1935. p. 307.

V 不法滞在に基づく事後亡命

——不法滞在者の人権と他の保護法益間の秤量——

これまでの各節では、政治犯、政治亡命に關与する各種の法益に注目してきたわけであるが、政治犯、政治亡命希望者がどのような法的地位をもって引渡被請求国或は避難国に入国しようとし、また滞在しているかについては、これを別段の問題としなかった。この点を特に論じなかったのは、一般には政治犯の引渡如何が滞在自体は合法的であつて滞在国側にはその者を請求国向けに出国せしめる積極的關心のない状態において生じる問題であり、政治犯不引渡原則も通常はこの前提の上に立つて論考されるのが常だからである。政治犯が訴追国から逃れようとして他国に入国を求めている段階で政治犯たる事情が判明して不引渡原則の準用が論じられる場合も同様である。ただし、本来の不引渡原則の準用形態として不送還原則に論及する場合には、送還措置が主として滞在国側の国内的利害に基づいてなされることに留意し、政治犯不引渡原則が本来の形で適用されるときとは異なつた法益秤量が必要となる点を着過してはならない。

また、政治亡命に際しては、政治犯が政治亡命を求める形で訴追国から逃れようとする場合も含め、迫害から脱するためひとまず避難国に正規の手續を経ずに入国することもかなり通例的に予測される。したがつて、亡命に關する理論、立法は当初からこの点に言及し、このような状態での不法入国、不法滞在を亡命希望者の不利に働く要素としないよう配慮している。⁽¹⁾ 不法入国などを亡命の欠格事由とするならば、亡命制度は大幅にその意義を失するとの指摘⁽²⁾も十分首肯できるのである。ただ、この指摘、それを配慮した立法例も、亡命を目的とし、その意を達しようとする過程において生じた出入国管理上の不法について寛大であるべきことを求めようとするのがその本旨である。いわ

ば、亡命を求め手段としてやむを得ずとった行動に関し、その不法性を追求するのは酷であり、また事情によってはその不法行為について行為者の責を問い得ない場合も十分考えられることを予測しての立論だからである。したがって、右のような配慮を亡命者が受けるためには、不法入国、不法滞在が迫害からの逃避行為に付随して、逃避を確実にし、或は容易・安全にするためになされたことが要件となる。しかも、この不法状態を亡命者自らが避難国に告知することが第二の条件とされるのである。⁽³⁾

右の措置が亡命希望者と避難国それぞれの法益を公正なバランスを保ちつつ保護しようとするものであることは既に記した通りであるが、不法入国、不法滞在が迫害からの逃避と関連をもたない場合にまでこの措置を拡大することができるであろうか。両者間の関連がない場合とは、不法滞在中の者につきその者が本国に帰国すれば政治的迫害の対象とされるような事情が生じ（この事情の発生は本国側の政治情勢の変動による場合と、本人側の言動に基づく場合とに分けられるが）、そのために本人が滞在国に政治亡命者としての取扱を求めるなどがその一例である。尹事件が正しくこれに該当するのであるが、この種のケースでは、相互に比較検討すべき法益の範囲が一層拡大し、単に亡命希望者と避難国との関係においてこの検討をするのみでは不十分であると思われる。この種の場合にも庇護を供与するか否かは、最終的にはそれぞれの国の裁量によって決せられる可能性が強く、一律の規準設定は国際的にも国内的にも困難であるかもしれないが、以下においては、この問題を制度上どう取扱うか、或は裁量上どう判断するかに際して考慮の対象とすべき諸法益に少考を加えてみたい。

i 政治犯、政治亡命者本人の法益

政治犯、政治亡命希望者が訴追或は迫害からの逃避行為とは無関係に現滞在国に不法入国した者、不法滞在做している者であっても、基本的にはその者の基本的人権、基本的自由が保護対象法益であることに変わりはない。このことについては多言を要しないであろう。

ただ、政治犯として不引渡措置を受け、亡命者として庇護を受けるに至ったとしても、それによってそれまでの不法入国、不法滞在が不問に附されるべきこととなるわけではない。したがって、政治犯の場合訴追国には引渡されないとしても他の国へ向けて国外退去を命ぜられる可能性は残り、亡命者の場合庇護供与国で不法滞在などに課している罰則の適用を受けることもあり得る。不法滞在者に対し、政治的迫害から救済するための庇護を与えながらなおかつ迫害状況発生以前の不法滞在についてこの種の罰則を適用しても、両者は互に矛盾する性格をもたず、また矛盾する結果をも生じさせない。しかし、不法滞在について日本を含め多数の国がそうであるように退去強制が予定されている場合、迫害状況発生以前の事由に基づいてこの処分を課すことは、処分に付すること自体は右の罰則適用と同様庇護供与と矛盾しないとしても、処分内容たる退去強制は庇護供与と正面から衝突する。ここに、それぞれに正当な根拠をもつ退去強制と庇護供与のいずれを優先せしめるかの問題が生じる。亡命希望者本人の利益には庇護供与が資するのは自明であるが、この場合には本人自身がその利益を追求するに際して、正にそのための措置を要請する相手方である滞在国外に対する関係で不法行為者となっていたという状況があり、滞在国外の法益がそれによって犯されていった点をどう評価するかの問題を生んでいるのである。

ii 滞在国外の法益

一般の政治犯、政治亡命者については、滞在国側にはその者の去就に関して積極的関心がないことは前述した。政治犯不引渡、庇護供与の実を内外に示して自国の人権庇護意識の高さを示すことがその国の利益にも連がると思われるが、これは第二次的効果であって、特定の政治犯なり亡命希望者について国家が個別の関心をもつこととは異なる。一般の場合、滞在国は政治犯の引渡要求、亡命希望者の庇護要請があつてはじめてその者の存在に注目するのであり、その者に対してはいわば受身の形で消極的関心をもつに止まる。

この場合と異なり、不法入国者、不法滞在者などについては、その者の行動によって現実に滞在国の法秩序が犯され、その者の国内への在留によって程度の大小は別としても社会的経済的負担が生じている以上、滞在国は乱された法秩序を回復し、その者に対しては適正な司法上行政上の措置を課し、ひいてはそれまで不当に生じていた社会的経済的負担を排除することに努めざるを得ない。滞在国は、法益侵害を蒙った被害者としての立場から、不法入国者、不法滞在者に能動的、積極的関心をもつこととなる。⁽⁴⁾

iii 第三者たる個人の法益

不法入国、不法滞在につきどのような措置がとられるかに関心をもつのは、単に当該外国人、滞在国という直接の当事者だけではない。その国への入国、滞在を考える外国人はこの問題をも含め、その国の対外国人法制およびその運用に目を向けているであろうし、この措置が法的基礎に立脚してとられるものである以上、内国人、外国人を問わず、公正な法制度の確立には、誰もが思いを致していると考えられる。法の公正さ、公平さは、法自体が本来具備しなければならぬ要件でもある。この観点からすれば、あらゆる法制度に対してあらゆる者が関心をもつと云って

も決して誤りではないが、この意味の関心では、ある者が特定の法制度に関して自己の法益に関連する利害関係をもつとするには不十分であろう。

それでは、直接の当事者を除き、外国人に対する各種の措置に自己の法益上の利害関係をもつといえるのは誰であるか。それは、当該措置の直接当事者と共通の法的地位をもつ者、および直接当事者に与えられたと同一の処遇を得ようとする者である。不法入国者、不法滞在者たる政治犯および政治亡命希望者に対する不引渡、庇護供与の措置に関していうならば、これらの者と法的地位の共通性をもつ者はその他の不法入国者、不法滞在者であり、同一の処遇を欲する者とはその国において不引渡、庇護供与を得ようとする者、更にはこのような形においてではなくとも、そもそもその国への入国、その国での在留の許可を得たいと欲する者である。このうち、前者は当該国家との関係では密入国などの不法行為者であり、後者はいまだ当該国との間で格別の法的関係をもつに至っていない。この点では両者間に差異が認められる。しかし、法の公正な適用は不法行為者についても保証されなければならない。一国の法が外国人に対しても公正に適用されるべきことは、既にその国となんらかの法的関係に入っている外国人についてのみ妥当する原則ではなく、これから法的関係をもつとする外国人についても尊重されなければならない原則である。外国人に関連する法規が外国人間に不当な不平等を生む内容であったり、法規運用がこのような結果を生じさせる方法でなされたりする場合には、右原則への背反となる。

さて、不法入国者、不法滞在者がこれら不法の事情発生後の原因で政治犯とされ、或は政治的迫害の対象となったときにも庇護を供与することとすれば、一般の不法入国者、不法滞在者に対する取扱との間に著しい差異を生じる。そもそも不法入国、不法滞在を犯すのはその国への在留を第一の目的とするからであり、實際上これらの者にとっての最大の利益は不法であるにせよ滞在を継続し得ることであり、最大の不利益は退去せしめられることである。不法

が発覚したとき、本国政府と特殊な政治的かわり合いを持つに至った者は庇護対象となつて結果的にこの意味での最大利益を得、そうでない者は本来の規定通り退去させられて最大の不利益に甘んじなければならぬとすれば、不法滞在者をその相互の関係において平等公正に処遇しているといえるか否か、疑問を禁じ得ない。確かに、政治的かわりのない者は本国へ戻されても政治的訴追、政治的迫害を受ける怖れをもたず、逆に庇護対象とされた者もその地で不法滞在の故をもって処罰されるかもしれない。しかし、この前者の利益——しかもこれは訴追、迫害されないという消極的利益にすぎない——と後者の不利益は、退去せしめられるという前者の不利益と何はともあれ滞在を継続し得る——しかも以後は合法的に——という後者の利益を相殺するほど大きいものではない。滞在継続ができるか否かが利益、不利益の決定的基準とみられるからである。更に、実際に出入国管理に関する法令の違反について課される処罰がわが国の場合のように短期の自由刑または罰金に止まるとするならば、これらの刑を甘受してもなおかつ滞在を継続することさえできればその道を選ぶという者すらあり得よう。

このように考えると、不法入国者、不法滞在者に事後亡命（政治犯不引渡・不送還原則をこれらの者に適用して本国向けの引渡・送還をせず、更に第三国への出国も強制せず結果的に国内在留の継続を許容する場合も含めて）を認めることは、外国人相互間の関係に不平等、不公正な結果を招致する恐れが大きい。不法入国をし、或は合法滞在期間が経過して不法滞在となつた後に本国政府との政治的関係を損ねて被訴追者、被迫害者となれば滞在を合法化できるといふのであればあまりに不合理であり、意識的にこのような状況を作る目的で政治的言動に走るのを助長することにさえなりかねないであろう。

更に、不法滞在中の事後亡命希望者とその国の国外にあってその国での長期在留資格を取得しようとする外
国人との対比に観察を拵げた場合、長期在留資格を外国人の希望する儘に与える国の場合——この様な国の実在は現

実には極めて疑問であるが——を除去、やはり不公正な結果を招く。長期在留資格、ましてや永住資格を与えるについては各国とも實際上極めて慎重であり、特に経済・生活・文化などの水準が高く、外国人にとって魅力的である国ほど資格取得希望者を多く抱え、希望に応じられる比率を下げざるを得なくなっている情勢の下ではことにそうである。地道に国外で資格取得の努力を続けて難渋している多数の者を尻目に、敢えて密入国をした後、本国との政治関係を損ねた者が亡命の名目の下に同等の資格を得てしまうのでは、法を遵守する者を相対的に不利に遇し、法を破った者をかえって優遇することに他ならない。

したがって、不法入国者、不法滞在者の事後亡命の諾否を制度上或は裁量上決するに際しては、決し方によってはこのような不合理、不公正を生じること留意して判断を下さなければならぬ。そして、この判断を適正に行なうためには、直接当事者ではない第三者の法益へも配慮を及ぼすことが不可欠となるのである。⁽⁶⁾

(1) 亡命者の地位に関する条約第三一条。同条の規定に関しては、森喜憲「難民の国際的保護」・国際問題一七四号三〇頁。民間有志による政治亡命者保護法案（法律時報四八〇号七〇頁）第七條も同趣旨。

(2) 川島慶雄「政治難民と出入国管理法案」・ジュリスト四八三号四〇頁以下、島田征夫、前掲「亡命者の入国問題と国際法」八九—九〇頁。

(3) 右註(2)の島田論文がその一例であるように、亡命者条約第三一条第一項の規定を論ずるに際して不法入国、不法滞在への課罰を禁止する第一文を詳述しながら、本人による告知を要件として定める第二文に触れない場合が見受けられる。第三一条第一項は第一文と第二文但し書きとが一体をなすものであるから、一方に言及して地方に触れないのでは片手落ちとならう。また、右註(1)の政治亡命者保護法案第七條にも、本人の告知を要件とする但し書きを付すことが望ましいと思われる。

(4) Grahl-Madsen も、このケースを避難国にとって望ましくないからやる亡命者 (Unwanted Refugees) の問題として論ずる。op. cit., p. 441.

(5) 不法滞在者にとって実質的な意味での最大の処罰が退去強制であり、これが短期自由刑、罰金など謂ゆる罰則規定の定める刑罰に優る重大性をもつことについては、関野昭一「出入国管理法制の運用上の問題点」・ジュリスト四八三号一六一—一七頁。

(6) 事後亡命のケースにおける庇護供与も、原則として亡命者の地位に関する条約にいう迫害の恐怖のために国籍国外にある場合として取扱うべきことは首肯される。(Grahl-Madsen, op. cit., Vol. I, p. 173.) ただし、この場合には避難国における滞在が合法のものであるときでも一

般の亡命についてよりも慎重な取扱が必要であるとされ (Schiedermair, a. a. O. S. 389) 特にその者に対して退去命令などの措置が発せられた後に亡命申請がなされたときには、何故迫害の恐怖が生じた時点で直ちに申請をしなかったかを明らかにする義務を本人が負うべきもの (Kainin, a. a. O. S. 129) とされる。この本人の義務は、西ドイツのように制度として庇護を認める国においてはじめて一般原則として成立するものであるが、国外退去を命じられた後の事後亡命の場合に特に厳格な検討を経て庇護供与如何が決められるべきことを示す点では一般性をもつ事例である。

VI おわりに

前節まで述べたところにより、一般の政治犯不引渡、政治亡命の場合と異なり、不法入国、不法滞在後に被訴追者、被迫害者たる事由が生じた者について不引渡或は庇護を論じるときには、法の下の平等、法の公正な適用の立場から第三者たる外国人の存在を無視し得ぬことは明らかである。

第三者の法益に対する配慮は、政治犯不引渡原則庇護供与規定の適用を生命に対する侵害をはじめ、国際社会、国家、国家社会に対して重大な侵害行為をなした者には除外する制度に既にあらわされており、混合犯に関して優越性理論による判断が行なわれるときにもこの配慮が間接的にはあるが働かされ得るのも既に見た通りである。しかし、これらの例においては、その法益が配慮の対象となった第三者はいずれも本人の犯行による直接被害者である。これに対して前節で取上げた不法滞在中の事後亡命における第三者はこのように直接被害者の立場にあるものではなく、この種の場合に庇護が認められると庇護を享受する本人との比較の上で相対的に不利な取扱を受けるに至る者である。ある特定の者に対する庇護供与の陰に生れる不特定多数の反射的不利益者といってもよい。

従来、政治犯、政治亡命を考察対象とする研究は実に多数にのぼるのであるが、庇護が一方でこのような形の反射的不利益をもたらず場合のあること、また、この場合にとるべき措置の内容如何についてはあまり触れられることが

なかったようである。このことは、右のような問題が生じるのは亡命事件全体からみれば極めて少数の場合にすぎない点を考えれば特に異とするには当るまい。とはいえ、尹事件に示される通り、実際の事件が発生する場合もあり、検討が必要とされることはいうまでもない。

この検討は、前述の不特定多数の第三者に及ぼされる反射的不利益をどう評価するかにかかっていると見てよい。そして、この評価の態様、それによってもたらされる具体的事案の解決方法としては、以下の三種が考えられる。

一 不法入国、不法滞在を庇護供与の欠格事由とし、これら事実に基づく退去強制などは政治的訴追、政治的迫害の存在によっても妨げられないとする。

二 不法入国、不法滞在は事後亡命の成否に影響を及ぼさないものとし、庇護供与の結果滞在がそれ以降合法化された場合には、以前の不法入国、不法滞在に関して罰則を適用し、第三者の蒙る反射的不利益との均衡を保つ。

三 不法入国、不法滞在は庇護供与の欠格事由たり得るものとし、実際に庇護を供与するか否かは、予測される政治的訴追、政治的迫害の軽重、これを招いた原因、不法滞在の事情などを勘案して決定する

これらの解決方法のうち、第一案には疑問が残る。庇護供与の欠格事由として一般に認められることの多い生命に対する侵害その他の重大一般犯罪と比較した場合、出入国管理に関連する違法行為は明らかに犯罪としての重大性も、道徳的に非難すべき程度も低い。第三者の法益侵害も前述の通り直接的ではなく、二次的性格のものである。したがって、この種の違法行為を従来から認められてきた事由と同列に論じるわけにはゆかない。ただ、不法入国、不法滞在はその行為による被害国が避難国そのものである点に特徴をもつ。この観点からは、違法の重大性は低くともなおかつこの不法入国などを欠格事由として差支えないとの立論もされ得るであろう。確かに、自分がその法を犯した国に対して避護を求めるのは道義的にも法的にもフェアでないことは無視してはなるまい。この点は決して軽んじ

てはならないと思うが、出入国に関する法令への背反によって生じる滞在国の法益への侵害は、政治的訴追、政治的迫害によって本人の生命、身体への侵害がなされるなどの場合と比較すれば、やはり相対的には軽度であるといわざるを得ない。したがって、避難国が同時に庇護請求者自身の行為の被害国でもあるとの観点に立った場合でも、不法入国、不法滞在を一律に庇護供与の欠格事由とするのは適切でないと思われる。

次に第二案であるが、これによると外国人の取扱の上で不平等、不公正な結果を招き、不法入国、不法滞在の助長、不法滞在中の反本国政府的政治活動（しかも不純な非政治的動機からの）の奨励にさえ通じかねないことは先にみた通りである。庇護供与後の罰則適用も、實際上不平等、不公正を是正するには不十分である。仮に短期の自由刑を受けても庇護供与を得る方が長い目でみれば得であるとの計算の上で不法滞在を試みる者が現れることも十分予想できるからである。かといって、その故に罰則規定の上限を拡大するのも、秩序罰的性格に照らして恐らく妥当とはされ得ないであろう。そうとすれば、出入国法違反は庇護の欠格事由を構成しないと断定してしまうことは、やはり法の公正さの観点から是とし得ない。

最後の第三案は、第一、二案のような一律的解決法がいずれも疑問を残すことに鑑みて、不法入国、不法滞在はこれを欠格事由として庇護を拒否することができるとの原則を明確化し、供与如何の決定を裁量に委ねようとするものである。この裁量に際して予測される訴追、迫害の程度が一要素として決定に作用すべきことは、一般に庇護を求め根拠の有無を判定するときにもこの点は検討されるところであり、当然である。一般の庇護請求者と出入国法違反の事後的庇護請求者との間の差は、後者に関してまず不法入国、不法滞在の事情が何故生じたかの検討が求められることにあるのはいうまでもない。この点に関して例を求めらば、経済的動機に基づく出入国法違反には裁量に際して情状斟酌の余地はなく、逆に家族との共同生活を目的とするなどのケースでは違反に関して寛大であり得よう。

別の例として当初合法的であった滞在中が非合法になるケースが考えられるが、その原因が単なる不注意による手続的ミスであるならばさほど重大視しなくともよいが、在留資格への故意の背反、在留資格延長の意識的懈怠などがある場合には、本人の責任もより重く考えられて然るべきであろう。

また、動機、目的のみならず、不法状態の継続期間も考え併せるべき要素となろう。不法入国後あまり間を置かず不法滞在中が発覚したような場合、不法状態の継続期間は短かく、滞在中の法益侵害の度合もそれだけ軽微である。逆に数年に亘って不法滞在中を続けていたなどの場合には、侵害はより重大である。尹事件においては、同氏側から滞在中が長期に亘り平穩に続けられていたとの論述がなされていたが、仮にこの点について議論を進めるとすれば、本人の滞在中の生活態度云々よりも、それだけの長期間不法滞在中を継続し、滞在中の法益を侵害し続けたことをこそより重視すべきであつたらう。

裁量に際して考慮すべき第三の要素は政治的訴追、政治的迫害を招いた原因であるが、ここでは、これらが本人の不法滞在中に生じた本国側の情勢変化（例えば革命、クーデターなど）によるのか、或は本人側の積極的言動（例えば反本国政府活動の開始）に基づくのか一つの基準とされ得よう。もとよりこの双方の事情が並存する場合も十分考えられるが、前者の比重が高いときは、訴追、迫害の危険の発生と不法滞在中とは直接関係がなく、避護問題に関して不法滞在中の事実を考慮する必要はこの点からは薄いと思われる。しかし、右の危険が本人の積極的活動に由来するときには、その活動自体が基本的自由の発露であつたにせよ、活動と不法滞在中の間には、前者が後者の基盤の上に築かれたという関係が存する。本人としては、本国で行つたならば直ちに弾圧され、或はそもそも実行が押えられてしまったであろう活動をたまたま国外に滞在中であることを機としてなしたのであり、しかもその滞在中が適法でなく、したがって常時本国への送還措置を受ける可能性が存在する下でこの活動をしたのであれば、それによって自己に生じ得る

不利益は承知の上であつた筈である。この不利益、一身への危険を覚悟の上で活動に踏み切るのは、それ自体としては勇氣のあらわれであり、英雄的行動として賛えられる場合さえあるかもしれない。しかし、滞在国としては、他国の政情に帰因する外国人の政治的活動のために自国の法益を犠牲にすべき義務は負っていないのであり、また、不法滞在者に関してその措置を定めるに際し、その都度本人が不法滞在中に他国に対する関係でとつた言動を考慮する義務もたない。そうとすれば、滞在国が不法滞在を理由として退去を強制し、そのため本人が本国に戻され不利益を受けたとしても、退去強制措置自体にはやはり国家の義務違反はなく、本人にとつても、その者が本来覚悟していた——或は覚悟すべきであつた——以上の不利益が生じたことにはならないのである。

この点は西ドイツの法制の下でも論議され、「迫害の恐怖が本人の関与せぬ事因によって生じたか或は本人の自発的言動の結果招致されたかは原則として分けて論ずるを要しない」との立場——連邦行政裁判所一九七四年八月八日決定 *Sammel- und Nachschlagwerk der Rechtsprechungen des Bundesverwaltungsgerichts*, 402 24 § 28 S. 13——と、自発的言動に基づく迫害招致の際には「特に厳格な基準を適用」すべきであるとの立場——連邦憲法裁判所一九五九年二月四日判決 *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Bd. 9, S. 181.*——が対立している。後者の立場は *G. Weissmann* (“*Ausländergesetz*” S. 163), *G. Kimmich* (“*Der Internationale Rechtsstatus des Flüchtlings*” S. 404) も支持するところであるが、右の法益秤量および本人の責任に関する考察に基づく一般論としては、やはりこの後者の立場が公正さの面からみて優れていると思われる。

以上を総合すると、不法入国者、不法滞在者の事後亡命に関しては、一般に政治犯不引渡および政治亡命者に対する庇護供与を原則とする法制の下でもなおかつ右の不法を欠格事由とすることができる。と考えるのが最も公正な解決

を導くと思われる。そして、この「できる」原則の下で実際にこれを発動して庇護を拒否するか、或は不法な前提事実があるにもかかわらず敢えて引渡、退去強制を差し控えるかの判断は、迫害の軽重、不法滞在の態様による他、迫害状態、即ち本人と本国政府との緊張状態が本人の不滞在中の積極的言動によってもたらされたか否かによつて下すのが適切と思料される。

庇護供与を推進し、国益が人権に譲歩すべき場合のあることは正当であるが、庇護制度の下で対比検討の対象となるべきは、庇護請求者本人と被請求国の法益の関係ばかりではなく、本人と第三者たる個人の法益の関係でもある。前者のみに注目して後者を等閑視しては、一者の人権擁護に走るあまり他者の人権に不利益を生じ、人権擁護にかえつてもとることにもなりかねない。基本的人権、基本的自由の国際的確立に意を致すに際しては、特定の枠付けに入る者のみならず、その存在の目立たぬ声なき者の存在をも常に考慮し、バランスのとれた制度作りを志すことが勸要であろう。