

[資料] (翻訳) 侵略犯罪に関する「カンパラ合意 (Kampala Compromise)」

クラウス・クレス
レオニー・フォン・ホルツェンドルフ
(訳 洪 恵子⁽¹⁾・越智 萌⁽²⁾)

〈翻訳企画の趣旨〉

これは2010年に『国際刑事司法雑誌』(*Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press)に掲載されたクラウス・クレス(Claus Kress, ケルン大学刑事法・国際法教授)とレオニー・フォン・ホルツェンドルフ(Leonie von Holtzendorff, ケルン大学博士課程)による「侵略犯罪に関するカンパラ合意」(“The Kampala Compromise on the Crime of Aggression”)の翻訳である(*JICJ*, vol. 8, no. 5, 1179-1217, 2010)。1998年ローマにおける外交会議で国際刑事裁判所(International Criminal Court, ICC)を設立するための多数国間条約(ローマ規程, Rome Statute of the ICC)が締結された際に、ICCは集団殺害犯罪、人道に対する犯罪、戦争犯罪、侵略犯罪という国際社会の最も重大な犯罪に対して管轄権を行使することが認められたが、侵略犯罪についてはその定義と管轄権の行使の条件を定める規定が採択された後にはじめてICCが管轄権を行使できると定められた(ローマ規程第5条(2))。2010年春にウガンダのカンパラで行われた第一回ローマ規程検討会議においてはこの侵略犯罪に関する定義とICCが管轄権を行使するための条件について合意がなされた。

ところで侵略犯罪とは伝統的に「平和に対する罪」と言われたものに相当する。日本は2007年にローマ規程に加入しており、侵略犯罪に関する改正規定の受諾は日本にとっても重要な課題である。クレス/ホルツェンドルフによる原論文はこのカンパラにおける合意について、その起草過程や交渉過程、さらにはそれが抱える法的論点について詳細に検討したものであり、全文を翻訳することは極めて重要であると思われた(ただし紙幅の都合上脚注は省略した)。同著者による同テーマではあるが別の論文の翻訳として「侵略犯罪に関するカンパラ合意——日本とドイツに示唆するもの」(フィリップ・オステン/小池信太郎(訳))(*『ジュリスト』*1421号(2011年))がある。

(なお、本翻訳は日本学術振興会・科学研究費補助金・基盤研究(A)「国際刑事裁判所規程の侵略犯罪関連規定の総合的研究」の研究成果の一部である。)

要旨

「歴史的」という言葉は誇張されて使われがちだが、カンパラにおける2010年6月11日の第一回ローマ規程検討会議(Review

Conference)における侵略犯罪に関する一括提案(package proposal)の採択は、この表現に値する。この発展は何十年にもわたる準備作業を終わらせ、ローマ規程を完成させるものである。本稿の著者は、内部関係者の視点

から、「カンパラ合意(Kampala Compromise)」に至る主要な道のりを詳述、分析し、この合意決定を、もしさらに促進されたなら、Robert Jacksonによって唱えられた有名なニュルンベルグの誓い(Nuremberg promise)の実現に最終的には至るだろう、飛躍的進歩として特徴づける。

1. はじめに

国際刑事裁判所規程(ICC規程)の最終草案が外交会議に提出されたローマでの1998年7月17日から18日の劇的な夜を、出席者の誰もが忘れないだろう。時計は止められ、最終合意一括提案の採択後、圧倒的多数の代表団は祝福に沸いた。第一回ローマ規程検討会議が侵略犯罪について合意に達した、カンパラにおける2010年6月11日から12日の夜も、同じく驚異的であった。再び時計は、第一回ローマ規程検討会議の終了予定時刻であった真夜中で止められた。それからしばらくして、会議の議長であったChristian Wenaweser大使が、だれも異議を唱えないことを祈りつつ、会議場に合意を達成する「ベスト・アテンプト」を提出したとき、だれもその静寂が破られるかどうか確かではなかった。すべての注目が集められたフランスと英国の大使が何の動きも見せなかったため、議長が提案が採択されたことを宣言するためのハンマーを振り上げようとしたときだった。突然、日本が旗をあげ、不満の声を上げた。日本の代表が「大変心苦しいが、」という言葉を使ったとき、会議は息をのんだ。同代表が、懸念はあるが、日本はコンセンサスを壊すことを望んでいないと言うために発言を続けた

とき、深い解放感はややく訪れた。その後、議長のハンマーは振り下ろされ、共有された喜びの爆発がおき、それに伴いBenjamin Ferenczの子息、Donaldがバグパイプを吹き鳴らした。

カンパラ検討会議の最高の絶頂が、こうして十年以上前にローマで経験されたことを思い起こさせる勝利の感覚を引き起こした一方で、一つの明白な違いは注目に値する。ローマと違い、カンパラでの決定はコンセンサスによってなされ、そして意思決定に正式には役割をもたない非締約国である米国にとり、いくつかの重要な事項について対応するための重大な試みがなされたことが実感されるものであった。以下に続く本稿において、我々は侵略犯罪に関して、一世紀にわたるに近い議論がいかにしてカンパラで最高潮に達したかについての評価を行う。我々はまた、我々の提案が、現れつつある国際刑事司法システムのさらなる強化に対する、注目すべき飛躍的進歩であることについての最初の検討を加えることを試みる。

2. 創造的な先例と未決状態の数十年：ニュルンベルグからローマまで

もしニュルンベルグが厳密な意味で国際刑事法の始まりを記したとしたら、侵略犯罪はその結晶化の瞬間の最も核心的な部分であった。特に「全ての下位の犯罪を包含する犯罪とは、不正な戦争を起こす犯罪である」との米国の見解にリードされ国際軍事法廷(IMT)を設立したロンドン憲章は、「平和に対する罪」を含んでおり、IMTは、侵略戦争を行うことは「最高の国際犯罪(supreme

international crime)」であると位置づけた。その後すぐに、米国人の主任検察官 Robert Jackson は、「法的先例 ('a judicial precedent')」の力によって、侵略的戦争 (aggressive war) の禁止は「制裁を伴う法」となった、と米大統領に報告した。しかし、侵略的な戦争に対する新しい国際刑事法は全ての違反者に対して適用されるだろうとの Jackson の有名な誓いは、この時からその後の数十年の間実現されないままになることを運命づけられていた。

国際連合 (国連) 総会がすぐにニュルンベルグ原則を国際法であると認定したという事実、そして東京判決がニュルンベルグの先例に従ったという事実にもかかわらず、「最高の国際犯罪」は定義されないまま残ったというだけでなく、さらにこれらの原則の法典化の企図の実現に対する障害物へとすぐに変化してしまっただけである。国連憲章第 39 条の意味における「侵略行為 (act of aggression)」の定義のコンセンサスによる採択を通じて、1974 年にこの障害物は取り除かれたかのように見えたにしても、実際はなにも変わらなかった。国際法委員会 (ILC) の人の平和と安全に対する罪の法典草案第 16 条が、侵略犯罪は国際法に基づく犯罪を構成することを確認する一方、1990 年代以降、侵略犯罪を含む大規模犯罪 (macro-criminality) の具体的状況を扱うための国際的もしくは国際化された刑事法廷は一つも設立されなかった。事項的管轄権の範囲におけるこの犯罪の欠如は、サダム・フセインによって行われた犯罪を訴追するためにイラク特別裁判所 (後にイラク高等裁判所と改名された) が設立されたときに最も顕著となった。侵略犯罪に対する国際

法は眠りについたままだった。

ICC 規程の採択は、その部分的な目覚めを呼び起こしたにすぎなかった。それはもう一度、この犯罪の定義について合意することが不可能であること、そして、裁判所におけるこの犯罪の手續きに関する安全保障理事会の可能な役割に関しても、国家間で意見が割れていることを証明した。しかし、侵略犯罪は ICC の事項的管轄権の一部となるべきであるということは広く信じられてもいた。このことが ICC 規程の第 5 条(1)(d)と(2)に含まれる妥協という結果を導いた。その内容は以下のとおりである。

1. 裁判所の管轄権は、国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪に限定する。裁判所は、この規程に基づき次の犯罪について管轄権を有する。

……

(d)侵略犯罪

2. 第 121 条及び第 123 条の規定に従い、侵略犯罪を定義し、及び裁判所がこの犯罪について管轄権を行使する条件を定める規定が採択された後に、裁判所は、この犯罪について管轄権を行使する。この規定は、国連憲章の関連する規定に適合したものとする。

この解決は、裁判所が少なくとも次の 7 年間侵略犯罪について管轄権を行使することを排除するものであった一方、ICC 規程の第 5 条(1)(d)は慣習国際法の下でこの犯罪が存在することを黙示的に確認した。侵略犯罪に関するローマ合意は以下の会議の最終文書 (Final Act) 決議 F 第 7 パラグラフによって補完さ

れた。

(準備)委員会(the Preparatory Commission)は、侵略犯罪の定義と犯罪構成要件(文書)および国際刑事裁判所がこの犯罪について管轄権を行使するための条件を含む侵略に関する規定についての諸提案を準備する。委員会はこの規程へ含むことが受け入れ可能となる規定に到達することを目的として、検討会議において締約国会議にその諸提案を提出する。侵略犯罪に関する諸規定は、この規程の関連規定に基づいて締約国に対し効力を持つ。

3. 合意への道：ローマからカンパラまで

A. 2002年ディスカッション・ペーパーと2009年提案

上記のようなマンデートに従い、ICC準備委員会はこの問題を取り上げた。同委員会は、1999年春から2002年夏の間に10回の会期(session)を開いた。その第三回目の会期において、侵略に関する特別部会を創設した。これは、最初はTuvako Manongi(タンザニア)に、のちには、現在ICC裁判官を務めるSilvia Fernandez de Gurmendi(アルゼンチン)によって率いられた。この作業部会は重要な進展はもたらさなかったが、その努力は2002年7月11日の調整官(Coordinator's)ディスカッション・ペーパー(以下、2002年ディスカッション・ペーパー)において、有用な主な諸立場の要旨として結実した。この

文書は次の議論のパラメーター形成に役立つものであったため、その関連部分は全体が参照されるに値するものである。

1. この規程の適用上、国家の政治的又は軍事的行動を実質的に管理し又は指導する地位にあるとき、その者が、その性質、重大性及び規模において国連憲章の甚だしい(flagrant)違反を構成する侵略行為(act of aggression)の計画、準備、開始又は実行を、意図的に又はそのような行為と知りつつ命令又はそのような行為に参加した場合に、当該者は「侵略犯罪('a crime of aggression')」を行ったとする。

選択肢1:「特に、侵略戦争(war of aggression)、又は、他国の領域やその一部の軍事占領の成立や併合を目的とするかそのような結果をもたらす行為のような」を追加する。

選択肢2:「侵略戦争にあたる(amount to)、又は他国の領域やその一部の軍事占領の成立や併合を目的とするかそのような結果をもたらす行為を構成する」を追加する。

選択肢3:上記のどちらも追加しない。

2. 1の規定の適用上、「侵略行為」とは、関係国家によって行われたと決定された、1974年12月14日の国連総会決議3314(XXIX)に規定する行為を意味する。

選択肢1:「第4パラグラフと第5パラグラフに従い」を追加する。

選択肢2:「国連安全保障理事会の先行

決定があることを条件として」を追加する。

3. 規程第 25 条 3 項, 第 28 条, 第 33 条は侵略犯罪には適用しない。

4. 検察官が侵略犯罪に関する捜査を開始しようとするときは, 第一に, 関係国の侵略行為を安全保障理事会が決定しているかどうかを確認する。安全保障理事会の決定がない場合には, 裁判所は, 裁判所に係属する事態を, 安全保障理事会が

選択肢 1 : 国連憲章第 39 条に基づき

選択肢 2 : 国連憲章の関連する規定に従い

適切な行動を取ることができるように安全保障理事会に通知する。

5. 安全保障理事会が国家による侵略行為の存在を決定しない場合 :

修正提案(a) 又は通知の日から 6 ヶ月以内に規程第 16 条を行使しない場合,

修正提案(b) [修正提案(a)] を取り除く。

選択肢 1 : 裁判所は事件につき手続きを開始する。

選択肢 2 : 裁判所は事件を棄却する。

選択肢 3 : 裁判所は, 憲章第 12 条, 第 14 条, 第 24 条の規定を考慮し, 国連総会に対し, [12] ヶ月以内に勧告をするよう要請する。このような勧告のない場合, 裁判所は事件につき手続きを開始する。

選択肢 4 : 裁判所は,

修正提案(a) 総会に,

修正提案(b) 安全保障理事会に, いずれ

の 9 カ国の投票により,

侵略行為が関係国家によって行われたか否かについての法的問題について, 憲章第 96 条および国際 (訳注: 司法) 裁判所規程第 65 条に従い, 国際司法裁判所の勧告的意見を求めるよう要請する。裁判所は, 国際司法裁判所が, 侵略行為が関係国によって行われたとの勧告的意見を出した場合に事件につき手続きを開始する。

選択肢 5 : 裁判所は, 国際司法裁判所が, その規程の第 2 章に基づいてなされた手続きにおいて, 関係国によって侵略行為が行われたとしたことを認定した場合に, 手続きを開始する。

2002 年 7 月 1 日の ICC 規程発効の直後, 締約国会議 (ASP) は, 侵略犯罪についての作業を続け, 完了することに対する強い要望を表明した。その結果, ASP は「侵略犯罪に関する特別作業部会」(SWGCA, 以下, 特別作業部会) を設立した。この部会は 2003 年 9 月に最初の会合を行い, 2009 年 2 月にその作業を終了した。特別作業部会によって精緻化された侵略に関する規定の提案 (以下, 2009 年提案) は「侵略犯罪の交渉における分岐点」を意味し, カンバラ合意への道を開いた。特別作業部会の 2009 年提案は以下の通りである。

1. 規程第 5 条 2 は削除される。

2. 下記の文言が規程第 8 条の後に挿入される。

第8条の二 (bis)

侵略犯罪

1. この規程の適用上、「侵略犯罪」とはその性質、重大性及び規模により国連憲章の明白な違反を構成し、国家の政治的若しくは軍事的行動を実質的に管理若しくは指導する立場にある者による侵略行為の計画、準備、開始又は実行である。

2. 1の規定の適用上、「侵略行為」とは、一国による他国の主権、領土保全若しくは政治的独立に対する、または国連憲章と両立しないその他の方法による武力の行使である。戦争宣言の有無にかかわらず、以下の行為は1974年12月14日の国連総会決議3314(XXIX)に従って侵略行為とみなされる。

(a) 一国の兵力による他国の領域への進入若しくは攻撃、一次的なものであってもこのような進入若しくは攻撃の結果として生じた軍事占領又は武力の行使による他国の領域の全部若しくは一部の併合；

(b) 一国の兵力による他国の領域に対する砲爆撃又は一国による他国の領域に対する兵器の使用；

(c) 一国の兵力による他国の港又は沿岸の封鎖；

(d) 一国の兵力による他国の陸軍、海軍若しくは空軍又は船隊若しくは航空隊に対する攻撃；

(e) 受入国との合意に基づきその国の領域内に駐留する軍隊の合意に定められた条件に反する使用又は当該合意終了後の当該領域内における当該軍隊の駐留の継続；

(f) 他国の使用に供した領域を、当該他国

が第三国に対する侵略行為を行うために使用することを許容する国の行為；

(g) 前記の諸行為に相当する重大性を有する武力行為を他国に対して実行する武装部隊、集団、不正規兵又は傭兵の国による派遣若しくは国のための派遣又はこのような行為に対する国の実質的関与。

3. 以下の文言が規程第15条の後に挿入される。

第15条の二 (bis)

侵略犯罪に対する管轄権の行使

1. 裁判所は、本条の規定の下、第13条に従い、侵略犯罪について管轄権を行使することができる。

2. 検察官が侵略犯罪について、捜査を開始すべき合理的な基礎があると結論づける場合には、第一に安全保障理事会が関係国によって行われた侵略行為の決定を行ったかどうかを確認する。検察官は国連の事務総長に対して、裁判所に係属する事態を、関係情報と書類を含めて通知する。

3. 安全保障理事会がそのような決定を行った場合は、検察官は、侵略犯罪に関して捜査を進めることができる。

4. (第1案 (Alternative 1)) そのような決定がない場合、検察官は侵略犯罪に関して捜査を進めることができない。

選択肢1 —ここで項を終える。

選択肢2 —以下を追加する。ただし安全保障理事会が国連憲章第7章に基づいて採択した決議において、検察官に侵略犯罪に関する捜査を開始する要請を行った場合はこの限りでない。

4. (第 2 案 (Alternative 2)) 通知後 [6] ヶ月以内にそのような決定がない場合、検察官は侵略犯罪に関して捜査を開始することができる。

選択肢 1 一ここで項を終える。

選択肢 2 一以下を追加する。予審裁判部が第 15 条に含まれる手続きに従い侵略犯罪に関する捜査を開始することを許可した場合

選択肢 3 一以下を追加する。総会が第 8 条の二に規定される国家による侵略行為が行われたと決定した場合

選択肢 4 一以下を追加する。国際司法裁判所が第 8 条の二に規定される国家による侵略行為が行われたと決定した場合

5. 裁判所の外部の機関による侵略行為の決定は、この規程の下での裁判所自身の認定に影響を与えない。

6. 本条は、第 5 条に言及された他の犯罪にかかわる管轄権の行使に関する条項には、影響を与えない。

4. 規程第 25 条 3 の後に以下の文言が挿入される。

3 の二 (bis)

侵略犯罪に関しては、本条の規定は国家の政治的又は軍事的行動を実質的に管理し又は指導する地位にある者に対してのみ適用されるものとする。

5. 規程第 9 条 1 の第一文は以下の文により置き換えられる：

1. 裁判所は、第 6, 7, 8, 8 の二条の解釈及び適用に当たり、犯罪の構成要件に関する文書を参考とする。

6. 規程第 20 条 3 の柱書きは以下の項によって置き換えられるが、同項のその余の部分については変更はない。

3. 第 6 条から第 8 条の二までの規定によっても禁止されている行為について他の裁判所によって裁判されたいかなる者も、当該他の裁判所における手続きが [次のようなものであった場合でない限り]⁽³⁾ 同一の行為について裁判所によって裁判されることはない。

B. 特別作業部会内での作業の注目すべき特徴

リヒテンシュタインの Christian Wenaweser 代表が特別作業部会を取り仕切った。Stefan Barriga が申し分ない立案者 (mastermind) を務めた素晴らしいチームの支援もあり、Wenaweser は、権威と、専門知識と、忍耐強さとよきユーモアの正しい組み合わせを端的に表す熟練した方法で交渉を導いた。リヒテンシュタインのチームは、待ち受ける数多くの障害にもかかわらず、特別作業部会にはその任務を完遂する現実的チャンスがあるという感覚を少しずつ広く行き渡らせていった。早い段階で、作業の最も重要な部分は非公式な形で (informal setting) 行うという適切な決定がなされた。2004 年から 2007 年の間に開かれた会議の間、代表団はプリンストン大学のウッドロー・ウィルソン・スクールでリヒテンシュタイン自決権研究所とそのディレクターの Wolfgang Danspeckgruber の熱心なホスピタリティーを享受した。プリンストン・プロセスは、非締約国の代表や関心を持つ NGO からの専門家も議論において活発な役割を果たすことを

許す包括的なものだった。プリンストン・プロセスは、また特に透明性の高いものであった。その非公式な協議は一連の作業部会報告書において広範囲に文書化され、数多くの学術的会合によって補完された。このことは、交渉が進展するに依りて、国際法学 (international legal scholarship) がそれをしっかりととどり、継続的にコメントすることを可能にした。さらに、プリンストン・プロセスは、強い現実感覚を示しながら、法的なそして技術的な問題に焦点をあてた。(つまり)安全保障理事会のありうべき役割という政治的な「難問中の難問」は無視されはしなかったが、この議題に関する相異なる凝り固まった見解の対立を繰り返すことに時間は比較的無駄にされることはなかった。そのかわり、そしてより実りのあることに、多くの知的エネルギーは、政治的にはそれほど微妙でない他の多数の問題についての意見の差異を減少させることにあてられた。

(ところで) 既存の慣習国際法の範囲内で侵略犯罪を定義づけることが、特別作業部会の受け入れられた包括的なガイドラインであるのかはあまり明確ではなかった。よく知られていることだが、ローマでは既存の一般慣習国際法に従って ICC の事項の管轄権内の犯罪をリストアップし定義するという合意があり、その合意は侵略犯罪についてもあてはまる。この基本的なアプローチはひとつの技術的な、そしてもうひとつの実質的な困難に直面した。第一に、多くの代表団が、侵略犯罪の定義について作業するに当たり、既に合意された ICC 規程からの逸脱を可能な限り避けることを望んでいたことがすぐに明らかとなった。このことは、侵略に対する国際刑

事法が存在し始めた時には存在しなかった ICC 規程第 3 部に含まれる「総論的部分」と一緒に適用されるための定義を定式化するという課題を創設した。第二には、そしてより重要なことに、特に犯罪の国家の要素 (state element of the crime) に関する慣習国際法の正確な状態を確かめることが困難であったということである。このことが、慣習国際法へ言及することがローマにおけるよりはプリンストン・プロセスの間においておそらくあまり普通の事ではなかった理由を説明する一方、ニュルンベルグや東京の先例 (precedents) が、同犯罪の定義において決定的なガイダンスを提供する事に関しては一度も争われなかったのである。

C. 争点となった問題の三つの「バスケット」

特別作業部会では、その作業はすぐに三つの「バスケット」に分業化された。すなわち、個人の行為、国家の行為、そして管轄権の行使条件である。

1. 個人の行為

これらのバスケットの一つめについて、合意は最も簡単に達せられた。いくつかの議論の後、2002 年ディスカッション・ペーパーで提案された「一元的 ('monist')」アプローチを放棄することが決定された。そのアプローチでは、個人が犯罪行為を実行したとするために必要な行為を表現するために、包括的 (catchall) 用語である「積極的に参加する (actively participates)」を使用していた。このアプローチを放棄する代わりに、ICC 規程の第 3 部から可能な限り逸脱しないという

受け入れられた指導原理 (guiding principle) に沿って、「計画、準備、開始又は実行」というニュルンベルグ定式 (Nuremberg formula) が使われることになった。行為についてのこの表現は ICC 規程第 25 条(3)に列挙された様々な参加 (participation) の類型と合わせて読まなければならない。まさに参加にはさまざまな類型があるというこの区別によってこのアプローチは「多元的 ('differentiated')」とラベルづけされたのである。

早くから、侵略犯罪は完全なリーダーシップ・クライムであるという確かなコンセンサスが発展していた。2002 年ディスカッション・ペーパーと 2009 年提案の両方が、「国家の政治的若しくは軍事的行動を実質的に管理若しくは指導する立場にある者」という条文によりリーダーシップ要件を表現した。ニュルンベルグに遡ることができるこの方式は、侵略犯罪を他の国際法上の犯罪から区別する。「多元的」アプローチに賛成する決定がなされたので、ICC 規程新草案第 25 条(3)の二 (bis) によってリーダーシップ要件の絶対的な性質を表現することが必要になった。この規定は、侵略国の軍務に服する通常の将兵は、ICC 規程第 25 条(3)(c)にしたがって幫助者や扇動者と認定されることはないことを明らかにしている。

2002 年ディスカッション・ペーパーの第三パラグラフに意図されていたこととは逆に、ICC 規程第 3 部に含まれる他のどの規定も、侵略犯罪に関しては適用不可とも適用可能ともされていなかった。これらの規定が侵略事件に实际的関連をもつ範囲は、それぞれの個別の規定によって決定されなければならない。ICC 規程の第 28 条と第 33 条が实际的な

関連性を持つことはほぼあり得ない。2002 年ディスカッション・ペーパーとは逆に、2009 年提案は同犯罪の主観的要素 (mental element) を定義しておらず、ICC 規程の第 30 条の適用に依存している。ただし我々へのちに検討する侵略犯罪に関する構成要件要素草案 (Draft Elements of crime of aggression) は、ICC 規程第 8 条の二草案と第 30 条の相互作用に関するいくつかの示唆を含んでいる。

2. 国家の行為

今日、特に国連安全保障理事会が大規模な国境を越えて展開する非国家的暴力 (transnational non-state violence) を国際の平和に対する脅威と認定する用意ができており、このような暴力はしばしば国連憲章第 51 条の意味における武力攻撃にあたりと認定されていることを考えると、侵略犯罪は国境を越えて展開する民間組織のいくらかの暴力行為を含むまで広げられるべきとの政策的議論はなされうる。しかし、侵略犯罪に関する交渉の文脈では、諸国家は現存する慣習国際法の範囲内に留まることを決め、また 2002 年ディスカッション・ペーパーは、同犯罪の集団的構成要素 (collective component) を国家の行為に制限した。国際的に違法な国家の行為を要件とすることは、国際法上の他の犯罪と比較して、侵略犯罪の (リーダーシップ要件に加えて) もう一つの独特さを構成する。

交渉の初期段階において、侵略犯罪の基礎となる国家の行為は、武力の違法な行使 (illegal use of armed force) でなければならないことは明白となった。つまり侵略犯罪に対する第二次的規則 (secondary norm) に

よって守られる国際法の第一次的規則 (primary norms) は、国連憲章第2条(4)に含まれる武力の行使の禁止および一般慣習国際法による同様の禁止である。その了解だけが、国家の行為に関する交渉のなかで異論のない側面であることがのちに明らかになった。最も困難で、活発に議論され、密接に相互に関係する二つの争点は、侵略の犯罪化という特定の目的のためにいかに武力 (armed force) の違法な行使 (illegal use) を最適に定義するかという問題に関連していた。

第一に、(総会) 決議 3314 の附属書における「侵略行為」の定義に言及するべきかどうかに関して、第二に、侵略犯罪の適用の範囲は国家による違法な武力の行使の一定の形態に限定されるべきかどうかに関して大きく異なる諸見解が表明された。非常に複雑な事態を簡潔にするため、ある集団 (camp) (非同盟諸国の多くを含む) は決議 3314 の附属書第3条に含まれる行為のリストに何らの追加的敷居なしで言及するというより包括的な定義を好んだが、一方で他の集団 (多くの NATO 国家が属していた) は、犯罪行為についてはより高い敷居があるべきことを主張した。ことは微妙な問題に関係することを考えると、特別作業部会が国家の行為に関して、両方の立場の要素を合わせた定義に関する合意に達成したことは注目に値する。つまりこの合意は、決議 3314 に敷居要件を加えて言及するというものである。

第8条の二(2)において決議 3314 へ言及するということはそれ自体、競合する見解の最も注意深く起草された和解を構成している。この言及の最初の文は、決議 3314 の附属書第1条から転用されたのであるが、柱書き

(chapeau clause) として機能している。第二文は決議 3314 の附属書第3条に含まれる行為を列挙した柱書きの意味を明らかにしている。この起草技術によって、裁判所が、もしある国家の行為が列挙された例の一つに当てはまらないとしても、柱書きの要件には当てはまると決定することを可能にするようになる。最終的に、第8条の二(2)の第二文に「1974年12月14日の国連総会決議 3314 (XXIX) に従い」との文言が追加されたことは、決議 3314 の附属書の第1条から第3条以外の規定が ICC に関連するようになるか、また関連するとすればどのように、という問題を残すという点で解釈上の不明瞭さを残している。この問題に答える際、裁判所は特に、ICC 規程第67条1(i)や第21条(3)に言及されている関連する人権基準を含む規範的枠組みによって導かれるだろう決議 3314 の附属書第2条は (武力の最初の使用が侵略行為の一応の証拠となると規定して、最初の使用に) 一応の法的効果を与えているが (*prima facie* effect)、これは安全保障理事会による決定において認められるのであって、ICC の司法的作業を導くものとはならない。

その思慮に富んだ論文において Michael Glennon は、違法性の要件 (requirement of illegality) を含んでいないことから、2009年提案の第8条の二(2)における「侵略行為」の定義を批判した。彼は次のように主張する。つまり自衛としてとられた軍事行動もこの定義案の (推論された) 解釈として (by implication) 侵略行為として認定されるかもしれない。この批判は、起草の困難さを正しく強調するが、より綿密な検討を行えば、根拠がないことが明らかとなる。起草上の問

題は、決議 3314 の付属書の第 1 条から第 3 条が、「侵略行為」(act of aggression) という言葉を、自衛権といった武力の行使の違法性を阻却する根拠を考慮することなく「侵略行為」という用語を定義しているように見える事実から生ずるものである。これらの根拠は、「この定義のいかなる規定も、武力の行使が合法的である場合の規定を含め、憲章の範囲をいかなる意味においても拡大し、または縮小するものと解してはならない」と規定する決議 3314 の付属書第 6 条においてのみ示唆されている。この決議 3314 の付属書の構造は、第 6 条に示唆されたような武力の行使の法的正当化が存在する場合であっても、第 1 条から第 3 条の意味における「侵略行為」を認定することを可能としている。Glennon が正しく述べているとおり、「合法的な侵略行為」(lawful act of aggression) というものを解釈上認めることができってしまうという非常に扱いにくい可能性は、2009 年提案の第 8 条の二に今や含まれることになった。しかし、このような奇妙さの認識は、決議 3314 の付属書の第 1, 第 3, そして第 6 条を調和的に解釈するという方法によって避けられうるし、調和的に解釈することは同じ付属書の第 8 条によっても要請されているのである。武力の行使の違法性を阻却する根拠を規定していないということは、決議 3314 の付属書に定義された「侵略行為」の概念の暗に示された否認的な要素を構成する。このように侵略行為を解釈することは「1974 年 12 月 14 日の国連総会決議 3314 (XXIX) にしたがって」いるものであることから、それは 2009 年提案の第 8 条の二草案においても採用されるべきである。さらに加えて、2009 年提案の第 8

条の二草案はそれ自体では「侵略行為」へのいかなる法的帰結も与えていないことを強調しておく必要もあろう。「侵略行為」は 2009 年提案における侵略犯罪の国家の行為要素の二つの必要不可欠な要素のうちの一つでしかない。この定義の適用上、第 8 条の二(2)草案における「侵略行為」の「部分要素」(sub-element)は、第 8 条の二(1)草案における「明白な (manifest) 違法性」というもう一つの「部分要素」から切り離されることはできず、一緒に読まなければならない。

多くの理由から、決議 3314 への単なる言及という方法によって侵略犯罪の国家の行為要素を定義するのは非常に問題であったらう。決議 3314 の付属書第 1 条から第 3 条に含まれた「侵略行為」の用語の定義は、それがのちに国際刑事法における侵略犯罪の国家の行為要素を定義するのにつかわれるという了解で書かれたものではない。この共有された了解の欠如は決議自身によって明らかにされているのであり、付属書の第 5 条(2)の第一文は国際平和に対する犯罪として「侵略戦争」(war of aggression) に言及するだけなのである。このことや他の理由によって、決議 3314 の付属書の第 1 条から第 3 条が一般慣習国際法にもとづく侵略犯罪の国家の行為要素を具現化すると主張することは困難である。

さらに、決議 3314 への単なる言及は、侵略犯罪を定義づけるすべての試みに対する根本的な挑戦に対し適切に対応してはいないであろう。関係する国際法の第一次的規則、つまり国連憲章や慣習国際法に基づく武力の行使の禁止は、その核心的な内容においては明らかであるとしても、法的論争があるグレー・

エリアに囲まれていることは否定しえない事実である。このことが確かに平和と安全についての現在の国家間の法の不完全さを構成するとしても、国際刑事法という裏口を通じて救済されうるものではない。決議 3314 への単なる言及は、そのため（「カンパラ合意」の準備へのノルウェーの中心的担当者（focal point）であった Rolf Fife 大使の言葉を借りれば）、「盤石な基礎」に侵略犯罪の定義を置かず、その結果 ICC が「政治の」のフォーラムとなる危険にさらす、非常に深刻な危険を生ずる。

これらの懸念にかかわらず、圧倒的大多数の国家は「侵略戦争」（*war of aggression*）という古典的概念を持ち続けることより、むしろ決議 3314 に言及することを好んだ。同時に、決議 3314 への言及は、合意に達成するためには修正を加える必要があることがすぐに明確となった。その点において、交渉担当者たちには、基本的に、厳しい集団的意図（*collective intent*）の要件または敷居要件との間の選択が残された。敷居要件は、国家の武力の行使が十分に重大なものである（*sufficiently serious*）べきであり、その違法性は合理的に議論の余地のないものである（*reasonably uncontroversial*）べきことを主張する国家を満足させるだろうものであった。暫定的合意が第 2 案に基づいて最終的に達成された。2009 年提案における最終的な（*in fine*）第 8 条の二(1)草案は、侵略行為は、「その性格、重大性、規模において（*by its character, gravity and scale*）国連憲章の明白な（*manifest*）違反を構成する」ことを最終的に要件とする。「重大性」と「規模」の基準は「十分な重大性」（*sufficient seriousness*）

の要件を含む一方で、「性格」の基準は（主に）上で述べた「グレー・エリア」の問題に関連する。

おそらく 2009 年提案の第 8 条の二草案の国家の行為要素の形成は全員を完全に満足させるものではなかっただろうが、それは最終合意案（*final package*）への明らかに最も有力な候補として出現し、そのために括弧（*brackets*）なしでカンパラへ送られた。

3. 管轄権を行使する条件

政治的観点からは、安全保障理事会のありうべき役割というのが交渉におけるもっとも繊細な問題となった。ILC の 1994 年 ICC 規程草案第 23 条(2)は、侵略犯罪に関する ICC における手続を、先行する安全保障理事会による侵略行為の決定に依拠するものとすることを提案していた。しかしこの提案は安全保障理事会の構成国とその他の構成国でない国、特に安全保障理事会の常任理事国と他の国家との間の実質的な不平等を規程に導入するものだとして ILC 内部において批判を引き起こした。この批判は、交渉に参加した国家の圧倒的多数にも共有され、したがって ILC 内の批判家たちが、このような解決は「規程に対する国家のもっとも広く可能な支持を促進しない」と予見したことは正しかった。侵略行為に関する決定を 1994 年 ILC 規程草案において提案されたように安全保障理事会が独占すること（*monopoly*）が正当なのかどうかの問題は、過去 10 年以上多大な注目を集めてきたのであり、我々はこの議論をここで繰り返すことは望まない。この問題に関する広範に行われてきた国際的な学術的議論の観点からすると、問題となっている独占を安

安全保障理事会に与えることを、国連憲章第 39 条も ICC 規程第 5 条(2)も交渉担当者たちに要求していないという説得力ある主張がありうるということを言えば十分である。

しかしながら、安全保障理事会の常任理事国は ILC 提案を採り上げ、交渉の最後の数分まで、可能な限り最も強い気力をもってそれを擁護した。一端には五つの常任理事国の独占の主張があり、他方の一端には ICC 規程第 16 条においてすでに認められている以上の役割は安全保障理事会に与えないという主張との間の広い溝を橋渡しする解決に合意することは、並はずれた挑戦をもたらした。2009 年提案における第 15 条の二(4)草案の代替的定式化は様々な選択肢をおりており、特別作業部会が、予期されたとおり、この「難問中の難問」を解決することができなかったことを示していた。したがって、安全保障理事会の役割という非常に対立の強い争点はカンバラの終盤戦における決定に委ねられたのである。

ただし 2002 年ディスカッション・ペーパーと、もう一方の 2009 年提案のそれぞれに含まれている選択肢との間を比較してみると、特別作業部会がどれほどこのもっとも困難な領域まで到達したかを物語っている。第三の「バスケット」についての作業における特別作業部会のもっとも重要な成果は、侵略に関する手続きに対する安全保障理事会のいかなる役割も手続的なものに限られる、という合意を達成したことである。特別作業部会のメンバーは、個人の刑事責任を立証するという特定の目的のためには、ICC のみが侵略犯罪の国家の行為要素 (state conduct element) が認められるかどうかを決定する、というこ

とに合意した。つまり「裁判所以外の機関による侵略行為の決定はこの規程のもとでとる裁判所自身のいかなる結論にも影響を及ぼすものでない」、つまりこのことは、特に決議 3314 の附属書の第 2 条と第 4 条において予見された、侵略行為の (不) 存在に関する安全保障理事会の決定は、ICC については拘束力を持たないことを明らかにしている。第三の「バスケット」における第二の重要な成果は、ICC 規程第 13 条に列挙された三つのトリガー・メカニズムは、侵略犯罪にも適用されるという事実についての合意を保証したことであった。2009 年提案の第 15 条の二がこの合意を明示した。

特別作業部会における交渉が長くなるにつれ、安全保障理事会のありうべき役割についての論争は、管轄権行使の条件に関連する他の問題に密接に関連していることがより一層明らかとなった。これは、裁判所が、侵略国と疑われる国家が侵略犯罪の新しい (諸) 規定に同意していなかった場合であっても、侵略犯罪についての管轄権を行使する権限を持つべきかという問題であった。もし侵略犯罪に関する新しい (諸) 規定に侵略国と疑われる国家が同意していなければ手続は開始されないことが合意されたら、安全保障理事会の常任理事国にとって、たとえ安全保障理事会の同意がなくとも ICC の手続きが開始されることを許容することはより容易であるだろうとみなすことは非合理的なことではない。このことは、侵略犯罪に関して ICC の管轄権を安全保障理事会に基礎を置くもの (Security Council-based) と、同意に基礎を置くもの (consent-based) との組み合わせの上になり立つことになった結果的に最終的な

妥協(compromise)の可能性の前兆となった。

しかしこのような妥協への道のりは、政策と法の両方の理由により、明確なものからはほど遠かった。政策的観点から、多くの代表団は(非同盟国家グループからだけでなく)いかなる修正もなしのICC規程第12条の適用を好んだ。(これに対して)(手続開始に対する安全保障理事会の同意がない場合においては)侵略犯罪に対するICCの管轄権は国家の同意を条件とするべきだと考える立場は、主にICC規程第121条(5)の第二文がこのような法的解決を要求しているという主張に依っていた。しかしこの主張は関連する条文の解釈という点から、そして新しい(諸)規定に対する第121条(5)の適用可能性に関しても、非常に論争のあるものであった。この論争は、侵略に関する手続に対する国家の同意(consent)の役割と、侵略犯罪についてのいかなる新規定の効力発生に関するICC規程第5条(2)と第121条の「根本的曖昧さ」(fundamental ambiguity)から生ずるものである。交渉の最終段階を完全に理解するために、そして複雑な「カンパラ合意」を全体的に正しく評価するために、ICC規程第121条と合わせて読まれた場合、ICC規程第5条(2)には四つの異なる解釈が特別作業部会において提案されたことを心に留めておかなければならない。

(まず第一に)「採択モデル」(Adoption Model)は、ICC規程第121条(3)の適用だけから構成されており、次のように規定する

締約国会議の会合又は検討会議における改正の採択については、コンセンサスに達することができない場合には、締約

国の三分の二以上の多数による議決を必要とする。

「採択モデル」の下では、新(改正)規定が締約国会議の会合又は検討会議において採択された場合は、裁判所はICC規程第12条に従って侵略犯罪に対して管轄権を行使できるとする。この解釈は、ICC規程第5条(2)の文言に基づいており、それはICC規程第121条(3)と同様に、「採択された」(adopted)という言葉しか使用していないということを根拠としている。この解釈の問題は、ICC規程は第122条で「制度的な性質を有する規程の改正」の場合でさえ採択(adoption)と発効(entry into force)を区別しているのに、もし侵略犯罪に関してはICC規程は両者の区別をしなかったというなら驚きであることである。また、「採択モデル」によると、国家による侵略犯罪に関する規定の批准が法的に不適切となる。これは、事項の政治的重要性に鑑みて、驚くべき結果である。

(第二に)「消極理解(negative understanding)(で)第121条(5)(を解釈する)」モデルはその対極に置かれている。ICC規程第121条(5)は以下の通りである。

第5条から第8条までの規程の改正は、当該改正を受諾した締約国については、その批准書又は受諾書の寄託の後一年で効力を発生する。当該改正を受諾していない締約国については、裁判所は、当該改正に係る犯罪であって、当該締約国の国民によって又は当該領域国の領域において行われたものについて管轄権を行使してはならない。

「消極理解第 121 条(5)モデル」は、犯人 (offender) と疑われる者の国籍国である締約国かまたはその領域で同犯罪が行われた締約国のどちらかが侵略犯罪に関する (諸) 規定を受諾していないとき、侵略犯罪について ICC が管轄権を行使することを排除する。この解釈の最初の、そして非常に重要な問題は、ICC 規程第 5 条(2)は「発効」についてなにも言及していないことである。一見したところ、後者の規定における言及を ICC 規程第 121 条(5)に方向付けられたもの (第 5 条(2)に発効について規定されていないのはそれは第 121 条(5)に規定されているからだ) と読むのは難しい。しかし侵略犯罪に関する (諸) 規定が ICC 規程第 121 条(3)で規律されず、何らかのかたちで発効しなければならない改正であるとしても、そのような改正が、ICC 規程第 121 条(5)が要求するような「この規程の第 5 条から第 8 条」についてのものであるかどうかは不明確なまま残る。問題となる改正はこれらの規定には影響しないとも主張できるし、もしくは、改正は管轄権の行使の (前提) 条件を扱っているので、これらの規定を超えるものである、との主張がなされうる。最後に、このモデルは侵略犯罪はリストに新しく加えられた犯罪とは違って、ICC 規程第 5 条(1)(d)によりすでに ICC 管轄権の一部であるという事実を無視している。

(第三に)「積極理解 (positive understanding) (で) 第 121 条(5) (を解釈する) モデル」によると、ICC 規程第 121 条(5)の第二文は、非受諾締約国 (non-accepting States Parties) を、ICC 規程第 12 条(2)の適用上の非締約国 (non-State Parties) とまったく同じ基礎に置くという限られた効力しか持たない。これ

が意味するもっとも重要なことは、国籍国が侵略犯罪についての (改正諸) 規定を受諾していないときには ICC が侵略犯罪の容疑者に対して管轄権を行使することが無条件に不可能とされる、ということはないということだ。むしろ、裁判所は、問題となる諸規定を被害国さえ受諾していれば、ICC 規程第 12 条(2)に従って管轄権を行使する権限を持つことになる。

「積極理解第 121 条(5)モデル」により提案されるような ICC 規程第 121 条(5)の第二文の厳密でない読み方は、非受諾国と非締約国の間の不公平な差別の問題を避けるものである。「消極理解第 121 条(5)モデル」はこの差別問題に直面することは不可避である。我々がさきほど見たように、このモデルの下では ICC 規程第 121 条(5)第二文は ICC 規程第 12 条(2)からの逸脱を構成する。しかしこの逸脱は、ICC 規程第 121 条(5)第二文が締約国についてのみ言及していることから、締約国に関してのみ適用されるように見える。差別問題に陥らないというのは「積極理解 121 条(5)モデル」の明らかな長所ではあるが、第二文の「積極理解」は文言からは必然的には導かれないことは否定しがたい。この第 121 条(5)第二文の「積極的」読み方について一般的な問題に加えて、侵略犯罪という特別な事件において適用するように考案されたモデルとしての「積極理解第 121 条(5)モデル」は、「消極理解第 121 条(5)モデル」と同じ基本的困難に直面している。すなわち、ICC 規程第 5 条(2)の文言も ICC 規程第 121 条(5)の文言もどちらも侵略犯罪の特別な事件においてこの規定 (第 121 条(5)) を適用することを明確に提案してはいないということである。

(第四に)「第 121 条(4)モデル」は、侵略犯罪についての(諸)規定を ICC 規程の改正と扱う。しかし上に述べた諸理由の少なくとも一つを理由として、それを規程第 121 条(5)の意味における「規程の第 5 条から第 8 条の改正」として行うのではない。このことから ICC 規程第 121 条(4)を適用することになる同規定は以下のとおりである。

改正は、5 に規定する場合を除くほか、国際連合事務総長に対する締約国の八分の七による批准書又は受諾書の寄託の後一年で全ての締約国について効力を生ずる。

これまで議論されてきたことから、「第 121 条(4)モデル」もまた ICC 規程第 5 条(2)が表面上、「採択」についてのみ述べているという問題に直面することは明らかである。さらに侵略犯罪に対する ICC 規程第 121 条(4)を適用することの法的効果は、ICC 規程第 121 条(5)において想定されている新しい犯罪の導入(の法的効果)と比較したとき、より奇妙となる。ICC 規程第 121 条(5)第一文に従うと、裁判所は最初の批准書の寄託の一年後にこのような新犯罪について管轄権を行使できる一方で、(第 121 条(4)の規定では)侵略犯罪が ICC 規程第 5 条の下で裁判所の管轄権の一部をすでに構成しているにもかかわらず、侵略犯罪に対する裁判所の管轄権を成立させるために、なお締約国の八分の七の批准を必要とすることになるからである。

残念ながら、以上述べてきた解釈上の非常に興味深い問題は起草過程に頼っても解決され得ない。(ICC 規程第 13 部の交渉に直接か

かわった) Roger Clark が示したとおり、ICC 規程第 5 条(2)と第 121 条(それぞれはローマにおいて二つの異なる作業部会によって定式化された)はいかに併せて読まれるべきかについて、起草者たちに明確な意図というものはないのである。このような行き詰まりが見られるなかで、ゴルディオスの結び目を解くために(難題を一気に解決するために)、「特別な発効メカニズム」というものを定式化するべきだという合理的な提案は、カンバラよりもかなり前に、特別作業部会およびその外の両方においてなされた。

D. 犯罪構成要件に関する文書草案に関する合意

ローマ会議の最終文書決議 F は、締約国に対し、ICC 規程第 9 条の意味における犯罪構成要件に関する文書 (Elements of Crimes) もまた採択することを指示していた。それに応じて、侵略犯罪に関する準備委員会の作業部会は、構成要件要素がどのようなものになりうるかについていくらかの考えを提供しており、その草案は 2002 年ディスカッション・ペーパーに含まれていた。構成要件要素についてのさらなる作業は、第 8 条の二草案についての暫定的合意が成されるまで一時停止された。この合意が 2009 年に達されたとき、オーストラリアとサモアの代表団は、新草案の準備のイニシアティブをとった。2009 年 4 月に、この草案はスイスによって非公式リトリートがモンルーで開催された間、集中的な議論の対象となった。この会合から結果としてまとめられた文言と詳細な説明は、2009 年 6 月、ニューヨークのプリンストン・クラブにおける会期間会合で全ての代表団に

提示された。同合意において、カンパラにおいて下記の構成要件文書が合意されるよう、暫定的合意が達成された。

序文

- (1)第8条の二2に規定される行為のいずれも侵略行為とみなされると理解する。
- (2)実行者が武力の行使が国連憲章と両立しないかどうかに関する法的評価を行ったことを証明する必要はない。
- (3)「明白な」(“manifest”)という語は客観的要件である。
- (4)実行者が国連憲章の違反が「明白な」性質のものであったかどうかに関して法的評価を行ったことを証明する必要はない。

構成要件

- (1)行為者は侵略行為を計画し、準備し、開始し又は実行した。
- (2)行為者は侵略行為を行った国家の政治的または軍事的行為を実質的に管理し又は指導する地位にある者(脚注省略)であった。
- (3)侵略行為、すなわち一国による他国の主権、領土保全若しくは政治的独立に対する、または国際連合憲章と両立しないその他の方法による武力の行使が行われた。
- (4)行為者はそのような武力の行使が国連憲章と両立しないことを確立させる事実の状況を了知していた。
- (5)侵略行為は、その性質、重大性及び規模において国連憲章の明白な違反を構成していた。

- (6)行為者は、このような国連憲章の明白な違反を確立させる事実の状況を了知していた。

侵略犯罪の構成要件文書草案は、同犯罪の定義を専ら扱う。それらはICCの管轄権の対象である他の犯罪に関する構成要件文書の構造を一般的に踏襲しており、それらの構成要件文書の「総論的序文」(‘General Introduction’)に照らして読まれるようになっている。侵略犯罪の構成要件文書草案は定義のカギとなる重要な概念をはっきりと定義することを試みることを差し控えている一方で、二つの重要な明確化を提供している。

構成要件第3は、国家の行為は実際に起きなければならないことを明確にしている。その結果、侵略行為の計画や準備の初期段階での個人の行為は、明白に違法な国家の行為が実際に起こる時のみ、個人の刑事責任を生じさせる。ここで再び、諸国家は、これまでの慣習国際刑事法の範囲内に留まろうとする意思を見せた。完結していない国家の行為の少なくともいくつかの場合には、参加(participation)がICC規程第25条(3)(f)における未遂(attempt)の規定によりカバーされるのではないかという問題は残っている。(しかし)それは「未遂」の概念を非常に拡大して適用することの結果であろうし、この条項の起草者の一人は「集团的未遂行為」(‘attempted collective act’)という観念について深刻な疑念を表している。

構成要件文書の第4と第6は序文の第2、第4パラグラフと合わせて読まれるのであり、(そうすると)ICC規程第32条(2)が侵略犯罪についてどのように適用されるのかに關

する重要な明確化を提供する。国家による武力の行使の明白な違法性に対する錯誤 (mistake) は、刑事責任を阻却する根拠とはならないと規定している。一見すると、錯誤に依拠する可能性を排除することは問題のある厳しいもののように見える。しかし、明白な違法性という客観的要件は、国家の行為要素から武力の行使の禁止の「グレー・エリア」に当てはまるいかなる武力の行使もすでに排除する効果を持っている。そうだとすると明白な違法性という客観的要件は、法的に論争となりうる事例では法の錯誤抗弁 (mistake of law defence) と同様の機能を (部分的に) 果たす。したがって追加的な法の錯誤抗弁というものは必要でも望まれるものでもないのである。

4. カンパラにおける終盤戦

侵略犯罪特別作業部会がその 2009 年提案に表れているような非常に重要な成果を挙げたことは、第一回ローマ規程検討会議に好機を到来させることになった。しかし 2010 年 5 月 31 日に代表団がカンパラに到着したときは、この好機が具体的な結果をもたらすことになるのかまったく不明確であったし、むしろ懐疑主義が優勢であった一少なくともカンパラの外では一と言ってよいだろう。(会議の) 成功にとって欠くことのできない 3 つの基本的条件は、第一に締約国が 2009 年提案の第 8 条の二の定義と構成要件文書草案に関する暫定的合意を維持すること、第二に締約国が侵略に対する裁判所の管轄権行使について解決を見つけること (これには安全保障理事会の役割をどうするかという難問中の難

問も含まれる)、第三に全体の合意は締約国と非締約国との間に大きな対立をひきおこすものであってはならないこと、である。最終的な決定は、確かに締約国の三分の二の多数決で行うことが法的には可能であったが (ローマ規程第 121 条(3))、投票を行うという政治的意思があるかどうかははっきりしておらず、さらに必要な多数を確保するために十分な数の代表団が出席するかということさえ明らかでなかった。したがって、「投票にかける、という脅し」は妥協 (compromise) を得るための動機付けとして働く余地はほとんどなかった。容易だとはいえないこのような状況の中での最善の交渉戦略は、管轄権行使の条件の問題の議論にできる限り集中して、まずはじめに国家の同意 (consent) の役割について合意 (agreement) を求めるということであった。そのような合意ができて初めて、フランスと英国が、侵略に対する安全保障理事会の独占に対する固執から離れるのではないかと期待することができると思われた。幸いなことにこの戦略が最終的に広く行われることとなったが、これは作業部会の議長と検討会議の議長のリーダーシップに負うところが多かった。

A. プレリユード：採択される見込みのない選択肢を排除する

侵略犯罪に関する作業は、まず舞台裏での侵略犯罪特別作業部会の議長と関心を持つ代表団との二者間の一連の交渉から始まった。第一回目の正式な審議は 2010 年 6 月 4 日に始まり、各国の発言は全体的にこれが歴史的な機会であるという理解と、この機会を生かすべきだという意味を表明するものだった。カ

ンバラでは迅速かつ果敢に前進するべきだということも幅広く認識されていたことを受け、議長の最初の「修正された議場ペーパー」は、安全保障理事会が行動をとらなかった場合は、総会を関与させる又は国際司法裁判所に手続的役割を与えるという二つの妥協的選択肢を削除することを提案していた。これらの選択肢は、時間がたつにつれて、その潜在能力が消滅してしまったので、これらを放棄するという提案に反対はなかった。

B. 第一場：アルゼンチン、ブラジル、スイスによる最初の動き

2010年6月6日(日)、交渉の最終局面が、アルゼンチン、ブラジル、スイスによるノン・ペーパーの提出から開始された(「ABS提案」)。これは国家の同意問題に関する意見の相違のギャップを、ICC規程第13条に列挙されている安全保障理事会のトリガーと管轄権行使を開始させる他の二つの形態を区別することによって埋めるという創造的な試みだった。安全保障理事会のトリガーによる場合の発効はICC規程第121条(5)の第一文によって統制させ、ICC規程第13条(b)によって管轄権行使についてその他の条件を必要としないとする。これとは反対に他の二つのトリガーに関しての発効は第121条(4)に従うものとするというものだった。つまりこの点では管轄権行使の前提条件についてはICC規程の第12条(2)において一般に想定されているものと同様だということだったのである。2010年6月7日(月)、この「ABS提案」は非常に工夫されていると評価され、交渉のその後の行方に大きな影響を与えた。安全保障理事会のトリガーと他の二つのトリガーを区

別するという提案は、2010年6月7日付け議長の議場ペーパーに取り入れられた。しかし、それは121条(4)モデルを強くよりどころとしていたため、121条(5)モデル・消極的理解の強い支持者からは賛同が得られる見込みはなかったし、ましてフランスや英国の支持を得ることは考えられなかった。したがって更なる動きが続いたのである。

C. 第二場：カナダの対応

2010年6月8日(火)、カナダがABS提案に反応し、「メニュー・アプローチ」と呼ぶ提案を行った。カナダの提案というのは、安全保障理事会が侵略行為の認定を行っていない場合(事例)に、第121条(5)モデル・消極的理解を「オプト・イン」メカニズム(国家が同意しなければ、ICCは管轄権を行使することができない)に読み込むというものだった。この場合、裁判所は予審裁判部が許可を与え、かつ「すべての関係国」がオプト・インを宣言している場合に捜査を開始することができるようになる。安全保障理事会の認定がない場合に、この提案はきわめて相互的で、国家の同意を基礎とする管轄権のレジームを作り出すことになる。予想通り、カナダの提案はABS提案の支持者の多くに幾分の不満をもたらすことになり、両極の立場が直接交渉することが必要となったのである。

D. 第三場：溝を埋める

2010年6月9日(水)の午後、それらの交渉後、共同宣言が出された。ここに至るまでは他の関心を持つ代表団も貢献したが、便宜上、「ABCSノン・ペーパー」と呼ぶことにしよう。「ABCSノン・ペーパー」はまずすでに

強固に合意されていた前提、つまり安全保障理事会による付託の場合は、ICC はそれ以上の条件なく管轄権を行使できるということを出発点としていた。したがって「ABCS ノン・ペーパー」の焦点は、あと残り二つのトリガーに関する管轄権行使のレジームだった。この宣言が、最終的な合意への道を開いたので、オリジナル (verbatim) が紹介されるべきと思われる。

第 15 条の二

侵略犯罪に対する管轄権の行使 (国家付託, *proprio motu* (自己の発意による捜査の開始))

4. (第 2 案 (Alternative 2)) ……
……

4 の二 裁判所は締約国の国民又はその領域で行われた侵略犯罪について、当該締約国が本条 4 に規定する裁判所の管轄権に対する不同意の宣言を行っていない限り、第 12 条にしたがって管轄権を行使することができる。

4 の三 そのような宣言は 2015 年 12 月 31 日より前のいずれのとき、またはその後ローマ規程の批准または加入が行われる場合は、批准または加入の際に国連の事務総長に寄託されうる。この宣言はいつでも撤回することができ、その場合は裁判所は 1 の規定に従って、当該国家に関して管轄権を行使することができる。

4 の四 この規程の締約国ではない国家に関しては、裁判所はその国家の国民又

はその領域で行われた場合に、この規定に従って侵略犯罪に関して管轄権を行使してはならない。

「ABCS ノン・ペーパー」はこのようにして ICC 規程第 12 条が侵略犯罪に関しても適用があるという考え方を取り入れ、しかし二つの重要な注意書き (caveat) を加えている。第一は、いかなる締約国もオプト・アウトの権利を持つべきだということであり、第二に、裁判所は非締約国の国民または非締約国の領域で行われた犯罪に関して管轄権を行使することが妨げられるということである。つまり第 12 条(4)モデルから第 12 条を適用するという (考え方の) 出発点を取り入れて、しかし二つの方法で国家の同意の欠如を承認することによって、第 12 条(4)モデルの帰結をかなりソフトにする、という巧妙な妥協が図られた。(さらに) この枠組み (スキーム) は裁判所の管轄権行使の「有効化条項」 ('activation clause') によって完結するものとされていた。第 12 条(5)の第一文を発効のための参照条文としたうえで、第 15 条の二(1)草案は管轄権行使のために追加的条件を定めた。つまり「締約国についてこの条文が発効してから」5 年が経過することを要求したのである。「ABCS ノン・ペーパー」はすぐに広範な支持を得ることとなった。カンパラ会議の最後の 2 日間のダイナミクスに対するこの提案のインパクトは、締約国の間に合意の基礎を用意したという点で非常に重要である。しかしフランスと英国をこのコンセンサスに参加させるにはまだ説得が足りなかった。なぜなら「ABCS ノン・ペーパー」は第 2 案 2 (Alternative 2) を採用しているので、

想定どおり安全保障理事会の独占という考え方を拒否していたからである。実際、この二つの国と他の三つの安全保障理事会の常任理事国であって ICC 規程の非締約国である国家がよもやこの「ABCS ノン・ペーパー」を好意的に受け入れるとは思われなかった。この予想はのちに当たっていたことがわかるのである。

E. 間奏曲：米国との交渉

「ABCS ノン・ペーパー」にいたる非公式の交渉とほぼ同時並行で、かなり異なったトピックに関する協議が始まった。2010年6月4日の一般討議におけるステートメントで、米国代表団の団長であり、国務省の法律顧問は第8条の二草案における侵略犯罪の実体的定義に不満を表明した。彼は合法的な武力行使を犯罪化する危険性があることおよび慣習国際刑事法からの逸脱という二つの主要な危険性について指摘した。しかし重要なことは、彼が第8条の二草案の文言の変更に固執するのではなく、この規定に付随する了解 (understanding) を通じて、これら二つの懸念を処理する可能性をほのめかしたことにある。2010年6月7日、米国代表団はこれらの発言を確認するように、第8条の二草案に対する長文の了解草案を提示した。そのときまでに第8条の二草案に対するコンセンサスはすでに固まっていたということとすでに交渉は後半になっていたこともあり、圧倒的多数の代表団は当然のことながらこれらの提案の議論を始めるということに消極的だった。しかしそれと同時に非常にオープンな、そして建設的な精神とともにカンバラにやってきた米国代表団と交渉しないということは賢く

ないということも感じられていた。そのためドイツ代表団は了解草案に関する協議の中心的担当者 (Focal Point) となることを任され、合意のための道を探ることになったのである。

6月8日と9日における緊密な二国間及び地域的協議の後、第8条の二草案を慣習国際刑事法から切り離し、国家の武力行使の一定の事例を侵略犯罪の定義から明確に排除するという試みの了解の部分については、合意には至ることはほぼないということが明らかになった。ただし重要なのは、国家による武力行使の一定の事例を排除するという米国提案についてこれ以上議論しないとしたことは、その内容に関して米国と不一致があったということを経ずしも意味しないということである。この点は、特に第8条の二草案の範囲から純然たる武力による人道的介入を明示的に排除しようとした最も繊細な米国提案に関しては特に強調しておくことは意味のあることである。この局面での主要な懸念は、(むしろ) 現在の国際安全保障法の鍵となる争点について、外交交渉の最終段階の慌しさの中で、十分に注意を払わずに起草された了解という形で取り扱うことが適当といえないだろうというものだった。

このようなことからドイツ代表団は「成果がないよりは最小の獲得で満足する」 ('minimalist') アプローチを追求することに決め、より一般的な文言を使った米国代表団にとって重要と思われる二つの提案について合意を求めることにした。2010年6月9日、中心的担当者は次の二つの了解草案を、問題を決着させるための非公式協議に集まった代表団に提出した。

1. 了解 X

侵略行為が行われたかどうかの認定は特定の各事例で、すべての状況の検討を必要とし、すなわち武力が使用された目的、関連する諸行為の重大性及びその帰結、さらに違法な武力行使のもっとも深刻で危険な形態のみが侵略を構成すると了解する。

2. 了解 Y

侵略行為が国連憲章の明白な違反を構成するかどうかを確定するためには性質、重大性、および規模という3つの構成要素のそれぞれが独立して「明白な」認定を正当化するために充分でなければならないと了解する。

両方の提案とも一般的には好意的に受け入れられたが、しかし特定の要素についてはいくらか議論を生み出した。了解 X については、イランが決議 3314 の第 2 条の文言により近づくことを提案した。米国代表団はこれに合意したので、これが実際にはのちに了解第 6 として検討会議で採択された。それは次のようなものである。

侵略は違法な武力行使の最も深刻で危険な形態であることを了解する。また侵略行為がおこなわれたかどうかの決定は、関連の行為およびその結果の重大性を含み個々の特定の事件のすべての状況を考慮して、国連憲章に従ってなされなければならないことを了解する。

了解 Y はカナダ代表団の要請により、再度文言が修正された。カナダが懸念したのは、

ある国家の武力の使用であって、ひとつの構成要素についてはほぼ (almost) 明白に違法であるけれども、他の二つの構成要素に関してはまったく (definitively) 明白に違法であるという場合が考えられるということである。カナダはそのような軍事力の使用は第 8 条の二(1)草案の敷居を充たすとされるべきだけれども、了解草案 Y によれば必ずしもそうとはいえないと説明した。同時にカナダは上記のような想定では、裁判所は一つの構成要素がほぼ充足したという事実を検討するだろうという見解だった。カナダの観点では、三つの構成要素の取り合わせは肝心なことだった。したがって、カナダは次のような文言の修正を了解草案 Y に提案した。

侵略行為が国連憲章の明白な違反を構成するかどうかを認定する際には、性質、重大性、および規模の三つの要素が「明白な」('manifest') という決定を正当化するために十分でなければならないことと了解する。

米国は次の一文の追加を条件にこれに合意した。

いずれか一つの要素がそれ自体で明白性基準を充たすために十分に重要となることはない。

この文の背景にある考え方は、一つの構成要素は大部分顕著に存在しているが、その他二つは完全に欠如しているという事例における明白な違法性の認定を排除するというものだった。第 8 条の二(1)草案における敷居の要

求の定式化における「および」という語の使用がそのような事例における明白な違法性の認定を排除すると考えられたのである。

了解 Y 草案を二つの連続する文章に修正するというカナダと米国の提案には反対は表明されず、その後これが検討会議で採択された了解第 7 となった。

F. フィナーレ：ヴィクトリア湖での真夏の夜のドラマ

2010 年 6 月 10 日 (木)、Wenaweser 大使はほとんど「ABCS ノン・ペーパー」をひきうつしたノン・ペーパーを提出した。安全保障理事会の五つの常任理事国をさらに説得する試みとして、この提案は ICC の管轄権の有効化を、改正規定に対する 30 カ国の批准または受諾を要すると追加的に敷居を上げることによってさらに遅らせるという考えを強調していた。また興味深いことに、この改正規定に先んじる決議の草案 (draft-enabling resolution) では、同時に改正規定は ICC 規程第 121 条(5)に従って発効すると示されていたのである。最終的に、そして重要なことに、このノン・ペーパーは、締約国による付託または検察官の自己の発意による捜査のあとで、もし安全保障理事会が侵略行為の認定を行わなかった場合にどうするべきかという「難問中の難問」に対処することはまだ控えていた。

会議の最終日の午後になって初めて議長は不可避の選択を示したノン・ペーパーを発表した。この時まで非常に明らかとなっていたのは、安全保障理事会の独占を維持することはコンセンサスを確保する見込みがほとんどないばかりか、三分の二の多数をえること

さえできないということだった。したがってコンセンサスへ至るための現実的な唯一の道はこの考えを放棄することであり、2010 年 6 月 11 日午後 4 時半の議長ノン・ペーパーはまさにこれを行った。五つの常任理事国の、特にフランスと英国の反応はどうかはわからなかった。ただノン・ペーパーが ICC の管轄権の有効化のさらなる条件に関する文章表現のために一つのパラグラフを開けていたので、安全保障理事会の五つの常任理事国に対する最後の譲歩はまたしても改正規定が採択されるためのハードルを上げるという形態をとるのではないかと推測され、交渉は今やその点に集中することになった。

決断の時は真夜中過ぎに訪れた。議長は彼の最終的な合意提案を提示したが、そこには追加的な条件、つまり「規程の改正の採択に必要な同じ締約国の多数によって 2017 年 1 月 1 日より後に決定された場合」が含まれていた。改正規定に先んじる決議の草案の文言と管轄権行使の条件に関する二つの規程草案の完全な文言は次の通りであった (ある)。

侵略犯罪

検討会議は

ローマ規程の第 12 条 1 を想起し、

ローマ規程の第 5 条 2 を想起し、

また 1998 年 7 月 17 日の国際刑事裁判所設立のための国連全権外交会議において採択された決議 F のパラグラフ 7 を想起し、

さらに侵略犯罪に関する継続的作業についての決議 ICC-ASP/1/Res. 1 を想起し、かつ侵略犯罪特別作業部会に対して、侵略犯罪に関する規定についての諸提案

を作ったことに謝意を表明し、

締約国会議がその決議 ICC-ASP/8/Res. 6 によって、侵略犯罪に関する規定についての諸提案を検討会議に考慮するように提供したことに留意し、

侵略犯罪に関する裁判所の管轄権をできるだけ早く有効にするよう決意し、

(1)国際刑事裁判所のローマ規程（以下、ローマ規程）第5条2に従って、この決議の付属書Iに含まれている規定に対する改正規定（amendments）を採択する。この改正規定は批准または受諾に開放され、第121条5に従って発効する。また締約国のいずれもその批准または受諾の前に第15条の二に言及されている宣言を行うことができる。

(2)この決議の付属書IIに含まれている犯罪の構成要件に対する改正規定を採択することを決定する。

(3)この決議の付属書IIIに含まれている上記の改正規定の解釈に関する了解を採択することを決定する。

(4)侵略犯罪に関する改正規定を裁判所が管轄権を行使するようになってから7年後に見直すことをさらに決定する。

(5)すべての締約国に対して、付属書Iに含まれる改正規定を批准または受諾するように要請する。

付属書I

…

第15条の二 侵略犯罪についての管轄権の行使（国による付託, *proprio motu*（自己の発意による捜査の開始）

(1)裁判所は、本条の規定に従うことを条

件として、第13条(a)および(c)に従い、侵略犯罪について管轄権を行使することができる。

(2)裁判所は、30の締約国による改正の批准または受諾から1年より後に行われた侵略犯罪についてのみ、管轄権を行使することができる。

(3)裁判所は、この規程の改正の採択に必要なものと同じ締約国の多数によって2017年1月より後に決定されるところに従うことを条件として、本条に従い、侵略犯罪について管轄権を行使する。

(4)裁判所は、第12条にしたがって、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年以内に当該締約国によって検討されなければならない。

(5)この規程の締約国でない国に関しては、裁判所は侵略犯罪について、それがその国の国民により、またはその国の領域内で行われた場合は管轄権を行使しない。

(6)検察官が侵略犯罪について捜査を進める合理的な根拠があると結論する場合には、まず、安全保障理事会が当該国により行われた侵略行為を認定したか否かを確認する。検察官は、裁判所に係属する事態について、関連する情報および文書を含めて、国際連合事務総長に通報する。

(7)安全保障理事会がそのような認定をし

た場合には、検察官は侵略犯罪について捜査を進めることができる。

(8)通報の日から6カ月以内にそのような認定が行われない場合は、予審裁判部門 (Pre-Trial Division) が第15条に規定する手続により侵略犯罪について捜査の開始を許可し、安全保障理事会が第16条に従って別段の決定をしないことを条件として、検察官は侵略犯罪について捜査を進めることができる。

(9)裁判所とは異なる機関によってなされた侵略行為の認定は、この規程に基づく裁判所自身の判断には影響を与えるものではない。

(10)この規定は第5条に掲げられている他の犯罪についての管轄権の行使に関する諸規定には影響を与えない。

...

第15条の三 侵略犯罪についての管轄権の行使 (安全保障理事会による付託)

(1)裁判所は、本条の規定に従うことを条件として、第13条(b)に従い、侵略犯罪について管轄権を行使することができる。

(2)裁判所は、30の締約国による改正の批准または受諾から1年より後に行われた侵略犯罪についてのみ、管轄権を行使することができる。

(3)裁判所は、この規程の改正の採択に必要なものと同じ締約国の多数によって2017年1月より後に決定されるところに従うことを条件として、本条に従い、侵略犯罪について管轄権を行使する。

(4)裁判所とは異なる機関によってなされた侵略行為の認定は、この規程に基づく裁判所自身の判断には影響を与えるもの

ではない。

(5)この規定は第5条に掲げられている他の犯罪についての管轄権の行使に関する諸規定には影響を与えない。

全体会合では代表団が最終的な協議をできるように最後の中断が行われた。その後、議長は議場に戻り、何かそれ以上するのではなくて、彼のこの最終的な提案が議場のコンセンサスを得ていると考えてよいかどうかと尋ねた。この後の物語はこの論文の読者には良く知られている。ヴィクトリア湖の素晴らしい眺望のある広いカンバラ会議リゾートのテラスは国際刑事裁判所規程の第一回検討会議の代表団たちが歴史的な偉業を祝う場となったのである。

5. カンバラの合意 (compromise) : 完ぺきを求めないこと (modesty) による躍進

法政策の問題として、ICC規程に侵略犯罪を含めるかどうかは論争のあるところだったのであり、批判的な論者は、交渉過程全体にわたって自らの声が聞こえるようにした。ここはその論争を続ける適当な場ではない。その代わりに、以下ではカンバラ合意のカギとなる要素について最初の評価を提供することにしよう。

A. 犯罪の定義

もし定義の評価のための基準が、それが「法典化の最も高い標準」に見合うかどうかという期待であるとするれば、ICC規程の第8条の二草案は合格できないだろう。決議3314の

第3条に言及したことは問題を残しているし、国家の犯罪的な武力の使用の本質はおそらく集団的意思 (collective intent) の要件を通じての方がより良く表現されただろう。しかし侵略犯罪の定義に対してそのような高度な標準を定めることはほとんどその犯罪を定義するというプロジェクトを放棄するのと同じに等しい。もしより現実的な尺度を選択するとすれば、どれだけのことが達成できたのかを認識するのは可能である。犯罪を狭く定義することは、ICCの管轄権の対象を集団的な司法介入を明らかに正当なものとする行為に限るべきだという、ICC規程の起草者たちの一般的なアプローチにそっている。より具体的には、「明らかな違法性」(‘manifest illegality’)は、残念ながら武力行使の禁止に関する第一次的規則がかなり不明確であるという事実を見据えてのものである。国際刑事司法という裏口を通じて、裁判所が現代国際安全保障法の主要な論争点について判断を下さなければならないといった任務によって過度な負担をかけられないように確保するための道具を、ICCの裁判官たちは与えられたのである。確かに定義はかなりの部分司法的洗練を受ける必要が残っている。特に敷居の要件についてそうである。この規範の中味をさらに解明するために、どの程度慣習国際法が助けになるかを探ることは将来の重要な課題である。いずれにせよ、2017年になればその違法性がかなり議論の余地のない大規模な武力の使用を開始することを決定する際にはいつでも刑事的処罰のリスクがあることが、国家の指導者たちに知らされた。交渉はもっと悪い結果しか得られなかったかもしれないのである。

B 管轄権の枠組み

1. 安全保障理事会 (の付託) に基づく柱
安全保障理事会が侵略犯罪の嫌疑を含む事態をICCに付託する権限を持つことについては争いがなく、ICC規程第15条の三草案はこの権限を認めている。興味深いことに、この規定は安全保障理事会が侵略行為の認定を行うことを要件とはしていないので、安全保障理事会が憲章第39条に基づく最重要の認定を行わないで、(ICCの検察官による)捜査に青信号を発することを望むことができるという考えを認めることになっている。これが憲章の第39条およびICC規程第13条(b)のもとでの安全保障理事会の実行にどのように影響するかは、国際安全保障法の将来の発展に関する大変興味深い問題である。重要なことは、裁判所の管轄権行使についての安全保障理事会の付託による柱については、カンパラの改正規定に対する国家の同意という要件には条件づけられていないということである。「第121条(5)を消極的理解 (negative understanding) で解釈する立場」をとる諸国家でさえ、侵略犯罪に対するICCの普遍的管轄権を起動させる安全保障理事会の権限については容易に認めていることは注目に値する。

2. 同意を基礎とすることを緩和した柱
(*The (Soft) Consent-based Pillar*)
交渉の中で最も複雑だったのは侵略犯罪に関する手続に関して安全保障理事会の独占 (monopoly) を認めるかどうかであった。第15条の二草案は締約国による付託と検察官の自己の発意による付託を扱うものであるが、安全保障理事会の独占という問題に対し

て否定的に答えており、予審裁判部門 (Pre-Trial Division) の特別の司法的フィルターを設定しただけで、(それをくぐれたら) すべての事件において捜査の開始を許可しなければならないとした。これ自体、ローマ規程の根源的な希望である国際刑事法の平等な適用という目標の観点からみると主要な達成であるといえる。しかし安全保障理事会の独占の維持というのは最も強力だったのであり、その結果、それを打ち砕くためには高い代償を払わなければならないかなかったのは驚くに値しない。部分的にはこの理由で第 15 条の二は非常に複雑な内容になっているのである。さらにその複雑さは ICC 規程の第 5 条(2)が第 12 条との関連において読むとそもそもその意味が根本的に曖昧であるということと、交渉過程においてこの不明瞭さを原因として生じた論争によって深まっているのである。カンバラの合意の採択の際に、日本は第 15 条の二草案は「非常に疑わしい法的な基盤」に基礎づけられていることに遺憾の意を表明した。そのような懸念は非常に深刻に受け止められる必要があり、この論文の中でそれに対して完全な回答を提供できると考えるのは野心的に過ぎるだろう。しかし、私たちはこの問題に幾つかの光を当てる謙虚な試みを行いたいと望んでいる。理想的にはこのことがカンバラの合意の最も繊細な要素に関する建設的な議論へ貢献するかもしれない。

第 15 条の二(4)草案の第一文は第 12 条の侵略犯罪に対する適用について規定している。しかしこの適用は、侵略犯罪は ICC の管轄権を受け入れないという宣言をそれまでに行っていない締約国によって侵された侵略行為から生じたものでなくてはならないという、か

なりの制限がつけられている。このことは次のことを意味する。第一に、裁判所は非締約国の侵略行為によって生じた侵略犯罪の容疑について管轄権を行使することはできないということである。この最初の制限は第 15 条の二(5)草案をいくらか不必要にすることになる。(5)が(4)に本質的に付け加えているのは、締約国であって侵略犯罪に関する改正を批准したが非締約国に対してオプト・アウトの宣言はしていない締約国によって行われた侵略行為から生じた侵略犯罪の容疑の事件に関しても ICC は管轄権を行使することができないというさらなる制限なのである。

次に、第 12 条の適用に対する第 15 条の二(4)草案の 2 つ目の制限は、管轄権の体制からそれまでにオプト・アウトしている締約国の侵略行為から生じた侵略犯罪の容疑について ICC は管轄権を行使することができないということである。しかしこの 2 番目の制限は裁判所が締約国の侵略行為から生じた侵略犯罪の容疑について管轄権を行使できるのは、その締約国が侵略犯罪に関する改正を批准または受諾したときに限る、ということの意味するのではないのである。第 15 条の二(4)草案の規定ぶりはそのような制限を示唆するのではなく、またこのような規定ぶりになった起源ともそのような制限は矛盾する。「オプト・アウト宣言」というアイデアはまさに 12 条(2)に基づく管轄権の体制を修正なしに適用する立場 (ABS 提案) と、厳格に同意に基づく体制を優先させる立場 (カナダ提案) との隙間を埋めるために考案されたのである。侵略行為を行ったとされる締約国の批准を不可欠とせず、しかし国家に対してオプト・アウトする権利を認めるのは、「緩和された同意

を基礎とする体制」(softened consent-based regime)ともいうべきものであり、それは二つの極のおよそ中間に位置し、その結果、合意に達するための適切な基盤だったのである。

しかし侵略国家が侵略犯罪に関する改正を批准したかどうかという要件は決議(enabling resolution)の本文の第一パラグラフの結果ではないかという意見もあろう。そのパラグラフでは侵略犯罪に関する改正は「第121条(5)にしたがって効力を生じる」と規定しているからである。この言及は第121条(5)の2番目の文章を含むとして読むことができるのであり、そして消極的理解(negative understanding)の立場に立つとすると、まさに侵略国家の批准を必要とすることになる。もしこれが実際に第121条(5)への言及の法的効果だとしたら、「オプト・アウトメカニズム」は妥協を成立させた能力を失ってしまう。さらに第15条の二(4)草案の主要なポイントは、まさにICCは原則として「第12条にしたがって」管轄権を侵略犯罪についても行使するということにある。もし侵略を行ったとされる国家の批准がすべての状況において要件とされるとしたら、この原則は完全に意味を失ってしまう。そうだとすれば、第15条の二(4)草案と決議の本文第一パラグラフとの間にまったくの矛盾が存在することを否定することは難しい。しかしより詳細に検討すれば、そのような矛盾する解釈は避けることができる。決議本体での第121条(5)への言及は効力の発生という特定目的のためであって、決議の第一文のみがその問題を扱っているのである。このように考えれば、決議本体と第15条の二(4)草案を調和的に解釈するこ

とは完全に可能であるし、そうすべきであり、それは後者の文言と交渉過程が示唆するものなのである。

残る問題としては、第12条(2)がいかに関係国にオプト・アウトしていない国家による侵略行為から生じた侵略犯罪の事件に適用されるかということである。分析のこの時点で決議の本文第一パラグラフが効果を発するのであって、つまり侵略犯罪に関する改正は第121条(5)によって効力を生じるという言明である。この規定の第一文ではこの規定による改正は「当該改正を受諾した締約国については、その批准書又は受諾書の寄託の後一年で効力を生ずる」としている。「(同意した)締約国に関する改正の発効」は本質的に何を意味するかというと、この締約国は今や第12条(2)に規定されている二つの管轄権の連結点のうちのどれかを裁判所に対して提供することができるということである。このことから以下のうちの一つの帰結が導かれる。つまり侵略を行ったとされる締約国が侵略犯罪に関する改正を批准すると、第12条(2)(b)にしたがって、被害者と思われる締約国の批准は関係がなくなる(immaterial)。もし侵略を行ったとされる締約国が侵略犯罪に関する改正を批准していないと、その時は被害にあった締約国の批准が必要となるのである。

全体としてみると、このような管轄権の体制はおそらく「ソフトに」同意に基づいた体制と呼ぶことができ、つまり「厳格に」同意に基づいた第121条(5)を消極的理解(negative understanding)とともに解釈した場合と区別できるだろう。日本が提起した重要な問題は、前者が強固な法的基盤に依拠しているかどうかということである。第15

条の二(4)草案の解釈は前述した (3 C. 3) いずれのモデルにも適合していない。強調すべきことは、それは「積極的理解 (positive understanding) で第 121 条(5)を解釈するモデル」についてもいえるということである。締約国がカンバラの合意で第 121 条(5)の第二文のこの解釈について合意しなくなかったことは、「ローマ規程第 8 条に対する改正」に関する決議の前文の第二パラグラフが、それが「積極的理解 (positive understanding)」を是認するものではないと述べていることから明らかである。また積極的理解による第 121 条(5)の解釈は侵略犯罪に限られるとする合意もなされていない。なぜならば積極的理解で第 121 条(5)を解釈するモデル以外では、非締約国によってなされたまたは非締約国に対して行われた侵略犯罪は ICC 規程第 15 条の二(4)および(5)草案の合同の効果によって裁判所の管轄権の範囲から排除されるからである。

したがって日本が、第 15 条の二草案に具体化された管轄権の体制が第 121 条(4)も(5)も反映したものではないために、創設的で、独自の (*sui generis*) な解決であるとしたことは正しい。カンバラ合意の「同意を基礎とすることを緩和した柱」はおそらく「採択」(adoption) と第 121 条(4)モデルを出発点とし、そのうえでこれらを第 121 条(5)に規定されている発効メカニズムとかなり射程範囲の広い管轄権行使の独自の (*sui generis*) セットで修正したものである。

重要な問題は、締約国は煩雑な第 121 条(4)に規定される解釈手続にまずよることなしに、このように創設的になる法的権限を持っていたかどうかである。私たちの考えでは、そのような権限は国家が交渉しなければなら

ない法的枠組がそもそも根本的に不明瞭であったことから必要なこととして存在していたと思う。それぞれがどのような優先順位を持っていた (持っている) としても、公平に見れば、第 5 条(2)と第 121 条の間の関係について満足いく説明ができるモデルは存在しないということを認めなければならない。法的行き止まりともいえる ICC 規程の第 121 条について言及することに直面して、「この犯罪について管轄権を行使する条件を定める」権限を与えているのだから、第 5 条(2)は締約国に対して、第 15 条の二(4)草案に至る道を作った独自の (*sui generis*) 体制を作り出す権限を与えていると解釈すべきである。第 15 条の二(4)草案の法的基礎は確かに盤石ではないが、しかし趨勢においてはできる限り強固なものである。理想的には、そして日本がこの方向で注意を喚起したのは正しいが、国家が第 15 条の二(4)草案の解釈について共通の理解に達することが望ましい。しかしもしそれが不可能であれば、問題が起きた時に裁判所による明確化を待つことを恐れてはならないだろう。

「同意を基礎とすることを緩和した柱」に基づく ICC の管轄権の範囲では、侵略犯罪はすべての文脈において平等に訴追されなければならないという大胆な期待にこたえることはできない。この犯罪に関する裁判所の管轄権行使の重要な制限は、疑いなく、非締約国によって行われた侵略行為から生じた侵略犯罪については無条件に排除したという点だろう。厳密に法的な観点からはこのような決定は不必要だったのであり、法政策的観点からは確かに嘆かわしいことだ。しかし侵略犯罪については他の国際法上の犯罪と同じように

扱うことに非常に力強い抵抗があったということが国際的生活の現実だった。このような極度に困難な状況にあっては、安全保障理事会に基づく管轄権の柱が国家の同意による柱によって補完されたことは称賛されるべきことだ。オプト・アウトメカニズムとともに第12条(2)を適用する決定を通じて、同意を必要とするという原則（principle of consent）の適用がいくらか和らげられたことは、カンパラ前に理性的に考えようとしたうえでの期待をしのぐものだった。

C. 侵略犯罪と補完性の原則

相対的にみると ICC 規程の補完性の原則が侵略犯罪の場合にはどのように適用されるのかという問題にはあまり関心が持たれなかった。これは 2004 年のプリンストン会議で議論され、ICC 規程の第 17 条以下は修正なしに適用されるべきだという見解が主流だった。カンパラではこの問題は米国代表団によって提起されたのだが、彼らは、「締約国がその国内法に定義を受容すると、管轄権の拡大的諸原則によっては、政府の役人が他国の裁判所で侵略の嫌疑で訴追されることを促進するのではないか」という懸念を表明したのである。了解第 5 はこの懸念に対する事実上の対応であると言える。すなわち：

改正は他国の行った侵略行為に関して国内管轄権を行使する権利または義務を創設すると解してはならないことを了解する。

一見したところ、この了解は、全く当然のことを述べているにすぎないように見える。

なぜなら ICC 規程は一般的に締約国に対して国内立法や裁判に関して何らかの権利や義務を創設するようには企図されていないからである。この了解の背後にある意図はより微妙である。一般的に言って、ICC 規程の補完性の原則の根底にある目標と言うのは、締約国は自分が ICC 規程第 5 条に掲げられている犯罪に対して、少なくとも ICC 規程第 12 条(2)(a)および(b)に言及されているような管轄権の基準（訳注一属地主義および積極的属人主義）によって当該犯罪に関係する場合は自らが管轄権を行使できる状態にしておこうということであった。了解第 5 が意味しようとするところは、同じ目標は、問題となる国家によって侵略行為が行われたことによって侵略犯罪が行われたという場合を除いては、侵略犯罪には当てはまらないということである。この了解の観点からは、国家は侵略犯罪に対して積極的属人主義に基づく以外は国内管轄権を整備することを求められていると思わなくてよいということである。この了解が将来、実際に国内立法に関して抑制的な効果を持つかどうかを見ていくのは興味深いことである。

6. 未来に向かって

明らかにカンパラの合意はすべての人をハッピーにするものではない。おそらくまた誰も完全にはハッピーにしないということも真実だろう。しかしおよそ一世紀に及ぶ活発な議論の後で、ICC 規程の締約国は侵略犯罪に対する裁判所の管轄権行使の基盤を準備する決定を行ったのであり、これをコンセンサスによって行ったのである。最終的な合意の欠

点と複雑さが何であれ、これは国際法の発展の中で画期的な出来事である。締約国と ICC を支持する NGO は合意を支え合うべきであり、2017年1月よりあとすぐに ICC の管轄権行使を有効にするという約束についていかなる疑いも残すべきではない。裁判所は自分の管轄権の対象にある他の犯罪に関する場合と同じように、侵略犯罪についても政治色を帯びないで管轄権を行使することができることを証明する機会が与えられるだろう。もしそれに成功すれば、国際社会の世論が ICC の管轄権が及ぶ範囲を拡大することについてそのソフトパワーを少しずつ行使し始めるかもしれないと考えることは非理性的ではない。Robert Jackson の有名なニュルンベルグの誓いは、この論文の冒頭でも触れたが、次のように述べている。

定期的に戦争がおこることを避けるための決定的な手段は、戦争が起こるのは国際的に法が機能しないという体制のもとでは不可避なのだから、国家の政治指導

者を法に対して責任を持つようにすることである。また明確にしておきたいのは、このことはドイツの侵略者たちにまず適用されたが、それが有益な目的に資するためには、他の国による侵略をも非難しなければならないし、それは今日は判決を下す側に座っている者達を含むのである。

この誓いは今も響き返している。カンバラの合意はその究極的な達成への扉を開いたのである。

(了)

注

- (1) 本学部教員
- (2) 大阪大学大学院法学研究科国際法専攻 博士後期課程
- (3) 原文にはないがローマ規程第 20 条(3)の文言を加えて訳出した。