

誰がフセイン大統領を逮捕してよいのか —国際刑事法の目的による検証—

何 鳴

Who Has the Authority to Arrest Saddam Hussein When He was Iraqi President? An Examination with International Criminal Law

Ming HE

Abstract

The arrest of Saddam Hussein by US Army has raised an important problem in international law. Non-arrest, non-imprison for state head is a part of the inviolable state-sovereignty, and impunity. The impunity, i.e. state immunity for state head is an international custom, and state practice permitted by international conventions. In the Hussein case, the principle of state immunity for state head has been violated, because Hussein was, at that time, incumbent, and the arresting is a solo act by US Army. So the arresting can hardly be recognized as a legal act. And we can also hardly affirm that the arresting act agrees with International Criminal Court (ICC), although ICC has the universal jurisdiction to the war crime, and to humanity crime of state head.

一 問題提起：アメリカ軍のフセイン大統領の逮捕は是か非か

一昨年アメリカ軍がイラクに侵入し、イラク大統領のアダム・フセインを逮捕した。アメリカのイラク侵入行為に対して、国際社会で国際法に違反しているという声が数多く聞こえている⁽¹⁾。しかし、フセイン大統領の逮捕に関しては、沈黙はしていないが、疑問と議論が少なかつた⁽²⁾。アメリカ軍が他国の領域に侵入し、その上でその国の国家元首を逮捕したのは、いうまでもなく国際問題であり、国際法に従って検討される必要がある。しかもこの国際法の問題は従来国際法上で確立されている法原則にかかわる問題でもあり、また新しい法発展⁽³⁾した国際法分野の問題でもある。従来

¹ 拙稿「アフガニスタン攻撃とイラク攻撃の合法性と妥当性—アメリカの攻撃行為は国際法上の自衛権行使になるか」文教大学国際学部紀要第14巻第1号2003年注釈1に日本内外の国際法学者の議論が紹介されている。

² アメリカ軍のフセイン大統領の逮捕行為に関して国際社会においては明確な疑問および議論はなされていないが、この逮捕行為を賛同したのがある：Ruth Wedgwood, *The Fall of Saddam Hussein: Security Council Mandates and Preemptive Self-Defense*, AJIL, vol. 97 (2004), pp.576-585.

³ 「法発展」は法社会学のテーゼである。とくにM・ヴェーバー『法社会学』世良晃志郎訳創文社八七頁、一三九頁、一六三頁、二〇七頁、三二二頁を参照。ヴェーバーの法社会学のテーゼによれば、法発展は特有の原則があり、自動的に生み出されるのではなく、社会の内部事情が法需要となり、さらに法技術が形式的な法を形成させる。「社会の内部事情が法需要とな」る点においては、国際法の発展に相応しい説明である。

の国際法の法原則といえ、すなわち国家元首に与えている特別な地位およびその保障—例えば免除（immunity）—に関する国際法である。一方、国際法の法発展の分野の問題として、個人の国際犯罪を訴追する国際刑事法の確立により、人道犯罪者の個人—例えば国家元首—を訴追することができる。当然な推論でいえばフセイン大統領も訴追することができる。しかし、それにしても、外国の軍隊が侵入した国の領域でその国の国家元首を逮捕したのは合法性・妥当性があるか、はやはり問題視する必要がある。もし、新しい国際刑事法でいえば、この逮捕は国際刑事法に許されるか、国際刑事法の目的であるか、である。

したがって、アメリカ軍のフセイン大統領逮捕ということの妥当性を問う場合に、避けてはならない問題が二つある。第一、国際法上国家元首に与えられる特別な地位およびその保障措置の免除（immunity）はどんな条件において発動されるか、フセイン大統領の逮捕はこの免除になるか、さらに、アメリカの逮捕行為は妥当性と合法性を問う必要があるが、もし国際連合（以下、国連）安全保障理事会（以下、安保理）が国際法原則の免除を超えてこの逮捕に権限（authority）⁴を与えて、または安保理が権限を以て逮捕を行ったとすれば、従来の国際法原則の免除はどこまで有効であるか、どこまで保障されるか、第二、現代国際法のニュアンスでいえば、国際刑事法と国際刑事裁判所（以下、ICC）において、免除—いわゆる国家元首の司法的な免除—は個人の国際犯罪者の訴追とどのようなシステムをなして活動するか、活動すべきか、国際刑事司法裁判所の現実を見れば、国際刑事法を動員し、同裁判所に国際犯罪者の国家元首を訴追する実体法が用意されているが、免除をどのように実行し、国家元首を誰が逮捕して法廷に連行するかの手続法が用意されているか、である。この意味でさらにいえば、旧ユーゴ国際刑事裁判所は人道犯罪容疑者のミロセヴィチを所在国から裁判所へ出頭させたのがかろうじて命令としては可能であったが、所在国の国民から強烈に反対されたのが無視できない、国際刑事法の手続法の必要性を意味する問題となっている。

従来の国際法には免除は国家主権免除という地位を与えられている。すなわち国家が他国からの裁判管轄権を受けない、というのが国家主権免除である。その国家の元首が当然に国家主権免除の対象となる。しかし、アメリカ軍がイラク境内でフセイン大統領を逮捕したのはこの免除原則の違反である、と言えるならば、個人の戦争・人道犯罪の訴追を目的とする国際刑事法および国際刑事裁判所が国家元首を内容の一つとする国家主権免除とは矛盾になっているか、矛盾がないという前提においては両者がどういう関係をなすべきかは、国際刑事裁判所の活動に従って現実問題になってくるはずである。本論文は、アメリカ軍のフセイン大統領の逮捕をケース・スタディとして免除を以てこの行為の合法性・違法性を検討し、さらに従来国際法上の免除を以て国際刑事法および国際刑事裁判所における免除の意義を検討する。

二 国際慣行における国家元首

1 国際慣行と国際法において

国際慣行上、一国の国家元首は国際社会において公的資格を有する⁵、と認められる。国家元首の公的資格は一国の主権に内包される、主権というものの構成要件である。なぜならば、国家元首と

⁴ 国際法のauthorityに関して数多くの研究がある。典型的な一例を挙げれば、David D. Caron, *The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council*, AJIL, vol.87 (1993), pp.552-588.

⁵ 「公的資格」が国際刑事裁判所規程第二七条にしたがって、用語または概念として出されているのは、小長谷和高『国際刑事裁判序説』尚学社一九九九年。

いえば、国家主権の要件の統治権を構成する実質的な内容だからである。そのため、国際社会の慣行として国家間は相互に国家元首とその公的資格を尊重し通常の義務も問わない、司法手段で追及もしない。この慣行および法観念は国際法の法発展により多数国間条約の「国家代表等に対する犯罪防止条約」および外交関係上の国家代表の保護条約「ウィーン外交関係条約」に結束されている。「国家代表等に対する犯罪防止条約」第一条によれば、国の元首、国の代表者は「国際的に保護される者」であり、「国際法に基づき、身体、自由又は尊厳に対するあらゆる侵害からの特別の保護を受ける権利を有する」。

「国家代表等に対する犯罪防止条約」に強調されているのは国家元首および政府代表者に対する犯罪防止である。この条約は従来の、国家元首を通常の義務を問わない、司法手段を追及しない、いわゆる免除の国際慣行を基盤にして発展したものである。

この慣行は第二次世界大戦終戦後ニュルンベルク裁判と東京裁判までに国際社会において通常であった。しかし、両裁判は初めてこの慣行を破った前例となっている。すなわち、両裁判においてドイツと日本の国家元首格の首脳が人道犯罪を以て裁判に裁かれたことは、国家元首が国家主権を濫用して他国の国家主権を侵害し、人道上の犯罪をすることがありうる、この犯罪を国際法上裁くことを示している。極東国際裁判所憲章第五条によれば、「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疑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」、公的資格を有する国家元首および国家首脳格の人に与えた免除というのが絶対的なものではない、ということである。

両裁判において従来の慣行と違って国家元首の免除とその絶対性を認めなかったのが、極東国際裁判所憲章によれば、人道犯罪に該当する場合である。人道犯罪の事実があれば、従来慣行となっている免除が条件を失い成立できなくなる。

2 アメリカ軍のフセイン大統領逮捕のケースにおいて

外国の軍隊が他国に侵入しその国の大統領を逮捕するのが国際社会の古来の、敏感な国際問題である。例えば、一昨年パレスチナPLO指導者のアラファト氏がイスラエル軍に軍事の脅威で囲まれた時に、「国際社会はなぜ黙っているのか」と激怒したのもこの問題の敏感性と緊急性を表している。国際法が法発展した今日においてもこの問題はなおさら国際法に従って検討される必要がある。

国際慣行からいえば、ニュルンベルク裁判と東京裁判—上述し通りに従来の国家元首免除の慣行を破った、そして新しい国際法の形成のために基盤を築いた先例—に比べれば、アメリカ軍のフセイン大統領の逮捕は国際社会の集団的な決定と行動、集団的な利益というのが欠けている。現実上、アメリカの行動は一对一の復讐行為の要素が大きい、これは国際法が最も克服しようとする本来の国家間の自己解決の典型である⁽⁶⁾。この意味において、アメリカ軍の逮捕行為は国際法に基づいて議論され批判されるべきものが多い。

国際法からいえば、アメリカ軍の逮捕行為は国際法上の合法性・妥当性、および国連・安保理からの命令 (mandate) があつたかどうかは重要なポイントである。この問題に関してアメリカは説明責任 (accountability)⁽⁷⁾ を果たす際に以下の主張と強調をしている。1991年湾岸戦争を終結するための安

⁶ 「自己解決」は法と法制度成立以前の争い解決のパターンである。近代法は「自己解決」を克服し、社会の法的制御を目的とする。

⁷ 「説明責任」は国際法において国家責任のresponsibilityとliability以外に発展しつつある国際責任の一つである。国際社会に対する国家、国家間、国際社会と国家に対する国際機関の間には「説明責任」がますます必要になる。

安保理決議678と決議687が一昨年のアメリカのイラク侵攻とフセイン大統領逮捕行為の法的根拠である、と主張し⁽⁸⁾、bad man 法理論を逮捕行為および両決議の根拠理論として強調している⁽⁹⁾。

この主張と強調を見れば、安保理決議の解釈と適用に恣意性があり、bad man 法理論の援用も客観性があるとは言い難い。まず、安保理の1991年の決議678と決議687を2002年イラク侵攻と2003年フセイン大統領逮捕の正当性に援用するには、時間の隔たりが大き過ぎる—この点に関して、アメリカはさらに「時間が遅れた合法性」⁽¹⁰⁾と主張している。1991年の両決議はイラクのクウェート侵略行為を対象にし、国連憲章第七章の動員と集団安全保障体制の発動を内容とするものであった。アメリカの主張は、この十年前の決議は今日においても同じイラク・フセイン政権に対して依然として効力を有する、という。この主張は明らかに両決議の恣意的な解釈である。当時の両決議の対象と2003年のイラク・フセイン政権とは同一のものではない。当然に、「時間が遅れた合法性」というのはアメリカ側の自己弁護である。そして、bad man 法理論といえ、法理論として認められるかどうかは、理論上の論争としてはあり得るが、この理論に比べれば、罪刑法定主義がすべての人に対して法の下で平等で、恣意的に人を裁くのを防ぐ、という普遍的な価値観と法制度として一般的に受け入れられている。この意味において、アメリカ側がフセイン大統領の逮捕の正当性をこのbad man 法理論を以て説明し解釈するのがかなり無理がある、と言わざるを得ない。

三 国家元首に対する国際法上の免除

1 国際法上の免除

免除いわゆる国家主権免除は国際法の法原則であり、国際公法と国際私法の両分野に適用する。国際公法において、国家主権免除は国家間の公的關係に適用する。国家の構成要件が国家主権免除の対象になるため、国際公法上の免除は絶対的で、裁判の対象にならないものが多い。国際私法において、国家主権免除といっても、本質的には国境を跨る私人間の関係を対象とする。この私人間の関係を国家間の公的關係から区分して一国内の裁判管轄権を適用するものと、適用できないものを基本的に国内裁判所が国際法原則に従って決めるものである。この点においては、国際公法と国際私法（とくに国際民事訴訟法）が同一の免除を問題にするため、交錯しているものが多い⁽¹¹⁾。

さらに、同じ国家主権免除の問題で国際公法と国際私法がこのような違いがあるのは、最も基本的なところに国際公法の管轄権と国際私法の管轄権が違うためである。国際公法においては、一国が強制的に他国に管轄権を押しつけることはあり得ないし、他国からの、場合には国際機関からの一方的な管轄権に服することもない。関係国が自己意思、合意および条約をもとにする場合には国際司法裁判所の管轄権を受諾してその当事者となる。この場合では国家主権免除は関係国間で事前に決めるか、または明確な国際法原則—例えば、国家元首および外交官に対する免除の原則—に従う。この意味で、国際公法の免除は絶対的な原則性のものであり、国際法創造になる。例えば、最新の例として、一九

⁸ supra note 2, Ruth Wedgwood, pp.578-582. なお、両決議に対して、Ruth氏がアメリカのイラク派兵はもちろん、湾岸戦争時の多国籍軍派兵の正当性も安保理決議678と決議687による、とも主張している。Ruth Wedgwood, *The Enforcement of Security Council Resolution 687: The Threat of Force Against Iraq's Weapons of Mass Destruction*, AJIL, vol.92 (1998), pp.724-746.

⁹ supra note 2, Ruth Wedgwood, p.578.

¹⁰ ibid, p.582.

¹¹ 国際法と国際民事訴訟法が共同で国際関係上の免除という問題に取り組む、と主張しているのが、例えば、法律時報特集「国際法と国際民事訴訟法の交錯」法律時報2000年vol.72号、である。

九九年国際法委員会 (International Law Commission) が「国家及びその財産の裁判権免除」の条文案を国連総会に提出する作業をした (提出のためのワーキング・グループを創設し、報告書もまとめ、発表した)⁽¹²⁾。この条文案は国際立法となれば、国家主権免除に関する法原則となる。それに対して、国際私法においては、事件や争いは国境を跨る渉外的な性質を持ちながら、基本的には一国内の問題であり、国内の司法機関の管轄権に服する。この場合では国家間の公的要素が少ないため、国家免除といえば、その事件の私的部分—商業活動や個人行為—が問題視される。そのため、国際私法で言っている国家免除は管轄権がすでに決まり、この管轄権のもとで訴訟物のどの部分を管轄の対象にするか、の事件審理または訴訟の技術である。国際公法の法創造に比べれば、国際私法はより法適用を重んじる、技術的な性質を持っている。例えば、光華寮事件や横田基地事件のように、日本国内の裁判所の管轄権がすでに決まる上で、光華寮事件の国家承認という問題をめぐって、東京地裁がこの事件のどの部分が国家主権免除になるか、ならない部分の管轄権をどのように行使するか (当事者能力判別) を判断する。横田基地事件は日米安全条約のもとで基地は国家主権免除の対象になるが、米軍飛行機の騒音を訴訟物にする場合には、この騒音が国家主権免除の対象になるか、いわゆる免除認定をする事件である⁽¹³⁾。

2 国家主権免除の内容

国際公法と国際私法で国家主権免除 (または国家と外交免除とも)⁽¹⁴⁾ というのは、国家が外国の裁判を受けない (裁判権免除)、国家とその固有財産が外国の裁判管轄権を受けない、という一般的法原則である。国家主権免除の内容からいえば、外国の裁判と裁判権を受けない、絶対免除があり、商業活動や司法にかかわる私人の行為の場合では裁判権の免除を受けない、制限免除がある⁽¹⁵⁾。さらに、その実質的内容からいえば、国家主権免除は人的免除 (Immunity Rationae Personae) と物的免除 (Immunity Rationae Materiae) と分けられる。人的免除というのは、国家公務執行中の首脳および官僚が外国の裁判を受けない、刑事管轄を受けない、ということである。(いうまでもなく国家元首・政府首脳といえ私人的活動を想定しないため、商業活動や私人行為による管轄権は当然にあり得ない。) 国家元首の免除はこの人的免除に属される⁽¹⁶⁾。国家主権免除の絶対性の一つは、すなわち国家元首に対する免除である。国家元首のほか、国家の代表として国家公務執行中の首脳といえ、外交官である。国家元首に比べれば、外交官は公務以外の、または公務の身分でありながら私的活動をすることがある場合には免除該当事由がない、そのため、主権免除は絶対免除と制限免除に分ける必要がある。国家元首には絶対免除を認め、外交官には公務執行中の絶対免除と私人活動の制限免除を決める、という主張がある。しかし、外交官といえ、その称呼通りに国家外交職務に勤める

¹² 国際法委員会のこの条文案および報告書は中谷和弘「国際法の視点から見た主権免除」前掲11、「特集・国際法と国際民事訴訟法の交錯」を参照。

¹³ 光華寮事件の判例研究は主に筒井若水「光華寮事件判決再論」ジュリスト1987年894号を参照、横田基地事件の最新の判例研究は原強「国家の主権免除—横田基地訴訟鑑定書を中心として」前掲11、「特集・国際法と国際民事訴訟法の交錯」を参照。

¹⁴ 日本も中国も「主権免除」というが、1999年国際法委員会の条文案では「国家免除」という。英米ではState and Diplomatic Immunity という。最新の研究例として、Andrew Dickinson, Rae Lindsay, Jame P. Loonam and Clifford Chance Lip, *State Immunity*, Oxford University Press, 2004.がある。

¹⁵ 前掲11、小林秀之「国際法と国際民事訴訟法の交錯」四頁。

¹⁶ 国家免除には国家元首が含まれる、というも慣習国際法になっている、と認識しているのは稀ではない。国家元首免除の法律上の意義を強調しているのは、Arthur Watts, *The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers*, Recueil des Cours, vol.13 (1994), pp.247-265.

人物であるため、国家主権免除と問われる場合には、公務以外の私人行為が想定できない。この解釈および主張は二〇〇二年国際司法裁判所（以下、ICJ）「二〇〇〇年四月一日逮捕状」事件（以下、逮捕状事件）⁽¹⁷⁾の判決に明言されている。

国家主権の人的免除は適格者そのものを対象とするが、物的免除は適格者の行為を対象とする。人的免除は適格者の国際法免除の絶対性と免除享有の神聖な不可侵性を確立するものであるため、人的免除の発生は刑事法の分野が主である。一方では、物的免除は適格者がすでに確立し、適格者の要件に関しては異論がない前提において、適格者の行為が国家主権免除に該当するかどうかであるため、民事法の分野が主である。（そのため、国家主権免除を民事裁判権の免除というものもある⁽¹⁸⁾。）そして、物的免除のもう一つの内容は、一国の固有財産が他国の裁判管轄権に服しないということで、国家主権免除の主旨から由来するものである。

物的免除を法適用のために識別するには二つの要件が必要である。一つは、免除適格者の行為は法律上で個人の行為ではなくて、国家の行為に帰属する。もう一つは、免除適格者の行為は外国の法廷で当該国家が外国の裁判管轄権を押し入れられる時に国家主権免除から摘出されるのに対抗することができる。同様に、国家の固有財産もこの二つの要件を有すれば、国家主権免除の適格者になる。

3 国家主権免除と国家元首

国家主権の人的免除と物的免除いずれでも想定する「人」は一般人および法人ではなくて、国家官僚・政府役人である。すなわち、国家主権免除の適格者は国家官僚・政府役人である。それでは、国家元首・政府首脳は国家主権免除の適格者に該当するか。

「ウィーン外交関係条約」は外交官を対象としている。「国家代表等に対する犯罪防止条約」は「国家代表」に該当するのが国家元首・政府首脳であるとは明言していない。この場合では国家元首・政府首脳が国家主権免除の適格者の該当可能性を推論しなければならない。国際慣行から推論すれば、国家主権のシンボルの一つは国家元首・政府首脳である。当然に国家主権免除の適格者には国家元首・政府首脳が入る。

国際実定法（条約および慣習法）から推論すれば、法解釈からその可能性と妥当性を導出することができる。まず、国家間の相互尊重と平等という国際法原則の実質的な要件として国家元首・政府首脳が外国のいかなる管轄権をも受けない絶対的な地位とその地位の国際的承認の神聖性と不可侵性がある⁽¹⁹⁾。そして、「国家代表等に対する犯罪防止条約」では「国家代表」という文言の文理解釈でも、その条約の目的解釈でも、「国家代表」の範疇には国家元首・政府首脳が含まれる。

国際司法裁判所の判決から推論すれば、最新の判決としては「逮捕状事件」の判決が挙げられる。当判決は国家元首が国家主権免除の適格者であるという結論を出している⁽²⁰⁾。（この結論および判決の意義を、以下「四」を参照。）

¹⁷ International Court of Justice, 14 February 2002, Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium).

¹⁸ 小林秀之「国際法と国際民事訴訟の交錯」前掲115頁。

¹⁹ 国家元首、外交官の国家主権免除の不可侵性と神聖性を強調したのは、前掲17判決とDapo Akande, *International Law Immunities and the International Criminal Court*, AJIL, vol.98 (2004), p.412.がある。

²⁰ supra note 17, at Merits para.2.

四 国際司法過程における人的主権免除（一）国際司法裁判所の場合

国際司法裁判所に人的主権免除の問題を提訴するのは、訴訟物が免除適格者たる地位にある者に限る。すなわち、人的主権免除の適格者は国家間関係を左右する人物であり、国際的保護を与える必要がある。（もちろん、在外邦人および難民のような一般人も国際的保護の対象である。しかし、人的主権免除の適格者はより国家主権のシンボルの地位にある者である。）このような免除適格者に対して免除に関する国際法規範による保護か、適格者の資格いわゆる人的免除の要件を有するか、に関する争いは、国際司法裁判所に提訴されている。これらの提訴を受理して審理する司法過程と国際司法裁判所の法的判断を通して、人的主権免除の意義および関係法規範の再確認ができる。以下のケースで人的主権免除の法適用を見る。

○Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran), 1980⁽²¹⁾。（以下、人質事件）

原告アメリカは被告イランの国内でアメリカ大使館の占領と外交官および職員の人質としての拘束を、「ウィーン外交関係条約」と「ウィーン領事関係条約」の違反行為として国際司法裁判所に提訴した。

本件の法律争点は二つある。上述した二条約の違反と政治的紛争に対する国際司法裁判所の管轄権の有無、である。外交関係条約と領事関係条約に基づいて提訴された被告イランの条約義務違反の行為と裁判所の判断に対しては当事者双方とも異論がない。政治的紛争に対する裁判所の管轄権の有無の争いと管轄権があるという国際司法裁判所の結論が、本件の最も有意義なところである。そして、本件の審理過程に原告の一方的な軍事行動および国連安全保障委員会（以下、安保理）に政治的解決を訴求した、とりわけ安保理の決議があったにもかかわらず、それらにより裁判所の管轄権行使の中止にはならない、という結論も本件の最も有意義なところである。この二つの結論が同一係争事件における国際司法裁判所と安保理の管轄権の競合という事実を発見し、同裁判所の司法審査の可能性を作ったからである⁽²²⁾。

第一の法律争点、すなわち被告イランが外交条約と領事関係条約に違反した事実に関して、原告と被告とも異論がない。被告の同二条約の義務違反に関しても、原告と被告とも異論がない、諸裁判官も異論がない。

さらに、第一の法律争点の論証として、外交関係条約と領事関係条約によれば、外交官が国家主権免除を付与されている。被告イランが原告アメリカの大使館および大使館内の外交官と職員を保護に「無作為」であったことは外交関係条約第二二条、第二四条、第二五条、第二六条、第二七条、第二九条に違反し、また領事関係条約の第五章と第三六条に違反した、と裁判所は判断した⁽²³⁾。

国際慣習法によれば、外交官という地位は神聖不可侵である。そのため、国家主権免除を享受する。この神聖不可侵性は諸国間の共通の法的信念である。自国在駐の外国の大使館および領事館と外国国民を保護するのが国家の義務であるというのは「一般国際法」⁽²⁴⁾の原則である。

²¹ ICJ Rep. 1980, No.64.

²² 拙稿「国際司法裁判所と司法審査」二松学舎大学論集第45号2002年、「同一係争事件の解決における安全保障理事会と国際司法裁判所」文教大学国際学部紀要第12巻第1号2001年を参照。とくに両論文の注釈に紹介してある日本内外の法学者の同問題に対する議論を参照。

²³ supra note 21, at para.67.

²⁴ ibid, at para.62, para.67.

外交官と外交職員の国家主権免除をめぐる本件の第一の法律争点に関する裁判所の判断は外交官・外交職員の国家主権免除という法原則の適用と裁判の現場での再確認は積極的な意義ではあるが、この争点に関して原告にも被告にもまた裁判所にも異論がなかったのは、本件の平凡なところである。しかし、国家主権免除という義務に違反したのが国家でありうる、という国際司法裁判所の見解⁽²⁵⁾は有意義である。この見解の解釈として、本論文は主権免除原則の犯則の機能に注目する。すなわち、従来、国家主権免除の要件確立と適用は主であるが、この法原則の違反、すなわち反則に関する規定がない。国家が主権免除の義務に違反するのは免除の不執行ではなくて一免除の不執行は裁判所である一、主観的な故意の違反である。主権免除の個人による違反に限られるのに対して、国家の違反が可能である。

「人質事件」が外交官の国家主権免除をめぐる異論がなかったことで、国家主権免除の当事者承認・遵守と裁判所の法適用のプラス面の判例であると言える。それでは、次の事件および判例は外交官の国家主権免除を法律争点にして各側に異論があったことで、国家主権免除を検証した、という意義を持つ判例である。

○Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium) 2002. (逮捕状事件)

原告コンゴ民主共和国は被告ベルギー国内で原告の現職外交官が被告に逮捕状を出されたこと、各国に逮捕状を公布されたことを、「ウィーン外交関係条約」に違反したという事由で、国際司法裁判所に提訴した。

本件において、外交官の国家主権免除に関して原告、被告と裁判所がともに攻防を繰り返し異論を述べ議論を展開した。

原告の主張——外交関係のある国に駐在する外交公使に逮捕状を発布した被告の行為は、公使が享有すべき、慣習国際法に付与された外交官の神聖不可侵の国家主権免除の特権を侵害した。原告が被った精神的な損害に満足な賠償と、被告の当逮捕状の撤回と他国への発布の解消を要求する。

被告の抗弁——外交官が現職ではない時に、国家主権免除の適格者にはならない。外交官が戦争犯罪または人道犯罪を犯す場合に、国家主権免除の適格者にはならない。

裁判所 (ICJ) の判断——外交官が域外にいる時に完全に当該国の刑事管轄から主権免除を享有する。現職の外交官は国家主権免除を受ける神聖不可侵の権利がある⁽²⁶⁾。慣習国際法およびフランス破棄裁判所の実行、イギリス上院の立法から言えば、戦争犯罪または人道犯罪は根本から国家主権免除を付与されることがないのである⁽²⁷⁾。被告の逮捕状は原告の外交官の職務を妨害し、原告の利益を侵害し、国際法に違法している⁽²⁸⁾。原告の被った利益と精神的な損害に対して被告が賠償すべきである。

裁判所 (ICJ) の見解——(1) 国際法における国家主権免除の意義は、個人にではなくて、国家にある。慣習国際法によれば、外交官のような個人に対する国家主権免除はその個人に与えるのではなくて、その個人の属する国の実効的な国家実行を保障するためである。すなわち、国家主権免除は特別な権利—特権である。この権利を主張し、または侵害の抗議をする場合に、個人は事件解決のための免除適格者であるが、個人がこの特権を享受するのではなくて、当該国にこの特権が帰属する。個人と国家利益の不可分の因果的關係が適格者に対する国家主権免除認定の基本である。

²⁵ *ibid*, at para.92.

²⁶ *supra* note 17, (merits)at para.2.

²⁷ *ibid*, at para.3.

²⁸ *ibid*, at para.7.

(2) 戦争犯罪者・人道犯罪者には国家主権免除を認めない。この争点に関して裁判所が慣習国際法を適用した。この法適用は現存の法規範の適用ではなくて、慣習国際法からの推論および参考を以てなされた。慣習国際法によれば、国家主権免除は適格者の他国の刑事裁判の免除を付与するが、戦争犯罪・人道犯罪に免除付与する慣行と法的信念はない。ニュルンベルク裁判と東京裁判および旧ユーゴスラヴィア国際裁判所（以下、ICTY）とルワンダ国際裁判所（以下、ICTR）はともに戦争犯罪・人道犯罪を裁く国際裁判であり、犯罪者の主権免除を主張した前例がない。本件審理の裁判官 Van den Wyngaert 氏は、国家主権免除は国際法にも、国際裁判所においても、国内法廷においても、戦争・人道・ジェノサイドと侵略の犯罪には与えられない、と述べている⁽²⁹⁾。

判例分析——本件は1927年常設国際司法裁判所が審理した国家主権免除を争点にした Lotus Case 以来の、免除に関する最新の判例であるため、国家主権免除の従来の問題と新しい問題をともに提出している：

(1) 免除と免責との違い——国家主権免除が法廷で当事者の法律争点となり、裁判所の法適用および法解釈の対象となると、この法原則は往々にして訴訟テクニックとされ、その法理および意義が無視されがちである⁽³⁰⁾。とりわけ、主権免除の濫用が法廷でよく見られている。そこで、国家主権免除と免責との違いを以て主権免除の意義を考える必要がある。

国家主権免除は特権である。特権と曰く、特別に付与され、享受する権利である。そのため、国家主権免除という特権は保障されることで得られた権利である。国家主権免除は法律を超える権利であり、法律の例外（impunity）とも言える。その意味で言えば、この特権成立の前提条件は保障可能な条件であり、すなわち違法または犯罪があり得ない可能性と制限（立場および資格）があり、それゆえ保障可能で、保障の妥当性を有する。一方、それだからこそ、国家主権免除はその適格者に与えられると同時に、適格者に自己責任をも要求する。この自己責任は適格者の法律上の義務—国家主権免除の実効性を保証する義務と道義上の義務—享受者としての自覚である。この義務のゆえ、国家主権免除は法適用においてはその解釈を適格者にだけ限定される必要がある。それを以て免除の特権性は保証される。

免責というのは、まず権利ではない。免責は緊急な場合での違法行為対する違法的な性質を有する解決措置である。免責成立の前提条件は違法性があり、違法性を以て違法性を解除することである。その意味で言えば、免責は消極的で効果的な紛争解決法であり、その使用と適用には制限条件を付ける必要がある⁽³¹⁾。正当防衛、緊急避難、不可抗力および自衛権は免責である。それらの免責にはいずれも厳格な制限条件が付けられている。それゆえ、免責は法適用においてその限定条件に満たすかどうかについての審査を以てその正当性を保証する。

そして、国家主権免除は法原則であるため、この原則に基づいて法創造する。法適用においてはその原則性を基準にして免除に関する問題を判断する。それゆえ、この原則を技術に使用するのではなくてその原則性を損なわないのが重要である。一方、免責には法創造に繋がる原則性がなく、ただ判断の基準になる。

(2) 免除と管轄権——国家主権免除といえば、国家の司法管轄権との有機的な関係も重要な問題

²⁹ *ibid*, Diss.Opi. of Judge Van den Wyngaert.

³⁰ Van den Wyngaert 判事もそう思う。*ibid*, at para.5. 「技術に拘らないで原則の角度から紛争を解決するのは国際刑事法に貢献ができる」と Van 判事の反対意見がある。

³¹ 前掲論文1を参考。当論文は「正当防衛」、「緊急避難」および「自衛権」の成立、法使用と法適用の限定条件について詳細に述べている。

である。「逮捕状事件」の判決は管轄権と主権免除の関係を、管轄権があれば免除がある、同様に免除がなければ管轄権もない、と述べている⁽³²⁾。主権免除と管轄権との関係をこの結論に従って管轄権の三様態からそれぞれに考察することができる。

一国の管轄権と主権免除——これは主権免除の問題を引き起こした現実である。この現実から発展したのが国家主権免除の法原則である。すなわち、国家とその固有財産が他国の裁判管轄権に服しない、という免除の法原則である。この法原則は国家主権免除の内容でもあり、基本である。これを基本として主権免除と管轄権との対抗関係が生じて、さらにその上に管轄権の様態に応じて主権免除のあり方、あるべきあり方の問題も生じてくる。

普遍的管轄権と主権免除——国際法上の普遍的管轄権というのは国際司法裁判所（ICJ）の司法的管轄権である。ICJの司法的管轄権はその判決には少なくとも当事者には拘束力があり、それゆえ普遍的な司法的権威がある。この場合で主権免除はICJの管轄権に服する必要が生じてくる。とりわけ具体的な当事者間合意のある問題に関しては服しないことは不可能になる。この服従の典型は、現代においてよく見られるのが著作権の海賊版、戦争犯罪と人道犯罪、奴隷貿易およびジェノサイドに対するICJの普遍的管轄権とその活動である。概してい言えば、戦争犯罪と人道犯罪と過去の奴隷貿易と現代のジェノサイドに関しては主権免除は普遍的管轄権に服す、というのが法的信念であり、国際慣行である。これにより国際法秩序の安定化を維持し、戦争犯罪と人道犯罪のような重大な犯罪が制裁を受けないことは防止される。この点に関しては、「逮捕状事件」の判決は明確な結論を出している。すなわち、外交官が国際の刑事裁判所に刑法上の訴追をされる場合では主権免除を享受することができない⁽³³⁾。「国際の刑事裁判所」というのは戦争犯罪と人道犯罪のような重大な国際犯罪を意味している。当事件の審理が国際刑事裁判所（ICC）規程の効力発生前になされたことも鑑みて、この「国際の刑事裁判所」というのは普通の裁判所ではなくて、国際刑事裁判所のような地位の裁判所を意味している。

そして、一方ではICJの普遍的管轄権に服するのが国際司法の場で主権免除を主張し国際司法からの保護を要請することもできる。

（普遍的管轄権と主権免除との関係に関して、国連システムの裁判所のICTYとICTRはともかくして条約システムの裁判、例えばニュルンベルク裁判と東京裁判、には主権免除の適用ができない、という説もある⁽³⁴⁾。）

強制的管轄権と主権免除——これはとりわけ関係国が合意を達して具体的な事件または問題に関して強制的管轄権に委託する場合は、問題は生じない。むしろ、主権免除が強制的管轄権に服すこと以外にあり得ない。それゆえ強制的管轄権と主権免除の関係に関しては一般的原則がない、具体的な問題に関して当事国の合意により強制的管轄権に主権免除が服す。しかし、この場合では主権免除の基本に恣意的にまたは一方的に違反することは、主権免除という法原則の違反になる。

（3）国家主権免除と国際強行規範（*jus cogens*、以下、強行規範）——「逮捕状事件」で国家主権免除という法原則の意義および神聖不可侵の性質が明確された。とりわけ、外交条約および領事条約の実定法で外交官が国家主権免除の実質的な内容であり、ないし外交官のような国家の高級官僚・役人—類推で国家元首・国家首脳も考えられる—が主権免除の「人的免除」の部分であるということ

³² supra note 17, paras.53-55.

³³ ibid, para.71.

³⁴ supra note 19, p.417.

も明確された。この明確に対して提起される現実問題は、国家主権免除と強行規範とはどういう関係を有すべきか、である。まず、この問題に対して国際法の一般的法原則と法規範との違いから考えれば、結論を先に言うと、法原則としての強行規範が指針であり、主権免除を法規範として適用される。すなわち、主権免除が裁判の場で争われる具体問題が多い。そのため、裁判規範のように法適用が容易可能である。一方、強行規範が国際法の法創造につながる法原則であるため、法廷での法適用には抽象的で具体的な行為の合法性・違法性の適用には可能であるが、具体的な説明が容易ではない。(この点は、最近日本の各地で行われている「戦後補償裁判」で人道犯罪の罪刑法定には国際強行規範の適用が殆ど見られないことから考えられる⁽³⁵⁾。)

しかし、だからといって国家主権免除と強行規範の対抗が争点となる場合で、すなわち免除の適用主張者が強行規範の違反でありながら、免除の適格を主張する場合に、この対抗はどう解決されるべきか。この問題は強行規範の法適用と法発展に従って、また免除への強行規範の適用に従って、両者の間のあるべき関係が構築される。

(4) 主権免除と説明責任——国際公法の主権免除は当事者および国際裁判所の説明責任を要求する。主権免除の適格者または適格主張者はその適格要件の説明が必要である。とりわけ、主権免除が裁判の場で法律争点となる場合に当事者の原告、被告ともに免除要件に関して説明しなければならない。この場合の説明責任は原理として訴訟法上の挙証責任から発展してきたものであるが、国際法の国家主権免除の場合では原告と被告はいうまでもなく必要で、そして裁判所も主権免除の適用に関する説明が必要である。「逮捕状事件」において、ICJは被告が主張した原告国の外交官の「現職ではない」争点を採用せず、原告の「現職である」の説明を参考にして、原告の外交官の「現職」を認め、その主権免除の適用を認め、原告の「現職」の外交官の公務妨害で被告の違法行為を認めた。ICJはこの認定と判断に関して判決において判決理由として説明をしている。

(5) 手続上の免除と実質的免除——両者の違いは裁判の法律争点になる場合、と裁判および法律争点になる前の段階、または裁判にかかる必要もない慣習法または法的信念という二つの次元の違いである。すなわち、両者の違いは裁判所の免除認定の場合に生じる。外交官条約および領事関係条約を適用する場合には、裁判所がいわゆる手続上の免除を行い、国家官僚・役人に諸国間で相互に免除を認めるとする主旨の慣習法の場合では、裁判所が実質的免除を取る。しかし、このように主権免除を追究すれば、文言主義に陥り、現実問題から離れる、と「逮捕状事件」審理の裁判官がこのような意見もある⁽³⁶⁾。

実際にも主権免除の手続と実質的免除との違いよりも、「逮捕状事件」から主権免除に関する他の問題、とりわけ本件で触れていない現実問題が幾つある。例えば：免除適格主張者の自国で主張者が被告となる裁判においては免除の認定がどうすべきか、免除が法律争点となり、被告が免除の権利を放棄する場合には免除の認定および適用がどうすべきか、主権免除の適格者が訴訟開始後に公的資格から離れ「現職」ではない場合には免除の適用がどうすべきか。そして、これらの現実問題のほかに、イラクのフセイン大統領がアメリカ軍に自国で逮捕され、その後自国の裁判にかけられた実例もある。この場合の主権免除がどうすべきか。

(6) 国家主権免除と国家元首——「逮捕状事件」では外交官の主権免除が適用された。そして、

³⁵ 拙稿「未解決の個人の戦争被害と司法の救済—戦後補償裁判とその法律争点」文教大学国際学部紀要第15巻第1号、「戦後補償裁判における女性の権利の実現—ジェンダー法学の視点から」二松学舎論集第47号を参照。両論文には戦後補償裁判における国際法の強行規範の法適用の消極性について論じられている。

³⁶ *supra* note 17, Diss.Opi. of Judge Al-Khasawneh.

同判決は外交官、国家首脳・政府首脳のようなハイ・ランクの国家官僚・役人が民事と刑事の主権免除を享有する、と明確な判断を下している⁽³⁷⁾。ICJのこの判決を以てイラクのフセイン大統領の逮捕という行為の合法性と妥当性に関して考える必要がある。すなわち：

フセイン大統領は自国内でアメリカの一国の軍隊により逮捕された。この逮捕行為は国際法上の国家主権免除の法原則と一致しているか。

まず、国家元首を裁判で裁く判例を見てその逮捕行為の問題点を検討する。ニュルンベルク裁判と東京裁判はいずれも国家元首・国家首脳が被告となり、しかも被告の自国で行われた裁判である。両裁判の共通点は、国際共同体が合意で裁判を行ったという点であるが、フセイン大統領の逮捕は一国の単独行為であり、そのうえアメリカ軍がイラク侵入後にフセイン大統領の自国でなされた行為である。この逮捕行為は国家間の平等関係の原則に相応しいものではない。国際共同体が国際社会全体の意思を執行して国家元首の戦争犯罪・人道犯罪を裁くことと、アメリカ軍のイラク国家元首の逮捕行為との基本的な違いは国際共同体の合意と自己利益・単独行為との違いである。

そして、慣習国際法から見れば、国家元首のような公的資格を有する人には神聖で不可侵な地位が与えられている。このような人に対していかなる刑事上の行動とその可能性も、国際慣行および諸国間の法的信念には示されていない。

「逮捕状事件」の判決に国家元首の主権免除に対する国際司法機関の法的判断がある。この法的判断は、国家元首が民事および刑事の主権免除を享有する、慣習国際法上この享有は神聖不可侵であり、外交条約のような実定法上外交官のこの享有は権利となり、いかなる侵害は違法となり、職務妨害の犯罪となる、と明言している。

慣習国際法および条約、国際司法機関の判断および結論は国家元首に公的保護、いわゆる国際法による保護を与える、という主旨を明確にしている。

以上の判例、慣習国際法、条約および司法判断からいえば、アメリカ軍のフセイン大統領逮捕の行為には合法性と妥当性が欠けている、と言わざるを得ない。

五 国際司法過程における人的主権免除（二）国際刑事裁判所の場合 —個人の人道犯罪を裁く国際刑事裁判と従来の主権免除—

「逮捕状事件」（2002年4月）が国際刑事裁判規程の効力発生（2002年7月）以前の事件であるため、外交官のような政府役人の国家主権免除はいうまでもなく適用し、当判決には国家元首の主権免除も肯定された。すなわち外交官の主権免除および国家元首の主権免除の肯定は従来の慣習国際法および関連条約に従ってなされたわけである。しかし、国際刑事裁判規程の効力発生後に国際刑事裁判所（以下、ICC）がその目的通りに司法活動を開始させると、従来当然であった国家元首・政府首脳の国家主権免除は従来通りに実行可能であるか、国際刑事裁判規程とICCの司法活動と国家元首・政府首脳の国家主権免除とはどのような関係を有するべきかは現実問題になってくる。なぜなら、国際刑事裁判所は個人の人道犯罪を裁く、という目的を以て設立され、国際法による人道犯罪—国際的な犯罪でも、一国内の犯罪でも—の制裁を期待されている。個人の人道犯罪はその犯罪行為を行える地位の人によるものが多い、すなわちおおむね国家元首・政府首脳の行為によるものである。とりわけ現代の人道犯罪、それもICCの制裁の対象は一国内の指導者の犯罪行為が多い。この場合、国家指導者

³⁷ *ibid*, para.47.

の国家主権免除に対して、ICCの管轄権が実行できるかは、国際法の、とりわけ国際刑事法の新しい現実問題が生じてくるからである。

1 原則問題：国際刑事裁判所の管轄権は従来の国際法の原則を超えるか

国際刑事裁判所の管轄権は普遍的かつ強制的な管轄権である。戦争犯罪・人道犯罪は国際社会の平和と安全の脅威であるため、国際法はそれを制御しなければならない。これは現代国際法の主要な目的であり、新しい国際刑事法の目的である。この目的を実現するために、国際法は国際刑事裁判所に戦争犯罪・人道犯罪の制御の絶対的な権限を付与している。この権限のもとに国際刑事裁判の制御は国境を超えてなされるものである。一方、この制御の対象者たる戦争犯罪者・人道犯罪者はおおむね戦争犯罪・人道犯罪を行える地位にある者である。その意味で、新しい国際刑事裁判と裁判所の管轄権にとって、少なくとも二つの意義において従来の国際法に問題を提起している。すなわち、国際刑事裁判とその管轄権は主権国家とその関係を調整する従来の国際法を超えられるか。この問題提起はとりわけ国家主権とそのシステム内の他の要件に集中している。国家主権は物的存在であり、主権システム内の他の要件は主に人的要件—例えば人的国家主権免除—を意味している。

(1) 国際刑事裁判と国家主権との平衡関係

国際刑事裁判とその管轄権は従来の国際法を超えられるか、という問題の最初の事例は国際刑事裁判とその管轄権は国際法原則としての国家主権を超えられるか、である。国際刑事法の理念からいえば、国際平和と安全の実現と維持である。この理念は従来の国際法と一致し、しかも従来の国際法機能を強化し健全にする。同法の実現は国家主権の尊重と不可侵の権利性の保護を実質的に可能にする。すなわち、国際刑事法およびそれに基づいて設立された国際刑事裁判所（ICC）は目的において従来の国際法および国家主権の法原則と一致しているのである。

しかし、国際刑事法と裁判は理念と目的において従来の国際法と一致しているが、裁判管轄権を法動員し、具体的な国家およびその国家の戦争犯罪者・人道犯罪者を裁くとすれば、同裁判所およびその刑事司法活動は国家に対する権威（authority）となる。この場合には同裁判所の管轄権は国家主権の上に権威を働かすこととなるため、国家主権とは衝突を生じ得る。そうすれば、国際刑事裁判が国家主権を超えられないように両者の間のあるべき平衡関係を維持する必要がある。この平衡関係は、戦争犯罪者・人道犯罪者の罪刑法定は犯罪行為を戦争・人道に限定するという必要を基本点とする。すなわち、犯罪行為および犯罪者を対象にするが、国家を対象にしない。この場合では、国際刑事法に決められている戦争・人道の犯罪行為——国際刑事裁判所規程第七条（人道に対する罪）、第八条（戦争犯罪）を照準にしてなされる必要がある。この範囲を超えれば、ICCの権限濫用になる。もう一つの基本点は、国際刑事裁判所（ICC）の説明責任である。すなわち、ICCは権威と権限を以て国際刑事の司法活動を開始させれば、当事国にはいうまでもなく、国連に対して、国連の要請に応じて、戦争犯罪・人道犯罪の犯罪事実および刑事司法活動に関して説明する必要がある。それにもかかわらず、旧ユーゴスラヴィア国際裁判所（ICTY）が被告人ミロセヴィチの所属国の国民にその説明および司法活動を納得されなく、同被告人が自国で選挙に勝利を収めたことは、この説明責任の重要性を示している⁽³⁸⁾。今後国際刑事法の適用と発展、と同裁判所の法動員の増大につれて、この説明責任が法化されることは必要になってくる。

³⁸ この説明責任に関して筆者と同様な考えを持つのは、Antonio Cassese, *When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case*, EUR.JIL vol.13 (2002), pp.853-871. である。

(2) ICCの管轄権と従来为国家主権免除

ICCが刑事司法活動を開始させれば、その管轄権は従来为国家主権免除とはどのような関係を有すべきか。ICCの管轄権は普遍的強制的な管轄権であるため、従来为国家主権免除は同裁判所の管轄権および司法活動において従来通りに適用することができるか。

国際刑事裁判所規程第二七条（公的資格の無関係）は戦争犯罪・人道犯罪の場合ではいかなる免除も認めない、という強行規定を設けている。同条二項は説明条項としてこの免除の無関係に対しては「国内法に基づくか国際法に基づくかを問わず」実行すると規程している。二七条の強行規定は従来为国家主権免除の人的免除の部分が戦争犯罪・人道犯罪の犯罪性を付けられる場合、いかなる免除も適用しない、という国際刑事法、刑事裁判およびその管轄権の絶対性と強制性を示している³⁹⁾。

こうして一見、国際刑事裁判所（ICC）の免除排除もしくは免除否定は国際司法裁判所（ICJ）の免除適用と比べると、両者は反対のようであるが、それは両裁判所の機能によるものである。国際司法裁判所はより普遍的な国際紛争を国際法の解決を図る。そのため、ICJに提訴される事件は広汎な国際紛争にかかわるものである。そして、ICJシステムの国際法規定によれば、同裁判所が受理した事件には同裁判所の免除適用の不可能性があり得ない。一方、国際刑事裁判所は特別法廷であり、戦争犯罪・人道犯罪の裁きを担当する。広汎な国際紛争の中で戦争犯罪・人道犯罪は紛争の類より犯罪である。そのため、ICCは刑事法の特別法廷として、ICJのように紛争解決とその解決を通して権利回復または権利主張をするのではなくて、犯罪を罪刑法定により裁き、抑制する。この目的において、戦争犯罪・人道犯罪に対していかなる国家主権免除も認められない。

(3) 戦争犯罪・人道犯罪の罪刑法定と主権免除の人的免除—国家元首の場合

国際刑事裁判所規程第二七条が公的資格の無関係を明確にし、さらに同条一項が「公的資格」に関して説明条項を設けている。「国家元首もしくは政府の長、政府もしくは議会の一員、選出された代表者または政府職員」は同二七条に規定される公的資格にあたる。この規定によれば、従来国際法および国際司法裁判所システムに認められた国家元首・政府首脳免除—「逮捕状事件」の裁判に適用され判決に強調された免除は、国際刑事裁判においては法律の例外とされるのではなくて、反対に免除を認められなく、国際刑事裁判の管轄権の対象とされる。

事例分析—国際刑事裁判所（ICC）の前身であったICTYが旧ユーゴ国家元首ミロセヴィチ氏審判の際に、国家元首の主権免除を適用しなかった。被告人ミロセビチ自身が国家元首には国家主権免除の特権がある、と抗弁したが、同裁判所に却下された。ICTYが国際刑事裁判規程の作成前であったが、同裁判所の被告人免除不適用の決定は、国家元首の人道犯罪行為には国家主権免除の適用が相応しくない、という主旨であった。

比較事例分析—国際司法裁判所（ICJ）が「逮捕状事件」において政府要人および国家元首には神聖不可侵の特権があり、主権免除の対象である、という判断を下している。ICJのこの判断は従来国際法の適用として合法性と妥当性にはいかなる問題もない。そして、ICCおよびICTYの国際刑事法の原則と適用および結論に比べる場合には、両裁判所とそれぞれの結論には相違があるといえれば誤認である。ICJは国家元首・政府首脳の主権免除の一般論、すなわち民事と刑事を含む法原則を適用し主張しているが、ICCは国家元首・政府首脳の主権免除の違反・失格が生じる場合の免除取り消しの措置、すなわち戦争犯罪・人道犯罪という重大な国際法違反の刑事措置を設けている。

³⁹⁾ 国際刑事法の強制性を主張しているのは、例えば *Development in International Criminal Law*, AJIL, vol.93 (1999), p.1. である。

国際刑事法、国際刑事裁判所は従来の国際法を実現する一方で、従来の国際法原則の国家主権免除を戦争犯罪者・人道犯罪者に認めないことにしている。ここが国際社会に対する国際法の法的制御の発展であるとするれば、アメリカ軍のイラク・フセイン大統領逮捕の行為に関して国際刑事法の公的資格免除の無関係という強行規定を以て説明することができるか。この問題は、国際刑事法と裁判の原則には公的資格免除の否定には合法性と妥当性があるが、同法および同裁判と管轄権の細則問題として、誰が公的資格の人を逮捕して合法であるか、誰が公的資格の人の免除適用と否定を決めるか、である。この細則問題は、国際刑事法の訴訟法の問題に属するが、本質的には国際刑事法の実効性と妥当性を問う問題である。

2 執行中の細則問題

国際刑事法、国際刑事裁判では国家元首・政府首脳の主権免除を適用しない、という原則を明確にしている。この原則が執行されれば、いくつかの細則の問題が生じてくる。従来の国際法に確立されている国家元首・政府首脳の主権免除を解除して彼らを国際刑事裁判に訴えるのが可能であるが、誰が彼らを法廷に出頭させるか、フセインの場合では誰に逮捕されればよいか、の具体的な細則の問題がある。このような問題は今回アメリカ軍のフセイン大統領の逮捕という現実において緊急解決の問題となっている。

(1) 従来の国際法原則および慣行——従来の国際法は国家元首・政府首脳の主権免除の承認、確立と適用とともに、具体的な措置として、彼らを拘留・拘束してはならない、逮捕してはならないというのがある。この措置はすでに国際慣行となっている。

(2) 逮捕の権限——国際刑事裁判所は戦争犯罪者・人道犯罪者を訴追する普遍的強制的管轄権を有する。しかし、同裁判所には戦争犯罪・人道犯罪の容疑者および被告人を逮捕する権限がない。ICTYの場合では被告人ミロセヴィチを召喚し、この召喚が功を奏した。しかし同裁判所には刑事犯罪者を強制的に連行し、逮捕する権限がないため、裁判所の召喚がすべて奏功するとは限らない。このような場合でも、容疑者・被告人を逮捕することができるか、とりわけ誰が逮捕してよいか。いずれにせよ、アメリカ軍のイラク大統領の逮捕のように一国の逮捕行為は、従来の国際法および新しい国際刑事法と国際刑事裁判の目的に相応しくない、と言わざるを得ない。

ちなみに、現在準備中のイラク元大統領フセイン審判の法廷において、フセイン氏自身および弁護人が上述した「1、従来の国際法原則および慣行」と「2、逮捕の権限」を、もちろん後述の3と4も以て抗弁することができるし、実効性もある。このような抗弁が生じれば、当論文に提起された国家元首の主権免除、国際刑事裁判と従来の国家元首の主権免除、国際刑事裁判と犯罪者の国家元首の逮捕、などの諸問題が検証される。これらの諸問題の検証と検討は国際刑事法および国際刑事裁判を健全にすることができる。

(3) 逮捕の場所——これは国際慣行の問題である。すなわち、戦争犯罪者・人道犯罪者を外国で逮捕するか、その自国 (home state) で逮捕するかは、逮捕行為の正当性と妥当性を左右する性質的な違いがある。

イラクのフセイン大統領は自国で外国の軍隊により逮捕された。すなわち、外国の軍隊が home state に侵入して当時在位中の、公務中の国家元首を逮捕したわけである。

チリの元大統領ピノチェト氏が外国 (イギリス) で逮捕され、その後スペインに引き渡された。すなわち、公的資格を失った人物・犯罪容疑者が外国に入り、その国でその国により逮捕されたわけである。同様なケースはまたハイチのAl-Adsani大統領が欧州で拘束され欧州人権裁判所で訴追された

のがある。

イラクのフセイン大統領の逮捕は外国軍隊の自国侵入、在位中・公務中、自国で逮捕、一国の単独の逮捕行為、すなわち国際公的機関の授權がない、国際公益のためではない、の諸点においてこの逮捕行為には正当性と妥当性が欠けている。

チリの元大統領ピノチェト氏の逮捕は公的資格の消失、自国の公的機関の逮捕と訴追からの逃亡中、容疑者の氏本人の外国入り、諸当事国間に利益あり、の諸点において、正当性と妥当性がある。そして、その後の引渡も国際法に相応しい行為である。

(4) 公務中——公務中の国家元首の逮捕の違法性は国際司法裁判所の判例で確立されたものである。「逮捕状事件」の判決によれば、公務中の国家元首・政府首脳を逮捕すること、その逮捕状を発することは、彼らの公務妨害とそれゆえ当該国の利益の損害になる。イラクのフセイン大統領の逮捕はこの妨害と損害に該当する。しかし、国際刑事裁判所の場合は「公務中」を無視することができるか。一旦国際刑事裁判が始まると、国家元首・政府首脳の主権免除の「無関係」は確立されたものの、この「無関係」はストレートに「公務中」に結びつけられるかは、法条の解釈だけでは明確にできない。それゆえこの問題は国際刑事裁判所の今後の司法活動と判例により明確にされることが望ましい。

(5) 裁判の所在地——この問題は現在の国際刑事裁判の活動様式を意味している。国家元首・政府首脳の戦争犯罪・人道犯罪を裁く法廷は現在、国際刑事司法機関 (ICTRとICTY)、戦争・人道犯罪者を拘束した第三国 (ピノチェトはイギリスの上院で、Al-Adsani は欧州人権裁判所で)、と犯罪行為発生地の犯罪者の自国で (前にカンボジアのポル・ポト氏と今準備しているフセイン裁判のイラク法廷) の様式がある。戦争人道犯罪者の犯罪行為発生地の自国法廷および拘束先の第三国法廷は法廷成立と裁判を行う正当性と妥当性があり、国際刑事裁判の特別法廷として今後もこの様式は続くだろう。すなわち、国際刑事裁判の活動様式の多様化のように、今後、国際刑事裁判所 (ICC) の法動員⁽⁴⁰⁾と司法活動の発展に連れて、ICCを動員し法使用することが、国家元首・政府首脳の戦争・人道犯罪の国際裁判をより恣意を排除し、正当に実効に行うことができる。

しかし、ここの「裁判・法廷の所在地」で提起したいのは、第三国で国家元首・政府首脳の戦争・人道犯罪を裁判する際に、国家元首・政府首脳の主権免除の適用ができるか、の問題である。国際刑事裁判所 (ICC) は「公的資格の無関係」を適用することができるが、第三国の裁判ではその国には国際刑事裁判管轄権がない—普遍的強制的な国際刑事裁判管轄権はICCにしか持てない、それゆえ「公的資格の無関係」を認定し適用する資格がある。その意味で言えば、第三国の法廷で訴えられた国家元首・政府首脳は主権免除を主張することができるかどうか。第三国の法廷は「公的資格の無関係」を認定し援用することができないため、免除を適用することができるかどうか。もちろんその主張と適用の可能性は法理上で考えられる。イギリスの上院がピノチェト審判で、欧州人権裁判所がAl-Adsani 審判で、国家元首の人道犯罪と国家元首の主権免除に関してバランスを取れた法適用をしたと、「逮捕状事件」の判事に評価されたことは意味深い⁽⁴¹⁾。

(6) 国際刑事裁判の濫用と誤用——これは国際刑事裁判管轄権の濫用と国際刑事裁判の誤用を問題視する今後の問題である⁽⁴²⁾。国家元首・政府首脳の戦争犯罪・人道犯罪の裁きは国際社会全体の

⁴⁰ 「法動員」は法社会学の概念である。法行動と法使用が効果として法動員になる。法行動は六本佳平『法社会学』有斐閣一九八六年一三六頁—一九七頁二三三頁を、法使用は六本佳平前掲書一九七頁を参照。国際法においても、ICJの法動員は当事国、諸国の法動員と法使用の効果である。

⁴¹ *supra* note 17, Sep.Opi. of Judge Koroma.

⁴² 同様な問題意識は「逮捕状事件」の判事にも提起されている。ibid, Diss.Opi. of Judge Van den Wyngaert.

課題であり、権威と個別国家の意思、例えば bad man 論による「話を聞かない者を叩く」にはならない。

3 国際法に対する国際刑事法、国際刑事裁判の貢献

国際刑事法、国際刑事裁判は従来の国際法の強制性を増強した、と言える。国際法がソフト・ロー的な法であると言われている理由は、国際法には強制的な法規範、とりわけ強制的な司法拘束力がないからである⁽⁴³⁾。戦争犯罪・人道犯罪に対する普遍的強制的な管轄権は国際法に法規範としての強制機能を付与することになっている。戦争犯罪・人道犯罪の罪刑法定を行うためには、従来の国際法原則である国家主権要件の一つとしての国家元首・政府首脳「公的資格の無関係」を確立した。この確立は従来の国際法に対する挑戦ではなくて、補強である。この補強は従来の国際法に対する国際刑事法、国際刑事裁判の最もの貢献であろう。

結 び

一昨年イラクで当時の大統領フセイン氏がアメリカ軍に逮捕されたことは国際法に問題を提起している：この逮捕行為には合法性と妥当性があるか。本論文は国家元首の主権免除をポイントにしてこの問題を検討してきた。国家元首の主権免除を従来の国際慣行、慣習法および国際条約において確立された法原則であるとするれば、この免除を新しい国際刑事法および国際刑事裁判においてはどのような位置に付けるべきかは、フセイン大統領の逮捕という個別現象より大事な問題である。さらに、この問題とその検討は発足したばかりの国際刑事法と国際刑事裁判の目的、実効性および完備される必要のある細則の問題にも触覚を入れた。この一連の作業をまとめてみれば：

一国の国家元首が他国の軍隊により自国で公務中で逮捕されることは、基本的な国際法原則の国家主権平等、国家元首・政府首脳の主権免除には相応しくない。

国際刑事法によれば、国家元首・政府首脳戦争犯罪・人道犯罪に対しては従来の主権免除を適用しない。この法規範は国際刑事裁判の普遍的強制的な管轄権を確立したとともに、従来の国家元首・政府首脳主権免除の不成立要件の一つに重大な戦争犯罪・人道犯罪という犯罪行為を入れることをも明確にしている。

主権の免除の適用と不適用の認定と判断は裁判所の作業と同様に、国家元首・政府首脳戦争・人道犯罪には免除の「無関係」の認定と判断は国際刑事裁判所の作業である。この認定と判断は従来の国家主権を超えてはならない。この制限は発足したばかりの国際刑事裁判所の刑事裁判活動に連れて判例・判例法化および公式文献において示されるだろう。

⁴³ 国際法はソフト・ロー的な法である。その特殊な法需要および法機能に関して拙稿「国際法におけるソフト・ローの効用」文教大学国際学部紀要第12巻第2号2002年、を参照。

