

国際刑事法廷の設置根拠による人的免除への影響 — 「侵略犯罪のための特別法廷」設置案の検討

越 智 萌

はじめに

2022年2月にロシアによるウクライナへの軍事侵攻が開始されて以来、ウクライナ国内および国際的に、「侵略犯罪のための特別法廷」(Special Tribunal for the Crime of Aggression (STCoA))の創設を求める声が高まっている。その理由は、国際刑事裁判所 (ICC) が本件では侵略犯罪について管轄権を行使できないこと¹⁾、および、1990年代の旧ユーゴスラビア国際刑事法廷 (ICTY) やルワンダ国際刑事法廷 (ICTR) のときとは異なり、国際連合 (国連) 安全保障理事会 (安保理) の決議によって特設法廷が設置される見込みがないことがある。

侵略犯罪のための特別法廷の提案の最初のもの、2022年2月28日にフィナンシャル・タイムズ紙に掲載されたサンズ (P. Sands) の記事である²⁾。その後2022年3月4日、40名近くの法的および政治的著名人が、ウクライナに対する侵略犯罪の処罰のための特別法廷を創設することを求める共同声明に署名した³⁾。また、米国の民間組織によって作成された「ウクライナ高等戦争犯罪法廷の法案」(侵略犯罪を含む)、グローバル・アカウンタビリティ・ネットワークが提案した「侵略犯罪に関するウクライナ特別法廷の設置に関する考慮事項」など、他の同様のイニシアチブが取られた⁴⁾。そのほか、ウクライナ、欧州評議会 (CoE)⁵⁾、北大西洋条約機構 (NATO)⁶⁾、欧州安全保障協力機構 (OSCE)⁷⁾、欧州議会⁸⁾、米国の特別法廷の設置を支持している。これに対し批判的意見としては、ICC 検察官カーン氏は、ICC が最適なフォーラムであるとし、「断片化を回避すべき」であると述べている⁹⁾。また複数の研究者からは、実効性や必要性について疑義が呈されている¹⁰⁾。

2023年2月2日には、キーウでのウクライナのゼレンスキー大統領との共同記者会見で欧州委員会委員長が、「ウクライナ侵略犯罪の訴追のための国際センター」(ICPA)の立ち上げを発表した¹¹⁾。この国際センターは、侵略犯罪でロシアを訴追するための証拠の収集を調整し、共同捜査チーム (JIT) の制度内に組み込まれる。このように、侵略犯罪に関する特別法廷の

議論は現実味を増している。

しかし、侵略犯罪に関する国家の管轄権には、現職の国家元首等に対する人的免除という法的障壁の問題がある¹²⁾。他方で、人的免除には、「特定の国際裁判所」における例外があるとされてきた¹³⁾。いかなる「特定の国際裁判所」であれば免除が適用されないのか、については不明瞭な点も多く残る。この法的問題を回避するために、ウクライナに対する侵略犯罪特別法廷に関しては、その法的設置根拠の形式を重視し、国連総会決議による設置という高いハードルの設置を勧告する見解が多数見られる¹⁴⁾。

本稿では、このような侵略に関する特別法廷設置の議論に際し、その前提となっている、人的免除に関する「特定の国際裁判所」例外の理論構造と、裁判所設置根拠法との関連を整理することを目的とする。そのため本稿は、国際裁判所における人的免除の問題に限定する。また、国際裁判所への引渡のための各国家による逮捕と不可侵 (inviolability) の問題 (管轄権代理論) に関する議論も射程外とする。以下では第1に、侵略犯罪に対する特別法廷の設置方法に関する諸案と法的問題を紹介した上で、第2に、「特定の国際裁判所」における人的免除の否定の理論的根拠を分析する。第3に、主権平等基礎論に基づく免除が適用されない「特定の国際裁判所」の条件を検討し、今後の検討課題について付言する。

第1節 侵略犯罪のための特別法廷案

第1項 特別法廷設置モデル

設置方法の案として多様な方法が提案されてきた。これまでの議論をまとめた2023年2月のジャスティス・イニチアチブの報告書では、国連総会モデル、完全地域モデル、多角的モデル、国際化モデルの4つが紹介されている¹⁵⁾。

(1) 国連総会モデル

第1に、国連総会決議に従った、国連とウクライナの間、またはウクライナと地域的機構 (欧州連合 (EU) および/または CoE) との間の合意による設置が提案されている (国連総会モデル)。ウクライナ、および多くの研究者がこの案を支持している¹⁶⁾。

国際司法裁判所 (ICJ) 経費事件勧告的意見では、国連総会は「強制的または執行行為」は取れないとしつつも、関心ある国家の同意により実施を要請した場合、司法機関を創設することはできることを確認している¹⁷⁾。

国連総会モデルはシエラレオネ特別裁判所 (SCSL) に類似する。2000年、国連平和維持要員が反政府武装組織に拘束された事件等をうけ、シエラレオネのカバー大統領が国連安保理に対し、国内の司法制度の限界と裁判の重要性を訴えた¹⁸⁾。国連安保理は2000年8月14日に

決議 1315 を採択し、国連事務総長に交渉の権限を与えた。交渉の末、2002 年 1 月 16 日に国連とシエラレオネ政府の間で「シエラレオネのための特別裁判所の設立に関する協定」が締結された。同協定の付属文書である規程を根拠として、SCSL がフリータウンに設置された¹⁹⁾。

ロシアによるウクライナ侵攻に対して国連総会は、2022 年 3 月 1 日のロシア非難決議において、「憲章 2 条 4 項違反のウクライナに対するロシアによる侵略を最も強い文言で非難する」との文言を賛成多数で可決したものの、刑事訴追に対する言及は行っていなかった²⁰⁾。2023 年 2 月 16 日の決議ではさらに踏み込み、「国内または国際レベルでの適切、公正かつ独立した調査および訴追を通じて、ウクライナの領土で実行された国際法上の最も重大な犯罪に対するアカウントビリティを確保し、すべての被害者に対する正義と将来の犯罪の防止を確保する必要性を強調する」としたが、侵略の犯罪としての性質や、特別法廷の必要性への言及は行われていない²¹⁾。最も望ましいとされる設置方法でありながら、国連総会の多数の合意が得られるかが課題となる。

（2）完全地域モデル

第 2 に、ウクライナと地域的機構との間の合意による国連総会の決議なしの設置が考えられる（完全地域モデル）。地域的機構の権限による刑事司法権の場合では、国連の場合と異なり、当該刑事司法権の判例および命令に拘束され得る国は、当該地域的機構の構成国に限られてくる点が特徴であるといえる。その刑罰権の理論的説明としては、主要な対象国自身の刑罰権であると一般的に理解されてきたが、合意当事者となった地域的機構加盟国の刑罰権が移譲されたものという考え方もできる。

この事例として、特別アフリカ裁判部（EAC）の実践があげられる。在任中に中核犯罪を行ったとされるチャドの元大統領ハブレに対する裁判を行うために、2012 年 8 月 22 日に、セネガルとアフリカ連合（AU）の間で、「セネガル裁判所内の特別アフリカ裁判部の設立に関するセネガル共和国政府と AU の間の合意」が結ばれた。同協定に基づき、EAC がセネガルの国内裁判所内に設置された。EAC は、犯罪行為地国や犯罪実行者国籍国であるチャドではなく、ハブレの亡命先であったセネガルの国内裁判所内に設立されたため、普遍的管轄権のみに依拠する初めての「国際化された裁判所」とであると評価されている²²⁾。

ロシアによるウクライナに対する侵略のための法廷に関する協定を結ぶ地域的機構の候補として、CoE と EU があがっている。CoE は 2022 年 4 月の決議で侵略犯罪に管轄権を有する特設法廷をストラスブールに設置するために努力することを諸国に求めた²³⁾。このような法廷の設置は、CoE の権限の範囲内の行為であり、権限踰越には当たらないとの見解がある²⁴⁾。

他方、EU については、過去のコンソボにおける活動が参考になるものの、そもそも侵略について特設法廷を設置する権限があるかについて疑義が呈されている。2008 年 2 月のコンソボ独

立に伴い、コソボにおける機能を失ったセルビアの司法機関の代わりに司法の運営を担っていた国連コソボ暫定行政ミッション (UNMIK) の任務が、同年 12 月に「コソボにおける EU 法の支配ミッション」(EULEX) に引き継がれた。このように、EU はコソボにおける特設の法廷に類する司法支援の設置の実績があるものの、欧州議会の 2022 年 5 月の決定では、ウクライナに対する侵略に関しては、国連や CoE との合意による設置を支援する姿勢がとられている²⁵⁾。

(3) 多国間モデル

第 3 に、ウクライナと他の諸国との間の協定による設置があげられる (多国間モデル)。多国間条約に基づく刑事司法機関は、国際機構にあたると考えられている。したがって、当該機構の設立文書、慣習国際法および当該機構自身が当事者となる条約に拘束される。また、設立される国際裁判所の規程が、その係争事件に適用される。第 2 次世界大戦後にナチス高官らを裁いた国際軍事法廷 (IMT) の設立文書は多国間条約であるロンドン協定であるが、裁判所規程は IMT 憲章である。ICC の場合には、ICC 規程が設立文書および裁判所規程の機能をもつ。

多国間条約に基づく刑事司法権固有の困難として、当該司法権の判決や命令に拘束され得るのは基本的に当該多国間条約の締約国であり、その判決の履行や手続に対する諸国の協力を確保できる範囲が限られることがあげられる。この点、IMT と ICC の性格には、大きな違いがあるといえる。IMT は、戦勝国による敗戦国に対する処罰の性格が強かったため、ドイツはロンドン協定の締約国ではないにもかかわらず、IMT はドイツによる判決の履行および協力を確保することが可能であった。このような占領下での特殊な状況により、IMT では、判決の履行確保や協力確保は重大な問題とならなかった。一方、ICC は普遍的な刑事司法権としての成立が目指されたことから、ICC にとっては、公平で客観的な刑事司法機関として正当性を保つことが重要となる。そのため、特定の国家に対する差別的取扱いや、国家が同意しない強制力の行使は回避される。その結果、多国間条約に法的根拠を有することから必然的に生ずる、判決の履行確保および協力確保に伴う困難にそのまま直面することになった。

ウクライナに対する侵略のための特別法廷を多国間条約で設置する場合にも、当該条約の当事国のみを拘束することから、当事国となる国の範囲が問題となる。

(4) 国際化モデル

第 4 に、ウクライナの国際化された法廷としての設置である (国際化モデル)。中核犯罪を自国の刑法典に取り込むことで中核犯罪に対する刑事司法権が創設される場合、通常の国家の刑事司法権とこのような刑事司法権の差は、国家の刑罰権が中核犯罪に対して行使されるという点に限られる。法的根拠が国内法であるため、国家の主権に基づく権限に含まれ、基本的な

適用法は自国の国内法である。したがって、国際法による規律が及ぶのは、国際法の国内適用の仕方による。また、中核犯罪訴追を行う特別裁判部が設置されたとしても、これは他国から見れば当該国家の国家機関である。中核犯罪訴追を行う国内的な刑事司法権は、このように、国家の権限の一部と見做されるため、その判決や命令に拘束され得るのは、当該国家の国内法で定める範囲によると考えられる。

この事例としては、カンボジア特別裁判部（ECCC）があげられる。2003年にカンボジアはECCCをプノンペン郊外に設立した。ECCCの直接の法的根拠は国内法である「カンボジア特別法廷に関する法」（ECCC法）であるが、国際的な協力については「民主カンプチア期に行われた犯罪のカンボジア法に基づく訴追に関する国連とカンボジア王国政府の間の合意」（ECCC協定）に規定されている²⁶⁾。また、国内司法権に基づくものの、国外に設置され、国際裁判官のみで運営されるタイプの国際刑事司法機関も見られる。EULEXによる統治終了後、2015年8月3日コソボで採択された法第05/053号（KSC法）により、コソボ専門家裁判部（KSC）と専門家検察局（KSPO）の設置が決定された。KSCとKSPO最大の特徴は、コソボの司法システム内にあるにもかかわらず（KSC法1条）、コソボだけでなく、受入国であるオランダのハーグにもその機能が置かれていることがある²⁷⁾。また、KSCの裁判官はすべて国際裁判官であり、国際刑事裁判の経験を有する国際裁判官2人を含む3人の国際職員により構成される選定委員会によって選出される（同28条）。このように、国内法に基づく刑事司法権が運営する刑事司法機関の中には、国際職員を交えた特別裁判部および特別検察局の設置に見られるように、国際的な要素をもつものが見られる。

ウクライナは自国の刑法に侵略犯罪を有している²⁸⁾。しかしウクライナ大統領府は、ロシア侵略犯罪を調査するためのツールとして、いわゆる「ハイブリッド法廷」を創設するという考えは、現職のロシア大統領プーチン氏や外相であるラブロフ氏らの免除の剥奪につながるという保証を与えない²⁹⁾ために容認できないと宣言している。

第2節 「特定の国際裁判所」における人的免除の否定

第1項 手続的な「公的資格の無関係」

ウクライナに対する侵略犯罪のための特別法廷の設置におけるもっとも重要な法的論点としてあげられているのが人的免除である。2002年ICJ逮捕状事件で、「国家元首、政府の長、外務大臣」（いわゆるトロイカ）の他国の裁判所における人的免除が確認された³⁰⁾。国連国際法委員会（ILC）は2013年の報告書で、在任中にのみ人的免除を享有する政府高官の3つのカテゴリー（国家元首、政府の長、外務大臣）を特定する3条項の草案を暫定的に採択した³¹⁾。ロシアによるウクライナ侵略を対象としようとする今般の特別法廷は、必然的にこの

ような人的免除を享有する個人を対象とすることが想定される。

しかし逮捕状事件で ICJ は、手続的な免除がなく刑事訴追され得る場合として、「現職または前外務大臣は、管轄権を有する特定の国際的な刑事裁判所 (certain international criminal courts) における刑事訴追の対象となり得る。例として安保理の国連憲章第 7 章下の決議によって設置された ICTY、ICTR、および 1998 年のローマ条約によって設立される将来の ICC があげられる」(強調筆者)として、特設法廷と ICC を例示している³²⁾。この判断は、「国内裁判での完全免除」と「国際裁判での免除拒否」という帰結を招いた³³⁾。以下、このような人的免除のない裁判所を、「特定の国際裁判所」と呼ぶ。

特定の国際裁判所における人的免除の不適用は、国際的な裁判所が必要とされた背景事情により、2000 年代に入るまで問題となってこなかった。主権国家体制が成立した後の近代国際法において、国際的な刑事裁判について初めて明確に規定した条約である 1919 年の「同盟及 联合国ト独逸国トノ平和条約」(ベルサイユ条約) 227 条では、「国際道義ニ反シ條約ノ神聖ヲ 瀆シタル重大ノ犯行ニ付前獨逸皇帝「ホーヘンツォルレルン」家ノ維廉二世ヲ訴追ス」るため、「特別裁判所ヲ設置シ被告ニ對シ辯護權ニ必要ナル保障ヲ興フ」ことを定めた。これは、「世界 に対して誰であろうと論駁ができないように、これほどまでに極悪な性格を持つ罪は、それら の罪を犯した罪人個人の地位がいかに高くとも、そのままにしておくことができないといふこ とを示」すことを一つの理由とするものであった³⁴⁾。しかし、皇帝の亡命先であるオランダ が罪刑法定主義等の観点からの引渡を拒否したために裁判は実現しなかった³⁵⁾。

実際に第 2 次世界大戦後のドイツの高官らの訴追を実施した IMT 憲章 7 条は、「国家元首で あるか政府機関の責任ある役人であるかを問わず、被告人の公的地位は、彼らを責任から解放 または刑罰を軽減するものとして考慮されない」ことを明示した。また極東国際軍事法廷 (IMTFE) 憲章 6 条では、「何時たるとを問はず被告人が保有せる公務上の地位、若は被告人 が自己の政府又は上司の命令に従ひ行動せる事實は、何れも夫れ自体当該被告人をして其の間 擬せられたる犯罪に対する責任を免れしむるに足らざるものとす」とし、現代の上官命令抗弁 と並んで確認されていた。

その後「公的資格の無関係」と呼ばれるこの原則は、ニュルンベルク原則第 3 原則や³⁶⁾、数々 の「人類の平和と安全に対する罪の法典」草案などに受け継がれた。1990 年代に入り ICTY 規程の「個人の刑事責任」と題された 7 条の 2 項は、「国家元首、政府元首、または責任ある 政府高官であるかどうかにかかわらず、被告人の公的地位は、その者の刑事責任を免除また は刑罰を軽減することはない」と定めた。ICTY と同様に安保理決議で設置された ICTR 規程 6 条 2 項、国連総会モデルにより設置された SCSL 規程 6 条 2 項、完全地域モデルの EAC 規程 9 条 3 項、および国際化モデルの KSC 規程 16 条 1 項 (b) は、いずれも同様の文言を採用し ている。他方、国際化モデルの ECCC 法 29 条 2 項では、「被疑者の地位または階級は、その

者の刑事責任を軽減又は刑罰を軽減しない」と簡略化された文言を用いている。

「公的資格の無関係」の原則が手続的な免除規則、しかも事項的免除だけでなく人的免除にも及ぶことを明示したのは、ICC 規程 27 条のみである。同条 1 項は「この規程は、公的資格に基づくいかなる区別もなく、すべての者についてひとしく適用する。特に、元首、政府の長、政府若しくは議会の一員、選出された代表又は政府職員としての公的資格は、いかなる場合にも個人をこの規程に基づく刑事責任から免れさせるものではなく、また、それ自体が減刑のための理由を構成するものでもない」とし、従来からある事項的免除の不適用を確認している。さらに同条 2 項は、「個人の公的資格に伴う免除又は特別な手続上の規則は、国内法又は国際法のいずれに基づくかを問わず、裁判所が当該個人について管轄権を行使することを妨げない」とし、人的な免除規則もこの裁判所では適用されないことが宣言された³⁷⁾。

第 2 項 人的免除否定の理論的根拠

ICJ 逮捕状事件判決が示した、人的免除制度に対する「特定の国際裁判所」例外の理論的根拠については複数の見解がある。多数説と見られるのは、裁判所規程への直接的または間接的な同意に基づく免除放棄を前提とする放棄論 (waiver theory) である。他方、放棄以外を根拠とする理論は、人的免除がその他の理由で特定の国際裁判所においては適用されないとするものといえる。これを便宜的に不適用論と呼ぶ。いずれをとるにしても、その理論的説明は、人的免除制度の理論的基礎によって異なる。人的免除制度の理論的基礎には、機能主義／不干渉原則に求めるものと、主権平等原則に求めるものに大別できる。以下、前者を不干渉基礎論、後者を主権平等基礎論と呼ぶ。

(1) 放棄論

放棄論は、「特定の国際裁判所」規程への国家の同意を免除否定の根拠と考える³⁸⁾。例えば IMT や IMTFE については非占領国と占領国との合意、ICTY や ICTR であればその規程が国連安保理決議の効果により国連加盟国すべてに拘束的なものになること、および ICC については締約国に関してローマ規程批准時に免除放棄をしているととらえることで、人的免除の不適用を説明するものである³⁹⁾。

放棄論をとる場合には、対象国が当該国際裁判所設置根拠法に拘束されるか、または免除否定規定に同意したと推定されるかが決定的となる⁴⁰⁾。この視点では、例えば対象国が加盟する国際機構と第三国との同意で設置された国際裁判所の規程 (EAC 型) に免除不適用規定がある場合に、そのような同意が推定されることになろう。ただ、国連加盟国の場合であれば、国連総会決議で国連と第三国との間で国際裁判所設置が決定された場合 (SCSL 型) で、国連総会決議案に反対票を投じた国の扱いが問題となる。

放棄論は、国際的な裁判所であっても、国家の人的免除放棄の同意がない限りは免除があることを前提とする。そうでなければ、論理的にそもそも放棄する人的免除がないことになってしまうためである。これは、不干涉基礎論に立てば、中核犯罪に対する管轄権を有する国際的な裁判所であっても、国家元首への免除を尊重しなければ対象国の管轄事項への干渉または機能を阻害するため、これを防止する必要があるとの前提に立つものと考えられる。他方、主権平等基礎論に立てば、国際的な裁判所であっても、複数国の主権が譲渡されたものであり、多数の国の合意で創設されたとしてもその裁判所は複数の他の国家の主権の寄せ集めにすぎず、第三国との主権平等原則に拘束されることが前提となっている。しかし、人的免除はその重要性に鑑み明示的にのみ放棄され得るとされる一方⁴¹⁾、逮捕状事件での判示は、規程内における明示的な免除放棄規定の存在を前提とするものではなく、単に「管轄権のある」「特定の国際刑事裁判所」としている点で、放棄論とは整合しないと指摘されている⁴²⁾。また、国際的な裁判所の独立性と公平性から、特定国の機能を阻害する目的で管轄権行使することはないことや、ICTYやICTRが人的免除に関する規定を置いていないのに国家の同意を推定することはできないとの批判がある⁴³⁾。

(2) 不適用論

(a) 不干涉基礎論

機能主義／不干涉原則を人的免除制度の基礎とする考え方は、国家の機能的必要性に対する干渉を禁止することを人的免除制度の基礎とするものと考えられる。ICJ逮捕状事件では、人的免除は「個人的な利益のために付与されたものではなく、それぞれの国に代わってその機能を効果的に遂行することを確保するため」に付与されているとした⁴⁴⁾。この立場からは、人的免除は、国家の国際関係の実施に対して主要な責任を負う公務員に付与され、国際関係および国際協力の円滑な実施には国家間の効果的なコミュニケーションプロセスが必要であるという認識に基づいている⁴⁵⁾。

不干涉基礎論は、事項的な理由により人的免除が否定されるという構成をとる。裁判所自体が免除排除の根拠ではなく、これらの裁判所が管轄権を有する犯罪類型について免除が排除されているという、管轄犯罪の特徴を理由とする考え方である。対象犯罪の性質を根拠とする考え方は、初期の国際刑事判例での立場といえる。IMT判決では、「特定の状況下で国の代表者を保護する国際法の原則は、国際法によって犯罪とされる行為には適用できない。これらの行為の起草者は、適切な手続 (appropriate proceedings) で処罰を免れるために、公的な立場から隠れることはできない。…戦争法に違反した者は、国家がその行為を認可する際に国際法に基づく権限を逸脱した場合、国家の権威に従って行動している間は免除を得ることができない」としていた⁴⁶⁾。

ICTY ミロシェビッチ事件では、「現時点で国際慣習法の規則を反映している7条2項の有効性に異議を唱える根拠はまったくない」と述べ、その根拠に、IMT や IMTFE の憲章や ILC の条文草案、ピノシェ事件における判示等を挙げた上で、「国家元首は、国際裁判所が管轄する犯罪に関して、刑事責任の障害としての彼の公式の立場を主張できないという規則の慣習的な性質」を確認している⁴⁷⁾。この判示は、免除否定の根拠は「国際裁判所が管轄」している事実ではなく、「国際裁判所が管轄している犯罪」に関して、免除が否定されるという論理構成をとっていることが分かる。

このような考え方は、「適切な司法手続における訴追または処罰に関する手続上の免除がないことは、実質的な免除または抗弁がないことの本質的な帰結である」という ILC が示した考え方に基づくものと思われる⁴⁸⁾。特定の重大犯罪については強行規範違反であり、犯罪の訴追義務自体もその規範内容に含まれているとする規範階層理論（normative hierarchy theory）や⁴⁹⁾、特定犯罪について訴追または引渡義務を設定する特別法たる条約上の義務が一般法である免除原則に優先するとする管轄権規定免除排除説がある。しかし、規範階層理論も管轄権規程免除排除説も、その理論的問題が指摘されている⁵⁰⁾。

（b）主権平等基礎論

主権平等基礎論は、人的免除の理論的根拠を、国家主権の対等性を前提として *Par in parem non habet imperium*（対等なものは互いに対して主権を持たない）との法諺に依拠する。そのため、論理的には、国家ではない、すなわち対等ではない主体に対しては、免除法理は適用されない⁵¹⁾。結果として、人的免除は「国家ではない」「国際的な裁判所」には妥当しないとする立場と整理できる。

現職の国家元首の免除の問題を扱った国際刑事判例は、すべて主権平等基礎論をとってきたといえる。SCSL の 2004 年テイラー事件は、裁判所において現職の国家元首の人的免除を認めないことを明言した最初の例となった。訴因となっている行為を行ったとされる被告人は、2003 年 3 月 7 日の逮捕状発付時には、現職のリベリア大統領であったが、同年 8 月に辞職している⁵²⁾。SCSL 上訴裁判部は、「国家の主権平等は国際刑事法廷または国家において国家元首が訴追されることを妨げられないという原則は今確立したように見える」とした⁵³⁾。また、その理論的基礎として、「主権免除の原則は、主権国家の平等に由来するものであり、したがって、国家の機関ではなく国際社会から委任を受けている国際的な刑事裁判所とは関係がない」としている⁵⁴⁾。

その後 ICC でも、手続当時スーダン大統領であったアルバシルに対する事件に関する一連の不逮捕案件に対する諸決定で、この問題が繰り返し議論された。2011 年のマラウィ、およびチャドによる非協力事件において第 1 予審裁判部は、国の元首の免除は国際的な裁判所によ

る訴追に対しては援用できないことを確認している⁵⁵⁾。他方で、本件が国連安保理により付託された事例であることもあり、2014年以降の判断では主に安保理の権限、すなわち国連憲章25条および103条の効力として免除の不適用が論じられる傾向があった。

主権平等基礎論を決定的にしたのは、2019年のICCアルバシル事件ヨルダン上訴審判決（アルバシル上訴審判決）である⁵⁶⁾。同判決では、人的免除が慣習法であることを認識しつつ、「この種類の免除は国家の間の文脈において効力を有することを強調することが重要である」とする⁵⁷⁾。また、公的資格の無関係を規定するICC規程27条2項は「慣習国際法の地位を反映するものでもある」とする⁵⁸⁾。さらに、「その管轄権の行使において、国際裁判所において人的免除を認容する慣習国際法の規則の不存在」を確認した⁵⁹⁾。のであって、「したがって、国家の主権的平等に基づく *par in parem non habet imperium* の原則は、ICCなどの国際裁判所に関しては適用されない」と述べて、この判断の論理的補強を行っている⁶⁰⁾。

第3節 主権平等基礎論に基づく免除が適用されない「特定の国際裁判所」の条件

主権平等基礎論からすれば、「特定の国際裁判所」は国家と同等ではなく人的免除がそもそも適用されないので、ICC規程といった公的資格の無関係は宣言的なものでしかない⁶¹⁾。国家元首が免除を享有しえない「特定の国際裁判所」の条件について、長らく議論されてきた。例えば、ジャロー（C. C. Jalloh）は、法廷の設置根拠法、および免除否定に関する権限、または適用する実体法などをあげていた⁶²⁾。その他の見解としては、例えば、クレス（C. Kress）は、第1に、慣習法上の犯罪に事項的管轄権を有すること、第2に、運営を規律する法がすべての国際人権法と適正手続基準を含んでいること、第3に、その創設手続、制度的設計と国際共同体による受容を通じて、1または複数の国、または特定の国家の地域グループから十分に距離を置いていることをあげる⁶³⁾。ただしこれらの見解は提案であり、客観的な立証に支えられたものではない。そこで以下では、判例における論理構成を分析し、「特定の国際裁判所」の条件として提示されているものの内容を明らかにする。

第1項 国際刑事判例における条件

（1）SCSL テイラー判決

SCSL テイラー事件において被告人は、人的免除の例外は安保理決議といった他の国際法規則からのみ引き出すことができる一方で、SCSLはICTYやICTR、ICCとは区別される国家の裁判所であり真に国際的な裁判所ではなく、そのために被告人の免除を尊重しなければならないことを主張した⁶⁴⁾。同事件で法廷助言者（*amicus curiae*）を務めたサンズは、逮捕状事件の例外を前提に、SCSLはシエラレオネの司法機関の一部でも国内裁判所でもなく、むしろ

ICTY、ICTR、ICCと同様の権限と管轄権を持つ条約によって設立された国際裁判所であり、古典的な国際機関に関連する特徴を備えていることを主張している⁶⁵⁾。SCSL上訴部は、SCSLが安保理決議下の義務として、シエラレオネ政府と国連、すなわちすべての国連加盟国との間の合意に基づいて設立されたことをあげる⁶⁶⁾。SCSLが国連安保理によって発行された決議（決議1315）によって交渉が開始された2者間条約による点に言及しつつも、この決議では安保理は憲章7章下で行動していないことを確認している⁶⁷⁾。上訴部はその上で、国連憲章24条1項の下で、「国際の平和と安全の維持に対する責任の下で任務を遂行するにあたり、安保理は国連加盟国に代わって行動する」と述べ、国連とシエラレオネの間のSCSL設置協定は、「国連のすべての加盟国とシエラレオネの間の協定」であり、全体として「国際社会の意志の表明」となったことで、SCSLが「真に国際的」とであると結論している⁶⁸⁾。また、結論に達するにあたり、シエラレオネ国内の司法制度から独立した機関であることあげている⁶⁹⁾。上訴部は、「特別裁判所はシエラレオネの国内裁判所ではなく、シエラレオネの司法権を行使するシエラレオネの司法制度の一部ではない」と判断したとされるノーマン事件での「ハイブリッドとしてのSCSLの説明は、それが2以上の法制度の一部であることを示すものとして理解されるべきではない」との判示を前提としていることにも触れている⁷⁰⁾。

（2）ICC アルバシル上訴審判決

同様に、ICCのアルバシル上訴審判決では、「国際裁判所に対する人的免除を認める慣習国際法の規則がないことは、国内の管轄権と比較した場合の国際裁判所の性格の違いによっても説明できる」とする⁷¹⁾。この「性格の違い」の内容として同判決では、国家の管轄権が「本質的に国家の主権の表現」であること、そしてその効果として「他の国家の主権によって必然的に制限される」ことをあげる⁷²⁾。これとの比較で、国際的な裁判所とは、「国際犯罪を裁判するとき、特定の国家または諸国家を代表して（on behalf of）行動するわけではない」とする⁷³⁾。その上で、「むしろ、国際裁判所は国際社会全体を代表して行動する」としている⁷⁴⁾。

この判示について、以下の2点を指摘できる。第1に、より前提的な議論として、裁判所には「国家の裁判所」と「国際裁判所」の2種類しかないという2元論を前提としていることである。これは、人的免除が適用されない「国際裁判所」かどうかを判断するためには、裁判所の「国際性」を積極的に立証する方法と、裁判所の「国家性」を否定するという消極的な立証方法の両方が利用可能であることを示す。第2に、主権平等原則が適用されない理由として、管轄権行使の目的、すなわち対象犯罪の性質、および、管轄権行使の性質、すなわち非国家代表性を問題にしていると考えられる。

第2項 対象犯罪の性質

第1の管轄権行使の目的、すなわち対象犯罪の性質の要件は、アルバシル上訴審判決が、国家の管轄権が「本質的に国家の主権の表現」であるとし、言い換えれば、国家の刑法を実現することを目的とする行使である場合を、国家性のある管轄権行使ととらえるものである。他方、国際裁判所は、「国際犯罪を裁判する」ことを前提としている。この要件を問題とするならば、裁判所の設置根拠がたとえ国際法であったとしても、管轄権が特定国の国内法上の犯罪の訴追、すなわち当該国の主権の代理を目的とする場合には、人的免除を適用しないための「非国家性」が欠如すると考えられる。

対象犯罪は、当該裁判所の管轄権行使の「目的」の指標となり得る。国際社会全体の関心事とされる中核犯罪の訴追を目的として設置されれば、その管轄権行使の目的は中核犯罪の訴追であり、特定国の刑法の実現とはみなされないからである。それは特に普遍的管轄権の行使の際に主張され得る⁷⁵⁾。しかし、国内裁判所での中核犯罪の訴追は、国際社会の刑罰権の代理行使であるとの主張もあり得るとしても、依然として国家の刑罰権の執行であるとの性質が取り除かれることは現行法では考えにくいと主張される⁷⁶⁾。各国は自国の憲法秩序に従い、自国の刑法を自国の刑事訴訟法に従って実現することが基本である。そのため、中核犯罪を訴追するという「目的」だけでは十分ではないといえる。

他方、裁判所の目的の非国家性は必要条件であると考えられる。アルバシル上訴審判決共同同意意見では、「国際法廷はその業務上、1または複数の国の国内法を適用する必要があるという理由だけで、その性格を失うことはない」と述べ、国際法廷が国内法を適用する可能性があることを明確に強調した⁷⁷⁾。しかし、例えばレバノン特別法廷（STL）の非国家性が問題となろう。STLは、2005年2月14日に起きたラフィク・ハリリ元レバノン首相暗殺事件をうけて、その容疑者の訴追を行うために安保理決議によってハーグに設置された⁷⁸⁾。STLは、ハリリ元首相の暗殺というテロ事件に特化した管轄権を有するため、中核犯罪に対する管轄権は有していない。適用刑法も、テロリズムに関するレバノン刑法典の諸規定である⁷⁹⁾。ただし、STLは国際裁判官と国内裁判官の混合で運営されている⁸⁰⁾。STL自身は、自身の法廷が「国際的な裁判所」であることを強調する⁸¹⁾。しかし、人的免除に関しては、他の裁判所にはある「公的資格の無関係」の規定がない。シャバス（W. A. Schabas）は、この排除が意図的なものである可能性を指摘している⁸²⁾。

第3項 非国家代表性の指標

第2の管轄権行使の性質、すなわち非国家代表性は、アルバシル上訴審判決が国家性のある管轄権を「特定の国家または諸国家を代表」するという性質を持つものと理解する一方で、国際的な裁判所は「国際社会全体を代表」するという性質をもつものとする。

（１）非国家性論

国際社会を代表するとなぜ免除不適用になるのかについて、そのような裁判所は国家ではない、という、非国家性があげられる。非国家性論には、ICCの管轄権の性質の捉え方が影響する。この点についてアルバシル上訴審判決共同同意意見で、「権限を与えた国家の集合主権意思（collective sovereign will）」が裁判所の管轄権の源であり、「国際裁判所としての性格の究極の要素」であると述べている⁸³⁾。また、同意見では、それは「直接または国際機関（安保理など）または国際機関（国連事務総長など、法廷を設置する適切な権限を与えられている場合）による委任の正当な行使を通じて」、権限を与えた国家が様々な方法で集成的な主権の意志を表明できるとしている⁸⁴⁾。

条約により設置された裁判所の「非国家性」は、そのような裁判所の刑罰権の本質論とつながっている。過去通説と言われてきたICC管轄権に関する譲渡説によれば⁸⁵⁾、諸国の管轄権がICC規程の範囲内で譲渡されたものと理解し、ICCの「非国家性」は国家の複数性によって担保されるようにも思われるが、アルバシル上訴審判決では「国家または諸国家」を代表するものについては国家性のある管轄権行使にとどまるものとみなされる。他方、マラウイ決定のように、国際共同体の刑罰権を構想する立場は、ICCの刑罰権は各国の刑罰権とは独立した別個のものであると考えることができる⁸⁶⁾。そうであれば、「国際社会全体を代表」すると論理的にはいえるため、この要件に従って「非国家代表性」のある裁判所ということができ⁸⁷⁾。以上のことから、アルバシル上訴審判決で示された人的免除が適用されない裁判所とは、「管轄権行使の目的」が特定国の刑法の実現ではないもの、および、「管轄権行使の性質」が国家または諸国家を代表するものではなく、国際社会全体を代表するもの、であるといえる。

（２）設置根拠法参加国数

次の問題として、具体的にいかなる客観的指標があれば、国際社会代表性が確認されるかという点がある。そのような指標として、設置根拠法への参加国数があげられている⁸⁸⁾。これは、裁判所の設置における他の諸国家の参加は、その裁判所の行為の本質と質を一定程度変化させるからであるとの説明がある⁸⁹⁾。

過去の事例で、最大国家数によるものは、国連加盟国全体が参加しているとみなすことができる安保理決議によるものか、国連総会モデルによるものがあげられる。ICTYやICTRは、国連全加盟国193か国が参加しているとみなされる。また、国連総会と1国家の間の合意で設置されたSCSLは、国連加盟国および国連加盟国に含まれるシエラレオネが設置根拠法参加国といえる。ジャスティス・イニシアチブ報告書では、特別法廷が国連総会モデルに沿って設置される場合、国連総会が（国連安保理とは異なり）国際裁判所を創設する特定の法的権限を持っているためではなく、193の国連加盟国を有する国連総会が幅広い加盟国を有しているこ

とによって、国際裁判所であるという地位を最も強く主張することになると主張する⁹⁰⁾。

完全地域モデルでいえば、EACは、セネガルと、AU加盟国55か国による。CoEは46か国、EUは27か国が加盟するため、これらの国とウクライナの合意によって設置する場合には、設置根拠法参加国はEACよりも少ない国となる。

多国間モデルによるICCは、その根拠法であるローマ規程は139か国の署名を受けたが、締約国は執筆時点で123か国である⁹¹⁾。過去、最小国家数間での条約で設置されたものには米英仏ソの4か国により設置されたIMTがある。しかし、例えば水島は、条約に基づく裁判所は、条約に基づく「一つの国際社会 (an international community)」を形作るにとどまり、「条約は第三国を害しませず」の原則にしたがう限りは免除を否定できないとする⁹²⁾。

人的免除が適用されない国際的な裁判所であるために必要な最小の国家の数について示した判例はない。アルバシル上訴審判決共同同意意見では、国際裁判所または法廷は「2またはそれ以上の国の要請で管轄権を行使する裁定機関である」と述べている⁹³⁾。しかし、2か国のみによって設立された裁判所は、いずれかの国の国民ではない高官の免責を否定できる種類の国際裁判所を構成する可能性は低いとされる⁹⁴⁾。さらに、その数は、裁判所が地域的なものである場合と普遍的なものである場合で異なるのかという論点もある。すなわち、裁判所の種類によって国家を有効にするしきい値が異なるかどうかである。たとえば、裁判所が普遍的な法廷ではなく地域的なものである場合、法廷を支持するために必要な国家の数は同じなのか、地理的な普遍性が必要となるのか、といった論点である。

おわりに

本稿では、ウクライナへの侵略に関する特別法廷設置の議論に際し、その前提となっている諸理論を検討した上で、判例で定着した主権平等基礎論に基づく国際/国内裁判所2元論に基づく「特定の国際裁判所」の条件における裁判所設置根拠法との関連を整理した。主権平等基礎に基づく「特定の国際裁判所」を前提とする人的免除否定のためには、「特定の国際裁判所」の対象犯罪の特徴と非国家代表性の2点が確認される必要がある。しかし特に後者に関してはそれを図る客観的な指標を定立することは困難であり、実質的には裁判機関の自己宣言に任せることになろう。そうなれば、その裁判所が有する法的な非国家代表性ではなく、主観的な非国家代表性の問題となろう。このような基準の不明瞭性が残るため、主権平等基礎に基づく「特定の国際裁判所」例外論は不十分であり実用性に欠けるといえる。

他方、主権平等基礎のうち、「特定の国際裁判所」の客観的な性質決定が困難であるとして、逆に、対象国の非平等性を根拠とすることはできるであろうか。すなわち、特定の犯罪を実行したことによって、免除を享有する側の国家の平等性が失われる、という論理を検討する必要

がある⁹⁵⁾。すなわち、主権平等基礎から見れば、侵略を行った国はもはやそれ以外の国とは対等な関係にないという論理を前提とするものである。このような考え方は「主権不平等 (par in non parem)」論とも呼び得るが、その理論的妥当性についてはさらなる検討が要される。

紙幅の関係上、このような理論的可能性を論じるのは別の機会に譲りたいが、以下、考え得る理論的道筋の候補を提示する。第1に、侵略国に対する被侵略国の規範的優位性を前提とする理論構築が考えられる。過去のベルサイユ条約や、IMTおよびIMTFEの設置の議論が、戦勝国の力の優位性だけでなく被侵略国の規範的優位性を前提にしていたことが議論の前提となろう。第2に、侵略という国際法違反をやめさせるための対抗措置としての違法性阻却の視点からの議論が考え得る。これらはいずれも、侵略犯罪の指導者犯罪としての性質に依拠し、人的免除を有する国家指導者こそが侵略犯罪の潜在的実行者であり、人的免除制度は侵略犯罪制度の制度趣旨を損なうものとなっているという、規範の前提における矛盾を是正するといった意義を含む議論となろう。侵略犯罪に対する国家管轄権の設定に関しては反対する意見が多く見られる一方で⁹⁶⁾、優位性が期待されたICCの機能不全という制度的問題を乗り越えるための国内での犯罪化の進展を前提とした⁹⁷⁾、革新的な議論が求められているように思われる。

【付記】 本稿の基準日は2023年4月11日である。本稿は、越智萌による研究報告「特別法廷の設置根拠と権限の特徴に関する検討」（国際法研究会、2023年4月15日）に基づく。また、本稿は一部、越智萌『国際刑事手続法の体系—プレミス理論と一事不再理原則』（信山社、2020年）第1章に掲載済みの研究成果を含む。

注

- 1) 越智萌「侵略の法的帰結－国と指導者の責任をどう追及するのか」『人道研究ジャーナル』12号（2023年）143頁。
- 2) P. Sands, "Putin's use of military force is a crime of aggression," (Financial Times, 28 February 2022).
- 3) G. Brown, D. Akande, et al., *Statement calling for the Creation of a Special Tribunal for the Punishment of the Crime of Aggression against Ukraine* (4 March 2022).
- 4) Public International Law & Policy Group, *Draft Law for a Ukrainian High War Court* (22 July 2022); Global Accountability Network, *Considerations for the setting up of the Special Tribunal for Ukraine on the Crime of Aggression* (July 2022).
- 5) Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 2436 (28 April 2022), para. 11.6.
- 6) Parliamentary Assembly of NATO, 111 SESP 22 E rev.1 (30 May 2022), para. 18. j.
- 7) Parliamentary Assembly of OSCE, AS (22) DE (6 July 2022), p. 26, para. 36.
- 8) European Parliament, P9-TA (2023)0015 (19 January 2023), paras. 12, 13.
- 9) T. Sterling, "War crimes Prosecutor: ICC should prosecute aggression, can try heads of state," (Reuters, 6 December 2022).

- 10) S. Vasiliev, "Aggression against Ukraine: Avenues for Accountability for Core Crimes," (EJIL Talk!, 3 March 2022); K. J. Heller, "Creating a Special Tribunal for Aggression Against Ukraine Is a Bad Idea," (Opinio Juris, 7 March 2022).
- 11) M. Farivar, "European Commission to Set Up Center for Prosecution of Russia's 'Crime of Aggression'," (VOA News, 2 February 2023).
- 12) ICJ, *Mandut d'urrêt du Il avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C. I. J. Recueil 2002, p. 3, para. 58.
- 13) *Ibid*, para. 61.
- 14) See, e.g., O. Corten and V. Koutroulis, "Tribunal for the crime of aggression against Ukraine - a legal assessment" (European Union, 2022), p. 14.
- 15) Justice Initiative, "Immunities and a Special Tribunal for the Crime of Aggression against Ukraine" (1 February 2023).
- 16) "Zelensky: we want to create a tribunal regarding Russia through a UN resolution" (in Ukrainian), (Euro Integration, 31 March 2023) ; O. Perepadya, "Putin 'is not the only suspect' in Ukraine crimes," (DW, 11 September 2022).
- 17) *Certain expenses of the United Nations* (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962 I.C. J. Reports 1962, p. 151, p. 164. そのほか、国連総会それ自身が設置するものについても論じられたことがあるが、国連職員に対する行政裁判所の設置権能が過去に確認されている一方で、加盟国国民に対する裁判所を設置する権限はないと主張されている。 *Ibid*, pp. 15-16.
- 18) 落合雄彦「紛争後のリベリアとシエラレオネにおける治安部門改革」『龍谷法学』46巻4号（2014年）1010-1012頁。
- 19) SCSLは、1996年11月30日以降シエラレオネ領域において行われた国際人道法及びシエラレオネ国内法の重大な違反行為の責任を有する者を処罰することを目的とする（SCSL規程1条）。管轄犯罪は人道に対する犯罪（同2条）、ジュネーブ諸条約共通3条および第2追加議定書の重大な違反行為（同3条）、国際人道法のその他の著しい違反行為（同4条）、およびシエラレオネ法上の諸重大犯罪である。
- 20) UN Doc. A/ES-11/L.1 (1 March 2022), para. 2.
- 21) UN Doc. A/ES-11/L.7 (16 February 2023), para. 9.
- 22) See, S. Williams, "The Extraordinary African Chambers in the Senegalese Courts," *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, Iss. 5 (2013), p. 1140. EACの管轄権はハブレにとどまらず、「1982年6月7日から1990年12月1日の間にチャド領域内で行われた、国際法、慣習国際法及びチャドにより批准された国際条約の重大な違反行為と犯罪について最も責任ある者を訴追する」としており、集団殺害犯罪、人道に対する犯罪、戦争犯罪及び拷問について管轄権を有する（EAC規程1条、4条）。
- 23) Parliamentary Assembly of the Council of Europe, *supra* note 5.
- 24) See, O. Owiso, "An Aggression Chamber for Ukraine Supported by the Council of Europe," (Opinio Juris, 30 March 2022).
- 25) European Parliament, *supra* note 8.
- 26) ECCCの管轄権は、1975年4月17日から1979年1月6日までの期間における、クメール・ルージュ政権の上級指導者と、特別裁判部が管轄する犯罪について最も責任を負うべき者に及ぶとされる（ECCC法1条）。事項的管轄権は、カンボジア国内法上の犯罪と国際法上の犯罪の両方で、カンボジ

- ア刑法上の殺人・拷問・宗教的迫害、ジェノサイド条約上の犯罪、人道に対する犯罪、及びジュネーブ諸条約の重大な違反行為に及ぶ（同3条）。ECCC 根拠法は国内法であるものの、国際裁判官等を任命し、ECCC の運営に関する国連との国際合意を別に締結している。
- 27) Agreement between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Kosovo concerning the Hosting of the Kosovo Relocated Specialist Judicial Institution in the Netherlands (15 February 2016).
- 28) ウクライナ刑法 437 条。
- 29) “Yermak opposed the “hybrid tribunal” regarding the crime of Russian aggression,” (in Ukrainian) (Euro Integration, 17 February 2023).
- 30) *Mandut d’urrêt du Il avril 2000, supra* note 12, para. 51.
- 31) UN Doc. A/68/10 (2013), para. 4. *See also*, S. D. Murphy, “Immunity Ratione Personae of Foreign Government Officials and Other Topics: The Sixty-Fifth Session of the International Law Commission,” *American Journal of International Law*, Vol. 108, No. 1 (2014), p. 41. L’Institut de Droit international, “II. Les immunités de juridiction et d’exécution du chef d’État et de gouvernement en droit international” (2001), articles 2, 15; L’Institut de Droit international, “Résolution sur l’immunité de juridiction de l’Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux” (2009), article 2.
- 32) *Mandut d’urrêt du Il avril 2000, supra* note 12, para. 61. ただし、免除の絶対性や処罰可能性との関係性について法的な根拠や理由付けが示されていないと指摘されている。国際司法裁判所判例研究会（河野真理子）「資料 判例研究・国際司法裁判所 2000 年 4 月 11 日の逮捕状事件」『国際法外交雑誌』102 巻 2 号（2003 年）217 頁。
- 33) 玉田大「特例紹介 逮捕状事件」『国際人権』14 号（2003 年）118 頁。
- 34) 英国カーゾン卿がオランダ公使ファン・スヴィンデレンとの会見で述べた内容。清水正義「第一次世界大戦後の前ドイツ皇帝訴追問題」『白鷗法学』21 号（2003 年）148 頁。
- 35) 同上、149-150 頁。
- 36) International Law Commission, “Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal,” (1950), para. 97.
- 37) ICC 規程 27 条 1 項が事項的免除の無関係、2 項が人的免除の無関係を規定するとの説明は、以下。O. Triffterer and C. Burchard, “Article 27 Irrelevance of Official Capacity,” in K. Ambos (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court, Article-by-Article Commentary*, Fourth edition (Beck, 2022), p. 1259.
- 38) *Ibid*, p. 1263.
- 39) *See e.g.*, D. Akande, “International Law Immunities and the International Criminal Court,” *American Journal of International Law*, Vol. 98, No. 3 (2004), p. 415; R. O’Keefe, *International Criminal Law* (Oxford University Press, 2015), p. 107; H. Fox, QC and P. Webb, *The Law of State Immunity, Third Edition* (Oxford University Press, 2015), p. 562. 水島朋則『主権免除の国際法』（名古屋大学出版会、2012 年）288-289 頁；水島朋則「国際刑法上の刑事管轄権免除をめぐる条約法の問題について—バシル事件における国際刑事裁判所上訴裁判部 2019 年判決を素材として」浅田正彦、桐山孝信、徳川信治、西村智朗、樋口一彦 編『現代国際法の潮流 I』（東信堂、2020 年）211-212 頁。
- 40) Triffterer and Burchard, *supra* note 37, p. 1263. 例えば水島は、条約法の原則に従えば、「裁判所の

- 国際性は免除否定の十分条件ではない」とする。水島朋則「国際犯罪と外交特権免除の交錯」『国際問題』592号（2010年）28-37、33頁。
- 41) UN Doc. A/CN.4/ (24 May 2011), para. 55: 坂巻静佳「政府職員等の刑事管轄権からの免除に関する諸問題」『国際法研究』4号（2016年）201頁。
- 42) A. Cassese and P. Gaeta, *Cassese's International Criminal Law, Third edition* (Oxford University Press, 2013), p. 321.
- 43) *Ibid*, pp. 321, 322, note 26; P. Gaeta, "Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?" *Journal of International Criminal Justice*, Vol.7 (2009), p. 321, note 14.
- 44) *Mandut d'urrêt du Il avril 2000, supra note 12, para. 53*. ICJ 合同分離意見は、個人の免除は、これらの高官に個人的な目的で付与されるのではなく、「それぞれの国家に代わってその機能を効果的に遂行することを保証するため」、および「国家間の相互関係のネットワークの適切な機能を保証するため」であることを強調した。*Mandut d'urrêt du Il avril 2000, supra note 12, Judges Higgins, Kooijmans, and Buergenthal, Joint Separate Opinion, para. 75*. See also, D. Akande and S. Shahe, "Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts," *European Journal of International Law*, Vol. 21, No. 4 (2011), p. 818. 免除制度の不干渉原則に基づく考え方については以下も参照。新倉圭一郎「裁判権免除法理の成立とその理論的破綻：不干渉原則に基づく判断回避の法的構成」『国際関係論研究』31号（2015年）1-32頁。
- 45) Akande, *supra note 39*, p. 409; Akande and Shahe, *ibid*, p. 818: 坂巻静佳「前掲論文」（注41）193頁。
- 46) *Nazi Conspiracy and Aggression: Opinion and Judgment* (Washington, United States Government Printing Office, 1947), pp. 53.
- 47) ICTY, *Prosecutor v. Milošević*, IT-99-37-PT (8 November 2001), para. 31.
- 48) U.N. Doc. A/51/10 (26 July 1996), p. 27. 長澤は、ICC 規程までは、「同原則の実態的側面と手続的側面」が「それまで一体的にとらえられていた」といえるとする。長澤宏「公的資格無関係の原則の射程と動態—国際共同体利益と国家利益調整プロセスの観点から」『早稲田大学大学院法研論集』181号（2022年）51-76、58頁。
- 49) 規範階層理論は、国家の主権免除は、強行規範とみなされる人権保護に国家が違反した場合に適用排除されるという理論である。See, *Al-Adsani v. United Kingdom*, App. No. 35763/97 (21 November 2001), paras. 9-13.
- 50) See, e.g., ECHR, *Al-Adsani v. United Kingdom*, App. No. 35763/97, Concurring Opinion of Judges Pellonpää and Bratza; L. M. Caplan, "State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: A Critique of the Normative Hierarchy Theory," *American Journal of International Law* Vol. 97 (2003), pp. 741-743; K. R. O'Donnell, "Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo v. France) and Head of State Immunity: How Impenetrable Should the Immunity Veil Remain?" *Boston University International Law Journal*, Vol. 26 (2008), pp. 381-382. 管轄権規程免除排除説は、管轄権が免除の欠如を暗示するものではないとした ICJ 逮捕状事件判例との矛盾が指摘されている。稲角光恵「外国刑事管轄権からの公務員の免除：国際犯罪は例外となるか」『金沢法学』55巻2号（2013年）155-180頁。
- 51) UN Doc.A/CN.4/ 601 (29 May 2008), para 103; Gaeta, *supra note 43*, p. 320; Triffterer and Burchard, *supra note 37*, p.1273; 竹村仁美「国家元首等の外国刑事管轄権からの免除：その輪郭と国際刑事管轄権との関係」『国際法外交雑誌』114巻3号（2015年）251、272頁。主権平等に基づく不適用は「転

- 用不可能性（non-transferability）」とも形容され、また、国際裁判所における免除を規律する慣習法の成立に関する立証責任を裁判所側に移転するものであったと指摘される。R. Guerreiro Teixeira and H. Verheyden, “Immunities of State Official and the ‘Fundamentally Different Nature’ of International Courts: The Appeals Chamber Decision in the Jordan Referralre AI Basir,” *Brazilian Journal of International Law*, Vol.18, No.1 (2021), pp.105-106.
- 52) SCSL, *Prosecutor v. Taylor*, SCSL-2003-01-I (31 May 2004), para. 1.
- 53) *Ibid*, para. 52.
- 54) *Ibid*, para. 51.
- 55) ICC, *Prosecutor v. Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139 (12 December 2011), para. 36; ICC, *Prosecutor v. Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-140-tENG (13 December 2011), para. 13.
- 56) ICC, *Prosecutor v. Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-397-Corr (6 May 2019). 本判決に至るまで、マラウイ（2011年）、チャド（2011年および2013年）、ナイジェリア（2013年）、コンゴ民主共和国（2014年）、南アフリカ（2015年）、ウガンダ（2016年）およびジブチ（2016年）の不履行について予審部の決定がでていた。本上訴審判決により、ICCに関する限りこれが真に「最後の言葉」となった。A. Mudukuti, “Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, Judgement in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal,” *American Journal of International Law*, Vol. 114, No. 1 (2020), p. 107.
- 57) *Al Bashir, ibid*, para. 101.
- 58) *Ibid*, para. 103.
- 59) *Ibid*, para. 113.
- 60) *Ibid*, para. 115.
- 61) H. Kreicker, “Immunities,” in C. Kress and S. Barriga (eds.), *The Crime of Aggression: A Commentary*, Volume 1 (Cambridge University Press, 2017), p. 696.
- 62) C. C. Jalloh, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone* (Cambridge University Press, 2020), 8. 5. 2.
- 63) C. Kress, “Article 98 Cooperation with Respect to Waiver of Immunity and Consent to Surrender,” in Ambos, *supra* note 37, p. 2647. *See Also*, A. Reisinger Coracini and J. Trahan, “Special Tribunal to Prosecute the Crime of Aggression Committed Against Ukraine (Part VI)” (Just Security, 2022).
- 64) *Taylor, supra* note 52, paras. 6, 14, 15,
- 65) *Ibid*, para. 17. もう一人の法廷助言人を務めたオレントリッヒャー（D. Orentlicher）も同様の見解をとっている。*Ibid*, para. 18.
- 66) *Ibid*, para. 38.
- 67) *Ibid*.
- 68) *Ibid*.
- 69) *Ibid*.
- 70) *Ibid*, para. 40. *See*, SCSL, *Prosecutor v Norman, Kallon and Kamara*, SCSL-2004-14-AR 72(E), SCSL-2004-15-AR 72(E), SCSL-2004-16-AR 72(E) (13 March 2004), paras. 34-35. この見解はオレントリッヒャーの法廷助言書での意見に依拠している。
- 71) *Al Bashir, supra* note 56, para. 115.
- 72) *Ibid*.
- 73) *Ibid*.

- 74) *Ibid*, para. 115.
- 75) Justice Initiative, *supra* note 15, p. 11.
- 76) *Ibid*.
- 77) *Al Bashir*, *supra* note 56, Joint Concurring Opinion of Judges Eboe-Osuji, Morrison, Hofmański, and Bossa, para. 57.
- 78) STL 設置までの流れについて、例えば、竹村仁美「レバノン特別法廷をめぐる国際刑事法上の諸論点」『北九州市立大学法政論集』40巻4号(2013年)291-329頁。STLは国連の補助機関でも、レバノンの裁判システムの一部でもない。UN Doc. S/2006/893 (15 November 2006), para. 6.
- 79) STL 規程 2 条。
- 80) STL の予審は、1 人の国際裁判官で構成される (STL 規程 8 条 1 項 (a))。公判部は 1 人のレバノン人裁判官、2 人は国際裁判官であり、上訴部は 2 人がレバノン人で 3 人が国際裁判官である (同 (b) および (c))。検察官は、国連事務総長により任命されるが、レバノンの副検察官やその他のレバノン人および国際職員に支援を受ける (同 11 条)。UN Doc. S/2006/893 (15 November 2006), para. 8.
- 81) STL, *Prosecutor v. Ayyash et al.*, STL-11-01/1 (16 February 2011), para. 16.
- 82) W. A. Schabas, "The Special Tribunal for Lebanon: is a 'Tribunal of an International Character' Equivalent to an International Criminal Court?." *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21, Iss. 2 (2008), p. 527.
- 83) *Al Bashir*, *supra* note 56, Joint Concurring Opinion of Judges Eboe-Osuji, Morrison, Hofmański, and Bossa, para. 58.
- 84) *Ibid*.
- 85) ICC の管轄権 (刑罰権) の根拠については、「国家管轄権委譲説」(最終的な多数説)や「固有の管轄権説」(起草過程における有力説)、「普遍的管轄権共同行使説」(愛知正博「国際刑事裁判所の管轄権の合法性」『中京法学』33巻3・4号(1999年)121-160頁)、「内在的制約説」(安藤泰子「国際刑事裁判所規程の『構造的矛盾』に関する法理論的解決—慣習国際法化プロセスと個人処罰に関する国家主権の内在的制約理論」『関東学院法学』10巻3・4号(2001年)157-184頁)が提示されている。起草過程での議論については以下参照。稲角光恵「国際刑事裁判所による管轄権行使と国家の同意について」『金沢法学』42巻1号(1999年)7-54頁。
- 86) 洪恵子「国際社会の処罰権と主権国家の役割」『法律時報』86巻2号(2014年)6-10頁等; ICC, *Prosecutor v. Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-359 (18 June 2018) (amicus brief of Prof. Kress).
- 87) See, Kress, *supra* note 63, p. 2646.
- 88) Justice Initiative, *supra* note 15, ; Jalloh, *supra* note 61, 8. 5. 2; C. Wickremasinghe, "Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations," in Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, Fourth edition (Oxford University Press, 2010), p. 406.
- 89) Jallow, *ibid*, 8. 5. 2.
- 90) Justice Initiative, *supra* note 15, p. 14.
- 91) Rome Statute of the International Criminal Court, United Nations Treaty Collection, at https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XVIII-10&chapter=18&clang=_en (accessed 10 April 2023).
- 92) 水島「前掲論文」(注 39) 213 頁。
- 93) *Al Bashir*, *supra* note 56, Joint Concurring Opinion of Judges Eboe-Osuji, Morrison, Hofmański,

- and Bossa, para. 56.
- 94) Justice Initiative, *supra* note 15.
- 95) このような議論の前例として、イスラエル地方裁判所はアイヒマン事件で「国家行為」の抗弁を拒否する際、「『最終的解決』を計画し実施する国家は、par in parem として扱うことはできず、犯罪集団としてのみ扱うことができる」と述べたものがある。District Court of Jerusalem, *Attorney General v. Eichmann*, Criminal Case No. 40/61, (15 December 1961).
- 96) See e.g., B. Van Schaack, "Par in Parem Imperium Non Habet: Complementarity and the Crime of Aggression," *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10, No. 1 (2012), pp. 133-164.
- 97) 真山全「侵略犯罪に関する国際刑事裁判所規程カンバラ改正：平和及び安全の維持制度の不完全性と selective justice」『国際法外交雑誌』114 巻 2 号（2015 年）111 頁、111-134 頁。

（越智 萌，立命館大学大学院国際関係研究科・国際関係学部准教授）

Influence of Legal Basis of International Criminal Tribunals on Personal Immunity: Examination of Proposed “Special Court for the Crime of Aggression”

There is a growing call for the establishment of a Special Tribunal for the Crime of Aggression (STCoA) in Ukraine and internationally, following Russia's military invasion of Ukraine in February 2022. One of the reasons for this is that while rules of personal immunity granted to incumbent heads of state may serve as legal barriers for the jurisdiction of a State, there are exceptions to personal immunity in “certain international courts.” To avoid legal issues, many experts suggest that establishing a strong legal basis for the STCoA, such as a resolution of the United Nations General Assembly, is critical.

In this paper, my aim is to clarify the relationship between the theoretical structure of the exception for “certain international courts” regarding personal immunity and the legal basis for establishing the STCoA. First, I will introduce various proposals and legal issues related to the establishment of a STCoA. Second, I will analyze the rationale for denying personal immunity in “certain international courts.” Thirdly, I will assess the criteria of “certain international courts” that are not subject to exemptions based on the principle of sovereign equality doctrine, and provide further insights on forthcoming matters that require attention.

(OCHI, Megumi, Associate Professor, Graduate School of International Relations
and College of International Relations, Ritsumeikan University)