

ICC（国際刑事裁判所）と非締約国・非協力国 ICCの実効性の確保のために

東京大学大学院修士課程法学政治学研究科公法専攻公共政策 2年

25 - 06143 池田千夏

目次

目次	1頁
はじめに	3頁
一、ICCとは	
1、設立経緯	6頁
2、条約形式選択の理由	7頁
二、管轄権行使の前提条件の検討	
1、問題の所在	9頁
2、普遍的管轄権とは何か	
(1)対立する二つの考え方	11頁
(ア)DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO v. BELGIUM	13頁
(イ)ピノチエトケース	15頁
(ウ)Demjanjuk v. Petrovsky	16頁
(2)ローチュス号事件判決 国家管轄権概念の検討	
(ア)判決の内容	17頁
(イ)ローチュス号事件と普遍的管轄権	19頁
(ウ)犯罪の普遍性とローチュス号事件判決の正当性	20頁
(3)コンゴの主張の誤り	22頁
3、2(1)・(2)・(3)を通じた結論	22頁
4、新たな、管轄権行使の前提条件 ICCの普遍的管轄権の行使	24頁
(1)ICCの管轄権の内容	25頁
(2)ICCという主体に普遍的管轄権は認められるか	27頁

三、執行管轄権の行使の検討	
1、問題の所在 ICC 規程の限界	29頁
2、身柄確保の物理的困難性	29頁
3、非協力国の執行への協力を外から促す措置	31頁
（1）安保理による制裁措置	31頁
（2）条件付援助	33頁
4、他国家（非協力国）領域内での逮捕行為	33頁
5、ICC への類推	
（1）非協力国の協力を外から促す措置について	37頁
（2）他国家（非協力国）領域内での逮捕行為について	39頁
6．残る問題 執行の政治的意思への依存	40頁
おわりに	42頁
参考文献一覧	45頁

ICC（国際刑事裁判所） と非締約国・非協力国 ICCの実効性確保のために

東京大学大学院修士課程法学政治学研究科公法専攻公共政策 2年

25 06143 池田千夏

はじめに

国際刑事裁判所（以下、ICC）¹とは、国際的な舞台で個人を裁く、人類史上初の、常設の刑事裁判所である。1998年6月15日から7月17日までローマにおいて開かれた外交会議を経て、全128条から成るICC規程が採択されることとなった²。

ICCへの期待は、次のアナン事務総長の言葉に表れているであろう。

「ICCの目的は、普遍的な正義の保障にある。これこそが、単純であるが最も求められたものである。我々は、その実現に近づきつつある。我々は、最後まで注視しつづけることであろう。我々は、いかなる指導者も、いかなる国家も、そしていかなる軍隊も、人権を侵したにもかかわらず免責を与えられるなどないことを確証するため、全力を尽くさなくてはならない。そして、そのような実現があったとき、遠く離れた戦争・紛争下にある罪なき人々は、正義の下に守られ眠れること、そして、自分たちがそのような権利を有すること、さらには、彼らの権利を侵す人間は処罰されることを知るであろう。」³

本論文は、非締約国・非協力国⁴に対して、ICCがどこまでその管轄権を及ぼすことができるのか検討するものである。これは、以下のような問題意識に基づくものである。

「犯罪を行えば処罰される。」こんな当然のことが、舞台が国内法秩序から国際法秩序に移った途端に当然ではなくなる。

条約に拘束されるのは合意した国家に限られる（ウィーン条約法条約第34条。=pacta

¹ICC規程第126条において、条約発効に必要な批准国数を60と定めている。本稿執筆時点では47か国の批准となっている。なお、日本は、批准の見込みを立てた上でないと署名しない方針のため、署名もしていない。

²“ROME STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT”, Adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of the International Criminal Court on 17 July 1998, U.N.Doc.A/CONF.183/9.17 July 1998.

³ <http://www.un.org/law/icc/general/overview.htm> (visited on 21 Dec)

⁴併記の理由は、立法・裁判管轄権の行使段階では、ICC規程の締約国である限りはそれらの管轄権は及ぶので、その段階では、非締約国のみ論じる必要があること、一方、執行管轄権については、締約国であっても協力を拒む国家は生じ得ることから、締約国・非締約国の別なく、広く非協力国について論じる必要があることからである。

tertiis nec nocent nec posunt. 以下、同意原則。) というのが国際法上の大原則であり、その規範力の大前提とされてきた。しかし、ICC 規程によって実現しようとするその理念は、一定の国際犯罪を犯した全ての個人に対し、当該個人の属する国家が条約の締約国であろうとなかろうと、その責任を追及することである。これは、ICC 規程が刑事法の範疇に属するものであることから明らかである。⁵

刑事法は、そもそも当人の同意を条件としてその適用がなされるものではない。このことは、「他人の権利を侵害し、民主的社会の行動基準に反して行動する者に、法のルールに配慮し治安当局に協力的になることなど、期待するのが間違いである。」⁶との指摘に表れているであろう。

ICC 規程に積極的に加わろうという国家は、国際犯罪を行った者の訴追に積極的であり、そして自国民が加害者側に立つことはないとの予測に基づいているはずである。逆に言えば、国家が加盟に消極的であればあるほど、国際犯罪を行った者の訴追に消極的であり、しかも当該国家国民が加害者側に立つ可能性が高いことを認識しているのである。よって、非締約国である限り ICC 規程の枠外に置かれるというのでは、ICC の理念は全く実現されないことに等しい。

ICC の対象犯罪⁷であるジェノサイドの罪(第5条(a))、人道に対する罪(第5条(b))、戦争犯罪(第5条(c))は、ナチスのユダヤ人迫害、旧ユーゴ・ルワンダにおけるジェノサイド、ピノチェト政権下の拷問、そしてクメール・ルージュによるジェノサイド等が示すように、国家政策の体現として、すなわち公権力の行使に伴ってなされることが多い。よってなおさら、自発的な国内訴追又は国際社会での訴追への参加など、考え難い。

旧ユーゴ諸国が、ルワンダが、チリが、カンボジアが、ICC 規程の非締約国であったり、また締約国であっても ICC に対し協力しない場合、それらの国家国民の行為は ICC において裁かれないということでのよいのであろうか。それで正義が実現されたとは言えないであろう。そのためには、ICC が、非締約国・非協力国に対してもその管轄権を及ぼす必要があるのである。

よって、ICC の実効性は、締約国・非締約国、協力国・非協力国の別なく、犯罪行為が存在する限りにおいて、その訴追、適正な処罰を実現できることにかかっていると考えられる。

以上の観点から、本論文では、ICC が非締約国・非協力国に対してもその管轄権行使を実現するための検討を行なってゆく。

⁵ 小和田恒「国際刑事裁判所設立の意義と問題点」『国際法外交雑誌』98巻5号(1999)24頁

⁶ Mary Margaret Penrose, "Article: Lest we fail: The importance of enforcement in International Criminal Court", *Am.U.Int'l L.Rev.*Vol.15 (2000), pp.321-394, at 362.

⁷ なお、侵略の罪(第5条(d))については、その犯罪の定義や管轄権の条件が決定されるまで、対象犯罪から除かれている(第5条2項)

そもそも、このような問題が生じる原因は、ICC を設立するにあたってとられた手段が条約であることにある。条約という形式をとる限り、加盟は各国家の自由な意思によることになるので、そこに非締約国が生じることは当然であるからである。⁸

一方、旧ユーゴ国際刑事裁判所（以下、ICTY）やルワンダ国際刑事裁判所（以下、ICTR）の設立は安全保障理事会（以下、安保理）決議に基づいていた⁹。これらは、国連加盟国である限りそれらを拘束するという形で、より広範な義務設定ができる点で条約に基づくよりもはるかに強力である。それにもかかわらず、今回条約形式が選択されたのは、それなりの理由があったのであった。

以下では、まず第一章において、そのように非締約国という立場を生む条約の形式があえて採用されたのは何故なのか、ICC 設立の経緯とともに述べる。そしてそれを前提とし、第二章においては、非締約国といえども ICC の立法・裁判管轄権を免れ得ないこと¹⁰を論証し、条約形式の有する弱点の克服を図る。そして第三章においては、第二章の論証から、非締約国そして広く非協力国に対する、立法・裁判管轄権が認められても、そのことと、実際に被疑者の身柄が確保され ICC の場で裁かれることは全くの別問題であり、執行管轄権の行使まで認められる必要性があることを指摘し、そのためにどんな手段が存在するのか検討する。

そして最後に、検討の結果をまとめ、ICC がその実効性を図るための提言を述べたい。

⁸ ただし、非協力国は、裁判所の設立がいかなる形で行なわれようと生じ得る問題である。いかなる形で裁判所設立が行なわれようとも、そこに協力するかしないかは結局は国家の意志次第となるからである。

⁹ ICTY は S/RES/808 (1993)、S/RES/827 (1993) に基づく。ICTR は S/RES/955 (1994) に基づく。

¹⁰ 既に現規程においても、非締約国であっても、一定の場合には ICC の管轄権を免れ得ない。しかしながら第二章では、現規程よりもさらに進んだ形での ICC の管轄権行使の可能性を示すのである。

一、ICCとは

1、設立経緯

国際社会で個人を訴追するという構想そのものは、第一次大戦直後から存在した。¹¹ 第二次大戦後、1940年代には、三つの重要な人権プロジェクトが国連総会の審議の場に置かれ、その一つが国際刑事裁判所¹²の設立であった。うち、人権宣言とジェノサイド条約は1948年に採択されたものの、ICCは50年近くを経た後の、1998年、その規程が採択されたのであった。このように設立が遅れた理由としては、それが、伝統的に国家主権によって守られ、国内管轄事項とされてきた、訴追や法の執行に関わるものであったこと、そして、個人の刑事責任を裁くため、軍事行動を指揮・実施する立場の人間の強い懸念があったことがある¹³。

それが、1994年、以前から国連総会の要請を受けていたILC（国際法委員会）が、ICC規程最終草案（60条、1議定書）を及びその注解¹⁴を国連総会に報告したことから、現実味を帯び始めた。以後、アドホック委員会、設立準備委員会¹⁵での審議を経て、ローマ外国会議に至ることとなった。

当該外交会議は、5週間という短い期間であったにもかかわらず、審議されなければならないことが山積であったため、ローマ規程が採択されたこと自体が会議の成功と言えるまでされている¹⁶。

常設の国際的な刑事裁判所はICCが初であるが、国際刑事法廷で個人が実際に訴追・処罰された事例は、第二次大戦以後、実際に存在する。それは、ニュルンベルグ国際軍事裁判所（以下、ニュルンベルグ裁判所）¹⁷、極東国際軍事裁判所¹⁸、ICTY、そしてICTRである。

ニュルンベルグ裁判所と極東国際軍事裁判所は、はじめて戦争犯罪に対し国際的な裁きを加えられたという点で画期的ではあったが、罪刑法定主義、裁判所の構成などの原則的な点で問題があっ

¹¹ これについては、藤田久一『戦争犯罪とは何か』（岩波新書、1999）190-191頁が詳しい。

¹² なおこれは、ICCという語を当てている、固有名詞としての国際刑事裁判所とは異なる。より一般的な意味での、国際的な、刑事の裁判所ということである。

¹³ Roy S. Lee, "Introduction: The Rome conference and its contribution to international law", in Roy S. Lee, *The international criminal court: the making of the Rome statute : issues, negotiations, results* (Kluwer law international, 1999), pp.1-39, at 5-6.

¹⁴ Draft Statute for the International Criminal Court, Report of the International Law Commission, U.N.GAOR, 49th Sess. Supp. No.10, at 44, U.N.Doc.A/49/10 (1994)

¹⁵ そこでの審議結果については、Report of the Preparatory Committee on Establishment of the International Criminal Court, U.N.GAOR, 51 Sess. Supp. No.22A, Vol.2, U.N.Doc.A/51/22 (1996)がある。

¹⁶ See *supra* note 13 at 13.

¹⁷ 米・英・仏・ソ連が1945年8月8日に作成した、「ヨーロッパ枢軸国の主要戦争犯罪人の訴追と処罰のための協定」（ロンドン協定）「国際軍事裁判所条例」（ニュルンベルグ条例）に基づいて設置された。

¹⁸ 1946年1月19日、連合国最高司令官マッカーサーが公布した、「極東国際軍事裁判所設置に関する命令」、「極東軍事裁判所命令」に基づいて設置された。

たとされている¹⁹。罪刑法定主義に関して言えば、例えば、そこで裁かれた犯罪行為は、それ以前の条約・国内法上も未知の、創設的なものであったとの指摘がある²⁰。また、裁判所の構成という点では、枢軸国の利害を代表する中立国からも裁判官を加えるべきだったのであり、戦勝国の裁判官ばかりで構成されていたことは裁判所の公平性から問題があったとの指摘がなされた²¹。

また、ICTY、ICTR は、それぞれ、「旧ユーゴスラビア領域において国際人道法違反を犯した者を訴追する」目的で、また、「ルワンダ領域で行なわれた集団殺害その他国際人道法違反に責任のある者及び隣接諸国家領域で行なわれた集団殺害罪その他の重大違反に責任あるルワンダ国民を訴追する」目的で、設立された。これらは、2で述べるように、安保理決議に基づく以上、特設的な(以下、アドホックな)ものであった。しかしながら、これら二つの裁判所の設立とその活動は、常設の裁判所を審議させる重要なきっかけとなった²²。

ICC が設立されたことは、そこで対象とされた犯罪行為が、決して第二次大戦以前だけのものではないこと、すなわち、それ以後も起こっているし、将来的にも起こり得るとの認識に基づいている。アナン事務総長の言葉に次のようなものがある。

「半世紀の間 ほぼ国連の存続期間に該当するが、国連総会は、ジェノサイドのような犯罪行為に責任を負う個人の訴追・処罰を行なう裁判所を設立する必要性を認識していた。多くの人々は、第二次大戦の脅威 強制収容所や残虐行為、そしてせん滅作戦であるホロコーストなどは、二度と起こりえないと認識していた。しかしながらそれらは、カンボジアで、ボスニア・ヘルツェゴビナで、そしてルワンダで、起こったのである。我々の時代 この 10 年間もそうであるが、人間の邪悪性はとどまることをしらないことを我々に知らしめた。ジェノサイドは我々の時代の言葉でもあるのであり、このような恐るべき現状は、画期的な対応を必要としているのである。」²³

2、条約形式選択の理由

ICTY や ICTR は、安保理決議に基づき設立された裁判所であった。ただし、これらのように特定の紛争に対するアドホックな裁判所ならともかく、ICC のような常設の裁判所を作る権限が安保理にあるのかという疑念がある。安保理の措置は、国際の平和と安全に対する脅威を取り除くことを目的とするものであって、例えば、旧ユーゴに平和が回復し敵対行為が収まった暁には自動的に

¹⁹ 小和田恒・芝原邦爾「ローマ外交会議を降り返って 国際刑事裁判所設立に関する外交会議」『ジュリスト』1146号(1998)5頁参照。

²⁰ この点を指摘するものとして、山本草二『国際刑事法』(三省堂、1991)113-120頁参照。

²¹ 太寿堂鼎「国際犯罪の概念と国際法の立場」『ジュリスト』720号(1980)71頁。

²² See *supra* note 13 at 6

²³ See *supra* note 3

終了の効果が発生するとされている²⁴。

また、安保理によるアドホックな裁判所の設置の最大の問題は、「安保理が政治的色彩の強い機関であることから発生すると考えられている。」²⁵安保理が必要との判断を行わない限り、裁かれない犯罪行為が存在してしまうのである。これは、“selective justice”²⁶であるとの批判に表れている。

その例として、事実、湾岸戦争について、「ブッシュ大統領やその他多国籍軍側の関係者に対しても、(イラクに対する全ての措置を許容した国連安保理決議が誤りであったとの前提のもとに)イラクに対する武力攻撃を始めたことや、軍事的には不必要ともいえるハイテク手段の行使による多大の被害を与えたことに対して責任を求める声もある。」²⁷という。しかしながら、米国が常任理事国として含まれている安保理が、そのような多国籍軍の犯罪行為を裁くための裁判所を設置することはあり得ないのである。

そのように安保理常任理事国国民自体の犯罪が裁かれないことに加えて、たとえそれが第三国国民による犯罪行為であっても、全ての犯罪行為に応じて裁判所の設置が必ずなされてきたかと言えば、そうでないことは明白ではなからうか。

「何故、カンボジアの“殺戮場”(killing fields)のための戦争犯罪裁判所が存在しないのか。」²⁸という疑問が提起されるのである。しかしながら、条約によって常設の裁判所を設立すれば、あらゆる犯罪行為に対し一貫してその任務を果たすことができるのである²⁹。

また、既に発生した紛争に対しアドホックな裁判所を設立するよりも、常設の裁判所の方が、迅速な対応ができるとの指摘もある³⁰。

なお、他にも、条約形式の利点として、裁判所の設置に関わる全ての問題を詳しく検討・吟味することが可能となることも指摘されている³¹。

ICCの実効性が担保される究極の形は、当然ながら非締約国・非協力国が存在しないことである。そのためにも、少なくとも、ICCは、アドホックな裁判所のように“selective justice”³²であるとか、ニュルンベルグのように勝者の裁判であるとか、そのような批判は免れなくてはならない。究極的な目標が達成されるためにも、ICCは信頼の上に成立し、その信頼を維持しなければならないのである。条約形式をとることで、多数国間で裁判所の設置について徹底的な議論が行われたことは、ICCの正統性の裏付けとなるはずである。

²⁴ 小長谷和高『国際刑事裁判序説』(尚学社、1999)83頁。一方、ICTYは、全ての被疑者の身柄拘束を実現するまでその任務を終了すべきではないとの主張もある。See Kofi Annan, “Advocating for an international criminal court”, *Fordham Int'l L. J.* Vol.21 (1997), pp.363-366, at365

²⁵ 種田玲子「旧ユーゴ国際裁判所の設置について」『ジュリスト』1027号(1993)108頁。

²⁶ <http://www.un.org/law/icc/general/overview.html> (visited on 21 Dec)

²⁷ 藤田久一『国際人道法』(世界思想社、1999)281頁。

²⁸ See *supra* note 26

²⁹ 第二章の1で述べるように、安保理の付託だけでなく、締約国の付託、そして検察官の職権による捜査の開始が認められているからである(規程第13条)

³⁰ See *supra* note 22 at6.

³¹ U.N.Doc S/25704 (1993). paras.18-24.

³² See *supra* note 26

二、管轄権行使の前提条件の検討

1、問題の所在

ICCの管轄権はいかなる場合に行使されるのであろうか。まず、具体的に条文を見る。

規程第12条は、管轄権行使のための前提条件を定める条文である。その第2項は、「第13条(a)又は(c)に定める場合には、裁判所は次の一以上の国がこの規程の締約国である場合又は3の規定に従って裁判所の管轄権を受諾した場合に、管轄権を行使することができる。」とし、その「次の一以上の国」として、犯罪行為地国、被疑者国籍国を規定する。なお、その「3の規定」とは、非締約国が当該犯罪に限定して裁判所の管轄権を受諾した場合についてのものである。

また、そこにいう第13条は、管轄権の行使をできる場合としてその第1項で、(a)締約国による付託がされた場合、(b)国連憲章第7章に基づいて行動する安保理によって付託された場合、(c)検察官が捜査を開始した場合を規定する。

以上の諸条項を通じた意味はこうである。安保理の付託がない場合、すなわち締約国による付託である場合と検察官が捜査を自ら捜査を開始した場合には、犯罪行為地国又は被疑者国籍国が締約国であるか若しくは非締約国であっても管轄権の受諾を行えば、ICCはその管轄権を設定し、行使できるというものである。

これらの規定から、非締約国といえども、一定の場合には、ICCの管轄権の行使を受けることがわかる。例えば、被疑者国籍国が非締約国であったとしても、犯罪行為地国が締約国であるか管轄権を受諾すれば、当該被疑者はICCの管轄権行使の対象となるからである。米国がICCに反対する大きな理由はここにある³³。

しかしながら、ICCの管轄権は限定された場合にしか行使されないことも分かる。というのも、犯罪行為地国と被疑者国籍国のいずれもが非締約国であり管轄権を受諾しなければ、ICCはその管轄権を行使することはできないことになるからである。具体的に言えば、ICCは、旧ユーゴにおける民族紛争やピノチェト政権の人権抑圧のように、一国内で完結する形で行われた国際犯罪については、犯罪行為地国であり被疑者国籍国である旧ユーゴ各国やチリが、非締約国でありかつ管轄権の受諾も行なわなければ、管轄権を有しないということになる。これは、その必要性があつてこそICTYが設立されたという歴史上の事実を完全に無視するものではなからうか。ただしこれには例

³³ 「ローマ外交会議中と準備委員会初回の会合直後に提起された、政府の主要な反対は、アメリカ国民そして特に軍隊員が、米国の同意なく、当該裁判所の裁きを受けることであつた。…」 See Monroe Leigh, "Editorial comments: The United States and the statute of Rome", *A.J.I.L.* Vol.95 (2001), pp.124-131, at 126.

外がある。それが、事態が安保理により付託された場合である。12条はあくまで「13条(a)又は(c)に定める場合には」としており、(b)の安保理付託の場合を除外しているからである。

なお、現規程に至るまでの交渉段階では、各国から以下のような提案がなされていた。

ドイツの提案³⁴は、「現在の国際法の下では、ジェノサイド、人道に対する罪、戦争犯罪行為については、全ての国家が、犯罪人の国籍、被疑者の国籍、そして犯罪行為地に関係なく、普遍的刑事管轄権を行使できる。これは、(これらの犯罪の場合には、)被疑者拘束国や戦争犯罪行為地国又はその他の国家が同意をしていなくとも、各々、全ての国家がその刑事管轄権を行使できることを意味する。...(そして、)可能な限り多数の国家によって完成された条約に基礎を置き創設されたICCが、加盟国同様に(それらの犯罪に対し)(このような)普遍的管轄権を行使できないはずがない。」というものであった。そして、ジェノサイドに普遍的管轄権が存在することの根拠としてはジェノサイド条約6条を、人道に対する罪についてはニュルンベルグ裁判所という先例を、そして、戦争犯罪については1949年のジュネーブ四条約及び第一追加議定書を示した。この見解からすると、管轄権行使の前提条件として、いずれの国家の同意も必要としないことになる。

韓国³⁵は、これを緩和させた形として、次のような提案をした。犯罪行為地国又は被疑者拘束国又は被疑者国籍国が締約国であるかその管轄権の受諾があれば、ICCの管轄権行使は認められるとするものであった。なおこの韓国案は、はじめにドイツ提案を支持していた諸国家から、受け入れ可能な代替案として支持されたという³⁶。

一方、米国³⁷は、犯罪行為地と被疑者国籍国両方の同意を必要とする提案を行なった。

そして、最終的な規程案として、韓国案と米国案の中間を採用し、現規程の形となったのであった³⁸。

このような規程である限り、ICCが犯罪行為地国も被疑者国籍国も非締約国であり、管轄権の受諾も行わない場合にもその管轄権を及ぼすには、安保理決議に頼らざるをえないことになる。

つまり、現在の規程では、裁判所設立の根拠への疑義が示されたことから安保理決議に拠らない条約形式が選ばれたわけであるが、設立の根拠の段階ではそうであっても、管轄権設定の段階においては安保理に依然依拠することになる。しかしながら、しばしば安保理が、特定の状況に対する

³⁴Proposal of Germany, A/AC.249/1998/DP.2 (1998)

³⁵Proposal of the Republic of Korea, A/CONF.183/C.1/L.6 (1998), Article 8.

³⁶ Elizabeth Wilmshurst, "Jurisdiction of the court", in Roy S. Lee, *The international criminal court: the making of the Rome statute: issues, negotiations, results* (Kluwer law international, 1999), pp.127-141, at 136

³⁷ Proposal of the United States, A/CONF.183/C.1/L.70 (1998)

³⁸ See *supra* note 36 at 138.

適切な処置について合意に達することができないこと³⁹、そして、安保理付託では決して常任理事国の犯罪行為に関しての付託はなされないこと⁴⁰からも、これでは不十分であるとの指摘がなされている。

以上がICC 規程が今抱える限界であると言える。しかしながら、この克服は可能であると考ええる。

ICC 規程はローマ外交会議を経て今のような形の管轄権行使の前提条件に一応落ち着いているわけであるが、現状としての管轄権行使では不十分であるとの認識に立ち、さらに進んだICC の管轄権行使が、すなわち、犯罪行為地国と被疑者国籍国がともに非締約国でありその管轄権の受諾がない場合であっても、安保理付託に基づくことなく、認められるはずであるとの論証を試みたい。そのために、まずはじめに、普遍的管轄権は本来的に国家が有するものであることについて論じたい。

2、普遍的管轄権とは何か

(1) 対立する二つの考え方の存在

普遍主義とは、「普遍的な関心事項と一般的に認識される犯罪行為」⁴¹については外国人の国外犯に対して国家がその管轄権を行使することを認める考え方であり、その結果国家が有する権利が普

³⁹ カンボジアに国際的な裁判所が設置されていないこともその一例であろう。

⁴⁰ Lionel Yee “The international criminal court and the security council: Articles 13(b) and(16)”, in Roy S. Lee, *The international criminal court: the making of the Rome statute : issues, negotiations, results* (Kluwer law international, 1999) ,pp.143-152, at 147.

⁴¹ Kenneth C.Randall, “Universal jurisdiction under international law”, *Tex. L.Rev.* Vol.66 (1988) ,pp.785-841,at 788. なお、その他、「一定の重大な国際犯罪」(Madeline Morris, “High Crimes and misconceptions: the ICC and non-party states”, *Law & Contemp.Prob.*Vol.64 (2001) pp.13-66,at 27) 「普遍的な利害を有するものと認められた一定の行為」(広部研也「国家管轄権の競合と配分」『山本先生古稀記念国家管轄権 国際法と国内法』(勁草書房、1998) 153 頁) など、言葉の違いはあれど、あらゆる犯罪行為の中でも一定の重大なものに限り普遍的管轄権があるとの考え方で一致しているようである。

遍的管轄権であるとされる。⁴²

ここで注意しなくてはならないことは、普遍主義に基づき国家に「与えられる」普遍的管轄権という解釈が果たして正しいのかということである。この問題は特に、被疑者拘束国に引き渡すか訴追するか⁴³の義務⁴³を定めた多数国間条約をどのように解するかを検討する際に明確に認識できる。

被疑者拘束国にそのような義務を条文上明確に定めた条約として、ICC 規程の対象犯罪に含まれるものでは、アパルトヘイト（人種差別）の禁止⁴⁴ アパルトヘイト犯罪の防止及び処罰に関する国際条約（以下、アパルトヘイト条約）5条・8条、拷問の禁止⁴⁵ 拷問禁止条約（拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約）5 8条などがある。

これらの多数国間条約については、二つの考え方が可能であると思われる。一つは、「これらの多数国間条約は、国家が被疑者を拘束している場合に限っては、外国人の国外犯でありさらに被害者も外国人である場合であっても（以下、外国人の国外犯と略）本来的には有しない管轄権を与え

⁴²なお、山本草二教授に拠れば、普遍主義とは、「諸国の共通利益を害する犯罪について、犯人と犯罪地のいかなを問わず、自国の刑法を適用する原則をい...（そのような犯罪については）内国刑法に基づいて外国人の国外犯を処罰し訴追できることになる。」とされ、普遍的管轄権については、「各国に対しこの種の国際犯罪の規制に対する普遍的管轄権が与えられた、ともいえよう。その中でもとくに、犯人の身柄を自国領域内で現に拘束している国は、たとえ伝統的な原則（属地主義、積極的属人主義、保護主義など）に基づく連結を欠く場合であっても、犯人の身柄確保という事実だけで、刑事管轄を適用する根拠が認められるのである。」（前掲注 20、163 頁）との説明がなされている。

この山本教授の定義に拠ると、普遍的管轄権とは「諸国の共通利益を害する犯罪」についてのみ認められるのであって、「国際法違反の犯罪」には認められないということになる。これら二つの違いは、どちらも「国際法上の犯罪」とされながらも、「諸国の共通利益を害する犯罪」とは実行行為者である個人の責任追及が国内刑法の介入を要件となされるものであり、「国際法違反の犯罪」とはそれが国際法に直接準拠してなされるものであるとされている。注意すべきこととして、この分類方法に拠れば、「国家に普遍的管轄権が認められるか」という論じ方をする限り、その対象犯罪は常に「諸国の共通利益を害する犯罪」であるということである。というのも、ある国家が立法・裁判管轄権を主張する以上、その主張を行なうための国内刑法があることが通常であるからである。すなわち、当該犯罪は当該国家の国内刑法の介入があることになるのである。

しかし、本論で普遍的管轄権が認められるか検討する犯罪は、「諸国の共通利益を害する犯罪」ではなく「国際法違反の犯罪」である、戦争犯罪、人道に対する罪、そしてジェノサイドである。というのも、ICC によって直接にそれらが裁かれるからである。

以上のように、山本教授の捉え方によれば、普遍主義の議論において個別国家の管轄権行使にもつら着目し、さらに、そこで念頭に置く対象犯罪が主として「諸国の共通利益を害する犯罪」ということになりかねず、ICC の管轄権を論じる際のアプローチとしては狭すぎることになる。本稿は、より広い視点から、ICC の管轄権行使について「国際法違反の犯罪」に関係して普遍主義を問題とする必要があることかを説くものであり、したがって、普遍主義についても、既に述べたような、より広い定義を採用することにする。

⁴³ ここで言う「義務」とは、被疑者拘束国たる国家が本来的に管轄権を有するか否かという点には関係ない意味で使っている。

⁴⁴ アパルトヘイトはICC 規程第7条（j）に規定がある。

⁴⁵ 拷問についてはICC 規程第7条（f）に規定がある。

たものである。」との考え方、そしてもう一つは、「そもそも全ての国家がそのような管轄権を有しているのであって、これら多数国間条約は、国家が被疑者を拘束している場合には必ずその管轄権を行使しなければならないとして、権利行使を義務付けたものである。」⁴⁶との考え方である。

前者によれば、「被疑者を拘束している」という連結点を有しない締約国や条約の非締約国には、外国人の国外犯に対する管轄権行使が認められないことになる。これは、条件付の普遍的管轄権と行うことができるであろう。一方、後者によれば、「被疑者を拘束している」という連結点を有さなくとも、全ての国家がその本来的に有する管轄権を行使することができることになる。これは、無条件の普遍的管轄権ということになるのである。

なお、ここでは被疑者拘束国についての条文が存在するものについてのみ触れたが、この問題は、被疑者拘束国の管轄権について定めていない多数国間条約、例えばジェノサイド条約のように犯罪行為地国と国際刑事裁判所⁴⁷の管轄権についてだけ規定する条約についても、そこに列挙されている以外の国家には管轄権が認められないのかが問題となり得る⁴⁸。

この二つの考え方の存在を露呈したケースとして、以下の(ア)が挙げられると思われる。(イ)と(ウ)のケースは、それらを比較してみると、まさに二つの考え方の対立を認識させ、興味深いのである。

(ア) DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO v. BELGIUM⁴⁹

当該ケースは、事件当時コンゴ共和国大統領の主任私設秘書 (Principal Private Secretary) であり、現在コンゴ共和国外務大臣である Yerodia Ndombasi 氏が、ツチ族民間人に対する恣意的な逮捕・虐殺に関わったとし、戦争犯罪、人道に対する罪のかどで、ベルギーがその国内法に基づき同人に対し国際逮捕状を発行したものであるが、いずれも「コンゴ国内でコンゴ国民によってなされたとするものであり、しかも被害者がベルギー国民であるとかこれらの行為がベルギー王国の安全と権威の侵害をしたとの申立てもない」ことから、コンゴはそのようなベルギーの刑事管轄権について争ったものである。

⁴⁶ この考え方をとるものとして、See Kenneth C. Randoll, *supra* note 41 at 835-836.

⁴⁷ なお、ここでは条文のまま、「国際刑事裁判所」という言葉を用いている。しかしこれは、必ずしも ICC を意味するものではない。というのも、ジェノサイド条約締結時には現在の ICC は存在しなかったのであり、必ずしも条文作成当時は ICC との一致はなかったからである。ただ、結果的に、ここに言う「国際刑事裁判所」は、長年の空白期間を経て ICC が該当することになったということだけである。この「国際刑事裁判所」は ICC よりも広義のものであると捉えるべきである。

⁴⁸ (イ)のピノチエトケースを参照。

⁴⁹ *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April (2000) Democratic Republic of the Congo v. Belgium*.

なお、当該事件の場合、ここで焦点を当てる論点については ICJ の判断が示されていない。本稿執筆時点においては仮保全措置の指示の要請についてに留まっているのである。

補足すると、当然のことながら、国際逮捕状の対象者たる Yerodia Ndombasi 氏はベルギー国内にいたわけではない。すなわち、ベルギーには、伝統的な原則に基づく連結点⁵⁰がないばかりか、「被疑者拘束国」という連結点も存在しなかったのである。

コンゴ側の主張は、まず、ローチュス号事件は、「(当該原則は絶対的なものではなく、トルコ旗国船上のように、何らかの結果がその領域に生じた場合には、領域外で行なわれた行為を訴追することも禁止されないとしながらも、) 属地 (territoriality) が国際法の原則であるとしている。」とし、「判決に拠れば、この原則は、他国家領域内で、国家がその権力を行使できないことになる。」とする。⁵¹

「他国家の領域内においてはその管轄権を行使することはできないという法原則は、国連憲章第2条1項 この機構は、そのすべての加盟国の主権平等の原則に基礎をおいている」との規定で確証されており、「一般国際法が例外的に、他国家領域内で行なわれた外国人の行為を訴追することを許容するのは、当該国家の安全と権威を害する場合と、その国民に対する重大な侵害行為が含まれる場合である。」とする。

そして、「特定の侵害行為の抑圧のための、多くの多数国間条約...が、その締約国に対し、普遍的管轄権を与えていることは真実である。」しかしながら、「ここが極めて重大な点であるが、それらの多数国間条約は、(普遍的)管轄権を、訴追しようとする国家領域内に犯罪人が存在する場合に限る条件付のものとしている。」とするのである。すなわち、被疑者拘束国という立場に立たない限りは、普遍的管轄権の行使をすることはできないという主張である。

この事件における普遍的管轄権をめぐるコンゴとベルギーの立場の差異こそが、上述の、対立する二つの考え方のうち、どちらをとるかの違いであると言える。

さらにコンゴ側は続ける。ICTY、ICTR を設立する安保理決議によって、国連加盟国は、犯罪人そして被害者が自国民でない場合にもその管轄権を及ぼすものへと、それらの国内法を変容することが求められる。このように、「安保理は、国際刑事裁判所と並んで各国国内裁判所にも管轄権を認めるものの、そのような管轄権の(具体的)基準を示していない。」また、「国際法によって認められている刑事管轄権のルールからの逸脱を創設したわけではない。」

http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/iCOBE/iCOBEorders/iCOBE_iorder_toc.htm (visited on 21 Nov)

⁵⁰ 前掲注 20、163 頁。

⁵¹ コンゴが、「国際逮捕状の発行」という行為を、後で述べるように「自国領域外での強制的な執行管轄権の行使」と考えているのであれば、この主張は正当である。しかしながら、以下の主張を見る限り、コンゴは、それが「自国領域外での強制的な執行管轄権の行使」に該当しなくとも、被疑者拘束国でないベルギーはそのような管轄権を行使することができないと主張しているように読める。

そしてコンゴは、この主張の根拠付けとして、フランスの、上記安保理決議の実施法が、「フランス領域内において犯罪人が発見された場合には」仏国裁判所において訴追され、裁かれるとの規定を置いていることを挙げる。また、フランス法務省の回覧書が、この規定へのコメントとして、安保理決議はそのような(無条件の)普遍的管轄権を要求していないと指摘し、「普遍的管轄権を伝統的に支配してきたルールに従い、また、その実効性の懸念から、」議会は、犯罪人が仏国内にいない場合にまで国内裁判所の管轄権を拡大することを望まなかったとしていることにも触れている。

そして、「それ故、上記の安保理決議は、...国家が無条件の普遍的管轄権を行使できるような法律を国際法の下正当化する根拠とはなり得ないのである。」と結論付けたのである。⁵²

(イ) ピノチェトケース⁵³

これは、1974年から1990年にかけてチリで軍事独裁体制を確立していたピノチェト元大統領が、1998年10月、治療目的で滞在していた英国において、スペインの要請を受けた英国警察により逮捕されたというものである。スペインは、その16年間にわたる圧政下、同氏がジェノサイド、拷問などを行なったとして逮捕状を発行し、英国に身柄の引渡を要請したのである。

当該ケースにおいても、スペインが英国に対しピノチェト氏の引渡を求める根拠について同様の問題が提起されている。スペイン司法当局の令状にあるピノチェト氏の犯罪には拷問が含まれていた⁵⁴が、これに対しスペインはなんら連結点を有していなかったことである。すなわち、チリでチリ国民に対し行われた元国家元首である同人の引渡を求める管轄権をスペインが有するのかという疑問である。⁵⁵

拷問禁止条約は、その5条において、第1項では(a)属地主義、(b)積極的属人主義、(c)消極的属人主義に基づく国家の管轄権を、そして第2項においては被疑者拘束国の管轄権を許容しているのであって、スペインはそのいずれにも当たらないのではないかということになるのである。なお、引渡を求めているスペインが被疑者拘束国でないことは言うまでもないことである((ウ)のケースのイスラエルも同様。)

⁵² 以上のコンゴの主張は、Application instituting proceedings filed in the registry of the court on 17 October 2000; Arrest warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) at 7-13 にある。

⁵³ *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, Ex Parte Pinochet Ugarte* [2000] 1 A.C.61[1998]; *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, Ex Parte Pinochet Ugarte (No.2)* [2000] 1 A.C.119[1999]; *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, Ex Parte Pinochet Ugarte (No.3)* [2000]1A.C.147[1999][hereinafter Pinochet No.3]

⁵⁴ Pinochet No. 3, at 191B-D.

⁵⁵ この問題点を指摘するものとして、See CLIVE NICHOLLS, "Reflections on Pinochet", *Va J.Int'l L.* Vol.41 (2000), pp.140-151, at 147-148. 事件の概要については島田征夫「ピノチェト 元首の犯罪は裁けるか」『法学教

なお、この考え方に基づく限り、それはジェノサイドについても言えることである。ジェノサイド条約は、その第6条において、犯罪行為地国の裁判所と国際刑事裁判所において裁判されると規定しており、被疑者拘束国についてすら条文上は認めておらず、列挙されているものだけにしか管轄権が認められないのだとすれば、スペインはそこに該当しないからである。

残念ながら、この問題に対する貴族院の明確な答えはない。しかしながら、このような問題提起のされ方はまさに、二つの考え方のうち、拷問禁止条約（多数国間条約）を「権利の付与」をしたものと捉える、条件付の普遍的管轄権の考え方に基づくと思われるのである。

(ウ) *Demjanjuk v. Petrovsky*⁵⁶

これは、米国オハイオ州に居住し米国市民権を取得しようとしていたウクライナ生まれの *Demjanjuk* が、かつてドイツ軍に仕えポーランドの *Treblinka* 強制収容所において看守として働いていた際、何万という数の収容されていたユダヤ人そして他の人々を、ガス室送りのせん滅作戦によって殺害したとして、イスラエルがその身柄の引渡を米国に求めたケースである。

当該事件では上記の二件と異なり、被害者がユダヤ人（当時イスラエルは存在していなかったものの）であったことから、一つの連結点を有する。しかしながら当該第六巡回控訴裁判所は、消極的属人主義を用いることなくイスラエルが普遍主義の下でその管轄権を行使できることを認めている点に注意すべきである。

「イスラエルは、ナチスそしてナチス協力者を、普遍的に認識された、国家共同体によって非難される犯罪のかどで処罰するために、その刑法の執行を求めるものである。」「*Demjanjuk* が当該犯罪を行なった当時イスラエルが存在しなかったという事実は、イスラエルがこのような管轄権を行使することの何の障害にもならない。」「（普遍的管轄権の下では）被疑者の国籍や被害者の国籍、そして犯罪行為地は、重要ではない。当該犯罪は、諸国家の法に違反し、人道に反する行為であり、訴追する国家は全ての国家に代わって行動するとの仮定に基づくのである。よって、イスラエルそしてそれ以外の全ての国家もが、...そのような犯罪人の処罰を求め、全ての国家の利益を証明することができるのである。」とし、イスラエルへの引渡を認める判断を下したのである。⁵⁷

これは、(イ)のケースと全く同様の構造であることに注意すべきである。すなわち、何ら連結点を有しない国家が（被害者がイスラエル国民であったことを重視していないことから、イスラエルは何ら連結点を有していないのに認められたということができる。）普遍的管轄権を根拠に引渡

室』221号(1999)2-3頁も参照。

⁵⁶ *Demjanjuk v. Petrovsky*, 776 F.2d 571,582 (6th Cir.1985), *cert.denied*, 475 U.S.1016 (1986).

⁵⁷ *See Ibid.* at 582-583.

を主張することが認められたのである。(イ)で述べたように、ピノチェトのケースにおいてはこの部分の判断が下されていないことから、貴重な判決であると言える。

(2) ローチュス号事件判決⁵⁸ 国家管轄権概念の検討

(ア) 判決の内容

(1)で述べた二つの考え方の対立に判断を下すためには、国家管轄権概念をどう捉えるのかを明確にしなくてはならない。そのためには、その点について明確な判断を下しているローチュス号事件判決についてふれる必要がある。

有名な一節を引用すると以下ようになる。

「国際法が国家に課す最大の制限は、反対の許容原則が存在する場合を除いては、どんな形であれ、他国家領域内でその管轄権を行使することはできないということである。この意味において、確かに管轄権は属地的である。すなわち、国際慣習又は条約から生じる許容原則に拠らなければ、領域外で管轄権を行使することはできないのである。

しかしながらこのことが、国外行為に関連した事件で、国際法の許容原則に依拠できない場合、国家がその領域内で管轄権を行使することを、国際法は禁止するものであるということにはならない。そのような考え方は、国際法が国家に対し、自国の法律の適用と裁判所の管轄権を領域外の人・財産及び行為に拡大することを一般的に禁止しており、その一般的禁止の例外として特定の行為については国家に許容している場合にのみ、支持できることになる。しかし、これが国際法の現状に当てはまらないのは明白である。国家が自国の法律と適用と裁判所の管轄権をその領域外の人・財産及び行為に拡大できないとの一般的禁止を課すどころか、この点に関しては広範な裁量に委ねており、一定の場合に禁止規則によって制限するにとどまっているのである。すなわちそれ以外の場合には、全ての国家が最善かつ最適と考える原則を自由に採用しているのである。」⁵⁹

この判決は、前段の部分からは領域外での国家権力行使には違法推定説、後段の部分から領域内での国家管轄権行使には合法推定説(奥脇教授は、「主権の残余理論」「一般許容原則」の妥当を認めたとする⁶⁰。)が、それぞれ示されたとされている。前段は、域外における執行管轄権の行使の禁止はトルコ側も認めていたことであるし、国際法の基本原則とされているのである。気をつけなければならないのが後段部分である。これは、それを禁止する規則が存在しなければ、国家管轄権が

⁵⁸ SS.Lotus (*Fr.v.Tr*),1927P.C.I.J. (ser.A) No,10.

⁵⁹ See *Ibid* at 18-19.

⁶⁰ 奥脇直也「国家管轄権概念の形成と変容」『山本先生古稀記念国家管轄権 国際法と国内法』(勁草書房、1998年)16頁。

その領域内で行使される限り、外国人の国外犯に対しても、立法管轄権、裁判管轄権そして強制的な執行管轄権の行使が可能であると言っているからである。⁶¹

しかしここで注意すべきなのは、判決に言う、外国人の国外犯に対するそれら管轄権の行使を「禁止する規則」の有無を確かめる必要があるということである。

裁判所はこの点について、犯罪構成要件の一つである結果がトルコ船上に生じたと構成した上で（客観的属地主義）このような場合の管轄権行使を禁止する国際法上のルールは存在しないとしている。しかも、厳格に属地主義に基づいた刑法典を有する国家であっても、犯罪構成要件の一部、特にその結果が国内で生じた場合には、外国人の国外犯に対しても内国刑法を適用しているとの事実を指摘した⁶²。

裁判所は、合法推定説を一般論として認めた上で、章を改め、当該事件の特定の事情に則したより詳細な検討をし、客観的属地主義に基づくトルコの管轄権行使を禁止する国際法上のルールは存在しないとしている。

合法推定説と呼ばれる部分と、この、客観的属地主義について論じた部分との関係はどうなるのであろうか。ローチュス号事件はあくまで、客観的属地主義を認めたに過ぎないのであろうか。

奥脇教授は、判決が客観的属地主義について判断した部分について、「しかし裁判所によるこの検討は、主権の残余理論を前提とする限り、実は確認的な意味しかもたない。」「一般許容原則に基づいて「国際法上禁止されていない事項は国際法的に認められている」という一般許容原則を下敷きにするのであれば、」客観的属地主義について検討するまでもなく、「ローチュス号事件の判決においても、旗国主義の排他性が慣習法として確立していることをフランスが立証できない以上、トルコの立法管轄権⁶³の行使は論理的帰結として「国際法的に認められている。」ということになるはずである。」との指摘をする⁶⁴。

すなわち、客観的属地主義は領域内での結果の発生に基づいてその管轄権を及ぼす基準であるが、合法推定説の部分では、そのような結果の発生を条件とすることなく、言い換えれば、結果の発生という事実がなくとも、より一般的に、外国人の国外犯への立法・裁判管轄権の行使を認めている

⁶¹ このことを指摘するものとして、高島忠義「ローチュス号事件判決の再検討(二)」『法学研究』第71巻5号(1998)32-34頁。

⁶² See *supra* note 58, at 22-23.

⁶³ 奥脇教授は、「刑法に関しては、立法管轄と裁判管轄は、相互に補完しあう関係にあり、その場所的適用範囲も基本的には一致するものと考えられている。」「刑法の域外適用が国内法によって認められている場合には、外国でそれら刑法規定に違反した者は、その国の裁判管轄が及ぶ領域において訴追を免れない。」(前掲注60、13頁)とする。よって、奥脇教授が立法管轄権について論じている箇所は、裁判管轄権についても妥当すると考えられるのである。

⁶⁴ 前掲注60、18頁。

のであるから、なぜ客観的属地主義を用いる必要があるのかということになるのである。

この点について奥脇教授は、「立法管轄権の範囲の決定は本来国家の主権的裁量であるとしながら、その結果生じる管轄権の抵触の解決においては、規制対象となる行為ないし事項とこれを規制しようとする国家との間に何らかの関係性があることがなければならないという前提をおいているように見える。」としている⁶⁵。

この解釈は、普遍的管轄権についての二つの対立する考え方とどのように関わってくるのであろうか。次の項ではこの点について詳しく述べる。

(イ) ローチュス号事件と普遍的管轄権

客観的属地主義が結果の発生をその連結点（関係性）とするものであるとすれば、普遍的管轄権は、いわば、犯罪行為の普遍性を連結点（関係性）とするものである。しかしながら、判決の合法推定説の部分に従うと、何ら連結点を有しない場合であっても、外国人の国外犯に対し、国家はその立法・裁判管轄権を及ぼすことができることになる。

普遍的管轄権とは、外国人の国外犯の中でも、「普遍的な関心事項と一般的に認識される犯罪行為」についてのみ認められるものであったが、判決はその合法推定説の部分で、そのような限定を付していないのである。その意味において、当該判決によって国家が本来的に有することが認められた「権利」は、普遍的管轄権よりも強力な、すなわち、より広範囲に及び権利であると言えることができる。

よって、そのような権利の中に普遍的管轄権は内包されるものであることは確かである。ローチュス号事件判決でこのような権利が本来的に認められた限り、普遍的管轄権も国家が本来的に有するものなのである⁶⁶。

それでは、中でも普遍的管轄権に根拠付けることの意義はどこにあるのであろうか。それは、例えば、ローチュス号事件のフランスのように旗国主義を主張する国家、また、ICC 規程に反対する米国のように属人主義を主張する国家との、管轄権の抵触、すなわち、それらの国家から被疑者の引渡の要請があった場合やそれらの国家との引渡の要請の競合があった場合に、当該犯罪が普遍性を有するという連結点（関係性）が、それらに対抗するための拮抗となり得るということではないだろうか。

外国人の国外犯に対して一般的に立法・裁判管轄権を及ぼすことは確かに本来的に国家が有する

⁶⁵ 前掲注 60、18-19 頁。

⁶⁶ ローチュス号事件判決の合法推定説の部分を示した上で、「よって、普遍的管轄権はいかなる犯罪行為に対しても本質的に生じることになる。」との指摘がなされている。See Bruce Broomhall, "Symposium: Universal jurisdiction: Myths, realities, and prospects: Toward the development of an effective system of universal jurisdiction for crimes under international law", *New Eng. L. Rev.* Vol.35 (2001), pp.399-420, at 402 n.11.

しかしながら、特別の許可がない場合、国際法によって伝統的に制裁を受けてきた根拠を超えて管轄権を行使することに対し、国家が消極的であったため、特定の犯罪に対する普遍的管轄権という形で発達してきたのだという。See International Law Association, *Committee on International Human Rights and Practice, London Conference: Final Report of the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences 3* (2000) at 11.

このことが意味することは、何ら連結点を有しない外国人の国外犯に対しても立法・裁判管轄権を行使できるという権利そのものを、(広義の)普遍的管轄権と呼び、普遍性を有する犯罪行為について認められる管轄権行使を、(狭義の)普遍的管轄権と呼ぶことになる。ローチュス号事件では広義の普遍的管轄権の行使が認められたが、その後の諸国家の実行の中で、普遍性を有する犯罪という一定のものに限って認められるという形で、すなわち、狭義の普遍的管轄権として、発達してきたということになる。

権利である。しかしながら、管轄権が競合する場合、必ずしも、他の何らかの連結点（関係性）に基づく管轄権を主張する国家に対し、優先されることにはならないのである。

これを、ベルギー、スペイン、イスラエルに当てはめるとどうなるのであろうか。コンゴ、チリ、Demjanjuk がその管轄権を争っている限りにおいて、本来的に有する権利の中でも普遍的管轄権に根拠付けること、すなわち、それらの犯罪が普遍性を有することが示されなくてはならないということになる。

これは、ICC についても言えることである⁶⁷。ICC がその立法、裁判管轄権を非締約国国民に及ぼす規定を設けることは、非締約国の同意がなくとも、自由である。しかしながら、当該非締約国と管轄権の抵触が問題となる限りにおいて、ICC の対象犯罪が普遍性を有することの論証が必要となるのである。

ローチウス号事件判決によって、普遍的管轄権をも包含する一般的な権利が認められたわけであるが、管轄権を争う国家が存在する場合に、中でも普遍的管轄権に根拠付けるためには、その管轄権の対象となっている犯罪行為に、普遍性が認められる必要が生じることになる。

よって、(ウ)においては、犯罪行為の普遍性について検討する。

(ウ) 犯罪の普遍性とローチウス号事件判決の正当性

何をもって「普遍的な関心事項を一般的に認識される犯罪行為」とするのは難しい。例えば、Faik Blute のケース (Judgement of Aug.7,1973.slip op.at1,8 (Military Court,Lod,Israel,in Hebrew)) においては、レバノンとシリアにおいてテロ組織のメンバーに加わったことをもって、トルコ人の Blute に対し、イスラエルは管轄権行使をした。これに対し、「テロ組織のメンバーに加わることが普遍的管轄権行使のための適切な機会とは認識されていないばかりでなく、テロ行為そのものに対してもそのような認識されていない。」との指摘がある⁶⁸。

しかしながらその一方で、「多数国間条約の存在によって、本来的に有する普遍的管轄権の存在が示される。」という主張がある。「その下で締約国が自ら特定の状況における管轄権の行使を引き受けるという多数国間条約の採択は、全ての国家がそのような権利を有するということを示すのである。」「そこに含まれる仮定はこうである。管轄権を行使する権利は、条約に基づくのではなく国際法の一般原則に基づくのである。」とするのである。⁶⁹

これは、多数国間条約が存在することが、その対象犯罪の普遍性を証明するという主張である。そのことによって、全ての国家が有する普遍的管轄権の存在が顕在化するということになるのである。

しかしながら、多数国間条約だけがその犯罪行為の普遍性の表れ、その犯罪に対して国家の有する本来的な普遍的管轄権の顕在化でないことは確かである。

例えば、ドイツは、ICC が普遍的管轄権を有することの証拠として、ジェノサイドについてはジ

⁶⁷ ここでは、国家と ICC という主体の差は考慮しない。下記、4の(2)参照。

⁶⁸ “Notes: Extraterritorial jurisdiction and jurisdiction following forcible abduction: A new Israel precedent in international law”, *Mich.L.Rev.*Vol.72 (1974) pp.1087-1113,at1099.

ェノサイド条約を、戦争犯罪についてはジュネーブ四条約とその第一追加議定書を挙げたが、その一方で、人道に対する罪についてはニュルンベルグ先例を挙げたことは既に指摘した。

さらに、次のような主張もある。「一般国際法は、明らかに普遍主義を認めている。その限りにおいて、ICCの管轄権が及ぶ範囲(jurisdictional reach)は、ローマ規程(多数国間条約)の定めた最も重大な犯罪、すなわち、ジェノサイドや戦争犯罪そして人道に対する罪の訴追には全ての国家が利益を有しているものであり、またローマ規程は単に国際法の現在の傾向(trends and tendencies)を反映したものに過ぎない、との考え方に基づいているとも考えられる。」⁷⁰

この主張が示すことは、ICC規程そのものが一定の犯罪行為を選定し、すなわち、ジェノサイド、人道に対する罪、戦争犯罪を、国際社会が全体の関心事である最も重大な犯罪(コアクライム)⁷¹として規定した事実がある以上、少なくともそれらの犯罪行為は普遍性を有すること、よってそれらの犯罪については全ての国家が本来的に普遍的管轄権を有することが示されたということになるということであると考ええる。

これは、ダニレンコ(Gennady M.Danilenko)の主張であるが、さらに次のような考え方を示している点に着目すべきである。

ダニレンコは、普遍的管轄権の正確な範囲(exact extent)は何か、ICCの対象犯罪の中には普遍的管轄権によってカバーされる犯罪行為以外のものが存在するのではないかと、といった疑問があり得ることを示した上で、その答えとして、以下のことを示すのである。

管轄権の域外適用を定める現存する全ての多数国間条約は、被疑者国籍国が締約国であることやその同意があることを要求していない。そしてそのような、被疑者国籍国が当該条約の締約国であるか否かに関係なく締約国が管轄権を及ぼすという多数国間条約を創設する、全ての国家の一般的な権利は決して争われたことがなかった。よって、その限りにおいて、ローマ規程は、全ての国家が有する権利、すなわち、条約を締結することによって特定の犯罪行為に対して犯罪行為地や被疑者の国籍に関係なく管轄権の域外適用を定めるといふ、一般的に認められた権利に依拠していると考えることができるのである。⁷²

このダニレンコの指摘で示されたことは、「ある一定の犯罪行為を選定し、それを対象犯罪とする多数国間条約を新たに創設し、しかもその管轄権を非締約国国民にも及ぼすという新たな枠組を

⁶⁹ 以上の主張をするものとして以下のものとして、See Kenneth C.Randoll ,*supra* note 41 at 825.

⁷⁰ Gannady M.Danilenko, "The statute of the international criminal court and third states", *Mich. J.Int'l L.* Vol.21 (2000) ,pp.445-494, at 458.

⁷¹ ICC 規程第5条参照。

⁷² See *supra* note 70 at 461-463.

作る権利」を、全ての国家が有しているということである。

そして、このような権利こそが、ローチウス号事件判決で認められた、本来的に全ての国家が有する権利、すなわち外国人の国外犯に対してもその立法・裁判管轄権を及ぼす権利だと思われるのである。本来的にそのような権利を各国家が有しなければ、そのような多数国間条約を締結することなどできないはずだからである。

なお、以上のような多数国間条約、ニュルンベルグ裁判所が存在することから、そのような普遍的管轄権の行使を「禁止する規則」も存在しないということになるであろう。

(3) コンゴの主張の誤り

ローチウス号事件判決によって、被疑者拘束国でなくとも、全ての国家が、その領域外に強制的な執行管轄権を及ぼさない限り、すなわちその領域内においては、外国人の国外犯に対しても、立法管轄権、裁判管轄権そして強制的な執行管轄権をも行使することができることが示された。

この判決に従う限り、コンゴに乗り込みその身柄を確保するとの手段にでない限り、ベルギーが同人を国内裁判所で訴追することは自由であることが分かる。

すなわち、被疑者拘束国でないベルギーにも、またたとえ、ベルギーが多数国間条約の締約国でなくとも、そのような権利が本来的に備わっていることになるのである。

ただ、コンゴがその管轄権を争っている限りにおいて、国際逮捕状発行の訴因である戦争犯罪と人道に対する罪とが、普遍性を有する犯罪であることが示されなければならない。そして、それらの犯罪行為が普遍性を有することは上記(2)で示した通りである。

以上のことから、コンゴは、「一般国際法が例外的に、他国家領域内で行なわれた外国人の行為を訴追するのを許容するのは…」とし、被疑者拘束国でない限り、訴追という管轄権の行使を許容されないという条件付の普遍的管轄権に解している点で誤りである。

被疑者拘束国である国家にあるものでそれ以外の国家にないものは、被疑者がその領域内に存在するという事実によって自動的に生じる、身柄の確保が物理的に可能であるという事実だけなのである。普遍性を有する犯罪行為については、普遍的管轄権に基づくことによって、管轄権を争う国家(コンゴ)に対抗することまで認められるのである。

なお、(1)(イ)で書いた、ピノチエトケースに関して提起されている問題についても同様に、拷問条約の中で明示されていない国家(スペイン)であっても、全ての国家が本来的に有する普遍的管轄権の行使が認められるのである。

3、2(1)・(2)・(3)を通じた結論

ローチュス号事件判決に従えば、全ての国家は本来的に国家管轄権の域外適用、すなわち、外国人の国外犯に対し立法・裁判管轄権を適用すること（さらにその者が領域内にいれば強制的な執行管轄権を及ぼすことも）が許容されていることになる。

そして、管轄権を争う他国が存在しない限り、その立法・裁判管轄権行使は、無条件に自由であるが、それを争う国家が存在する場合、なんらかの連結点（関係性）が必要となる。

その連結点（関係性）として、ローチュス号事件ではトルコ領域内に「結果」が生じたこと客観的属地主義が認められたのであり、2の(1)(ア)(イ)(ウ)の事例の中の、ベルギー、スペイン、イスラエル、さらにはICCに関しては、犯罪行為の「普遍性」 普遍的管轄権が認められる必要があった。

そして、それらの犯罪行為の普遍性の証明は、ICC 規程そのものも含む多数国間条約の存在、そしてニュルンベルグ裁判所という先例の存在によって示された。

その結果、これら普遍性が認められる犯罪に関しては、全ての国家が本来的に普遍的管轄権を有することになるのである。

そして、上記の多数国条約の解釈としては、それは本来的に有する普遍的管轄権の行使を義務付けたに過ぎないという後者の考え方が正当であることになる。

すなわち、普遍的管轄権とは、本来的に国家が有するものなのであり、多数国間条約の締結によって新たに付与されるものではないことになる。

なお、一応ここで触れておくと、普遍的管轄権によっても自国領域外での強制的な執行管轄権の行使が正当化されるものではないことは認識されているところである⁷³。

このことに関し、一つ補足として、ベルギーによる国際逮捕状の発行やスペイン・イスラエルによる引渡の請求が、領域外における強制的な執行管轄権の行使に該当するものではないかとの可能性も検討しておく必要がある。そもそも、国際逮捕状の発行が強制的な執行管轄権の行使にあたるのであれば、それはローチュス号事件においても許容されず、さらには普遍的管轄権によっても許容されないからである。その意味で、コンゴの主張は正当化され得るからである⁷⁴。

確かに、ローチュス号事件判決に関しては、「合法性を推定される立法・裁判管轄権の域外適用と強制的な執行管轄権のそれ（域外適用）とを区別するために具体的基準が判決の中で何ら示されていない...判決はただ単に国家が他国領域内で権力を行使することができないという国際法上いわ

⁷³ See Kenneth C.Randoll *supra* note 41 at 840.

⁷⁴ しかしながら、コンゴの普遍的管轄権に対する考え方自体の誤りについては、注51と2(3)とにおいて述べた通りである。

ば当然の原則を述べているに過ぎない。その結果、国家が実際に特定の「権力」的な執行措置を他国領域内で取らない限り、国家管轄権の域外適用は広く合法性を推定されることになるであろう。」との懸念が示されている⁷⁵。

しかしながら、逮捕状の執行が各国の裁量に委ねられている限りにおいて、強制的な執行管轄権の行使ではなくむしろ裁判管轄権の域外適用と解するべきだと思われる。

一つ指摘しておくべきこととして、この行為は、「外国人の国外犯」に対するものであるから問題があるわけではないことである。「国際逮捕状の発行」という行為自体の問題性が問われているのである。属地あるいは属人という連結点を有する事件に対しては日常的に国際逮捕状の発行や国際手配が行なわれている⁷⁶。ここで、ベルギーにも普遍的管轄権が認められる以上、連結点の有無はもはや問題とはならないはずである。

よって、国際逮捕状という行為は他国の国家管轄権を侵さないという一般的な認識があることから、ベルギーの国際逮捕状の発行という行為は、領域外における強制的な執行管轄権の行使には該当しないと言することができる。

また、引渡についても、その請求に従うか否かが相手国の裁量に任されているのであり、また、言うまでもなく相手国に乗り込んでいくのとは全く状況がことなるのであるから、強制的な執行管轄権の行使には該当しないのである。

4、新たな、管轄権行使の前提条件 ICC の普遍的管轄権の行使

以上の1、2、3における議論をICC規程の前提条件との関係でどう見るべきか。以下ではこの点について具体的に論じていきたい。

ローチュス号事件判決に従う限り、国家が普遍的管轄権を行使することは本来的に認められていることになる。これは、ICCがその管轄権を行使する場合にも言えるのではないか。その可能性を示すことがここでの目的である。

ICCに普遍的管轄権が認められるということはどういうことか。それは言うまでもなく、犯罪行為が地国や被疑者国籍国そしてその他の利害関係国が締約国であろうとなかろうと、またその管轄権の受諾であろうとなかろうと、全ての被疑者に対しその管轄権を及ぼすことができるということである。

⁷⁵ 例えば、罰則付召喚状の国外送達は、実際に国外で罰則を執行しない限り合法であることになるが、そのような行為が関係国の強い反発に導いたことを想起すべきとする。前掲注61、34-35頁。

⁷⁶ 例えば、ウサマ・ビン・ラディン氏は米国とリビアの逮捕状に基づき、ICPOによって国際手配されている。

ICC に普遍的管轄権は認められるのか、そのためにはまず ICC の行使する管轄権の内容を検討する必要がある。というのも、もしそこに非締約国領域内における強制的な執行管轄権が含まれているのであれば、それは普遍的管轄権によっても、すなわち、ローチュス号事件判決の考え方に基づいても、容認されるものではないからである⁷⁷。そしてその次に、国家と ICC という主体の違いがあることから、国家でない ICC にも普遍的管轄権は認められるのかについて論じる必要がある。

(1) ICC の管轄権の内容

ここで指摘したいことは、ICC の管轄権の中に、非締約国領域内での強制的な執行管轄権は(残念なことであるが)含まれていない⁷⁸ということに尽きる。

以下で述べるように、確かに、締約国領域内での強制的な執行管轄権は、ICC の管轄権の中に含まれている。しかしこれは、普遍的管轄権から認められるものではなく、締約国という立場から生じるものであり、条約への同意の効果であると考ええる。

まず、裁判所である ICC が、コアクライムをその対象犯罪とし、おのおのの定義を定め、そしてそれらの行為を行った者を訴追する権能を有している以上、立法管轄権と裁判管轄権を有することも当然と言える。しかしながら、問題となるのが執行管轄権なのである。

「裁判所の執行管轄権はあまりに弱いため、裁判所の実効性を完全に損なう可能性を有している。」との指摘がされているほどである⁷⁹。特に、逮捕状、財産の没収などの裁判所の命令についての規定が存在し、それらの執行の必要があるにもかかわらず、ICC が独自の警察機構を有しないという点は、最大の問題点として頻繁に指摘されているところである⁸⁰。

これは、三つの前提に基づいているためとされている⁸¹。一つは、裁判所が直接、その発する命令の不遵守に対し制裁を科すことはできないということ。むしろ、不遵守を認定し、それを締約国会議や安理に報告する任務を担うだけであること。二つ目は、国家に対し、その命令に従うよう

http://www.interpol.int/Public/Wanted/Notices/Data/1998/32/1998_20232.asp (visited on 21 Dec)

⁷⁷ See *supra* note 73. また、違法推定説の部分より。

⁷⁸ 安理付託の場合、締約国・非締約国の区別なく、国連加盟国であるとの地位に基づいて、域内での強制的な執行管轄権の行使を含む義務を負うことになる。しかしこれは、普遍的管轄権の内容ではなく、あくまで国連憲章第 7 章の効果である。このことを指摘するものとして、岡田泉「国際刑事裁判所の管轄権」『国際法外交雑誌』98 巻第 5 号(1999) 92 頁。

⁷⁹ Leila Nadya Sadat and S. Richard Carden, "The new international criminal court: An uneasy revolution", *Geo. L. J.* Vol. 88 (2000), pp. 381-415, at 415.

⁸⁰ 国際連盟の後援の下、1941 年に開催されたロンドン国際会議の提案は、国連の下に国際刑事裁判所を設立する、62 条から成る規程を起草している。そして、「興味深いことに」その 25 条において、裁判所と検察官の命令を執行する任務を負う国際警察機構について定めているという。See Leila Sadat Wexler, "The proposed permanent international criminal court: An appraisal", *Cornell Int'l L. J.* Vol. 29 (1996), pp. 665-725, at 672-273 n. 41.

⁸¹ See *supra* note 79 at 415-416.

強制はできないということ。すなわち、罰則付召還令状や職務執行令状の発行はできないこと。三つ目として、裁判所の職員はほとんどの場合、国家領域内で直接職務を遂行することが許されておらず、むしろ被要請国内の権限ある当局を通して、そして現地法に従って職務を行うことである。

例えば、逮捕手続は以下のようになっている。まず、予審部が逮捕状を発布し（第 58 条 1 項）した後、ICC は、逮捕状に基づき、第 9 部に規定される被疑者の仮逮捕又は逮捕及び引渡を求めることができる（第 58 条 5 項）。要請を受けた締約国は、国内法及び第 9 部の規定に従って迅速に被疑者を逮捕しなければならない（第 59 条 1 項）。このことから、逮捕状の執行が締約国の司法当局に委ねられていることが分かる。⁸²

捜査手続ではどうか。これもまた原則第 9 部に定める各国の協力を委ねられている。しかしながらここには例外がある。司法制度が正常に機能していない締約国に限っては、予審裁判所の許可を得た検察官が現地に赴いて捜査にあたることも認められているのである（第 54 条 2 項、第 57 条 3 項（d））。

その他にも例外が存在することも指摘しておく。それは第 99 条 4 項に規定された、検察官が直接、国家領域内で要請内容を実施できる場合である。ただしこれは、強制的な手段に拠ることなく実施できるものに限られている。

⁸² なお、芝原邦爾「国際刑事裁判所設立条約の成立」『法学教室』219号（1998）48頁によれば、司法制度が正常に機能していない締約国に対する場合には、その国による司法上の協力は期待できないので、逮捕状等の令状は、検察官によって直接執行されることになるとするが、そのような規定は存在しない。確かに、57条3項のdは「Authorize the Prosecutor to take specific investigative steps within the territory of a State Party without having secured the cooperation of that State under Part 9...」との規定するが、その「specific investigative steps」の中に逮捕令状の執行が含まれているとは思えないのである。というのも、この行為は on-site investigation と呼称されており（Fabricio Guarigulia, "Investigation and prosecution", in Roy S. Lee, *The international criminal court: the making of the Rome statute : issues, negotiations, results* (Kluwer law international, 1999) pp.227-233, at231-）、ICTYの手続証拠規則 Rule39（ ）も検察官の on-site investigation の権能について規定するが、それは「現場検証」と訳されているし、その中に被疑者を直接逮捕する権能が含まれているとは解されていないのである。これは、「ICTY has no arrest power of its own」との指摘がなされているところであるし（Christopher K. Penny, "Prix de redaction gowling, Sarathy&Henderson /revue de droit D'Ottawa : "No justice no peace?": Apolitical and legal analysis of the international criminal tribunal for former Yugoslavia", *Ottawa L.Rev.*Vol30 pp.259-313,at 294）だからこそ、ICTYの実効性の最大の問題として独自の警察機構の欠如が頻繁に指摘されるのである。

ここで気をつけるべき点は、そもそも、非締約国に関しては、第9部の協力義務すらないことである(第86条)。すなわち、検察官による現地捜査はもちろんのこと、ICCからの要請を受けて自国内の手続でその協力を行なうことすら要求されていないのである。であるからもちろん、冒頭で述べた通り、ICCの管轄権の中には非締約国領域内での強制的な執行管轄権の行使などそもそも含まれていない。⁸³また、当然のことながら、ICC規程という条約を通して、締約国が非締約国の領域内に強制的な執行管轄権を行使することが認められているわけでもない。

このことから、ICCの管轄権の範囲は、ローチュス号判決を根拠とする普遍的管轄権から認容されるものであることが分かる。

(2) ICCという主体に普遍的管轄権は認められるか

次に、国家に認められる普遍的管轄権が、ICCにも認められるのかについて考えなくてはならない。事実、国家に許容されるものが当然にICCという主体に許容されるものではないという批判は存在する⁸⁴。

ローチュス号事件判決のうち、よく引用される一節に、「独立した国家に課せられる制限は推定されない。」というものがある。国際法は国家に広範な裁量を与えているのであり、禁止規則が存在する場合に限り制限されるという意味である。⁸⁵

この判断に拠る限り、「主権国家が団結して、非締約国国民に対してもその管轄権が及ぶ国際的な司法権を設置することも、禁止規則に違反していることが示されない限り、自由である。」ということになるのである。

そして、このようなローチュス号事件判決の考え方は、国際司法裁判所(ICJ)によっても、米国によっても、引用されつづけているとの指摘がある。⁸⁶

このような禁止規則が存在しないことの一つの表れとして、以下のことが指摘できる。委譲された管轄権の原則(the principle of ceded jurisdiction)があり、この原則の正当性を支持する最も重要な先例が、ニュルンベルグ裁判所なのである⁸⁷。また、広く批准されている、ジェノサイド条

⁸³ 確かに、安保理付託がなされた場合には、被締約国といえども、自国内での強制的な執行管轄権の行使を認容する義務が生じる。しかしながら、安保理付託という行為は憲章第7章下の行動と規定されており(13条b項)、よってこの義務は規程から生じるものではなく憲章から生じるものだからである(前掲注78参照)。

⁸⁴ See Madelline Morris *supra* note 41 at 29,57.

⁸⁵ これは、2の(2)(ア)で述べた裁判所の判断部分の直前に述べられているもので、このような考えを下敷きにして、違法推定説、合法性定説の判断に至ったのである。See *supra* note 58 at 18.

⁸⁶ 以上、ローチュス号事件判決に関する部分として、Michael P. Shcarf, "The ICC jurisdiction over the nationals of non-party states: a critique of the U.S. position", *Law & Contemp. Prob* Vol.64, pp.67-117, at 72-74 がある。

⁸⁷ See *supra* note 79 at 464-465.

約とアパルトヘイト条約のいずれもが、国際刑事裁判所⁸⁸への刑事管轄権の授与を予定しており、「これらの条約の締約国は、管轄権を結合し、将来的に創設される裁判所に、それらの結合した管轄権を委譲する権利を有することに合意していたことは疑いの余地がない。」

以上(1)・(2)の検討から、ICCは普遍的管轄権の行使が認められることになる。すなわち、安保理付託ではない、締約国の付託や検察官の職権捜査に基づく場合であっても、関係国が締約国であるか否か、そしてその同意の有無に関係なく、ICCの管轄権は生じることになるのである。すなわち、ドイツ提案がそうであったように、ICCの管轄権行使の前提条件を定める規定(現規程の第12条)は不要ということになる。

⁸⁸ これもまた、ICCに限定するものではなく、より広く、国際的な刑事裁判所という意味である。

三、執行管轄権の行使の検討

1、問題の所在 ICC 規程の限界

ここでは、普遍的管轄権により非締約国国民にも管轄権が及ぶということと、当該非締約国国民が実際に身柄確保され、実際に法廷の場で裁かれることは、全く別問題であることが指摘されなくてはならない。普遍的管轄権が認められるということは、それだけでも大変な困難を伴うものであったが、まだそれだけでは十分でない。それは大前提に過ぎないのである。ICC の執行管轄権が限定されたものであることは、第二章の4(1)で示した通りである。

第二章での検討により、ICC に普遍的管轄権が生じることが確かめられたが、実際に被疑者をICC の法廷で裁くためには、外からICC の命令に従わせるか、それでもどうにもならない場合には、直接非協力国内で強制的な執行管轄権の行使を行なう必要がある。

なお、以下、執行管轄権行使の問題では、締約国であっても非協力国は十分はあり得ることから(事実、旧ユーゴの事例は、国連加盟国であり Dayton 和平協定当事国たる諸国家の非協力が問題となったのである。)非締約国に限定せず、広く「非協力国」について述べる必要がある。

ここからは、普遍的管轄権に根拠付けることのできない問題である。非協力国内での強制的な執行管轄権の行使については、何度も述べるように、普遍的管轄権によっても正当化されるものではないからである。これはローチウス号事件判決の前段からも導かれることであった(違法推定説)。

しかしながら、立法管轄権と裁判管轄権だけ設定されそれで終わりというのでは、ICC の実効性などないに等しい。では、非協力的な国家を目の前に、ICC は何ができるのであろうか、これこそが、ICC の実効性確保のための最大の鍵を握るものだと考える。

2、身柄確保の物理的困難性

身柄確保の困難性は、最近問題となっている、WTC テロ事件に関わるとされるウサマ・ビン・ラディン氏の身柄確保を目的とする、米国をはじめとする国家によるアフガン攻撃⁸⁹に顕著といえる。米国に管轄権は生じているにもかかわらず、被疑者が他国(アフガニスタン)におり、当該国家政権(タリバーン)が協力を拒んでいるからである。

ニュルンベルグ裁判所においては、大物戦争犯罪人が21人も裁かれたが、このような状況は二度とあり得ないとの指摘がある。ドイツの無条件降伏、それに伴う連合軍側の占領という特別の事

⁸⁹ 米英は、その軍事行動の正当性の説明として、「武力行使は国連憲章が定めた個別的、集団的自衛権の行使であり、その対象はテロリスト及びテロリストをかくまう者に限定されている。」というものである。(朝日新聞2001年10月9日夕刊)しかしながら、このような自衛権に正当性を求める見解に対しては批判がある。自衛を根拠とする他

態であったため、犯罪人の身柄確保は容易だったのである。⁹⁰

事実、ICTY においても犯罪人の身柄確保は困難を極め、ICTY の信頼性を最大に損なったものは、逮捕できない犯罪人の存在であったとの指摘がある⁹¹。

管轄権行使のための前提条件の起草過程で、犯罪行為地国、被疑者国籍国の同意と並んで、被疑者拘束国の同意が特に取り上げられ検討された理由は、被疑者拘束国が非締約国であったり同意していない場合には、そもそもその身柄引渡の協力が期待できないからではなからうか。すなわち、被疑者拘束国の同意がなければ管轄権は認められないとする主張は、身柄引渡（逮捕）段階に直面する困難を予期して、被疑者国籍国が非締約国であり同意もしていない場合にはそもそも管轄権段階ではねてしまおうとの発想である。逆に言えば、被疑者拘束国の同意だけでもあれば管轄権は認められるべきとの主張は、身柄引渡が期待できる（または、補完性の原則による当該国家内における実効的な訴追が期待できる）ことを予期して、被疑者国籍国が締約国であるか同意している場合には管轄権が認められるべきとの発想である⁹²。

このように、身柄確保が実現されるか否かは、設定された管轄権を生かすか殺すかを決する重大な問題であると言える。管轄権を設定する目的は、犯罪人の訴追である、しかし、その訴追のためには犯罪人の身柄確保が実現されなくてはならないのである。

特に、身柄確保の困難性は、被疑者が公的立場にあるほど増すといえる。ICTY の最大の問題点として指摘されるものもまた、大物犯罪人の身柄確保なのである⁹³。ミロシェビッチの事例のように、「偶然的」⁹⁴事情に拠る政変を待たなくてはならないのであろうか。

米国によってビンラディン氏の身柄に 30 億円の報奨金がかけられたことが注目を集めたが、ICTY に起訴されいながら逮捕を免れている容疑者⁹⁵にも、米国はこのような報奨金をかけているということである⁹⁶。これは身柄確保へ向けた措置の一例と言えるであろう。

国家領域内での逮捕行為については、下記の、4(2)を参照。

⁹⁰See James Blount Griffin, "A predictive framework for the effectiveness of international criminal tribunals", *Vand.J.Transnat'l L.*Vol.34 (2001), pp.405-454, at 409-410;

⁹¹ See *Ibid.* at 444. なお、「ICTY の最初の審理は、ドイツに移住して地方警察によって捉えられた、“foolish”なボスニアセルブ人であった。」との指摘がある。 See *Ibid.* at 439.

⁹²この点を指摘するものとして、Marie-Claude Roberge, "The new International Criminal Court A preliminary assesment EDITORIAL COMMENT PROGRESS IN INTERNATIONAL CRIMINAL LAW?", *I.R.R.C.* Vol.325, pp.671-677, at 675.

⁹³ See *supra* note 90.

⁹⁴ 偶然を必然に変えるものが各国の行動であることは、3(2)で述べる。

⁹⁵ ボスニアセルブ指導者 Karadic とボスニアセルブ人軍総司令官 Mladic にも報奨金はかけられているが、どちらもまだ捕まっていない。

⁹⁶朝日新聞 2001 年 11 月 24 日朝刊。

以下3、4では、被疑者拘束国が身柄の引渡に協力しない場合にとられ得る手段について、5、6ではそれらの問題点について検討してみたい。

3、非協力国の執行への協力を外から促す措置

まず、非協力国に対し、外からその執行への協力を促す手段が考えられる。よってまずこれを検討する。

(1) 安保理による制裁措置

まず、外から協力を促す手段として、安保理による制裁措置が考えられる。

ICTY に関しては、Blaskic 事件⁹⁷において、国家による義務の不履行があった場合の法的措置につき裁判所の判断が示されている。

それは、「国際刑事裁判所は、对国家との関係で、なんら執行的、制裁的権能は付与されていない。国連憲章第7章に規定された条件下で反抗的な国家に対し制裁を科すのは、主に創設主体である安保理なのである。しかしながら、当該刑事法廷は、国家の規程・手続証拠規則の規定の不遵守に関し、司法的認定を行なう内在的な権能は認められている。そしてまた、その認定を安保理に報告する権能も有しているのである。」⁹⁸

そして、そのような権能は、その司法的機能が十分に発揮されるためとその司法的役割を保全するため、裁判所の利益に資するものであるとする。そして、

「当該国際刑事法廷の安保理に報告する権能は、二つの機関の関係から生じるものである。安保理は、旧ユーゴにおける国際人道法違反の訴追を目的として国連憲章第7章に基づき刑事法廷を設立した。この推論の結果は、国家による29条下の義務の不履行があった場合にはいつでも、当該刑事法廷は、安保理によって認められた目的達成の障害を取り除くべく、この義務不履行を安保理に報告することができるのである。」⁹⁹

⁹⁷ Prosecutor v. Tihomir Blaskic, Case No. IT-95-14-AR108 bis, Judgement on the request of the Republic of Croatia for review of the decision of Trial Chamber of 18 July 1997 (29 Oct. 1997)

被告人 Blaskic に対する審理の過程で、裁判所からクロアチアとその国務大臣に文書提出命令が発せられた。これに対しクロアチアは、主権国家に対し裁判所がそのような命令を発する権限はないなどとして争ったものであった。その中で、裁判所は、その権限を認めるとともに、国家の義務違反があった場合についても明らかにしているのである。

⁹⁸ *Ibid.* para.33.

⁹⁹ *Ibid.* para.33.

なお、安保理の制裁に加え、集団的対応の可能性も示されていることも指摘しておく。

「当該刑事法廷は、安保理の有する国連憲章第7章下で制裁を科す主体としての権能を侵すことはできない。し

なお、このような安保理の措置が実際にとられた事例として、ICTY に関してではないが、まず、パンナム航空機爆破事件（ロッカビー事件）の被疑者の引渡を促した安保理決議¹⁰⁰が挙げられると思われる。制裁内容は、リビアへの航空機の乗り入れ禁止、航空機備品等の供給の禁止、武器および関連機材の禁輸、そしてリビア在外資産凍結、石油関連器の禁輸が含まれていた。結果的に、1999年4月5日に容疑者が裁判地ハーグへ到着したのを受け安保理は制裁を停止することとなった¹⁰¹。

これは、結果的に安保理の目的が達せられた好例であるが、必ずしも常にそうでないことはもちろんである。例えば、ケニア・タンザニアの米国大使館爆撃事件を受け、安保理はアフガニスタンに対しビン・ラディン氏らテロリストの引渡を求め、アフガニスタン政府の在外資産凍結と、アフガニスタンへの航空機の乗り入れ禁止を全ての国家に強いた¹⁰²。しかしながらその効果の評価は、現在の状況が示すであろう。その後もビン・ラディン氏は引き渡されないどころか、2001年9月のWTCテロに関与したとされているのである。

また、このような安保理による制裁決議は、常任理事国の中に当該国家貿易の相手国がいる場合、拒否権の行使で可決されない可能性があるとされている。事実、旧ユーゴにおいても、 Dayton 和平協定締結後の1995年、安保理は経済制裁を停止した、その後、旧ユーゴの諸国の ICTY への犯

かしながら、これに加え、29条に基づき発行される当該刑事法廷からの命令や要請へ他の国家が応じることにつき、全ての国連加盟国が法的利益を有している。29条違反の認定がなされ、それが安保理に報告された場合、全ての国連加盟国がその法的利益に基づいて行動することができ、結果的に29条違反の行為を終わらせることができるのである。このような単一（unilateral）の行動に加え、その他の国家間の組織を通じて、集団的な対応をとることもできる。

...このような集団的対応は、（ ）刑事法廷による認定の後に行われなくてはならない。また、（ ）規程違反をやめさせるための政治的、道徳的非難や、集団的要請、そして、経済的、外交的制裁など、様々な態様をとることができる。また、かような集団的行動は、同一国家による反覆した甚だしい29条違反行為の場合で、事態が平和に対する脅威の一部を構成し、安保理が当該問題に対し排他的な権限を享受しないと決定したときにのみ、とることができる。」

See Ibid para.36.

Blaskic 判決の当該部分については、「それに軍事力の行使の許容が含まれているとすれば、国連憲章の定める武力行使禁止規則に関係する問題が生じうるであろう。」とされている。前掲注 78、77 頁参照。

¹⁰⁰S/RES/748 (1992) それを強化したものとして、S/RES/883 (1993) なお、英米両国は、オランダにおいてスコットランドの法律の下で裁判を行うことに同意し、この提案を実施に移すための S/RES/1192 (1998) も採択されていた。

http://www.mofa.go.jp/mofaj/press/danwa/11/dko_0406.html (visited on 15 Dec)

¹⁰¹今だ 解除はされていない。 <http://www.mofa.go.jp/mofaj/toko/anzen/africa/125.html> (visited on 15 Dec)

¹⁰² S/RES/1267 (1999)

罪人引渡等に関する非協力にもかかわらず、再び制裁が科されることはなかった。¹⁰³

なお、このような対国家の場合、常任理事国と制裁対象の国家との間の利害関係が問題となり、制裁措置の発動が妨げられることに鑑み、対個人への制裁措置の可能性も示されている¹⁰⁴。それは、個人の資産の凍結措置である。実際に安保理決議によって個人の資産を凍結した初めての例として、領域内にある、ハイチ軍事政権支持者の資産の凍結を国連加盟国に命じたものがある¹⁰⁵。

(2) 条件付援助

次に、外から協力を促す手段として、条件付援助が挙げられる。

具体的事例としては、ミロシェビッチ前大統領の ICTY への引渡を生んだ米国の経済援助が挙げられると思われる。

米国議会は、2001年3月31日を期限にユーゴへの1億ドル(約125億円)の経済支援承認条件として、ICTY への「十分な協力」を求めた。その結果、同日未明にはミロシェビッチ前大統領が居住する大統領官邸に警察の特殊部隊が突入することとなり、その後ミロシェビッチは ICTY へ引き渡されることとなったわけである。¹⁰⁶

このような措置は、同事例から示されるように、(1)と異なり安保理の協力を必要としないので、一国家の決断でなし得るものであり、拒否権の行使は免れる。しかし、経済的支援を担えるだけの大国の裁量・政策判断に任されていることはもちろんである。

政変を待たなければコアクライムの最大の首謀者とも言える大統領を裁けない現実があるのは確かである。しかしそのような政変を作り出すのもまた(1)(2)のような措置であるとは言える。その意味で、政変は「偶然的」なものではなく、国際社会の対応如何で「必然的」なものへと変わる可能性もある。

前大統領の ICTY 引渡し　この先例としての意義は評価できると思われる。

4、他国家(非協力国)領域内での逮捕行為¹⁰⁷

¹⁰³ 旧ユーゴに対する制裁決議については、See Michael P. Scharf, "Article: The tools for enforcing international criminal justice in the new millennium: Lessons from the Yugoslavia tribunal", *DePul.L.Rev.* Vol.49 (2000), pp.925-979, at 938-944.

¹⁰⁴ *Ibid.* at 944-946.

¹⁰⁵ S/RES/841 (1993)

¹⁰⁶ 朝日新聞2001年4月1日朝刊、同年6月30日朝刊。

¹⁰⁷ 「abduction が国際法の下違法とのルールは、abductor が、いかなる形でも訴追国家を代表するものではない場合や (bona fide) ボランティアーである場合には働かない。」(Michael H. Carozo, "Notes and comments: When extradition fails, is abduction the solution?", *A.J.I.L.* Vol.55 (1961) pp.127-135, at 132) との指摘がある。よって、以下で述べる abduction は国家の後ろ盾のあるものに限定する。

また、3とは別に、非協力国内へ乗り込み、逮捕行為を直接に行うという手段も考えられることから、次にこれを検討する。

カロゾ (MICHEL H. CAROZO) は、他国家領域内での逮捕行為の一連の検討を経た後、「逃亡中の戦争犯罪人に対処するための唯一の受け入れられる方法は、通常国際法のプロセスと引渡しであるというのが、我々の態度でなくてはならない。」と結論付けている¹⁰⁸。

しかしながら、ここで問われているのは「通常国際法のプロセスと引渡し」では対応できない事態に対する答えである。それら通常の手続が働かない限り、犯罪人は野放しにされていてよいということではないだろう。

なお、国際法違反の犯罪について、過去の単独国家の実行として、逮捕行為が行なわれたものとしては、アイヒマン事件がある。

アイヒマン事件とは、イスラエル政府の諜報員がアルゼンチン国内にいた逃亡犯罪人である、元ゲシュタポユダヤ人事務局 (Jewish Office of the German Gestapo) のトップ、ドイツ人のアイヒマンをアルゼンチンの同意なく拉致し、イスラエルで訴追したという事件である。アイヒマンは、420 万から 460 万ものヨーロッパ内のユダヤ人殺害に至った政策 “final solution” の責任者 (administrator) であり、イスラエル国内法である、ナチス、ナチス協力者処罰法¹⁰⁹の下、ユダヤ民族に対する罪、人道に対する罪、そして戦争犯罪の罪で訴追された事件をいう。

イスラエル裁判所も、その逮捕行為そのものを正当化することはしていない。同意のない、他国家領域内での逮捕行為の国際法上の違法性は認めている¹¹⁰。

主権国家の同意のない、違法な逮捕行為には三つの問題があるとされる。まず、(a) 世界秩序の侵害、(b) 他国家の主権と領土の侵害、(c) 違法に捕らえられた個人の人権の侵害である。

(a) と (c) の問題は、(b) が解決すればおのずと解決される問題であると考えられる。国家の主権と領土を侵すから世界秩序を侵害してるのであり、「違法に」は国際法上の正当性が確保され

¹⁰⁸ See *Ibid.*

¹⁰⁹ Law No.64,4 Laws of the State of Israel 154(5710-1949/50),reprinted in UNITED NATIONS,1950 Y.B.ON HUMAN RIGHTS 163,U.N.Sales No.1952. .

¹¹⁰ しかし、ここで注意すべきことは、逮捕行為自体の違法性、そして国家間で責任問題が生じるということから、連れ去られた個人の当該国家における裁判そのものまでもが違法とされるわけではないことである。裁判過程での適正手続が保障されれば、逮捕行為の違法性は裁判権の行使に何ら影響をあたえず、身柄を本国へ引き戻す必要性は生じないのである。アイヒマン事件判決においても、その旨が示されている。(「当該国家領域内に連れてきた方法の国際法違反の問題は、専ら国際法レベルすなわち二国間関係で生じるのであり、その解決方法はそのレベルで見つけられるべきである。」そして、アルゼンチンが国際法違反の主張を放棄したため、その問題は解決された (“cured”) とした。) 当該原則を *mala captus bene detentus* (違法な逮捕でも、拘留は適法とする) というが、この点については本稿では詳しく触れない。

前掲注 20、211-212 頁などを参照。

ば違法とは言えなくなる¹¹¹からである。問題は結局、(b)の国際法違反に集約されよう。

「他国家領域内での執行管轄権の行使の原則禁止」というローチュス号事件で示された判断は、その後も国際法上の基本原則とされている¹¹²。それが何故なのか、どういう場合にその禁止が解除されるのかについて徹底的に論じるよりもむしろそれは所与のこととされていることが多いように思われる。

具体的に、違反する国際法としては、自衛¹¹³の場合を除いて武力行使を禁止する国連憲章第2条4項と国際慣習法が挙げられている¹¹⁴。

シャーフ(Michael.P Scharf)の指摘によると、このような国際法上の領土保全原則(principle of territorial integrity)は絶対的なものではなく、一定の場合にはそれが解除され、国家は他国家領域内での逮捕もできるとした上で、それには、自衛の場合、国連憲章第7章に基づき安保理によって特別に authorize された場合があるという。これらがローチュス号事件で言えば「許容原則」に該当することになる。例えば、¹¹⁵については、「テロリスト達が持続した脅威を国家にあたえていて、さらに他国家がその者達のサンクチュアリーとなっている場合には、その同意を得ることなく、国家は正当に他国家領域内で逮捕行為を行える。」という。よって、「旧ユーゴやクロアチア内の訴追されている戦争犯罪人が、当該領域内に合法的に駐留する NATO 軍や国連軍に対する脅威をあたえている限りにおいて、逮捕の目的でその者達を領域外へ連れ出す行為は正当化される。」という。

また、¹¹⁶については、安保理に authorize されたことによって、湾岸戦争の際にイラクへ進撃した多国籍軍が国際法に従っていたことを例示する。¹¹⁵

その他にも具体的事例としては、以下のものが挙げられよう。

¹¹⁷についてであるが、これは、最近のアフガニスタンへの爆撃についてであるが、もしこの米国の行為を自衛権の行使と観念することができるとすれば、まさにこれに該当すると考えられる。しかしながら、そのような個別的・集団的自衛権の行使はあくまで「安全保障理事会が国際平和と安全の維持に必要な措置をとるまでの間」(憲章第51条)応急的に認められるに過ぎないのであって、

¹¹¹ 逮捕行為そのものの違法性は国際法上の違法性が確保されれば違法とは言えなくなるという趣旨であり、逮捕行為そのもの以外の違法性 例えば、その後非人道的な扱いにより他国へ連れ出すことなど、その後の手続の違法性はまた別である。しかし、ここで(c)として挙げられている違法性とは、逮捕行為そのものの違法性を問うているとの判断である。

¹¹² Corfu Channel (U.K. v. Alb.) 1949 I.C.J.4 ; Military and Paramilitary Activities (Merits) (Nicar. v. U.S) 1986 I.C.J.14.

¹¹³ 国連憲章第51条

¹¹⁴ See *supra* note 103 at 966-967.

安保理が憲章第7章下で軍事的強制措置を決議するまでに限定されるという¹¹⁶。

次に、¹¹⁵についてであるが、過去の例の一つとして、UNSCOM のパキスタン兵殺傷に責任を追う者の逮捕・拘留・裁判・処罰等を国連事務総長に認める決議¹¹⁷がある。なおこれは、国連憲章第7章の下発動される安保理決議の措置内容の多様性を示すもの、との指摘がある¹¹⁸。

さらに、ICTY についても指摘しておく。ICTY における犯罪人の身柄確保は、IFOR (Implementation force, 1995-1996) SFOR (Stabilizing force, 1996-) という、NATO 軍率いる軍隊の協力により行われているが、これもまた、安保理決議に基づいている¹¹⁹。

なお、SFOR によって逮捕された最近の例としては、2001年4月15日に逮捕された、Dragon Obrenovic のものがある。Obrenovic は、何千というムスリム系男性の殺害を行なったとされ、ジェノサイドの罪などの容疑で ICTY から逮捕状が発せられていた。この逮捕につき NATO のロバートソン長官 (Lord Robertson) は、「この行動は、残る戦争犯罪人の逮捕へ向けた、SFOR の試みのワンステップである。犯罪人がハーグへ移送されるごとに、バルカンにおける永続的な平和は構築しやすくなる。これらの惨い犯罪行為を行った者達に逃げ場はない。…」と述べている。¹²⁰

しかしながら、IFOR と SFOR が、はじめから逮捕に協力的だったわけでは決してないことに注意すべきである¹²¹。

以上をまとめると、¹¹⁵の自衛権の行使の場合にしても、あくまで安保理の第7章下の措置がとられるまで認められるに過ぎないことから、結局は、¹¹⁵の、国連第7章下での、安保理決議による authorize (逮捕主体の創設) が、主要な役割を果たすと考える。¹²²

¹¹⁵ 以上のシャーフの指摘は、*See supra* note 102 at 965-966.

¹¹⁶ 香西茂「イラクに対する軍事行動の限界はどこまでか」『法学セミナー』431号(1990)29-30頁

¹¹⁷ S/RES/837 (1993)

¹¹⁸ 中谷和弘「最近の国連安全保障理事会決議をめぐる国際法上の若干の論点」『ジュリスト』1058号(1994)39頁

¹¹⁹ IFOR は、S/RES/1031 (1995) SFOR は、S/RES/1088 (1996) に基づく。

それらの主要な目的は、 Dayton 和平協定の軍事的な側面の実施である (Dayton 和平協定 Annex 1 A 参照)。 *See* A/50/790 S/1995/999, pp. 7-.

¹²⁰ 以上、Obrenovic の逮捕に関しては、NATO のホームページを参照。 <http://www.nato.int/sfor/> (visited on 21 Dec)

¹²¹ この点を詳しく述べるものとして、*See* Christopher K. Penny, *supra* note 82 at 293-298; *supra* note 6 at 358-362.

¹²² 他国家領域内での逮捕に関しては、さらに斬新な意見が出されている。それが、国際的な bounty hunter である。この章の冒頭で述べた米国による報奨金も、それが他国家領域へ入り込む形となれば、この一例と言えるであろう。従来の、IFOR や SFOR のような大規模な軍隊による逮捕行為の場合、その authorize のため、事前に安保理決議が出されることから、逃亡犯罪人に対し事前に警告を与えてしまうとの指摘がある。 *See* Major Christopher

5、ICCへの類推

(1) 非協力国の協力を外から促す措置について

ここでは、ICTY との、対安保理の組織的な関係の差異が与える影響の有無も検討しなくてはならない。

3において、条件付援助を除き、安保理の協力が必要になることが示された。しかし、それらを ICC へ類推する際には、ICTY との対安保理との関係が、ICC は異なることに注意が必要となる。

M.Superior,"Article: International bounty hunters for war criminals: Privatizing the enforcement of justice", *A.F.L.Rev.* Vol.50 (2001), pp.215-251, at 227-230

また、軍隊員は逮捕のトレーニングを受けていないため、逮捕の職務は不向きであるとの指摘もある。しかし、当然のことながら、bounty hunter に対し他国家領域を犯す権限を与えるもの、その一般的な免責を与えるもの（これらは、事件ごとに出すのではなく、一般的に与えておくべきだという。）は、安保理決議である。bounty hunter については、*See Ibid*

なお、ICTY においては、執行を確保するため、又は執行確保の困難性の認識から、それに代わるものとして、その他の手段も存在したことも指摘しておく。しかしそれらはいずれも抜本的な解決策とはならないと思われる。

欠席裁判類似の手段 = ICTY の手続証拠規則は、逮捕令状の執行不能の場合、その領域において新聞紙上に起訴状の一般公告を行ない (Rule60) その上で、公判部の特別公開審理を開き起訴状記載の起訴事実を「確認判決」し、公告するとともに、全ての国家に対して被告人に対する国際逮捕令状を発する (Rule61) Rule61 の手続の意義は、被告人の犯罪行為を国際社会に知らしめること、その過程で提出された証人の証言が後世のため保管されることである。これは、裁判所が独自にとることのできる手段ではある。しかしながら、身柄確保を諦めた上での補完的手段に過ぎない。See Anne L. Quintal, "Rule61: "Voice of the victims" scream out for justice", *Colum.J.Transnat'l L.* Vol.36 (1998), pp.723-759

欠席裁判との違いは、この「確認判決」は有罪の決定又は刑の言渡しを伴わない点である。小長谷和高・前掲注24、92頁参照。

秘密逮捕状 = 逮捕する主体が確保された上での技巧的なものに過ぎないのではないか。結局は、その逮捕状を執行する主体が誰かという問題が生じる。4で指摘した事例の Dokmanovic は秘密逮捕状により逮捕された。See *supra* note 120.

luring = 非協力的な国家領域内にいる被疑者を誘い出す方法（この方法を指摘するものとして、See *supra* note 103 at 964-967.）しかしながら、ここでもやはり逮捕する主体の創設が必要な上、甘言に騙され捕まったとの前例ができてしまえばもはや有効ではなくなると思われる。

ICC は、安保理決議に基づいて設立されたものではないので、ICTY とは対安保理の関係が異なるのである。

3 (1) の Blaskic 判決を見ると、安保理によって設立されたという事実から導かれる裁判所と安保理の関係性を重視していることが分かる。ICC は安保理によって設立されたものではない。よって、安保理の協力をあおげる場合は規程上も制約されている。

ICTY の場合、あらゆる規定の中に安保理の介在が示されている。まず、逮捕令状については、その手続証拠規則の Rule 59 (B) 61 (E) において、規程第 29 条で協力義務の生じている国家の令状執行の不履行がある場合には、裁判所が安保理にその旨を通告 (notify) することを定める。他にも、情報の請求への協力義務不履行 (Rule 8) 管轄権要請の委譲の不履行 (Rule 11) 一事不再理の効力に国内裁判所が従わない場合 (Rule 13) 捜査活動・暫定措置への協力義務の不履行 (Rule 39 ・ 40) においても裁判所が安保理への報告 (report) ・ 通告することを定める。¹²³

一方、ICC 規程においては、国際協力及び司法共助を定めた第 9 部の、第 87 条 7 項は「締約国が、この規程の規定に反して裁判所からの協力要請に従わず、それにより、この規程に基づく裁判所の任務及び権限の行使を妨げた場合には、その旨の認定を行ない、」とし、「かつ締約国会議又は安全保障理事会が問題を裁判所に付託した場合には同理事会に、この問題を refer する (付託する)¹²⁴ことができる。」と定めていることから、締約国の付託や検察官の職権で捜査が開始された場合には安保理への問題の refer は少なくとも規程上はできないことになる。また、ここで言う「締約国会議」がその refer に基づいてとれる執行措置は、協力を怠っているとの非難宣言だけであり、その効果は疑問視されている¹²⁵。¹²⁶

ただもちろん、安保理付託に基づかない場合であっても、執行の段階だけ安保理に依存することも考えられるかもしれない。上記の規程の規定からすると、「ICC 側から」安保理にその協力を促すべく付託することはできないが、「安保理側から」自主的に、例えばロッカビー事件のように、引渡しをその決議で義務付けることもあり得ることであろう¹²⁷。

注意すべき点として、第二章の 4 (1) でふれたように、安保理付託に基づかない限り、非締約国に協力の義務はそもそも生じていないため、締約国会議への refer すらできないということがあ

¹²³ 手続証拠規則の Rule 7 も合わせて読む必要がある。

¹²⁴ なお、この、規程第 87 条 7 項の (裁判所による、安保理・締約国会議への義務不履行の) “ refer ” (付託) と、規程第 13 条の (締約国・安保理による、裁判所への犯罪行為発生事態の) 付託 (“ refer ”) の混乱を避けるため、こちらの第 87 条 7 項の方は英語のままとする。

¹²⁵ See *supra* note 103 at 944.

¹²⁶ 非締約国がアドホックに ICC への協力を約束する特別の取極め又は合意をした場合も同じ (第 87 条 5 項 b))。

¹²⁷ この可能性を示すものとして、小長谷和高・前掲注 24、156 頁。

る¹²⁸。

しかしながら、この場合であっても、その段階を捉えて安保理が「自主的に」憲章第7章下の行動として、引渡を義務付けることはできるであろう。

以上から、ICCにおいても、安保理決議による制裁措置に頼ることも許されることが分かった。しかしながら、以上の検討は、ICCが安保理に頼らざるをえない限界を抱えるからこそ必要となるものであったに過ぎない。頼ることが許され、それで全て解決ということではないことは、安保理の政治性という既に述べたことから明らかである。

(2) 他国家(非協力国)領域内での逮捕行為について

普遍的管轄権によっても、非締約国領域内でそのような逮捕行為を行うことはできないということに注意しなくてはならなかった。しかしながら、4で検討した限り、第7章下での安保理決議によって、ある主体に逮捕権限が authorize される場合があることが分かった。

ここでも、ICTY との対安保理の関係の差異が問題となるかもしれない。しかし、ICC は、安保理決議で作られたものではなく、また、付託方法にも、安保理付託のみならず締約国による付託、そして検察官の職権での捜査開始があるわけだが、必ずしも安保理付託の場合に限られなくとも、(1)同様、執行の段階だけ、安保理に依存することはあり得ることだと考える。また、そのような安保理決議の介在なくして被締約国の国家領域内での逮捕行為(執行管轄権の行使)は正当化され得ない。

¹²⁸ ICC の管轄権行使によっては、あくまで国家ではなく個人に義務が生じるに過ぎない(この点を示唆するものとして、前掲 78、89-90 頁、Michael P. Scharf, "SYMPOSIUM: UNIVERSAL JURISDICTION: MYTHS, REALITIES, AND PROSPECTS: Application of the treaty-Based Universal Jurisdiction to Nationals of Non-Party States", *New Eng. L. Rev.* Vol.35 (2001) pp.363-382, at 9)。

ICC はその現規程においても、犯罪行為地国が締約国であれば被疑者国籍国が非締約国であっても ICC の管轄権が生じるとされていることは何度も述べている。しかしながらだからといって、被疑者の本国である当該非締約国に ICC への協力義務は何ら生じていないのである。第9部の規定は、ICC の管轄権が及ぶこととなったその被疑者の本国たる非締約国と、その他の非締約国との区別は何ら設けていない。すなわち、ICC の管轄権が非締約国国民に対し及んでも、当該非締約国自体には何ら義務は生じていないのである。この点についても既に述べた。

確かに、ICC の管轄権が非締約国国民に対し生じることによって非締約国までもが ICC への協力の義務を負うのであれば、それは同意原則との抵触が問題になるのかもしれない。しかしながら、ICC はそのような仕組みとなっていないし、多くの普遍的管轄権の論証の結果導かれる結論も、本論同様、あくまで非締約国国民に対し管轄権が及ぶということであり、当該国民に対する非締約国自体の管轄権との競合が生じるとしても、協力の義務が生じるということまでではないのである。

もし、普遍的管轄権の効果として非締約国にも ICC への協力義務が生じるとすることができるのであれば、現在の第9部のような非締約国の非協力の除外はする必要がなくなるのである。

以上、(1)(2)の検討から、条件付援助の場合を除き、ICCにおいても安保理に依存する余地は大きいことがわかる。

6、残る問題 執行の政治的意志への依存

4で指摘した、IFOR や SFOR が当初は逮捕協力に消極的であったという事実を無視してはならないであろう。この原因としては、ソマリアにおける失敗¹²⁹、そして、犯罪人の逮捕へ向けて武力的な措置をとることは和平協定の締結を経て得た平和を危うくするとの懸念があったからとされている¹³⁰。

NATO 軍率いる SFOR の態度が劇的に(「dramatically¹³¹」)一変したのは、1997年7月10日、ジェノサイドの共犯の罪で起訴されていた Slavko Dokmanovic を逮捕したことが始まりであり、それまでは、逮捕行為を行う場合を、犠牲者を出す危険性がゼロの場合に限る、遭遇(encounterd)した場合に限るなど、狭い解釈をとることで、逮捕を回避していた¹³²。

この恣意性については、「実行に対し、国際社会が消極的であったこと、そして態度を決めかねたことは、不可解である。裁判所を設立し、戦争犯罪の罪や人道に対する罪のかどで個人を訴追しようとの政治的意志は確かに存在したにもかかわらず、裁判所を構想通りに機能させるための、犯罪人の逮捕・拘束に対する政治的意志は存在しなかったのである。」¹³³との指摘がなされている。

今だに捕らえられていない大物犯罪人が存在するのは、国際社会が一貫した態度をとらなかった結果だと考えられる¹³⁴。大物犯罪人が野放しになっている状態で真の平和などあり得ない¹³⁵。しかしながら、国家の政治的判断に任されているため、犯罪人の訴追以上に優先される利益が存在して

¹²⁹ ソマリアの失敗とは、以下のことである。1993年6月から1994年の間、米軍をはじめとする部隊は、全力を尽くしたにもかかわらずソマリア軍司令官 Mohammed Farah Aideed を捕らえることができなかった。1993年6月、Aideed 一派が、ソマリアのラジオ局を閉鎖しようとしていたパキスタン人の UNSCOM の兵隊24人を殺害したのを受け、Aideed 逮捕への意欲が強まったという。しかし、1993年10月、3機の米国ヘリコプターが Aideed を捕らえようとビルを攻撃した際に撃ち落され、モガディシュの通りを引きずられた米国人パイロットの姿はテレビに映し出された。結局米国は1994年にソマリアからの撤退を強いられたという。

¹³⁰ See *supra* note 103 at 951-964.

¹³¹ See U.N.Doc A/52/375 (1997) S/1997/729, paras.190

¹³² See *supra* note 103 at 951-964.

¹³³ See *supra* note 6 at 361.

¹³⁴ 今だ逃げ通している Mladic は、1996年、NATO 軍の視界内でスキーを楽しんでいたという。

See LUCAS W. ANDREWS, "Comments: Sailing around the flat earth: The international tribunal for former Yugoslavia as a failure of jurisprudential theory", *Emor. Int'l J.L.Rev.* Vol.11 (1997), pp.471-513, at 484-485.

¹³⁵ この点を指摘するものとして、See *supra* note 103 at 975-978.

また、NATO 軍の政策転換を生んだものも、このような再認識がなされたからとの指摘もある。See *supra* note 103

しまうことになるのである。

さらに、政治的意思への依存という点では、安保理常任理事国自体の犯罪行為への影響ということも指摘できる。

「非民主的な国家の指導者だけが重大な国際慣習法の侵害を犯すとの神話を取り除きたい。そして、永続的な国際刑事裁判所の設立がなされなければ、力を有する国家はその国際法違反の行為の責任から逃れ続けるであろう。」とのもっともな指摘がなされている¹³⁶。

しかしながら、「逮捕状やその他の命令の執行のためには安保理の協力を頼らざるを得ないという ICC の現状は、その二つの組織の關係に大きな影響を与えるであろう。それ故、安保理の常任理事国の立場にある米国が、軍隊員やその他国民に対する取るに足らない (frivolous) 国際的訴追におびえる必要などないのである。ICC がそのような行動をとることは、無駄であるばかりでなく、ばかげたことである。」¹³⁷という現実があるのも否定できない。

at 961-962.

¹³⁶ Nicole Barrett, "Note: Holding individual leaders responsible for violation of customary international law: The U.S. bombardment of Cambodia and Laos", *Colum. Human Rights L. Rev.* Vol.32 (2001), pp.429-475, at 432-433. ベトナム戦争中、米国は、北ベトナム軍の補給路を断つため爆撃作戦を拡大し、それはラオスとカンボジアに対しても向けられたという。ラオスに対しては、ラオス国民一人当たり 0.5 トンの爆弾を落とし、ラオスは歴史上最大の被爆撃国家となったという。しかも、「最終的な段階では、爆撃は、市民社会の物質的基盤の組織的な破壊へ向けられていた。」と指摘する。また、カンボジアに対する爆撃も、米国空軍標的地図が、その標的が人口の密集した肥沃な土地へ向けられていたことを示しているという。そして、カンボジアに刑事裁判法廷を設置する構想があるものの、米国の爆撃行為はその対象から除かれていることを示し、「クメール・ルージュ(ポルポト)によって行なわれた残虐行為は米国による爆撃よりもひどいものであったかもしれない。しかしながら、その有罪性と責任は関係ない。国際法の違反は、米国によっても、クメール・ルージュによっても行なわれたのであり、ともに調査されるべきなのである。」とする。 *See Ibid.* at 433-442.

¹³⁷ Bartman S. Brown, "Primacy or complementarity: Reconciling the jurisdiction of national courts and international criminal tribunals", *Yale J. Int'l L.* Vol.23 (1998), pp.383-, at 429.

おわりに

第一章では、非締約国という立場を生む条約形式があえて選択されたわけにはそれなりの理由があったことをまず指摘した。

そして、第二章においては、ICC には、国家が本来的に普遍的管轄権を有するのと同様に、安保理付託に基づくことなく普遍的管轄権が認められることを論証した。

そこではまず、ローチュス号事件判決の合法推定説の部分を示した。当該判決部分が、対象犯罪を限定することなく、より一般的に、外国人の国外犯に対しても国家が本来的に有する立法・裁判管轄権を行使することを認めていることを指摘し、それ故、普遍性を有する犯罪についてのみ認められる普遍的管轄権もまた、そこに内包されるものであることを指摘した。よって、そのような普遍的管轄権は、全ての国家が本来的に有するものであることを示したのであった。そして、国家との主体の差を考慮しても、ICC にもそのような普遍的管轄権は認められることを明らかにした。

しかしながら、普遍的管轄権はあくまで、その立法・裁判管轄権を、締約国・非締約国の別なく、及ばせるものであって、それだけでは十分でなく、その次の段階として、被疑者の身柄確保という執行管轄権の行使の実現が別個に検討される必要があることを第三章で指摘した。

ローチュス号判決から導き出された、本来的に国家が有する普遍的管轄権によっても、他国家領域内での逮捕行為は国際法上正当化されないため、安保理決議を介在させる必要があること、また、外から非協力国に協力を促すにしても、安保理の協力が必要であることが、三で明らかになった。

それでは結局のところ、二の論証から、安保理付託以外の場合にも普遍的管轄権が認められたことの意義、その論証の意義は一体何なのかということになるであろう。

執行段階では結局安保理に頼らざるを得ないことから、普遍的管轄権が認められるその意義が減殺されてしまう事実を指摘すること自体が、一つの目的ではあった。しかしながら、その他にも意義は存在する。

その一つは次のことである。犯罪行為地国 = 被疑者国籍国 = 非締約国であって、かつ、管轄権の受諾がない場合であっても、そのように非協力国に執行を義務付ける必要がないときであれば、すなわち、当該被疑者が協力的な国家内で発見されれば、当該国家又は ICC においてその被疑者は裁かれることになるということである。もし、二で論証したような普遍的管轄権が認められなければ、このような協力的な国家内に被疑者が存在する場合であっても、犯罪行為地国の同意も被疑者国籍国の同意もないということ、ICC 規程のシステムでは裁くことができないことになる。さらに、ICC 規程を離れたところでも、各国家にそのような普遍的管轄権が認められない限り、ベルギーの国際逮捕状の発行、スペイン、イスラエルの引渡の請求は認められないのである。

もう一つ、次のような意義が指摘できる。三で示した通り、条件付援助は安保理の協力なくして、単独国家の意思で実現できるものである。安保理付託 安保理による執行の確保という経路や、締約国付託・検察官の職権捜査開始 安保理による執行の確保という経路だけでなく、締約国付託・検察官の職権捜査開始 単独国家による執行の確保という経路が実現できることである。や の場合、安保理の意思次第ということになるが、 においては、非締約国に対する立法・裁判管轄権の行使だけでなく、非協力国に対する執行管轄権行使までもが、安保理の意思に頼ることなく、実現できるのである。

「ICTY の存在それ自体だけでは、旧ユーゴにおけるさらなる国際人道法違反行為を抑止できなかった。事実、1993年に安保理決議827が採択されて2年以上経た後の1995年には、当該紛争における最大の残虐行為の一つである、Srebrenicaにおける何千という市民の虐殺が行なわれたのである。」¹³⁸との指摘がある。この事実は、ICCが、その立法・裁判管轄権のみならず、執行管轄権の行使をも確保することなくしてその実効性を果たし得ないことを示すと思われる。

確かに、安保理であろうが単独国家であろうが、それが政治的意思次第という根本的な性格は同じである。しかしながら、たった一国でも、正義の実現に関心を寄せる国家があれば、被疑者の身柄確保は可能であると考えられる。

ミロシェビッチは元大統領である。ICTYの実効性が損われた最大の原因と指摘されていた、大物犯罪人の身柄確保を実現したものは、米国という単独国家の決断であった。

もう一つ、安保理に拠ることなく、一国の意思と行動が、被疑者国籍国の態度を変化させた事例として、ピノチェトケースが指摘できると思われる。

ピノチェトは、その病状を理由にチリ本国に引き戻されたが、チリ本国での訴追・処罰の最大のネックとなるものは、1978年の恩赦法だという。同法は、ピノチェト氏在任中の立法であって、人権侵害にかかわる軍人の犯罪の免責を定めている。¹³⁹

しかしながら、その後、チリ国内において、2000年5月22日、チリ上訴裁判所は13対9で、74人の死に関し、ピノチェト大統領の免責を撤廃する判断を下し、最高裁判所においても15対6でこの判決は支持された。これを実現したのもまた、スペイン、そして、国家元首の免責を否定する判断を行なった英国の意思と行動の結果であると言える。¹⁴⁰

¹³⁸ See Christopher K. Penny, *supra* note 82 at 301.

¹³⁹ 島田征夫・前掲注55、3頁。

¹⁴⁰ チリの国内情勢の変化は、Ruth Wedgwood, "ARTICLE: International conference: Augusto Pinochet and international law", *Mcgill L.J.* Vol.46, pp241-253 が詳しい。

目の前の犯罪人を逃したその意思も政治であるが、国際法の政治との隔離を実現するものもまた政治である。政治的恣意性の動かない ICC を創設しようとの諸国家の意思を体現させたものもまた政治であった。

執行管轄権行使段階における恣意性 ICC の問題は国際刑事法という分野に所属し、国際法と刑法にまたがる形で存在する。そして、刑法のような恣意性が最も許されない領域に関わるからこそ、その問題はさらに深い。しかしながらその恣意性もまた、一国一国の意思で克服可能なのではないだろうか。

参考文献一覧（注に挙げたものの他）

< 英語文献 >

- ・ Andre De Hoogh, *Obligation erga omnes and international crimes: a theoretical inquiry into the implementation and enforcement of the international responsibility of states* (Boston: Kluwer Law International, 1996)
- ・ Andre Klip & Goran Sluiter, *Annotated leading cases of the international criminal tribunals* (HartPublishing, 1999)
- ・ Jamison G. White, "Nowhere to run, nowhere to hide: Pinochet, Universal Jurisdiction, The ICC, and awake-up call for former heads of state", *Case W.Res.* Vol.50 (1999) ,pp.127-176
- ・ Johan D.van der Vyver, "Article: Prosecution and punishment of the crime of genocide," *Fordham Int'l L.J.* Vol.23 (1999) ,pp286-356
- ・ Laurence R. Helfer and Anne-Marrie Slaughter , "Article: Toward a theory of effective supranational adjudication", *Yale L. J.* Vol.107 (1997) ,pp.273-386
- ・ Mary Margaret Penrose, "Article: It's good to be the king!: Prosecuting head of states and former head of states under international law", *Colum. J. Transnat'l L.* Vol 39 (2000) , pp. 193-220
- ・ Naomi Roht-Arriaza, "Symposium: Universal jurisdiction: Myths realities, and prospects: The Pinochet precesent and universal jurisdiction", *New Eng. L Rev* Vol.35 (2001) , pp. 311-319
- ・ Mark S.Zaid, "Symposium: International law in America: Rethinking national sovereignty in an age of regional integration: Article & Essays: Military might versus sovereign right : The kidnapping of Dr. Alvarez Machain and the resulting fallout", *Hous.J.Int'l L.* Vol.19 (1997) ,pp.829-861
- ・ Matthew A. Barrett, "Notes Ratify or reject: Examining the United States' opposition to the international criminal court", *GA.J.INTL & COMP. L.* Vol.28 (1999) ,pp.83-110
- ・ Nail J. KRITZ, "Coming to terms with atrocities: A review of accountability mechanism of for mass violations of human rights", *Law & Contemp.Prob* Vol.59 (1996) , pp.127-152
- ・ Ruth Wedgwood, "International criminal law and Augusto Pinochet", *Va.J.Int'l L.*, Vol.40 (2000) ,pp.829-847
- ・ Ruth Wedgwood , "The irresolution of Rome", *Law & Contemp. Prob* Vol.64 (2001) , pp. 193-214

- ・ Ruth Wedgwood, "The United States and the international criminal court: Achieving a wider consensus through the "Inthaca Package" ", *Cornell Int'l L.J.* Vol.32 (1999) ,pp.535-488
- ・ Sean D. Murphy, "Progress and jurisprudence the international criminal tribunal for the former Yugoslavia" , *A.J.I.L.*Vol.93 (1999) pp.57-97
- ・ Shuichi Furuya "Article: Setting up an international criminal court : Some critical issues left to the diplomatic conference" , *kagawa Law Review* Vol.18 (1998)
- ・ Vera Gowlland-Debbas, "The limits of unilateral enforcement of community objectives in the framework of UN peace maintenance " , *E.J.I.L* Vol.11 (2000) ,pp.362-383
- ・ Virginia Morris and Michael P. Scharf, *An insider's guide to the international criminal tribunal for the former Yugoslavia : a documentary history and analysis* (Irvington-on-Hudson, N.Y.: Transnational Publishers, 1995)

< 日本語文献 >

- ・ 伊藤哲夫「旧ユーゴ国際裁判所の法的な枠組と問題点」『立教法学』40号(1994)
- ・ 奥脇直也「日本の国際法学における領域性原理の展開 領域支配の実効性と正当性 」『国際法外交雑誌』96巻4・5号(1997)
- ・ 小長谷和高「旧ユーゴ国際法廷における刑事裁判の現状と問題点」『ジュリスト』1085号(1996)
- ・ 神余隆博「国連と旧ユーゴスラビア」『国際問題』496号(2001)
- ・ 洪恵子「国際司法協力としての「引渡」の法的性質 surrender 概念の整備に向けて 」『上智法学論集第』42巻3・4号(1999)
- ・ 小寺彰「国家管轄権の域外適用の分類」『山本先生古稀記念国家管轄権 国際法と国内法』(勁草書房、1998年)
- ・ 小森光夫「国際法に於ける強行規範 強行性の論証について 」『国際法、国際連合と日本』(弘文堂、1987)
- ・ 小森光夫「条約の国内的効力と国内立法」『山本先生古稀記念国家管轄権 国際法と国内法』(勁草書房、1998)
- ・ 芝原邦爾『刑事司法と国際準則』(東京大学出版会、1985)
- ・ 芝原邦爾「刑法の場所的適用範囲」『団藤重光博士古稀祝賀論文集(4)』(有斐閣、1985)
- ・ 杉原高嶺「判例研究・国際司法裁判所：ロッカビー航空機事故をめぐるモンリオール条約の解釈・適用事件 仮保全措置の申請 」『国際法外交雑誌』92巻6号(1994)
- ・ 高島忠義「ローチユス号事件判決の再検討(一)」『法学研究』71巻4号(1998)

- ・辰井聡子「犯罪地の決定について(1)(2)」『上智法学論集』41巻2号、41巻3号(1997-1998)
- ・田中利幸「刑事管轄権の国際化と国内法的履行・国際法的履行」『山本先生古稀記念国家管轄権国際法と国内法』(勁草書房、1998)
- ・中谷和弘「パンナム103便およびUTA772便爆破事件と国際社会の対応 国連安全保障理事会決議731をめぐって」『ジュリスト』998号(1992)
- ・長嶺安政「国際犯罪と国際刑事裁判所」『国際問題』450号(1997)
- ・名取俊也「国際刑事裁判所規程における刑事手続の概要」『ジュリスト』1146号(1998)
- ・平野龍一・松尾浩也『新実例刑事訴訟法』(青林書院、2000)
- ・藤田久一「国際刑事裁判所構想の展開 ICC規程の展開」『国際法外交雑誌』98巻5号(1999)
- ・藤田久一「国連法の宿題 平和に対する脅威論を中心に」『法学協会雑誌』115巻9号(1998)
- ・藤田久一「犯罪の国際化と国際法」『国際問題』450号(1997)
- ・町野朔『刑法総論[講義案]』(信山社、1992)
- ・松田誠「国際刑事裁判所の管轄権行使とその行使の条件」『ジュリスト』1146号(1998)
- ・森下忠『国際刑事司法共助の理論』(成文堂、1983)
- ・安富潔「国際刑事司法共助と国家管轄権」『山本先生古稀記念国家管轄権国際法と国内法』(勁草書房、1998年)
- ・山口厚「越境犯罪における刑法の適用」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻』(1998)
- ・山口幹生「国際刑事裁判所に対する国の司法上の協力について」『ジュリスト』1146号(1998)
- ・山本条太「国際の平和及び安全の維持と国家管轄権」『山本先生古稀記念国家管轄権国際法と国内法』(勁草書房、1998)

