

国際刑事裁判所の正統性と実効性

竹村 仁 美*

- I はじめに — 佐藤哲夫名誉教授と正当性研究 —
- II 国際刑事裁判所の正統性と実効性
- III 侵略犯罪に関する国際刑事裁判所の管轄権発動の正統性と実効性
- IV おわりに

I はじめに — 佐藤哲夫名誉教授と正当性研究 —

佐藤哲夫一橋大学名誉教授（以下、佐藤教授）は、安全保障理事会（以下、安保理）の活動の正当性を、国連憲章に照らしてご研究、考察されてきた¹⁾。当該研究において、佐藤教授は「『正当性 (legitimacy)』の概念自体については、特に問題とはしない。系統的正しさや社会的妥当性などを含む広義の意味で用いる」とされており、正当性の制限的定義から距離をとられ、実質的な議論を重視なさって来たといえよう²⁾。同様に、大沼保昭東京大学名誉教授も正統性と正当性の用語の多義性を次の通り指摘する。「最近、legitimacy をもっぱら手続き的公正 procedural fairness の意味に用いる論者もあるが、(略) legitimacy がこれまで系統的・内容的正しさをも意味するものとして用いられてきており、現在も用いられているという現実と逆らってまで手続き的公正の意味に限定して用いることの積極的意義は見出し難い。日本語でも、『正統主義』も『正当防衛』もそ

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第17巻第3号 2018年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科准教授

1) 佐藤哲夫『国連安全保障理事会と憲章第7章 集団安全保障制度の創造的展開とその課題』（有斐閣、2015年）（特に第3部「国連安全保障理事会とその求められる正当性」）247-334頁。

2) 同上、270頁、注38。

れぞれ確立した語として用いられており、いかに『正統』と『正当』の両者を定義してみても、*légitime* の系統の語は『正統』で、それ以外は『正当』といったような厳密な使い方は困難である」と指摘されている³⁾。

実際に、佐藤教授はさまざまな局面で正当性の語を用いられている。たとえば、「多数決制とは、決定の正当性と機能上の効率性という相反する要請の間に設定されたバランスと妥協の産物と考えられる。可能な限り多くの構成員の賛成を確保することは、民主主義的な観点からも、採択された決定の受諾・実施可能性の観点からも、さらには主権平等の観点からも望ましく、決定の正当性を高めることになる⁴⁾」というとき、「被治者の同意」、民主的正統性という意味で正当性を用いていると思われる⁵⁾。

あるときには、佐藤教授は正当性を妥当性及び手続的公正の意味で用いられている。「特にこの20年ほどの期間、国際組織およびその決定の正当性(妥当性)が議論されるようになり、しばしば民主主義の赤字(不足)という視点から批判的に扱われている⁶⁾。これを安保理の文脈に当てはめ、次の通り描写されることもあった。「安全保障理事会が法的グレー・ゾーンに踏み込めば踏み込むほど、その活動が実効的であり受け入れられるためには一層大きな正当性が必要とされる。第2に、国際社会の憲法としての国際連合憲章に照らした安全保障理事会の活動の正当性にとっては、権力の乱用防止と適正な行使の確保を目指した、権力分立および司法審査などの点での高い配慮が必要である⁷⁾。こうして、佐藤教授は、国際組織の活動の正当性には、多様な局面があることを示されてきた。

国際法及び国際組織の文脈を離れて、正当性と正統性という語彙の使用法を見

-
- 3) 大沼保昭『人権、国家、文明 普遍主義的人権観から文際的人権観へ』(筑摩書房、1998年)注1。
 - 4) 佐藤哲夫『国際組織法』(有斐閣、2005年)168頁。
 - 5) 最上敏樹教授は、民主的正統性の意味での安保理の支配の正統性を国連憲章に見出しており、「安保理の支配の法的な根拠とは、いうまでもなく国連憲章である。憲章は加盟国すべてが批准した条約だから、仮にそれが支配体制だとしても、そこには『被治者』の同意という意味での《正統性(legitimacy)》が含まれている」と論ずる。最上敏樹『国際機構論講義』(岩波書店、2016年)91頁。
 - 6) 佐藤哲夫「国際組織およびその決定の正当性——21世紀における国際組織の課題——」『思想』第993号(2007年1月)184頁。
 - 7) 前掲、脚注1)、佐藤(2015)、270頁。

てみると、「ある特定の支配関係や制度、社会関係、あるいはその行為が、被支配者サイドにとっても十分に納得しうる理由にもとづき維持されている場合、つまり十分に正当化 (justify) 可能な時、支配者や上位者 (の行為) は正統性を持つ、とされる」⁸⁾。これに対し、「自他が承認する理由にもとづき特定の議論や意見、行為について賛成的な態度をとることを、『正当化 (justification)』と呼び、社会学的概念としての『正統性 (legitimacy)』と書き分けることもあるが、後者も『正当性』と標記されることも多い」⁹⁾。

国際法学において、正当性と正統性の区別がなされてこなかった理由は何か。国際法が伝統的に合意規範として存在してきたため、その正当性や正統性の淵源は、国家の合意そして究極的には国家の主権に求めることが可能であり、合意規範としての国際法に関して積極的に正当性と正統性を区別して論ずる必要がなかったのかもしれない。ゆえに、国際法の文脈では、国際法上の「正当性」と「正統性」の区別よりも、むしろ国際法上の「合法性」と「正当性」の区別の妥当性が争点となってきた。

たとえば、「違法だが、正当な武力行使であった」などというように、「合法性」と「正当性」を積極的に区別して武力行使の国際法上の妥当性を論ずる場合がある。ただし、その場合には、合法性以外の基準で国際法の法適用が評価されることになり、正当性や公平さの基準を適用することによって、国際法の法規範としての存立そのものが危うくなる危険性が指摘される¹⁰⁾。とりわけ武力行使の正当化に際して、正義の概念を国際組織の意思決定手続と切り離して論ずることができるのであれば、本来は法的なものを法の領域から切り離すことにつながりかねない¹¹⁾。

この点、佐藤教授は、安保理の実行・機能の実効性確保について、その活動が、合法性を1要素として含む常識的な広い意味での正当性を有することが必要であ

8) 大庭健・井上達夫・加藤尚武・川本隆史・神崎繁・塩野谷祐一・成田和信『現代倫理学辞典』(弘文堂、2006年)(北田暁大)516頁。

9) 同上。

10) 柳原正治・森川幸一・兼原敦子『プラクティス国際法講義』(第3版、信山社、2017年)75頁。

11) 最上敏樹『国際立憲主義の時代』(岩波書店、2007年)45頁。

るとし、安保理の活動の正当性評価の中に合法性を組み込む¹²⁾。こうすることで、国際法及び国際法学の過度な政治化を防いでおられたとも考えられる。

したがって、佐藤教授は、合法性を正当性の1要素に取り込むと同時に、正当性を実効性確保の1要素と位置付け、実効性を確保して行く上で、組織の正当性が重要とされる¹³⁾。正当性が高くなれば、組織の実効性も高まる。組織の正当性が低まれば、組織の実効性が担保されなくなる。そして、佐藤教授の用いられる安保理の「正当性」の意義には、合法性、安保理の行動の国連憲章への合致、つまり合憲性が含意されているから、合憲性が高まるほど、国連加盟国からの安保理の行動への信頼・理解も高まって、組織の実効性が増すことになる。

他方で、佐藤教授は、安保理改革の文脈においては、理事国構成の公平さという意味での組織的正当性とその活動の実効性の要請が緊張関係を示すことも示唆する。すなわち、「国際社会の多様な国々を適切に代表し、反映しているという意味での正当性と、国際の平和と安全の維持に関する主要な責任を安保理が十分果たしうるという意味での実効性という、二つの対立しうる要請の調整という視点から（筆者注：常任・非常任理事国両方の拡大を）評価することになろう」と述べられる¹⁴⁾。ここでは、手続的正統性の中に組み込まれているであろう公平性が、時に、組織の実効性の要請と緊張関係にあることが含意される¹⁵⁾。ここにいう実効性は、おそらく組織の目的の達成であるとともに、組織の目標の実現の程度という意味で、効率性をも意味していよう。公平性と効率性の緊張関係及びその調整は、国内社会、国際社会、国内組織、国際組織共通の課題ともいえる。そして、国際裁判所の実効性評価における経済的効率性の指標の重要性も近年指摘がなされるところである¹⁶⁾。

以下では、佐藤教授のお示しくださった国際組織の正当性と実効性の概念を契

12) See eg., Tetsuo Sato, 'Legitimacy of International Organizations and their Decisions: Challenges that International Organizations Face in the 21st Century,' *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, vol. 37 (2009) p. 19; 前掲、脚注1)、佐藤 (2015)、45頁。

13) 前掲、脚注6)、佐藤 (2007)、194頁。

14) 前掲、脚注4)、佐藤 (2005)、191頁。

15) 実効性と効率性の区別については、ムスタファ・メキ (吉田克己訳) 「効率性と法——一般理論の試み」吉田克己・ムスタファ・メキ編『効率性と法 損害概念の変容 多元分散型統御を目指してフランスと対話する』(2010年、有斐閣) 8頁参照。

機として、徐々に実行が蓄積しつつある国際刑事裁判所（以下、ICC）の正当性と実効性の課題について、侵略犯罪に焦点を当てながら検討を行う。本研究の背景には、本年2018年7月17日、ICCは、その設立規程採択から丁度20年目を迎え、その日より、ICCは侵略犯罪について、一定の条件の下、管轄権の行使が可能となったという事実がある¹⁷⁾。そこで、本稿では、ICCによる侵略犯罪の管轄権行使に関する条件の紹介を兼ねて、ICCの正統性と実効性に関する試論を提示したい。

II 国際刑事裁判所の正統性と実効性

国際社会における正統性（'legitimacy'）一般の議論について、Clarkの研究によれば、正統性の内容は、大きく規範的正統性（手続的正統性）と社会的正統性（実質的正統性、社会学的正統性）に区別される¹⁸⁾。規範的正統性（手続的正統性）は、法の支配や法の合理性（合法性）といった形式的観念に法の遵守力、組織の順法性を求める。社会的正統性（実質的正統性、社会学的正統性）は、道徳、正義といった実質的価値合理性に遵守力を求める。国際刑事司法の文脈で正統性を分析したCasseseは、これら規範的正統性と社会的正統性の区別をせずに正統性を4つの内容に分類する¹⁹⁾。すなわち、①同意／支持正統性（'consent legitimacy'）、②目的的正統性（'purposive legitimacy'）、③普遍的価値正統性（'universal values legitimacy'）、④パフォーマンス正統性（'performance legitimacy'）が挙げられる。社会的正統性や④のパフォーマンス正統性は実効性とも換言できよう。

ただし、Clarkの示す手続的正統性と社会的正統性、Casseseの示す4つの正

16) Yuval Shany, *Assessing the Effectiveness of International Courts* (Oxford University Press, 2014) p. 29.

17) ICC-ASP/16/Res. 5 (14 December 2017).

18) Ian Clark *Legitimacy in International Society* (Oxford University Press, 2005) pp. 18-19.

19) Antonio Cassese, 'The Legitimacy of International Criminal Tribunals and the Current Prospects of International Criminal Justice,' (2012) *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, issue 2, pp. 492-493.

統性の内容は実行上、概念上、必ずしも明白に切り離し得るとは限らない²⁰⁾。オーソリティー (authority)、存在根拠、遵法の権威づけとしての手続的正統性は、社会的正統性の影響を受けるし、社会的正統性の指標にはICCの適正手続確保、法的客観性及び公平性の確保が組み込まれるという点で相互作用がある。たとえば、ICCで初めて公判手続の開始されたルバンガ事件において、検察局の証拠中の被告人に有利な証拠の開示や検察側の証人を現地で仲介した人の身元を開示すること等について弁護側と検察局の間で争いが生じ、弁護側に対する公正な裁判の保障、すなわちICCにおける手続的正統性が争点となった²¹⁾。こうして、手続的正統性が低下すれば、当然、ICCの実質的価値が低下し、社会的正統性に影響し、ひいては、ICCに対する同意が得られずに、実効性を低下させ、ICC規程に対する新締約国の確保を困難にするという手続的正統性と社会的正統性の悪循環の事態を招きかねない。

無論、ICCの場合は、国際軍事裁判所、極東国際軍事裁判所、旧ユーゴ国際刑事法廷、ルワンダ国際刑事法廷と異なり、形式的には「勝者の裁き」の批判を克服しており、締約国の事態に関して言えば、国家間合意である多数国間条約によって設立されたことに由来する社会契約的な同意／支持正統性、民主的正統性は担保されていると評価できる²²⁾。その一方で、ICCは、公平性、社会的支持正統性、実効性の確保という問題に直面しているのである。そして、さらには、ICCへの安保理付託の場合には(規程第13条(b))、非締約国で行われた犯罪行為について非締約国国民を訴追する可能性があり、その限りにおいて社会契約的な同意／支持正統性が存在せず、民主的正統性の問題が生ずる²³⁾。非締約国の事

20) 同旨の指摘を行う最近の論文として、Sergey Vasiliev, 'Between International Criminal Justice and Injustice: Theorising Legitimacy,' in Nobuo Hayashi & Cecilia M. Bailliet (eds.), *The Legitimacy of International Criminal Tribunals* (Cambridge University Press, 2017) pp. 78-79.

21) 東澤靖「研究ノート 国際刑事裁判所 (ICC) における『公正な裁判』」明治学院大学法科大学院ローレビュー第15号(2011年)91-110頁。

22) この点、「単に国家間の合意である多数国間条約によって設立されたことに由来する社会契約的な原初的合意という従来の正当化根拠を超えて、現代の国際組織には、正当性の新たな基礎が求められている」。前掲、脚注6)、佐藤(2007)、194頁。

23) もっとも、この場合でも、少なくとも国連憲章に対する同意／支持正統性は存在する。

態については、罪刑法定主義を保障するため、訴追対象となる犯罪に関する ICC 規程の規定について、慣習法性を確認する必要があるとの指摘もある²⁴⁾。

ICC の正統性の問題は、ここ数年、とりわけ検察官の訴追裁量との関係で学術的関心を集めてきた²⁵⁾。ICC に関する正統性の議論は、初期段階においては検察官の自発的捜査権限 (*proprio motu*) の手続的正統性を中心に展開し、その後、検察局の採用した積極的補完性の訴追戦略とそれに伴うアフリカ諸国の自己付託の結果として、ICC がアフリカ大陸に偏った捜査・訴追を行なっているのではないかという形でバイアスや政治化の問題とともに論じられるようになった²⁶⁾。現在では、安保理付託から生じたスーダンの事態について、現職のスーダン大統領アル・バシール氏への ICC の逮捕状が、非締約国の国家元首の訴追とあってなかなか実現しないために、ICC の目的である訴追の実現に関して裁判所の実効性が問題とされている状況にある²⁷⁾。実効性に対する評価は、ICC の社会的正統性の問題でもある。

ICC の正統性が低下したことで、ICC の実効性の問題が実際に生じているもう 1 つの局面として、アフリカ諸国の脱退の意思表示、そして実際にブルンジが、ICC 規程第 127 条 1 項の脱退規定に基づいて脱退通告²⁸⁾の 1 年後に脱退を果たしたこと、及びアジア地域の数少ない締約国であったフィリピンの脱退通告といった近年の出来事が挙げられる²⁹⁾。こうして、ICC の手続的正統性の評価が実効性を阻害し、信頼性を低下させ、裁判所の機能を悪循環に陥れる危険性を孕ん

24) Rogier Bartels, 'Legitimacy and Jurisdiction Following Security Council Referrals: Conduct on the Territory of Non-Party States and the Legality Principle,' in Nobuo Hayashi & Cecilia M. Bailliet (eds.), *The Legitimacy of International Criminal Tribunals* (Cambridge University Press, 2017) pp. 141-178.

25) Frederick Cowell and Ana Leticia Magini, 'Collapsing Legitimacy: How the Crime of Aggression Could Affect the ICC's Legitimacy,' *International Criminal Law Review*, vol. 17 issue. 3 (2017) p. 518; Solomon A. Dersso, 'The ICC's Africa Problem: A Spotlight on the Politics and Limits of International Criminal Justice,' in Kamari M. Clarke, Abel S. Knottnerus & Eefje de Volder (eds.), *Africa and the ICC: Perception of Justice* (Cambridge University Press, 2016) p. 63.

26) *ibid* (Cowell & Magini).

27) *ibid*.

28) C.N. 805. 2016. TREATIES-XVIII. 10 (28 October 2017).

29) C.N. 138. 2018. TREATIES-XVIII. 10 (17 March 2018).

でいる。

ICCの初代の18名の裁判官と1名の首席検察官が2003年3月と6月にそれぞれ宣誓式を行って以来³⁰⁾、今年、ICCは稼働後15年目の節目を迎えた。しかしながら、ICCは上記のような課題を抱えており、こうした正統性の課題が、以下に見る侵略犯罪に関する管轄権発動決定の決議内容に有形無形の影響を与えたとも考えられる。

Ⅲ 侵略犯罪に関する国際刑事裁判所の管轄権発動の正統性と実効性

1 侵略犯罪に対する管轄権の activation 決定

ICCの侵略犯罪に関する管轄権の発動の要件は、2010年にウガンダ・カンパラで行われた規程の検討会議で採択されたカンパラ改正決議 RC/Res.6に記される改正規定に詳しい。具体的要件としては、カンパラ改正決議の付属書Iに記された規程の改正条文である第15条 *bis* 2項及び第15条 *ter* 2項において、ICC規程の侵略犯罪に関する決議付属書Iに定められた改正を30ヶ国が批准又は受諾していることが求められる。加えて、第15条 *bis* 3項及び第15条 *ter* 3項において、2017年1月1日以降に締約国の3分の2以上の多数によって管轄権発動の決定が行われていなければならないと定められている。

侵略犯罪に関する規程改正の受諾・批准状況について見てみると、2018年10月1日現在、当事国数は37ヶ国を数える。そして、上述の管轄権発動要件の30ヶ国に達したのは、2016年6月29日のパレスチナによる改正の批准の時であった。すなわち、この日を以って、改正批准・受諾国数が充たされたため、あとは、第15条の *bis* 3項及び *ter* 3項の定める締約国会議の決定さえ整えば、侵略犯罪に対してICCが管轄権を行使できる運びとなった。

そこで、2017年12月4日から14日まで、ニューヨークの国連本部において第16回ICC規程締約国会議が開催され、2010年のカンパラ改正決議での筋書き

30) Olivia Swaak-Goldman & Maria Nybondas, 'International Criminal Courts Round-Up,' *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol.6 (2003) p.293.

通りに、締約国会議が侵略犯罪について管轄権発動の決定を行った。2017年12月14日にコンセンサス採択された決議 ICC-ASP/16/Res.5 が管轄権発動の決定決議(管轄権発動決議)である。しかし、この決議は、侵略犯罪に対する ICC の管轄権発動に単純な青信号を灯したのものとはならず、むしろ、侵略犯罪に関する締約国付託の場合と検察官の自己の発意に基づく職権捜査の場合に、改正未批准・未受諾締約国及び当該国民への ICC の管轄権発動について、赤信号を灯した。

ただし、今回の決議は、既にカンパラ改正によって合意されているとおり、安保理付託の場合に、ICC が非締約国及び当該国民やカンパラ改正未批准・未受諾締約国及び当該国民に対して管轄権を及ぼし得ることについては、何ら解釈上の制限を加えるものではない。さらに、カンパラ改正決議において追加された規程第15条 bis 5項のいう、侵略犯罪に関する締約国付託の場合と検察官の自己の発意に基づく職権捜査の場合に、ICC は非締約国及び非締約国国民に対して管轄権を行使し得ない、という枠組みに修正を加えるものともなっていない。

2017年の締約国会議の主な争点は、締約国付託および検察官の自己の発意に基づく管轄権行使の場合、カンパラ改正を批准・受諾していない締約国で行われた侵略犯罪及び締約国の国民の行った侵略犯罪に対して管轄権を及ぼせるかどうかという点にあった。締約国会議での駆け引きの結果、英仏日、とりわけ英の主張が聞き入れられて、カンパラ改正決議を受諾していない締約国国民に対しては、たとえ、侵略犯罪がカンパラ改正決議を批准・受諾している締約国において侵略犯罪が行われていても管轄を及ぼせないという内容となった³¹⁾。

管轄権発動決議によると、ICC は2018年7月17日より、侵略犯罪に対する管轄権を有する(第1段)。カンパラ改正決議を受諾していない ICC 規程締約国に対しては、その国民によって侵略犯罪が行われている場合についても、その領域内で侵略犯罪が行われている場合についても、締約国付託、検察局の自己の発意に基づく職権捜査いずれの事態にも管轄権行使を行うことができない(第2段)。改正手続については、カンパラ改正決議及び本管轄権発動決定決議の前文が、規程第121条5項に言及している。

31) Claus Kreß, 'On the Activation of ICC Jurisdiction over the Crime of Aggression,' *Journal of International Criminal Justice*, vol. 16, issue 1 (2018) pp. 1-17.

今回の管轄権発動決議は、「侵略行為国が改正を受諾していなければ、侵略行為犠牲国による受諾の有無にかかわらず、ICCは、侵略行為国の国民による侵略犯罪に対し管轄権を行使できない」という規程第121条5項2文の消極解釈(negative understanding)³²⁾に与するものと解される。

とはいえ、締約国による付託か、検察官の自己の発意に基づく管轄権行使であって、侵略犯罪の被害が改正批准・受諾締約国で生じている場合、改正未批准・未受諾締約国国民に対してICCが管轄権を及ぼし得ると解釈する規程第121条5項2文に対するいわゆる積極解釈(positive understanding)³³⁾の立場の国からすれば、改正決議の批准をしていない締約国国民に対してICCが一切管轄権を及ぼせないことは到底受け入れ難い。さらに規程第15条bis 4項の解釈からも、侵略犯罪の管轄権については、締約国によるオプト・アウト方式が採用されているとも読み取れる。

そこで、管轄権発動決議の第3段落が挿入された。すなわち、「裁判所の裁判官の司法上の独立に関する規程第40条1項と規程第119条1項の規定を想起し」という、裁判官の独立に関する言及である。ただし、これは、裁判所の管轄権に争いが生じた場合には、外部からの干渉を受けることなく、裁判所自らが紛争を解決するという規定に過ぎない³⁴⁾。

したがって、問題はまだ終わっておらず、管轄権発動決議では、規程第15条bis 4項は改正・削除されていないため³⁵⁾、侵略犯罪関連改正規定を批准・受諾していない締約国に対する管轄権の発動については、カンパラ改正と管轄権発動決議のいずれの内容が正しいのか解釈に争いが生じ得る。こうした管轄権発動決

32) 真山全「国際刑事裁判所規程検討会議採択の侵略犯罪関連規定」国際法外交雑誌第109巻4号(2011年)12頁。これに対して、第121条5項の積極解釈(positive understanding)は、「規程締約国である侵略行為国が改正未受諾であっても、同じく締約国の侵略行為犠牲国が改正受諾国であれば犠牲国領域内での行為に関して管轄権行使を可能とするものである」、同11頁。

33) William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute* (2nd ed., Oxford University Press, 2016) p. 1506.

34) Andreas Zimmermann, 'A Victory for International Rule of Law? Or: All's Well that Ends Well?', *Journal of International Criminal Justice*, vol. 16, issue 1 (2018) p. 24.

35) *ibid* p. 23.

議と規程第 15 条 *bis* 4 項の内容の祖語と管轄権発動決議自体の曖昧さは、裁判所の正統性を脅かしかねない³⁶⁾。他方で、既述の通り、管轄権発動決議自体は規程を改正するものではないので、安保理による付託の場合については、カンパラ改正に修正を迫る内容とはなっておらず、規程第 15 条 *ter* によれば、安保理付託の場合は国家の同意は要件となっていない。

2 侵略犯罪に関する国際刑事裁判所の正統性と実効性

締約国についても同意要件を明確化した 2017 年の管轄権発動決議は、一方で、侵略犯罪に対する ICC の管轄権行使について同意／支持正統性を高める内容となっているように思える。他方で、ICC 規程上の侵略犯罪に関しては、次のような正統性の課題が提示されている。

Cowell と Magini は、機能的正統性の問題について、カンパラ検討会議において改正規定として採択された規程第 8 条 *bis* の侵略犯罪の定義が狭すぎて、多くの武力行使の事例が ICC の訴追対象から外れてしまい、実際の問題に対して第 8 条 *bis* を適用する困難性を指摘する³⁷⁾。この点、ICC 検察局の与する方向性が大国と小国のいずれの場合であっても、ICC の機能低下が予想される。大国の側に与する場合であっても、第 8 条 *bis* の解釈が狭すぎて、侵略犯罪の成立が困難となり ICC の機能性が低下するであろうし、逆に、小国に与すれば侵略犯罪に関する付託が相次いだり、締約国が規程から脱退したりして ICC の機能性が低下する恐れがある³⁸⁾。ICC が大国に与する場合、ドローン（無人機）による攻撃や飛行禁止区域の実施などは、第 8 条 *bis* の武力行使の範囲に該当するとは考えられず、大国が自己の都合の良いように武力行使に関する国際法を形作ってきたという歴史的経緯とも符合し、ICC の普遍性を脅かして遵法の権威づけとしてのオリジナル・レジティマシー（規範的正統性）を脅かすと考えられる³⁹⁾。

今回の管轄権発動決議が、カンパラ改正決議未批准・未受諾締約国の関係する

36) *ibid* p. 25.

37) Cowell & Magini (n 25) pp. 531-532.

38) *ibid* p. 532.

39) *ibid* p. 533.

侵略犯罪についてICCの管轄権発動を否定していることに加えて、ICC規程検討会議で採択された規程第15条 *bis* 4項は、侵略犯罪に関する締約国付託の場合と検察官の自己の発意に基づく職権捜査の場合に、締約国がICCによる侵略犯罪の管轄権行使を認めるかどうか選択し、管轄権を認めない旨宣言できる規定内容となっており⁴⁰⁾、改正未批准・未受諾締約国及び非締約国の事態が規程第15条 *ter*にしたがって、安保理からICCに付託される可能性は残るものの、安保理付託以外の場合に、締約国間での法適用の平等、すなわち普遍性に関する規範的正統性が問題となる⁴¹⁾。人道的介入（人道的干渉）目的での他国への武力行使の実績のある英仏のような締約国は⁴²⁾、カンパラ改正決議を批准しないことが予想されており、ICCの権威づけとしてのオリジナル・レジティマシーを害する可能性がある⁴³⁾。

もっとも、先制的自衛、非国家主体の武力攻撃に対する自衛権の発動、人道的介入といった国連憲章上の合憲性に議論の余地のある武力行使については、そもそもICC規程上の侵略犯罪に該当しない可能性が高い。ICC規程第8条 *bis* 第1項が「この規程の適用上、『侵略犯罪』とは、その性質、重大性及び規律に照らして国際連合憲章の明白な違反を構成する侵略行為の、国の政治的又は軍事的行動を実質的に管理し又は指示する地位にある者による計画、準備、開始又は実行をいう」と侵略行為を定義、規定していることから、人道的介入等の行為は、国連憲章の明白な違反とまでいえるかどうか争いがあると考えれば、そもそもICC規程上の重大性を備えた侵略行為に該当しないことになる⁴⁴⁾。

40) ICC規程第15条 *bis* 4項は「裁判所は、12条に従って、締約国により行われた侵略行為から生ずる侵略犯罪について、当該締約国が裁判所書記に対して宣言を行うことによってそのような管轄権を受諾しない旨をあらかじめ宣言していない限り、管轄権を行使することができる。そのような宣言の撤回はいつでもすることができ、3年以内に締約国により検討される」と定める。

41) Cowell & Magini (n 25) p. 534.

42) 「シリア攻撃、主張対立 米は正当化、英『人道介入』／ロシア「武力侵略」と非難 安保理緊急会合」（金成隆一）朝日新聞朝刊（2018年4月16日）1頁；「仏、際立つ軍事介入 対リビア・コートジボワール サルコジ氏、大統領選へ指導力演出」（稲田信司）朝日新聞朝刊（2011年4月14日）11頁；「ルワンダ内戦 仏が“人道介入”に思惑 ツチ族支援で影響力確保？」（佐藤伸）読売新聞朝刊（1994年7月1日）6頁。

43) Cowell & Magini (n 25) p. 536.

ゆえに、侵略犯罪に対する ICC の管轄権行使の初期段階にあっては、ICC 検察局が第 8 条 *bis* 第 1 項の規定を斟酌し、国家による国連憲章の明白な違反であり高烈度の武力行使であるという点を ICC も重視しているというメッセージを発することが期待されている⁴⁵⁾。そうすることで、侵略犯罪に関する規程改正を批准・受諾する国が増加し、とりわけニュルンベルク裁判や東京裁判において勝者側として裁判官席に座っていた国々にとっては、第 2 次大戦後の遺産を受け入れることができないと述べることもはや難しい状況が創出されるのである⁴⁶⁾。

無論、ICC 及び ICC の検察官は、国連から独立しているのであり、独立した検察局こそが ICC の存在意義でもあるため、改正規定第 15 条 *bis* 第 6 及び第 8 項は、安保理による侵略の決定のない場合であっても、予審裁判部の許可を条件に、検察官による侵略犯罪の捜査・訴追を認めているのである。検察官の独立性に鑑みれば、安保理による侵略の決定や当該侵略についての国連憲章上の違憲性に対する過度の斟酌は ICC の正統性を脅かす一方、逆に、国連憲章の明白な違憲性について ICC 検察局が極端に独創的な解釈を行えば、諸国は一層 ICC に対して慎重姿勢をとるだろう。

しかしなお、安保理理事国が行う侵略犯罪に対する捜査・訴追に関しては、次のような防壁が存在している。第 1 に、安保理常任理事国の米中露は ICC 規程に参加していない。第 2 に、常任理事国は安保理においても拒否権を持っていることから、常任理事国については、ICC による侵略犯罪の捜査・訴追の手が及ぶとは考え難く、この点もダブル・スタンダードが存在しており⁴⁷⁾、規範的正統性を脅かす。第 3 に、規程第 16 条では、国連憲章第 7 章下で採択された安保理決議によって、捜査・訴追の延期が可能であり、特に侵略犯罪に関する安保理の要請に基づく捜査・訴追延期は第 15 条 *bis* 8 項でも確認されている。結果と

44) Jennifer Trahan, 'The Crime of Aggression and the International Criminal Court,' in Leila Nadya Sadat, *Seeking Accountability for the Unlawful Use of Force* (Cambridge University Press, 2018) p. 311.

45) Kreß (n 31) p. 16.

46) *ibid.*

47) Cowell & Magini (n 25) p. 535.

して、侵略行為が行われているのに、ICCが動けない事態となれば、規範的正統性が損なわれる⁴⁸⁾。

現在、ICCの実効性は、上述の通り、安保理の付託した非締約国の事態に関して、国家元首を捜査・訴追する際の締約国を含む諸国の非協力によって、著しく低下している。侵略犯罪の捜査・訴追についても、国家の要人の捜査・訴追が念頭に置かれるため、政変による政権交代が行われない限り、犯罪の関係国はもちろん、関係諸国の協力を得ることが困難であると予想される。すなわち、侵略犯罪は、指導者犯罪として知られる⁴⁹⁾。とりわけ、第8条 *bis* 及び第25条3項 *bis* の「国の政治的又は軍事的行動を実質的に管理し又は指示する地位にある者」という文言が指導者の地位にある者を示唆している⁵⁰⁾。

今回の管轄権発動決議で、締約国付託と検察官の自己の発意に基づく場合、ICCの改正を批准・受諾していない締約国において又は当該国民によって行われた侵略犯罪に対しては、ICCの管轄権を行使できないことが明らかとなったため、改正未批准・未受諾締約国の政府要人・政策決定の地位にある指導者・軍司令官に対しては、侵略犯罪について、安保理による付託以外の場合、不処罰の確約が与えられた。これにより、ICCが、指導者要件を犯罪の要件に含まない集団殺害犯罪・人道に対する犯罪・戦争犯罪について、反政府勢力や国家内部の犯罪実行行為者（小物）を捜査・訴追する一方で、侵略犯罪の政策決定を行う政府要人・軍幹部（大物）を裁かないということになれば、ICCの独立性や公平性に大きな影を落とすことになる。敷衍すると、国家内部で裁かれぬ小物をICCが補完的に裁くという意味で実効性が高まったとしても、「国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪の不処罰の防止という普遍的価値を実現するためにICCが設立されている」という組織の目的達成に深刻な影を落とし、目的的正統性・普遍

48) *ibid* p. 536.

49) 山下渉「国際刑事裁判所規程『侵略犯罪』の人的範囲：戦後軍事裁判との比較において（1）」国際公共政策研究第20巻1号（2015年）68、73頁。

50) そして、この文言からは、国家の政策決定に実質的な影響力を有する経済界の私人が漏れてしまうことが懸念されている。Mauro Politi, 'ICC and the Crime of Aggression: A Dream that Came through and the Reality Ahead,' *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, issue 1 (2012) p. 285.

的価値正統性を低下させてしまいかねない。組織の実効性を高めつつ、ICCのステイク・ホルダーによる評価としてのICCの正統性も高めるには、ICCが「国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪の不処罰の防止」という真の目的に迫りつつ実効性を高めて行き、組織の合目的性と効率性との調整を図る必要がある。

IV おわりに

2017年にICCの締約国会議が侵略犯罪に対するICCの管轄権を発動する決議を採択し、いわゆるニュルンベルク・東京裁判から実に70年の歳月を経て、侵略行為に対して個人の刑事責任を国際法廷で追及する仕組みを、改めて可能にしたことは歴史的に重要な出来事といえる。他方で、ICCの侵略犯罪に対する管轄権行使については、安保理付託の場合を除き、締約国の同意が必要となっており、ICCが広範な管轄権を有するには程遠い状況にある。

このような状況を打破するには、ICCがその目的の実現に迫る過程で正統性を確保し、社会的信頼を高めて、規程の締約国及び侵略犯罪に関する改正を批准・受諾する締約国を増やしていかないといけない。図らずも、侵略犯罪に関するICCの管轄権行使の仕組みの煩雑さが、締約国が侵略犯罪の改正規定の批准・受諾を敬遠する一因となっているのかもしれない。しかし、視点を変えれば、安保理付託の場合を除き、侵略犯罪には同意要件の普遍化が導入され、侵略犯罪について締約国は拒否権を得たとも捉えられる⁵¹⁾。その意味では、改正を批准・受諾しない限り、締約国といえどもICCの管轄権が及ばないという明快な仕組みであるともいえる。

さらに、締約国は、改正規定の第15条 bis 4項に基づき、侵略犯罪についてICCの管轄権を受諾しない旨宣言を行うことができるので、公開されている情報によれば、現在までのところ、ケニアが最初の宣言を2015年11月30日に行い⁵²⁾、グアテマラも2018年1月16日に宣言を行なっていることが確認でき

51) 前掲、脚注32)、真山、2頁。

る⁵³⁾。今回の管轄権発動決議の内容に基づけば、締約国が侵略犯罪関連の改正を積極的に批准・受諾しない限り、安保理付託以外の場合に、侵略犯罪についてICCの管轄権が締約国に行使される可能性はないと思われるところ、こうした宣言の存在はICCに対する締約国の消極姿勢及び侵略行為の認定に対する安保理の権限を一層際立たせている。

冷戦後の現代国際社会において、主権国家への脅威は主として非国家主体であることからすれば、ICC規程が侵略犯罪に対して管轄権を有することになったことの重要性は、実際、それほど強調されるべきではないのかもしれない。とはいえ、その象徴的な意義は計り知れず、さらには、国連安保理がいつでも国連加盟国による侵略に関する事態をICCに付託し、個人の刑事責任を追及できることになったという点で、安保理5大国を除く国連加盟国政府への侵略の抑止効果が期待される。無論、ICCにおける安保理5大国の特権的地位がICCの公平性や正統性を脅かす側面はある。だが、安保理常任理事国の特権的地位は、国連憲章に由来し、ICC固有の課題ではない。そして、第15条 *ter* の安保理付託の仕組みによって、ICC規程第15条 *bis* の定める締約国に対する侵略犯罪の管轄権の行使の限定性が克服され、侵略犯罪に対するICCの実効性が高まるという側面もある。こうして、ICCにおいて侵略犯罪の捜査・訴追に対する正統性と実効性を確保しようとする、ICCの安保理への依存を高めるかもしれない。しかし、遠い将来、ICCが独立性を高め、締約国の信頼を得ながら、いかに自律的に侵略犯罪を捜査・訴追できるかどうかというところに、国連から独立した捜査・訴追権限を有するICCの真価があるとも考えられよう。

謝辞

本研究は平成29-32年度科学研究費（基盤C）課題番号17K03380の成果の一部である。

52) See https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/2015_NV_Kenya_Declaration_article15bis-4.pdf (last accessed, 7 August 2018).

53) See https://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/20180206142750_ENG.pdf (last accessed, 7 August 2018).