

第41回法政大学懸賞論文 優秀賞

主権の残余原理に基づく male captus bene
detentus 原則と例外の法理の関係性

法学部政治学科4年

井上 菜摘

目次

I. 問題の所在.....	2
II. <i>mcbd</i> 原則の理論的根拠.....	3
III. 主権の残余原理における自由と弊害の均衡.....	6
(1) 主権の残余原理を巡る議論の出現：ローチェス号事件判決.....	6
(2) 主権の残余原理の今日的理解：核兵器使用の合法性事件	7
IV. <i>mcbd</i> 原則を排除する例外の法理	13
(1) カー・フリスビー原則の例外の法理	13
(2) 刑事法理論による例外の法理	15
V. 結びに代えて	19

I. 問題の所在

ある国家の領域内に所在する被疑者が法的根拠のない方法（以下、特別送致¹⁾とする）で別の国家の領域内に連行され裁判にかけられた場合、当該被疑者は逮捕の違法性を理由に後者の国家における裁判所の裁判権の欠如を主張する。当該裁判所は裁判権を行使できるだろうか。

これについて多くの国内裁判実行は、逮捕の違法性は裁判権を否定せず、それに続く裁判を直接禁止する規範が存在しない限り裁判権は合法に行使されるとしてきた。このような諸判決を捉えて、「*male captus bene detentus*（違法な逮捕、合法的な抑留）」と呼ばれる原則（以下、*mcbd*原則）の確立が学説上指摘される。*mcbd*原則は、違法に逮捕された者はそれにも関わらず適法に拘留される（そして裁判にかけられる）ということの意味し、伝統的に国際法上の原則として認められていると論じられてきた²⁾。例えばブラウンリーは、「違法逮捕は、それに続く…〔違法に逮捕された犯罪人ら〕に対する〔裁判〕管轄権行使の妥当性に影響を与えない」³⁾と説明している。逮捕が合法であるか違法であるかという問題は、それに続く裁判権を損ねはしないというのである。古くは17世紀、英米海上捕獲審検所においてこの立場が示されて以来、各国の国内裁判所は一貫して適用してきた⁴⁾。

しかし *mcbd* 原則は古典的ながら常に学説上議論されており、厳しい批判にさらされてきた。逮捕の様相が国際法に違反するにも関わらずそれに続く裁判を行うことは、当該国際法規範の意味を失わせるし、国家間関係を悪化させる。逮捕の様相が人権を侵害したにも関わらずそれに続く裁判を行うことは、人権保障を脆弱化させる。それゆえこのような裁判権の行使は違法であると言われる。

近年では *mcbd* 原則を適用した諸判決とは反対に国際法違反や人権侵害等を理由に裁判権を退ける判決も下されている。「ラウシャー例外」、「トスカニーノ例外」、「手続きの濫用

¹⁾ 本稿では通常想定される様相ではなく法的根拠に基づかない身柄の確保という意味として用いる。特別送致 (Extraordinary rendition) という用語は国際法上の用語として確立に至ってはいないが、「法的根拠を伴わずに、ある国家の管轄権内から他国の管轄権内へ個人を移送すること」として近年議論されるようになっていく。Lori Damrosch & Sean Murphy, *International Law : Cases & Materials, 6th edition*(West Academic, 2014), p. 1285. 参考として、熊谷卓「テロリズムと人権—テロ被疑者の処遇を素材として」『国際法外交雑誌』第108巻2号(2009年8月)93-94頁。

²⁾ Damrosch & Murphy, *ibid.*, p. 1285; Louis Henkin, *International Law: Politics, Values and Functions*, Recueil des Cours, Vol. 216(1989-IV), p. 305.

³⁾ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law, 5th edition*(Oxford University Press, 1998), p. 320. □ 内筆者補足、以下、同様。

⁴⁾ *mcbd*原則を採用した最近の判決として *United States v. Alvarez-Machain*, 504 U.S. 655(1992).

理論」や「クリーンハンズ原則」によって裁判権を行使しないとした判決がそれである。この現象を多くの学説は *mcbd* 原則は否定されつつあると評価しており、これら諸判決の中で示された法理を *mcbd* 原則と対立するものと位置付けている。例えば村瀬はエブラム事件は *mcbd*原則とは全く「異なるアプローチ」であると主張する⁵⁾。

このような評価は確かに判決が導く結果のみを見れば妥当である。したがってそれ自体誤りであるわけではない。確かに違法逮捕に続く裁判権の行使が否定されるか否かという問題に対する判決の傾向は時代や国によって変化や差異を見せているからである。この意味で、個人は従来よりも今日において、あるいはアメリカよりも南アフリカにおいて、裁判権を否定する主張は比較的容易に認められるかもしれない。但しこのことは *mcbd* 原則の検証を十分に尽くしたものとは言えない。なぜなら *mcbd* 原則がかつて肯定された根拠は今日においても排除されず、つまり *mcbd* 原則を維持することの妥当性が十分に存続しているからである。国家実行がこれまでとは異なる結論を下してきたのは、なんらかの法規範の存否や解釈の相違に理由があるのであって、*mcbd*原則そのものを否定されたのではない。

本稿の主題は、国際法に反する執行管轄権行使に続く裁判権の行使が今日どのように評価されるかを検討し直すことである。19世紀以来の国家実行における *mcbd*原則の根底にある法理の存在を明確にすることを通じて、近年の諸判決が *mcbd* 原則と対立関係にあるものなのかを再考する。

II. *mcbd*原則の論理的根拠

実際の実行において *mcbd* 原則が問題となるのは、逃亡犯罪人の刑事裁判又は人身保護令状の審査において当該被疑者の側から、自身の逮捕の態様が違法であったことを理由に裁判権の否定が主張される場合である。そのような実行の中でこれまで裁判所によって示されてきた *mcbd* 原則の論理的根拠は、あらゆる法源においても逮捕が違法であることを理由に裁判権の行使を禁止する法規範が存在しないから、すなわち禁止規範が存在しないために裁判権の行使が否定されないというものである⁶⁾。

mcbd 原則はイギリスにおけるスコット事件⁷⁾を経て、主にアメリカにおいて活発に議論されてきており他国に比べて圧倒的に判決の蓄積が多い⁸⁾。近年になってこの問題に直面す

⁵⁾ 村瀬信也「国際法における国家管轄権の域外執行—国際テロリズムへの対応—」『上智法学論集』第49巻3・4号(2006年3月)134頁。

⁶⁾ 古谷修一「執行管轄権の域外行使と司法管轄権の合法性—male captus bene detentus 原則の意義—」『香川大学教育学部研究報告』第1部77号(1989年9月)84頁。

⁷⁾ *Ex parte Susannah Scott, English Reports*, Vol. 109(1829), p. 166.

⁸⁾ Francesco de Sanctis, *The Practice of National and International Courts on Transnational Seizure: Is a Fair Balance between Human Rights and Accountability Possible*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 22(2004), p. 531. アメリカの事件には、本稿で扱う事件

るようになった各国の裁判所においてもアメリカの判例がしばしば参照されることから、ここにおいてもアメリカの判例を取り上げたい。アメリカでは、*mcbd*原則が判例法上の原則となった姿として「カー・frisbie原則 (Ker-Frisbie doctrine)」という原則が確立している⁹⁾。

まずこの原則を生み出した第一の事件、カー事件¹⁰⁾は、引渡条約の存在にも関わらずそれに依らずしてアメリカ使節がペルー国内で被疑者フレデリック・M・カーを拉致し、アメリカ国内へ連れ去った事件である¹¹⁾。彼は本件逮捕の違法性を主張すると共に、アメリカ・ペルー間の二国間引渡条約による居住国の保護権が被疑者に与えられたことを理由に裁判所の裁判権を否定する防訴抗弁を行った¹²⁾が、裁判所は逮捕の違法性を否定した上で *mcbd*原則を適用する立場を示している¹³⁾。裁判所は二国間の引渡条約には本件のような裁判を禁止する規則が存在しないと述べた。

「我々が認識しているこの条約および引渡しに関する、国家によって締結されたいかなる条約にも、アメリカから逃亡した者に保護を求める権利があるとす言はない。…ペルー政府が自発的に自国内で保護を与える権利は、彼がそのような保護の中で安全を要求し主張する権利とは大きく異なる。」¹⁴⁾

裁判所は二国間条約の解釈によってそこには個人が逮捕の態様を理由に保護を求める権利規定が存在しないとして、つまり裁判の禁止が求められる規則が存在しないことを確認している。

の他に *United States v. Insull*, 8 F. Supp. 310(1934); *Chandler v. United States*, 171 F. 2d 921(1948); *United States v. Sobell*, 142 F. Supp. 515(1956); *United States v. Caramian*, 468 F. 2d 1370(1972)等がある。ただし原則の出発点とされる時代では前述のようにイギリスがリーディングケースを経験しており、そしてこれ以降 19 世紀末頃から徐々にフランス、カナダの裁判所においても問題とされるようになってきた。20 世紀半ばになるとアジア・アフリカ地域、そしてオセアニア地域の国々においても裁判所がこの問題を扱うことがあり、徐々に広い地域で扱われることとなる。

⁹⁾ Louis Henkin, *International Law Cases and Materials*, 2nd edition(Minesota, 1983), p. 885.

¹⁰⁾ *Ker v. Illinois*, 119 U.S. 436(1886).

¹¹⁾ *Ker v. Illinois*, *ibid.*, pp. 437-438.

¹²⁾ *Ibid.*

¹³⁾ *Ibid.*, p. 444.

¹⁴⁾ *Ibid.*, p. 442.

カー・frisbie原則を生み出した第二の事件は1952年のfrisbie事件¹⁵⁾である。同事件は、シカゴに在住していた被疑者シャーリー・コリンズがミシガン州の警官に強制的に逮捕されミシガン州へ連行されたという州間の事件であるが、彼女はそのような状況下での裁判および判決は適正手続きに違反しそれゆえ判決は無効であると主張した¹⁶⁾。最高裁判所は、裁判所が「どのように所在がもたらされたのかに関わりなく (regardless of how presence was procured)」¹⁷⁾裁判を行う権利をもつとした地方裁判所の判決を支持し、カー原則に言及した。

「本裁判所は、カー事件の中で示された規則…から、決して離れてこなかった。…合憲法に有罪判決を下された犯罪人が、彼の意思に反して裁判所へ連行されたからといって司法から逃れることを、裁判所が許すよう求められるものは、憲法には存在しない。」¹⁸⁾

裁判所はカー事件を援用して、本件において裁判を禁止する規範が存在しないことを根拠に裁判権の否定がなされないことを論証している。

以上の事件から、アメリカ判例法において確立されてきたカー・frisbie原則の意味は裁判そのものを禁止する規範が存在しない限り、特別送致という事実は裁判権を妨げる理由とはならないということである。そしてこの根拠はその後アメリカにおいても、そして20世紀にカナダ¹⁹⁾、20世紀中ごろにパレスチナ²⁰⁾やイスラエル²¹⁾、ドイツ²²⁾においても援用されてきた。

*mcbd*原則の根拠が禁止規範の不存在にあるとすると、そこには当然に国家行為の自由の

¹⁵⁾ *Frisbie v. Collins*, 342 U.S. 519(1952).

¹⁶⁾ *Ibid.*, p.520.

¹⁷⁾ *Ibid.*

¹⁸⁾ *Ibid.*, p. 522.

¹⁹⁾ 例えば、*In re A. R. Walton*, O.J. No. 18(1905); *R v. Isbell*, O.J. No. 139(1929); *Hartnett and The Queen Re Hudson and The Queen*, 1 O.R. 2d 206(1974).

²⁰⁾ 例えば、*Yousef Said Abu Dourrah v. The Attorney-General*, in Lauterpacht, Hersch(eds.), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*(1941-42), Case No. 101, p. 331; *Afouneh v. Attorney-General*, in Lauterpacht, Hersch(eds.), *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*(1941-42), Case No. 101, pp. 327-328.

²¹⁾ 例えば、*Attorney-General of The Fovernment of Israel v. Adolf Eichmann*(1962), *International Law Reports*, Vol. 36(Cambridge University Press, 1968), p. 5.

²²⁾ 例えば、*Joint Customs Post Case*(1983), *International Law Reports*, Vol. 86(Cambridge University Press, 1991), p. 526.

推定があるように思われる。禁止規範の不存在が裁判権行使の合法性を推定するとの論理はまさにローテュス号事件判決において PCIJ が示した²³⁾「主権の残余原理」の発現に他ならない。

III. 主権の残余原理における自由と弊害の均衡

以上のように *mcbd* 原則の前提には主権の残余原理が存在するとすると、*mcbd* 原則は違法逮捕による裁判権に関する主権の残余原理の表れであるといえることができる。

(1) 主権の残余原理を巡る議論の出現：ローテュス号事件判決

ローテュス号事件判決において PCIJ はトルコの裁判権行使が国際法上どのように評価されるかについて、以下のように述べた。

「国際法は独立国家間相互の関係を規律する。それゆえ国家を拘束する法規則は、条約又は既存の法原則として一般的に受け入れられた慣習法において表された国家の自由な意思によって生み出される。…それゆえ国家の独立に対する制約は推定されてはならないのである。」²⁴⁾

つまり国家は自由独立であるがゆえに自らの意思によってのみ拘束され、それによらずして国家の自由の制限を推定することはできないというのである。主権の残余原理は国家が主権を有すること、自由独立であることに基礎を置いている。

ところが周知の通り、ローテュス号事件判決の多数決では賛否同数になった為結局裁判長の決するところによったということからも明らかのように、その妥当性には争いがある。

主権の残余原理の問題は主として、国際法を明確な国家意思のみに限定している点、および国家間の主権の衝突を解消し調和させるといふ国際法の目的と矛盾する点にある。このことはローテュス号事件判決に対する反対意見の中で示唆されている。前者につきローダー判事は、国際法は一般的な「合意(*consensus*)」に基づいているが、それは条約等において記述も確認もなされていないとしても国家間関係の中で各国が尊重する一定のルールによるものであるという²⁵⁾。ヴェイス判事も、国際法を形成する国家の「合意(*consensus omnium*)」は必ずしも条約で明記されることを必要とせず、国家主権はそれによって制限されるという²⁶⁾。そういった諸国の「合意」を検証することなしに主権の残余原理によって自

²³⁾ *La Cour Permanente de Justice Internationale, Série A, N° 10, Affaire Du Lotus*, 7 Septembre 1927.

²⁴⁾ *Ibid.*, p. 18.

²⁵⁾ *Ibid.*, pp. 34.

²⁶⁾ *Ibid.*, pp. 43-44.

らの主権のみをもって行為の合法性を主張することはその国家主権についての制限を逸脱するものといえることができる。

後者につきアルタミラ判事は国際紛争の防止を国際法の目的と位置づけ、次のように述べている。

「…〔国家が外国人に対して自国の法を適用する自由〕は他国、とりわけ直接利害を有する外国の明示又は黙示の同意の存在によって制約される。…〔そうでなければ〕国際共同体の基本的条件を軽視することになり、結果として望ましくない帰結を伴う可能性のある紛争の継続を許すこととなってしまう。

そのような結果は国際法、および相互に良好な国家間関係を構築するという国際法の本質的な目的の観点から許容できず、これの原因となるものは認可することができないと考えられる。それゆえ…〔国際紛争の継続〕を許すことになるような、国家が制限なしに自由であるというシステムを構築するいかなる判断も非常に深刻である。」²⁷⁾

国際社会とりわけ利害関係国の抗議がある場合国家主権は一定の制限に服する。主権の残余原理を用いることによる国際紛争の発生、長期化を問題視しており、このことは国際法の目的と合致しないという。

以上のように主権の残余原理に対しては主として国際法を条約と慣習国際法に表された国家意思に限定している点、および国際紛争の防止という国際法の目的と矛盾する点が指摘されている。このような問題点が意識されているがゆえに主権の残余原理はその妥当性に疑問を投げかけられ、未だに国際法上の原則としての確立に至っていないのである。

(2) 主権の残余原理の今日的理解：核兵器使用の合法性事件

ただし国家主権の絶対性がもはや否定され、このような批判を浴びてきた現代においても主権の残余原理は完全には否定されないまま²⁸⁾しばしば国際裁判において援用されることとなる²⁹⁾。代表的な例はニカラグア事件本案判決である。後述の核兵器使用の合法性事

²⁷⁾ *Ibid.*, pp. 103-104.

²⁸⁾ 主権の残余原理の一部分は未だ妥当であるとして国家管轄権の域外適用の根拠として援用されていることが指摘されている。American Law Institute, *Restatement of the Law Second, Foreign Relations Law of the United States*(1962), pp. 52-53.

²⁹⁾ 以下のニカラグア事件および核兵器使用の合法性事件の他にサヴァルカール事件が指摘される。*The Savarkar Case*(Great Britain v. France)(1991), *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. XI, pp. 243-255. サヴァルカール事件はフランス官憲が誤ってイギリスへ被疑者の身柄の引き渡しを行ったためにその返還を求めて両国間で起きた争いであっ

件においても指摘されている³⁰⁾ように、ニカラグア事件でもローチュス号事件判決の「格言 (dictum)」は維持されている。すなわちニカラグア事件で ICJ は「国際法において主権国家の軍備の水準を制限するような規則は、条約その他によって関係国に受け入れられるような規則以外には存在しない。この原則は例外なく全ての国家に妥当する。」³¹⁾とし、国家主権への制限を限定的に捉えている。

核兵器使用の合法性事件における ICJ の勧告的意見では上記ローチュス号事件判決とニカラグア事件判決の文言を援用した上で、これについて各国の主張が二分していることを指摘した。すなわち、核兵器保有国は主権の残余原理を用いて核兵器を保持する自由を主張する³²⁾。これに対し他国はそのような言説は、ローチュス号事件判決当時の状況とは今日の国際状況が大きく異なる為に適用できないと主張する³³⁾。この事件において ICJ は結果としてこの問題に決着をつけることをしなかったが、主権の残余原理に対する各国の見解が大きく対立していることが明らかとなった。確かに核兵器非保有国の主張するように、ローチュス号事件判決当時の国際状況と今日の国際状況は大きく変わった。国際法は国際協調を強化しより積極的な規律を可能にし、その任務も「共存」のみならず「協力」までも担うようになってきている。しかしこれは国際法の基本構造までも変化したことを意味しない。主権の残余原理が国家主権に基づき国際法の基本構造に根付くからこそ、この基本原理が覆されるほどの構造的変化を遂げるに至っていないのである³⁴⁾。また、確かにそれに加えて主権観

たが、仲裁人は「国際法上…国家が自ら留置するものを…返還しなければならないという義務を課する規則は何ら存在しない」とした。 *Ibid.*, pp.254-255.ただし本事件は必ずしも主権に言及をしていないためにこれは主権の残余原理ではなく一般的許容の原則を適用したものである。明石欽司「国際法の完全性 (三)：—その理論史と概念整理—」『慶應義塾大学法学研究会』第 84 卷 7 号(2011 年 7 月)13 頁。また本事件は結果として法に基づかない引渡しに続く裁判をイギリスが行うことを認めたものとして *mcbd* 原則を肯定したものとしても引用される。Malvina Harbelstan, “In defence of the Supreme Court decision in Alvarez-Machain”, *American Journal of International Law*, Vol. 86, p. 738.

³⁰⁾ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *I. C. J. Reports*(1996), p. 16, para. 21.

³¹⁾ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*(Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, *I. C. J. Reports*(1986), p. 135, para. 269.

³²⁾ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *supra* note 30, pp.16-17, para. 21. 核兵器保有国によるこの点についての主張は Ole Spiermann, “Lotus and The Double Structure of International Legal Argument”, in Laurence Boisson de Chazournes Philippe Sands(ed.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*(Cambridge University Press, 1999), p. 133, note 7 を参照。

³³⁾ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *ibid.*, p.17, para. 21.

³⁴⁾ Spiermann, *supra* note 32, p. 136.

念は大きく変化した。かつてイェリネックやボダンが主張したような絶対的主権観念はもはや支持され得ず、今日では国家間相互の関係によって制限され得る相対的な主権観念が一般的である。しかし主権の残余原理が基礎とする主権観念はもとより絶対的である必要はない。国家間相互の関係によって制限され得る相対的な主権観念によっても国家の自由独立は推定され得るし、されるべきなのである。

ただし ICJ の勧告的意見が、最終的に禁止規則の存在しない核兵器の使用が合法であるかについて「結論づけることができない(cannot conclude)」と判断した³⁵⁾ことから、主権の残余原理をむやみに適用することには大きな障害が生じているかのように思わせる。つまり条約および慣習法による国家の意思の他に現在更なる制限が必要とされるようになっているのである。この点について奥脇は次のように述べていた。

「〔主権の残余原理が妥当するのは〕それが多数国間条約や法原則宣言を通じて宣明された国際社会の共通利益に合致することを明らかにできるのでなければならない。国内法令の域外適用の必要性、合理性、衡平性、緊急性が理由づけられることにより、それは将来の実定国際法の定立に資する質を確保することになる。」³⁶⁾

またフィッツモーリスも、バルセロナ・トラクション会社事件(第二段階)本案判決に対する反対意見において以下のように述べていた。

「現在の状況下では国際法は…国家管轄権の範囲を制限するような厳格な(hard and fast)規則を国家に課していない。…国家には広範な裁量が残されているのである。しかしそれは(a)限界の存在を前提とし—ただしいかなる場合においても裁判所がその事件を審理するためにその限界を示すことができる。そして(b)全ての国家は渉外的要素を有する事件において裁判所が推定する管轄権の範囲に対して節度(moderation and restraint)をわきまえ、他国により適切に帰属する又は他国がより適切に行使できる管轄権に対し不当な侵害をしない義務を負う。」³⁷⁾

主権の残余原理はもとより国際法による国家主権の制限を排除するものではない。今日

³⁵⁾ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *supra* note 30, p. 44, (2)E.

³⁶⁾ 村瀬信也、古川照美、奥脇直也、田中忠『現代国際法の指標』(有斐閣、1994年)83頁(奥脇執筆部分)。

³⁷⁾ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*(Belgium v. Spain)(New Application: 1962), Separate Opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, *I. C. J. Reports*(1970), p. 105, para. 70.

国際法の法源論が活発に議論される中で条約や慣習法の他に国際機関の決議や種々の具体的な国家実行といった実質的法源とされるものの重要性が増している。これらを十分に尊重すること一すなわち国際社会に共通する利益に反しないことを条件に国家主権の残余なる自由が認められると理解できるのである。

このように理解すると核兵器使用の合法性事件において国家自由の推定がはたらかなかったのは、核兵器使用という自由が核廃絶を目指す国際社会に共通の利益に著しく反するため「自衛の極限状態」³⁸⁾という最大の必要性をもってしても合法であると結論付けられなかったことによるということが出来る。ここには実質的には個別国家利益と国際社会全体の利益との比較衡量が行われている。

つまり今日でも支持され続けている、あるいは積極的に支持されていると言えないまでも完全に放棄しきれないところの主権の残余原理は、国家主権の残余なる部分に付加的に条件が課されてなお妥当するのである。問題はその国際社会の共通利益と国家自由を容認することによる弊害の均衡をいかにして保つかというより具体的な点に移っているのである。したがって主権の残余原理と同様に禁止規則の不存在を根拠とする諸原則一本稿においては *mcbd* 原則がそうである一の適用に当たってもそのような考慮が求められることになる。それは以下のように残余的許容という原則と国家意思に基づかない国際社会に共通の利益による極めて限定的な例外という形で精緻化される。

(3) *mcbd*原則における「国際社会に共通する利益」

特別送致に続く裁判権の行使にあたっては、*mcbd*原則が国家実行上必要とされる理由が犯罪人処罰の確保にあることは想像に難くない。

国家が外国領域に所在する犯罪人を自国の裁判にかけるため、あらゆる手段を用いて自国領域内に連れ込むことはよくあることである³⁹⁾。それは、犯罪人引渡制度が不十分であることが理由である。不十分さを説明する理由はいくつかあるが、それが一般的には国家の義務ではないこと、及び非常に時間のかかる手続きを要することが主に挙げられる。犯罪人引渡が国家の一般的義務ではないことを理由に、対象となる二国間に条約などによる義務付けが存在しない場合、被疑者の所在地国が引渡請求国に引き渡すか否かは当該所在地国の自由な選択に委ねられている。また条約が存在していたとしても通常引渡しの対象となる犯罪は予め限定されており、更に引渡しの対象とならない事由も規定されている。したがって犯罪人の引渡し成功する場合は非常に限定的である。そして引渡手続きが非常に時

³⁸⁾ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *supra* note 30, p. 44, (2)E.

³⁹⁾ Alberto Costi, "Problems with Current International and National Practices Concerning Extraterritorial Abductions", *Yearbook of the New Zealand Association for Comparative Law*, Vol. 8(2002), p. 58; Damrosch, *supra* note 1, p. 1285.

間を要するものであることを理由に、そのような手続きがとられている間に当該犯罪人が更に他国へ逃亡してしまう可能性がある。交通機関が発達した今日ではそのような問題が生じている。

国家が犯罪人の引渡しを強く要求する理由はいくつか考えられるが、とりわけ逃亡犯罪人の犯した罪が凶悪かつ重大であった場合、あらゆる手段を用いて当該犯罪人の身柄を確保しようとする意思がはたらく。つまり *mcbd* 原則は犯罪人引渡制度の未熟さから、重大犯罪人を裁くという現実的要請によって問題とされるのである⁴⁰⁾。

裁判所においても犯罪人処罰の必要性という点が認識されている。古くは前述のスコット事件において刑事事件と民事事件との区別が若干示されている。裁判所は「民事法と刑事法の事件における実行の間に常に差異がある」ことを指摘し、民事事件においては裁判所は逮捕の態様に介入し、それが不適切であれば棄却するが、刑事事件においてはそうではないと述べている⁴¹⁾。つまり逮捕の違法性が裁判権を当然に妨げるものでないことは、刑事法においては民事事件とは異なるなんらかの利益が存在するために異なる扱いをすべきであるとされていたのである。

そしてこのことを明らかにしたのが、アメリカのジョンソン事件⁴²⁾における以下の説明である。

「法は通常、管轄権内において個人が、単なる私人の主張に答弁することを強いる目的で拉致され、またはおびき出されるということを許容しない。しかし刑事事件においては、公の利益(*interest of the public*)が、…〔違法な〕逮捕に〔よって得られる〕わずかな利益を上回る。」⁴³⁾

刑事事件において被疑者を訴追することは公の利益に適い、この公の利益は違法な逮捕によって警察等が得られる利益を上回るというのである。すなわち、裁判の一方当事者を違法に裁判所の管轄権内に連行することは、民事事件ではそれを行った者がそれによって利益を受けることは許されないため裁判権が否定されるが、刑事事件においては犯罪人を処罰するという公の利益を受けるのは違法な逮捕を行った警察等ではなく、国家そのものや公の市民なのであるから、裁判権は肯定されるのである。

したがって逮捕の違法性を理由に裁判権は当然には損なわれぬとする *mcbd* 原則の立場を維持することは、刑事事件において犯罪人個人が逮捕の違法性によって利益を受ける

⁴⁰⁾ William T. Jr. Plumb, "Illegal Enforcement of the Law", *Cornell Law Quarterly*, Vol. 21, pp. 338-340.

⁴¹⁾ *Ex parte Susannah Scott*, *supra* note 7, pp. 166-167.

⁴²⁾ *In re Johnson*, 167 U.S. 120(1897).

⁴³⁾ *Ibid.*, p. 126.

ことを阻止するという意義を有していたのである。

このことは国連安保理における実行や学説においても確認される。アイヒマン事件においてイスラエルとアルゼンチンが対立した際、二国間の交渉によっては解決できないと認めアルゼンチンが国連安保理に決議を求めたところ、安保理はイスラエルの行動が国際法に違反することを宣言した。ただしアイヒマンの処遇に配慮し、次のような文言を付していた。

「ナチス政権におけるユダヤ人の迫害が普遍的に非難されていること、およびすべての国の人々が、アイヒマンは自己の犯した罪についての適切な裁判にかけられるべきであると懸念していることに留意し…」⁴⁴⁾

安保理はアルゼンチンの領域主権を侵害してアイヒマンを拉致したイスラエルの行動が国際法に違反するとしながらもアイヒマンの返還を必ずしも要求しなかった。というのも当時アルゼンチン領域内には複数のナチ関係逃亡者が所在しており、アルゼンチンはそれに対して対処する国際法上の義務を負っていたにも関わらず十分な措置をとっていなかったからである。このような事情を背景に安保理はイスラエルによる領域主権の侵害を認定しつつも、同時にアイヒマンを裁くことの必要性を説いていたのである。

学説でもとりわけ ICC のこの問題に対する立場を論じる論者からは、ICC 規程の前文およびいくつかの条項に依拠して、ICC の「犯罪を行ったものが処罰を免れること (*impunity*) を終わらせ」という責務と、その中で国家主権や人権に考慮を払うべきことの両者の均衡の重要性が説かれている。例えばザッパラは近年の国際刑事裁判について以下のように述べていた。

「…〔刑事裁判所〕は、同等の尊厳を有し同等の考慮の価値を有する二つの利益の均衡を図るという不可能な問題に直面した。一方は恣意的に拘留されないという被疑者の権利であって、他方は国際刑事裁判の効果的な作用である。」⁴⁵⁾

個人の犯罪を有効に処罰するために刑事裁判は存在するのであるから、違法な逮捕によって損なわれた国家主権や被疑者の人権は、裁判を行うことによって達成される公の利益との均衡を考慮して判断されなければならない。

ただし国際裁判においては裁判権を否定し手続きを終了させることが必ずしも当該犯罪人が決して裁かれないこと (*impunity*) を意味しないということには留意しなければならない

⁴⁴⁾ U.N. Doc. S/RES/138(23 June 1960).

⁴⁵⁾ Salvatore Zappalà, *Human Rights in International Criminal Proceedings*(Oxford University Press, 2003), p. 256.

い。例えばルワンダ国際刑事裁判所（以下、ICTR）におけるバカヤグウィザ事件⁴⁶⁾では被告人の基本的人権が害されたことなどを理由に彼の釈放および手続きの終了が述べられた⁴⁷⁾が、それは必ずしもあらゆる裁判においても裁かれないことを意味しないとの指摘がなされている⁴⁸⁾。

以上のことから特別送致は増大する国際犯罪⁴⁹⁾に対処する上で少なからず必要だと認識されることであって、逮捕に若干の瑕疵があるという状況まで含めた逮捕の違法性を理由に裁判権が直ちに退けられることは合理的ではない。原則には例外がつきものである。*mcbd* 原則を維持した上で、後述する原則の例外によって均衡ある解決が望まれる。したがって次なる議論はこれら例外の法理がこの問題にいかん作用するかという点なのである。この場合、*mcbd* 原則はあくまで原則としてはたらくにすぎず、その機械的な適用による弊害を排除する役割を例外の法理が果たす。以下論じる例外の法理がここで論じた *mcbd* 原則の必要性の「行き過ぎ」を抑制するはたらきをすることとなるのである。

IV. *mcbd* 原則を排除する例外の法理

以上論じたように、*mcbd* 原則は重大犯罪人を裁くための必要性を有した原則であるが、学説上の批判でも言われるようにその機械的適用は個人の人権侵害や国際関係の悪化などといった弊害を招く。したがって原則に対応する例外が必要となるのであり、この例外についても国家実行上緻密に議論されてきた。

(1) カー・フリスビー原則の例外の法理

アメリカのカー・フリスビー原則には「例外」と呼ばれるものが二つ挙げられている。

第一は、「ラウシャー例外 (*Rauscher exception*)」と呼ばれるものである⁵⁰⁾。ラウシャー事件⁵¹⁾は、引渡条約によって引き渡された犯罪人は、引渡犯罪以外の犯罪で裁くことができ

⁴⁶⁾ *Jean-Bosco Barayagwiza v. The Prosecutor*, Case No. ICTR97-19-AR72.

⁴⁷⁾ *Feidinand Nahimana Jean, Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze v. The Prosecutor*, Case No. ICTR-99-52-A, p. 6, para. 22.

⁴⁸⁾ Chrisophe Paulussen, *Male Captus Bene Detentus?: Surrendering Suspects to the International Criminal Court*, School of Human Rights Research, Vol. 41 (Intersentia, 2010), p. 540.

⁴⁹⁾ ここには外国性を有する犯罪、諸国の共通利益を害する犯罪、国際法違反の犯罪のいずれも含む。

⁵⁰⁾ Stephan Wilske, Schiller Teresa, “Jurisdiction over Persons Abducted in Violation of International Law in the Aftermath of *United States v. Alvarez-Machain*”, *The University of Chicago Law School Roundtable*, Vol. 5(1998), p. 209.

⁵¹⁾ *United States v. Rauscher*, 119 U.S. 407(1886).

ないといういわゆる特定主義を認めた事件で⁵²⁾、カー事件と同日、同じ裁判官によって判決が書かれた。この事件とカー事件の結論の差異は条約によって禁止される場合とそうではない場合との区別に基づいている⁵³⁾。ラウシャー事件では引渡手続によって被疑者の所在が得られ、条約が、条約上の犯罪以外の犯罪での裁判を明確に禁止しているのに対し、カー事件では引渡手続によらない方法で被疑者の所在が得られたし、これを禁止する規範が存在しない。前者の場合、カー原則は適用されないのである。

ラウシャー例外は、条約が裁判そのものを否定する場合に適用されるもので、犯罪人引渡条約に限られない。フォード事件⁵⁴⁾、クック事件⁵⁵⁾においては、1924年英米禁酒条約の文言解釈によって条約違反の逮捕には裁判権が与えられないとして裁判権が否定された⁵⁶⁾。両事件はそれぞれイギリス船クアドラ号とマゼルトフ号がアメリカ領海内で拿捕されたことを発端とする⁵⁷⁾。同条約においてアメリカ沿岸警備隊は沿岸から10海里を越えた水域においてイギリス船舶を拿捕することを禁止されていたが、問題となった拿捕はこれを越えたものだったのである⁵⁸⁾。裁判所はこの場合においてはカー原則は適用できないとし、条約違反を認定したうえで裁判権を否定した⁵⁹⁾。それは条約が裁判そのものを否定するものであると解釈したことを理由とする⁶⁰⁾。

第二の例外は「トスカニーノ例外 (Toscanino exception)」と呼ばれるものである⁶¹⁾。アメリカの控訴裁判所で裁判権の行使が否定された例としてしばしば取り上げられるトスカ

⁵²⁾ *Ibid.*, p. 424.

⁵³⁾ Jonathan Gentin, "Government-Sponsored Abduction of Foreign Criminals Abroad: Reflections on *United States v. Caro-Quintero* and the Inadequacy of the Ker-Frisbie Doctrine", *Emory Law Journal*, Vol. 40(1991), p. 1258; 古谷「前掲論文」(注6) 80頁; John M. Rogers, "Prosecuting Terrorists: When Does Apprehension in Violation of International Law Preclude Trial", *University of Miami Law Review*, Vol. 42(1987), pp. 450-454.

⁵⁴⁾ *Ford v. United States*, 273 U.S. 593(1927).

⁵⁵⁾ *Cook v. United States*, 288 U.S. 102(1933).

⁵⁶⁾ 古谷「前掲論文」(注6) 90頁。

⁵⁷⁾ *Ford v. United States*, *supra* note 54, p. 600; *Cook v. United States*, *supra* note 55, p. 107.

⁵⁸⁾ *Cook v. United States*, *Ibid.*, p. 106.

⁵⁹⁾ *Ibid.*, p. 121.

⁶⁰⁾ Rogers, *supra* note 53, pp. 459-460.

⁶¹⁾ Paulussen, *supra* note 48, p. 208; Abraham Abramovsky, "Extraterritorial Abductions: America's Catch and Snatch Policy Run Amok", *Virginia Journal of international law*, Vol. 31(1991), p. 158.

ニーノ事件⁶²⁾では、甚だしい人権侵害を理由に裁判権の行使が否定された。ウルグアイに住んでいたイタリア人につきアメリカ警察は、ウルグアイ政府の協力を得てブラジル国境付近で被疑者の引渡しを受けたが、その後にひどい拷問が行われた⁶³⁾。裁判所はこのことが連邦憲法修正第14条に違反するとして、すなわち適正手続きの概念を拡大して逮捕の違法性を認定した⁶⁴⁾。裁判所は「適正手続きは今日、法執行機関が被告人の憲法上の権利に対する甚だしく不必要で非合理的な侵害を行った場合、裁判所の管轄権行使を差し控えることを要求しているものとみる」としたのである⁶⁵⁾。これによって適正手続き違反に言及するカー・フリスビー原則は甚だしい人権侵害があった場合には適用されないという修正をうけ⁶⁶⁾、新しい理論が打ち出されたと説明される。

(2) 刑事法理論による例外の法理

冒頭にも述べた通り *mcbd* 原則は確立していると言われているが一方で一部の国においては異なる判決が下されており、それはしばしば「新たな傾向」や「異なる判決」として紹介される⁶⁷⁾。それはハートレイ事件⁶⁸⁾に始まる「手続きの濫用 (abuse of process) 理論」とエブラム事件における「クリーンハンズ (clean hands) 原則」である。ただし *mcbd* 原則そのものに対するアプローチが変わったということではなく原則の適用による弊害を除去するための例外と位置付けるのが適切であろう。

まず手続きの濫用理論について、裁判所は違法な逮捕によって連行した被疑者に対して裁判権を有するが限られた状況においては裁判権を差し控えることができるとする判決が下されるようになった。

その先駆けとなったのがニュージーランドのハートレイ事件⁶⁹⁾である。ハートレイ事件は

⁶²⁾ *United States v. Toscanino*, 500 F. 2d 267(2d Cir. 1974).

⁶³⁾ *Ibid.*, p. 268.

⁶⁴⁾ *Ibid.*, p. 276.

⁶⁵⁾ *Ibid.*, p. 275.

⁶⁶⁾ Henkin, *supra* note 9, p. 885; John M. Harmon, Assistant Attorney General Office of Legal Counsel, “Extraterritorial Apprehension by the Federal Bureau of Investigation”, *Opinions of The Office of Legal Counsel of the United States Department of Justice*, Vol. 4(1980), p. 545.

⁶⁷⁾ Malcolm N. Shaw, *International Law, 7th edition*(Cambridge University Press, 2014), p. 495; Gordon Modarai, “David O’Connell, Timothy Kelly, James Farrant, Seizure of Abu Anas Al-Libi: An International Law Assessment”, *International Law Studies*, Vol. 89(2013), p.830; Wilske, *supra* note 50, p. 217.

⁶⁸⁾ *Regina v. Hartley*, 2 NZLR 199(1978).

⁶⁹⁾ *Regina v. Hartley*, *ibid.* 一般にこのような裁量を用いた理論の最初の判決がハートレイ

非公式の引渡しが問題となった事件であるが、逮捕が違法であるから裁判権は否定されるとの主張に対して裁判所は裁判権の問題 (*the issue of jurisdiction*) と裁量の問題 (*the issue of discretion*) を区別して述べた⁷⁰⁾。

前者の裁判権の問題について、裁判所は本件において裁判権を行使できるとした⁷¹⁾が、しかし裁判権を有するとの結論だけでは終わらないとして、次に裁量の問題について以下のように述べた。

「現在の状況では、ニュージーランドの市民は、国から去ることによって刑事責任を逃れようとしていたといえるかもしれない。警察が逃亡者を連れ戻すために行われるショートカットの有用性がその後には有罪判決を行うことで証明されてきた。しかしこのことは決してその結果が手段を正当化することが十分であるといえるものとはならない。本件で提起されたこの問題は社会における自由の概念全体の根底を成す。」⁷²⁾

非公式の引渡しの有用性を認めつつも、ここにおいて結果が手段を正当化するのではないと述べている。そして以下のように結論付けた。

「裁判所は…〔個人〕は違法にニュージーランドへ連行されたにも関わらずその後合法に自国内で逮捕され法の適正手続きに則って裁判にかけられたから、彼を裁く権利を有する。しかし国家当局による不適切な取扱いの証拠が存在する場合、裁判所は1961年刑法347条(3)の下で、または内在する管轄権 (*inherent jurisdiction*) の下で、手続きの濫用 (*abuse of…process*) を防ぐための裁量を有している。」⁷³⁾

つまりここにおいて裁判所は確かに彼を裁く管轄権を有するけれども、しかし国家による不適切な取扱いが存在した場合、自己の裁量によって裁判権の行使を差し控えることができるというのである。これまで *mcbd* 原則を適用することで被疑者による抗弁を退けてきたのに対し、確かに新たな理論を用いることで異なる結果を導いている。

事件であると言われているが、ただし前述のトスカニーノ事件判決においても、詳しく言及されていないが「裁量として (*in its discretion*)」裁判権の行使が否定されるとの結論が述べられていた。 *United States v. Toscanino, supra* note 62, p. 281.

⁷⁰⁾ *Regina v. Hartley, supra* note 68, p. 215.

⁷¹⁾ *Ibid.*

⁷²⁾ *Ibid.*, pp. 216-217.

⁷³⁾ *Ibid.*, p. 200.

そしてこれに依拠してイギリスではマクソン事件⁷⁴⁾において、オーストラリアではレビンジ事件⁷⁵⁾においてこの理論が採用された。イギリスではその後ドライヴァー事件⁷⁶⁾で *mcgd* 原則が適用され裁判権が行使されたが、更に以下の事件において裁判所の裁量の理論が再び採用された。

しばしば学説においても言及されるイギリスのベネット事件⁷⁷⁾は以上の理論と同様に、裁判所は裁判権を有するがそれを行使しないという裁量をも有するとした事件である。これについて裁判所は以下のように述べた。

「裁判所は、被疑者が管轄権内に連れてこられそしてその結果逮捕され裁判されることになった、訴追それ自体が不適切な行動に関わった場合、限られた状況において救済を承諾する残余的裁量 (residual discretion) を有する。…」⁷⁸⁾

これは前述のハートレイ事件に類似の判決であるといえることができる。以降この理論は「手続きの濫用理論」として⁷⁹⁾、これまでの立場を考え直すものだと評価されている⁸⁰⁾。

手続きの濫用理論はその後ジンバブエにおけるベアハン事件⁸¹⁾においてやや強化されたかたちで採用された。裁判所の判決は以下の通りである。

「裁判所は、亡命国より訴追国の使節が拉致したことによって被告人が管轄権内に所在している場合、管轄権の行使を控えるべきである (should decline)。なぜなら拉致行為は国際法において亡命国の主権を侵害することになるからである。」⁸²⁾

⁷⁴⁾ *Regina v. Bow Street Magistrates(ex parte Mackson)*, 75 Crim. App. 24(1981).

⁷⁵⁾ *Levinge v Director of Custodial Services, Department of Corrective Services*, 89 FLR 133(1987).

⁷⁶⁾ *R v Plymouth Magistrates' Court and others(ex parte Driver)*, All English Reports, Vol. 2(1985), p. 681.

⁷⁷⁾ *R v. Horseferry Rd. Magistrates' Ct(ex parte Bennett)*, All English Reports, Vol. 2(1993), p. 474.

⁷⁸⁾ *Ibid.*, p. 475.

⁷⁹⁾ Paulussen, *supra* note 48, pp. 167-168.

⁸⁰⁾ Amnesty International Publications, *Eichmann Supreme Court Judgment 50 Years on, Its Significance Today*, IOR 53/013/2012(2012.07), pp. 18-19.

⁸¹⁾ *Beahan v. State*(1991), *International Law Reports*, Vol. 103(Cambridge University Press, 1996), p. 203.

⁸²⁾ *Ibid.*

裁判所はベネット事件同様、管轄権が裁判所に存在することを肯定した上で⁸³⁾、他国の領域主権に配慮して裁量をもって裁判権の行使を控えるものとしている⁸⁴⁾。なお本件においては被疑者所在地国であるボツワナとの間に国際法違反は存在しておらず、裁判所が裁判権を行使しない理由がないとして裁判権を肯定している⁸⁵⁾。

以上述べたように一般的には以上の現象は *mcbd* 原則に対する立場の変更として紹介されているが本当にそうだろうか。裁判所は *mcbd* 原則に言及し逮捕の違法性が直ちに裁判権を否定するといったような理論展開はしていない。むしろ一旦は裁判所に管轄権が所在することを認め、つまり *mcbd* 原則の立場を維持した上で裁判そのものを禁止する法理の適用を理由に裁判権を退けたのである。そもそもここで主張される手続きの濫用理論は、*mcbd*原則をめぐる問題に限らずなんらかの理由に基づいて⁸⁶⁾裁判の打ち切りを求めることができるという理論である⁸⁷⁾。この理論の誕生は *mcbd*原則の問題にあつたのではない。イギリスではコネリー事件において初めて論じられて以降、激しい議論を巻き起こしながらも発展してきた⁸⁸⁾。*mcbd*原則の問題を語る上でハートレイ事件がその先駆けとして位置づけられてきたが、ハートレイ事件はイギリスのコネリー事件などを先例として裁判所が手続き打ち切りのための固有の権限を有することを認めたものである⁸⁹⁾。したがって *mcbd*原則を維持したまま新たに登場した国内法上の法理によって裁判そのものが退けられるから裁判権を行使しないとしたのであつて *mcbd* 原則に対する立場を変えたものではないのである。

そして次にクリーンハンズ原則も *mcbd*原則に対する例外の法理として位置づけられる。南アフリカにおけるエブラハム事件⁹⁰⁾は伝統的 *mcbd*原則を修正し、一定の場合には逮捕の態様によって裁判所は管轄権を持たないとした事件であり、唯一の例外的判決だと言われている⁹¹⁾。確かにこれまでの判決と異なり、裁判所は「…コモンローに合致するように、裁

⁸³⁾ *Ibid.*, p. 203.

⁸⁴⁾ *Ibid.*, p. 216.

⁸⁵⁾ *Ibid.*, p. 216.

⁸⁶⁾ 既に先行研究において類型化されている。それには「①犯罪の嫌疑の不十分を理由とするもの、②訴追裁量の逸脱あるいは濫用を理由とするもの、③捜査の手続きの違法性を理由とするもの」が含まれる。指宿信『刑事手続打ち切り論の展開—ポスト公訴権濫用論のゆくえ』(日本評論社、2010年)3頁。

⁸⁷⁾ 同上。

⁸⁸⁾ 同上、56-58頁。

⁸⁹⁾ 同上、62頁。

⁹⁰⁾ *State v. Ebrahim*(1991), *International Law Reports*, Vol. 95(Cambridge University Press, 1994), p. 417.

⁹¹⁾ 村瀬「前掲論文」(注6)134頁。

判所は上告人を裁く管轄権を有しない (did not have)」としている⁹²⁾。これについて裁判所は次のように説明している。

「個人は違法な逮捕および拉致から保護されなければならない。管轄権の境界は越えてはならない。国際法の主権は尊重されなければならない。法プロセスもそれによって影響を与えられる者に対して公平でなければならないし、司法システムの尊厳と高潔さを保護し促進するために、法プロセスの悪用は回避されなければならない。…刑事事件における紛争のような、国家自身が当事者となる場合、…『クリーンハンズな』裁判所 (court “with clean hands”) でなければならない。国家自身が…国境を越えた拉致に関与していた場合、その手段は正当であるとは言えない。」⁹³⁾

ここでは裁判所は、人権の保護、領域主権の尊重、良好な国際関係、健全な司法という四つの価値を示している。これらの観点から国家行為の手段が正当であると言えなければ裁判所は管轄権をもたないとしているのである。mcbd原則と対立的な立場を示したものだと言われる⁹⁴⁾がクリーンハンズ原則についても、前述同様のことがいえる。つまり mcbd原則は維持した上で新たに登場した国内法上の法理によって裁判そのものが否定されるから裁判権を行使しないとしたのであって mcbd 原則に対する立場を変えたものではないのである。

以上のことからこの二つの法理による裁判権の否定は、そもそも mcbd 原則の立場を否定するものでも異なる立場を示したものでもなく、これらの法理は mcbd 原則の例外として機能する法理である。これらの法理によって公訴の棄却がなされれば mcbd 原則の適用による弊害を排除する合理的法制度が構築され得る。これは裁判を禁止する法理がない限りは逮捕の違法性によって裁判権が否定されないとする mcbd 原則となんら矛盾するものではないのである。そしてここに、主権の残余原理なる mcbd原則とその弊害を排除する限定的な例外の法理の構図が浮かび上がる。

V. 結びにかえて

特別送致による身柄の確保が行われた場合にそれに対して裁判を行うことができるかと

⁹²⁾ *State v. Ebrahim*, *supra* note 90, p. 445.

⁹³⁾ *Ibid.*, p. 442.

⁹⁴⁾ Shaw, *supra* note 67, p. 494; Andrew J. Calica, “Self-Help Is the Best Kind The Efficient Breach Justification for Forcible Abduction of Terrorists”, *Cornell International Law Journal*, Vol. 37(2004), p. 414; Manuel R. Garcia-Mora, “Criminal Jurisdiction of a State over Fugitives Brought from a Foreign Country by Force or Fraud: A Comparative Study”, *Indiana Law Journal*, Vol. 32(1957), p. 446.

いう問題は裁判権の行使の合法性を問うものであるから、分析の対象となる国家実行は自ずと各国の国内裁判の判断が多く、国際法と国内法の問題が混在する。逮捕の違法性が主張される場面は複数あり適用される法規範によって論点もいくつも生じうるから、問題は一層複雑化していく。その中で *mcbd* 原則という根本的な原則に焦点を当てるためには、*mcbd* 原則がいかなる根拠に基づくものであって、論点の所在がどこにあるのかを把握する必要がある。本稿では *mcbd* 原則は禁止規範の不存在に根拠を有するものであるとして主権の残余原理がその根底にあると評価した。そして国際法によって明示には禁止されていない国家行為も今日では国際社会の共通利益に反しないことが条件とされつつあることを鑑みて、*mcbd* 原則においても同様の現象が起きているとみた。*mcbd* 原則はその例外の法理を伴って国際社会の共通利益に配慮した進化を遂げている。すなわち、*mcbd* 原則は今日においても常に前提としてはたらし、裁判権を否定する法規範または法理の適用によって排除されることがある。

原則に対する例外の法理を検討する中では *mcbd* 原則の意義である刑事事件における犯罪処罰の利益と、*mcbd* 原則の機械的適用によってもたらされる逮捕の違法性が害する利益—国家主権や個人の人権など—の均衡性を十分考慮に入れる必要がある。実際の裁判の判断を積み重ねていくことでこの均衡の合理的判断基準を見出すことが求められよう。