

国際刑事裁判所（ICC）における受理許容性の審査

——判例法理の発展と、結論を異にしたリビアの2つの判決——

東 澤 靖

「補完性」は、おそらく国際刑事裁判所の性格を最もよく説明する概念だ。しかしながら、基本的な概念がしばしばそうであるように、その意味には解釈の余地があり、その理論的及び実際上の問題の全体像は、依然として明らかではない⁽¹⁾。

—シルヴィア・A・フェルナンデス・デ・グルメンディICC判事

1. はじめに
2. ICC規程における受理許容性の審査
 - 2.1 補完性の原則
 - 2.2 受理許容性の問題
 - 2.3 「意思」と「能力」の判断要素
 - 2.4 受理許容性の審査の時期
 - 2.5 受理許容性審査の適用範囲
3. 受理許容性の判断をめぐる初期の判決例
 - 3.1 裁判部の職権による受理許容性の審査——コニー事件
 - 3.2 被疑者・被告人の異議申立てに基づく受理許容性の審査—カタンガ事件とベンバ事件
 - 3.3 国家による異議申立てと「同一の行為の審査」(same conduct test) ——ルト事件
 - 3.4 まとめ
4. リビアの事件で示された判例法理
 - 4.1 リビアの事態におけるカダフィ事件とアルセヌシ事件
 - 4.2 サイフ・カダフィ事件——「同一の行為」の審査の対象
 - 4.3 アルセヌシ事件—受理許容性審査と人権保障
5. おわりに

1. はじめに

国際刑事裁判所（ICC）は、何よりもまず不処

罰の終了、すなわち、国際社会全体の関心事である最も重大な「犯罪を行った者が処罰を免れることを終わらせ」る（ICC規程前文第5段落）ことを目的として設置された。そのために、ICC規程

は、そのような最も重大な犯罪とされる集団殺害犯罪、人道に対する犯罪、戦争犯罪について詳細な犯罪類型と定義を備えて、そうした犯罪に対してICCが管轄権を持つことを明らかにした。そして、ICC規程の締約国にはICCの管轄権を無条件で受諾させるとともに（ICC規程12条(1)、以下、断りのない条文の引用はICC規程のもの）、ICCが捜査・訴追の対象とすべき事態について、締約国による付託、国連安全保障理事会（安保理）による付託、検察官の自己の発意による（*proprio motu*）捜査といった、管轄権を行使するための条件を詳細に定めている（12条～16条）。

しかし、以上のような管轄権の問題を解決した事態においても、ICCはその事態におけるすべての事件を捜査・訴追できるわけではない⁽²⁾。ICCが事件に対して管轄権を持っているとしても、捜査・訴追が許されない場合、それが受理許容性（*admissibility*）の問題である（17条）。受理許容性の問題は、次に詳しく述べるように、ICCの基本原則である補完性の原則（*principle of complementarity*）を具体化させるとともに、他方で刑事裁判権を行使する国家の責務を確保し、不処罰の格差（*impunity gap*）を防止するために設けられた⁽³⁾。そして、他方で補完性の原則の濫用を防止するために、受理許容性の審査は、国家に要求される「意思又は能力」要件の問題として知られてきた⁽⁴⁾。

本稿では、2014年にリビアの事態についてICCの上訴裁判部が行った受理許容性に関する2つの事件の判決を契機に、受理許容性をめぐるさまざまな問題を検討する。そのために、まず、ICC規程における受理許容性の判断の枠組みを概観し、次に受理許容性をめぐる初期の判例法理を概観し、その上でリビアの2つの事件を検討する。興味深いのは、それらの判例法理が、ICC規程が起草される際に想定された問題を超越して、さまざまな様相を示しているということである。ICC規程が想定していたのは、いうまでもなくICCと国家との間の刑事裁判権の競合であり、補完性の原則は、ICCとその介入を嫌う主権国家との間で両者の刑事裁判権を調整する装置として採用された⁽⁵⁾。

そして受理許容性の審査は、その調整を実現するための制度であった。しかし、実際にICCは、そこで始まった初期の事件において、国家が自国の刑事裁判権を放棄してICCに事件を委ねるという状況（いわゆる、自己付託）に直面した。そのような状況のもとで受理許容性の審査は、どのような意味を持ちうるのかが問われてきた。また、国家が異議を唱えないもとの、受理許容性の審査が被疑者・被告人にとってどのような意味を持つのかという問題も、次第に明らかになってきた。さらには、国家による刑事裁判を拒否して、むしろ積極的にICCでの捜査・訴追を求める被疑者・被告人にとって、受理許容性の審査はどのような役割を果たしうるのか、そのことが「適正手続」や人権保障を欠いているとされる国家の刑事裁判権をめぐって問題とされるようになった。そうしたさまざまな様相に直面した受理許容性の審査のあり方を、以下検討する。

2. ICC規程における受理許容性の審査

2.1 補完性の原則

ICCにおける受理許容性の問題は、前述したように、ICCの基本原則の一つである補完性の原則を具体的に制度化したものと理解されている。

補完性の原則は、ICC規程の前文において「国際刑事裁判所が国家の刑事裁判権を補完するものであることを強調し」（第10段落）として示され、さらに規程1条において、ICCが「国家の刑事裁判権を補完する」として定められている。すなわちICCが取り扱うのが、国際的に最も重大な犯罪であるとしても、ICC規程は、それに対する第一次的な刑事裁判権は国家に属することを認めて、ICCがそれを補完し、言いかえれば第二次的な刑事裁判権しか持たないことを前提としている⁽⁶⁾。

こうした補完性の原則は、ICCに先だって安保理決議のもとで設置された旧ユーゴスラビア国際刑事法廷（ICTY）やルワンダ国際刑事法廷（ICTR）などの特別法廷と比較した場合に、際だったICCの特徴である。ICTYやICTRの場合には、国家の刑事裁判権に対する優越的な地位が認めら

れ、国家の刑事裁判権を顧慮することなく、事件の捜査・訴追を行うことが認められていた。これに対して、ICC規程の交渉過程では、補完性の原則が重大な犯罪を行った者を裁判にかける最も有効で実行可能な制度となると理解されていた。つまり、国際的に重大な犯罪を防止し、訴追する国家の第一次的義務を補強すると同時に、国家がその義務を実行することができず、また怠る場合に生じる不処罰の格差を、ICCが補完して埋めることが期待されたのである⁽⁷⁾。補完性の原則は、ICCだけではなく、その後国連で発展していった「保護する責任」(Responsibility to protect: R2P)においても、重要な役割を果たしている⁽⁸⁾と指摘される。

このようにICCの基本原則とされる補完性の原則が実際に必要となるのは、ICCと国家とがいずれも刑事裁判権を持って競合していることが前提となる。そのため、補完性の原則は、具体的にはICCの管轄権の問題としてではなく、ICCが管轄権を持つことを前提とした上での、受理許容性の問題として扱われている⁽⁹⁾。すなわち、ICC規程17条は、「前文の第10段落及び第1条の規定を考慮した上で」、ICCが事件に管轄権を持ちながらも、裁判所が事件を受理しない決定をすべき場合を定めている。これは、補完性の原則のもとで、国内レベルでの国家の利益と司法的完全性を保護するために設けられたとされている⁽¹⁰⁾。この受理許容性の判断は、補完性の原則の具体化として、いわゆる、国家の「捜査又は訴追を真に行う意思又は能力」の有無の問題として知られているが、実際にはそれに限られていない。以下ではまず、この受理許容性について、ICCの判例法理やリビアの事件の検討に必要な限度で、その内容と手続を概観する。

2.2 受理許容性の問題

17条の受理許容性の要件は、一般に、①国家による捜査・訴追との競合(同条(1)(a)(b))、②他の裁判による一事不再理(同条(1)(c))、③十分な重大性の欠如(同条(1)(d))の3つに区別される。

①国家による捜査・訴追との競合は、まさに補

完性の原則のもとで国家の刑事裁判権を尊重する場合であり、当該事件が管轄権を持つ国家によって現に捜査・訴追されている場合、あるいは既に捜査されて訴追を行わないことを決定している場合に、当該事件についてICCでの受理許容性が否定される。ただし、この競合の場合には、但書きとして、国家に「捜査又は訴追を真に行う意思又は能力」がない場合には、ICCが事件を受理することになる。そしてこの但書きは、国家の刑事裁判権の名の下に国家が容疑者を保護することを認めず、それによってICC規程がその前文で謳う不処罰の文化の終了をめざすための象徴的な規定となっている。後に検討するリビアの二つの事件は、この「捜査又は訴追を真に行う意思又は能力」が初めて正面から、しかし本来想定されたとは少し異なる文脈で争われた事件となった。

②他の裁判による一事不再理は、①に比べてその趣旨を少し異にする。ここで受理許容性が否定されるのは、被疑者がICCでの訴えの対象となる行為について既に裁判を受けていて、かつ、ICCが一定の場合(20条(3)(a)(b))に該当しないと判断された場合である。その一定の場合とは、既にあった裁判が所定の要件を満たさない場合であるが、その内容は後に述べる「捜査又は訴追を真に行う意思又は能力」の判断基準と類似する。その意味で、②他の裁判による一事不再理という要件も、補完性の原則という国家の刑事裁判権の尊重から導かれたものとして理解することができる。他方で、一事不再理という要件は、国際人権法で一般に承認された刑事手続における人権であり(例えば自由権規約14条(7))、同時に被疑者・被告人の人権保障という側面をも持っている⁽¹¹⁾。

③十分な重大性の欠如は、ICCが「国際的な関心事である最も重大な犯罪を行った者」(前文、1条)を対象とすることから設けられたものである。しかしICCが受理する事件をそのように限定することは、補完性の原則から直ちに導かれるものではない。その意味でこの重大性の要件は、補完性の原則の実施のためではなく、むしろICC自身の内部的な理由、すなわち国際的に重大な犯罪を管轄権の対象とするICCの性格や現実的な事件

の処理能力などから導かれるものと考えられることができる⁽¹²⁾。

このように受理許容性の要件は、必ずしもすべてが補完性の原則に結びつけられるわけではない。しかし受理許容性に関する主要な審査は、言いかえれば国家の「捜査又は訴追を真に行う意思又は能力」の審査は、補完性の原則と密接に関連していることは間違いない。

2.3 「意思」と「能力」の判断要素

それでは、「捜査又は訴追を真に行う意思又は能力」を、裁判所はどのような要素に基づき判断するのか。ICC規程は、その「意思」と「能力」について、それぞれの判断要素を列挙している(17条(2)(3))。

まず、「意思」の判断要素として挙げられているのは、(a) 国家の行為が「刑事責任から被疑者を免れられるために」のものであること(被疑者保護の目的)、(b) 「裁判に付する意図に反する手続上の不当な遅延」(手続の不当な遅延)、(c) 手続が独立・公平性を欠き、裁判に付する意図に反する方法によるものであること(独立・公平性の欠如)である(17条(2))。さらに同項の頭書きにおいて、これらの要素を判断する際には、「国際法の認める適正な手続の原則を考慮」すること(適正手続原則)が求められている。この適正手続原則が「意思」の判断においてどのような意味を持つのか、言いかえれば適正手続を欠いている国内の捜査・訴追は、「意思」が否定されることになるのか、同項の文言からは、必ずしも明らかではない。この点が後に検討するように、リビアのアルセヌシ事件において正面から問題とされることになった。

次に「能力」の判断要素としてあげられているのは、「司法制度の完全又は実質的な崩壊又は欠如のために」、手続を行うことができない(被疑者の確保や必要な証拠・証言の取得ができないことを含む)こと(司法制度の崩壊・欠如)とされている(17条(3))。しかし、司法制度の崩壊・欠如とは実際にはどの程度のもを指すのか、さらに必要な証拠・証言の取得はどの程度不可能であ

れば「能力」がないと判断されるのか、などといった問題は、同項の文言解釈や前提としての事実の評価に大きく関わってくる。

以上のような意味において、補完性の原則を具体化した「捜査又は訴追を真に行う意思又は能力」の解釈や認定は、受理許容性審査における重要な問題として残ることになった。

2.4 受理許容性の審査の時期

以上に概観した受理許容性の審査について、ICC規程上は、2つの手続が設けられている。一つは、検察官が締約国の付託や検察官の自己の発意によって捜査に着手する際に行われる、予審裁判部の予備的な決定であり(予備的な決定: 18条)、これは検察官が、捜査着手の意図を伝えた国家から自国内で捜査があることの通報を受けたにもかかわらず、なおICCでの捜査を意図する場合に、予審裁判部に受理許容性の判断と捜査の許可を求める手続である(同条(2))。もう一つは、実際の事件が提起された後に、裁判所が自らの職権によって、あるいは検察官の申請、または関係者(被疑者・被告人、国家)の異議申立に基づいて、受理許容性の決定を行う手続である(異議申立て等による決定: 19条)。

しかしながら、ICCの先例においては、これらの予備的な決定や異議申立て等による決定とは別に、予審裁判部が逮捕状の発付の際にも、受理許容性に言及し、またはそれを判断することがあった。逮捕状の発付の際に予審裁判部に審査が義務づけられているのは、ICC規程上は、対象の犯罪がICCの管轄権の範囲内にあること、その犯罪を行ったと信ずるに足りる合理的な理由が存在すること、そして逮捕を必要とする所定の事由があることでしかない(58条(1))。しかし、ICC最初の逮捕状発付事件であるウガンダ共和国(ウガンダ)の事態でのコニー他事件(Prosecutor v. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo and Dominic Ongwen)で、第2予審裁判部は、特に理由を付すことなく受理許容性を認めた上で逮捕状を発付した(2005年7月12日)。また続いて、後にICC初の有罪判決につながったコンゴ民主共和国

(DRC) の事態でのルバンガ事件 (Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo) において、第1予審裁判部は、国内手続の有無と事件の十分な重大性は逮捕状発付の前提条件であるとして、受理許容性があることを判断した上で、逮捕状を発付した(2006年3月9日)。特にこのルバンガ事件の審査では、ICCの捜査と国家の捜査の競合の有無を判断する基準として、後に検討する「同一の行為の審査 (same conduct test)」を初めて用いたことが特記される。

このような逮捕状発付段階での受理許容性の是非は、その後間もなくDRCの事態でのンタガンダ事件 (Prosecutor v. Bosco Ntaganda) で検討されることになった。ンタガンダ事件では、第1予審裁判部が、ルバンガ事件と同様の審査を行い、ンタガンダ事件には十分な重大性がないと判断して逮捕状の発付を拒否していたため(2006年2月10日)、検察官が上訴して、上訴裁判部がその点を審査することとなった。上訴裁判部は、検察官の上訴を容れて原審の決定を破棄したが、その際に逮捕状発付段階での受理許容性審査についても、その是非を判断した⁽¹³⁾。すなわち、上訴裁判部は、逮捕状発付の審査において予審裁判部がその判断で受理許容性を審査することは必要条件ではないことを明らかにした上で、他方、予審裁判部がその職権で受理許容性を審査することは可能であるが、逮捕状発付という検察官と裁判部だけの一方的な (ex parte) 手続においては被疑者が参加していないという状況を考慮して、「事件が明白に受理許容性を欠くことを示す争いのない事実、あるいは職権審査の行使を必要とする外見上の理由」に基づくなど適切な場合に限られる、として第1予審裁判部の規程17条(1)(d)の解釈には誤りがあると判断した⁽¹⁴⁾。しかし上訴裁判部は、自ら受理許容性の判断はせずに、逮捕状発付要件の審査を再度行うように事件を第1予審裁判部に差し戻した⁽¹⁵⁾。その後、第1予審裁判部は、ンタガンダに対する第1次の逮捕状を発付した(2006年8月22日)⁽¹⁶⁾。

2.5 受理許容性審査の適用範囲

なお、受理許容性を争う手続きをめぐって、ICCに提起される事件は常に補完性の原則が適用されるか、言い換えれば安保理の決議による付託事件についても国家の刑事裁判権の尊重が求められるのかという問題がある。

ICCが事態について管轄権を行使するためには、前述のように締約国による付託、検察官による自己の発意捜査と並んで、国連安保理による付託がある(13条)。そして、受理許容性に関する、予審裁判部の予備的な決定(18条)に関する規定は、それが行われる場合を締約国付託と検察官の自己の発意捜査の場合に限定している。予備的な決定の手続においては、検察官は捜査に着手する際に、すべての締約国や裁判官を行使しうる国に通報して、各国の反応を待つこととされているが、安保理付託事件にはそれが要求されていない。他方で、受理許容性についての異議申立て等に関する規定(19条)では、そのような限定は付されていない。

予審裁判部の予備的な決定の起草過程において、安保理付託の場合が除かれたのは、安保理の国連憲章第7章決議に基づく付託に国連全加盟国が協力する義務を負うことが共通認識であったことが指摘されている⁽¹⁷⁾。しかし同じ根拠に基づけば、安保理付託の事態については国家の裁判権に対する優越性を認めて、受理許容性審査をそもそも不要とし、あるいは国家による異議申立ても認めないと解釈することも不可能ではない。しかし、ICCの検察官は、安保理から2005年に付託されたスーダンのダルフルの事態に関する安保理への報告書で、その事態に関する事件についても受理許容性の検討を行うという方針を繰り返し表明し、安保理の理事国からは異議は述べられなかったという⁽¹⁸⁾。そして、ここで検討するリビアの受理許容性をめぐる2つの事件についても、これらは安保理の付託に基づくものであったが、リビア政府の異議申立てに対して裁判所は、何の留保もなく受理許容性の問題を判断している。このことは、ICCの基本原則である補完性の原則は、どのイニシアティブによって開始されても常に適用

され、受理許容性の審査が必要となることを示している。

以上、ICC規程における受理許容性の審査の概要を見てきたが、それが裁判例の中で、どのように解釈適用されてきたのかを、次に検討する。

3. 受理許容性の判断をめぐる初期の判決例

ICCの初期の段階では、受理許容性の問題は本格的な司法審査の対象とはなっていない⁽¹⁹⁾。ローマ会議では、ICCと国家の刑事裁判権との関係に多くの議論が費やされたことを考えれば、そのことは驚くべきことかもしれない⁽²⁰⁾。しかし、実際にICCの初期に扱われた事件は、ウガンダ、DRC、中央アフリカ共和国（CAR）など、刑事裁判権を持つ国家自身が事態を付託するという自己付託に基づく事件であった。そのため、ICCでの事件の受理許容性に国家自身が異議を申し立てるといふ、規程の起草時に想定された問題は顕在化しなかった⁽²¹⁾。しかしそれでも、受理許容性の問題は、裁判部による職権の審査として、あるいは被告人の異議申立により審理の対象となることがあった。

3.1 裁判部の職権による受理許容性の審査 ——コニー事件

前述の一方的な逮捕状発布の審査とは異なる、対審的な受理許容性の審査は、ウガンダのコニー事件（Prosecutor v. Joseph Kony et al.）で、裁判部の職権による審査によって行われた。コニー事件は、ICCで最初の逮捕状発布事件（2005年）であるにもかかわらず、現在にいたるまでその逮捕状は執行されず、被疑者の身柄も確保されていない。その間、被疑者らが所属したとされる反政府勢力、神の抵抗軍（LRA）とウガンダ政府との間で和平協議が行われ、2008年2月の両者の合意の一環としてその紛争下の重大な犯罪を裁くウガンダ高等裁判所特別部門が同国内に設置されることになった。

そのような情勢の変化を受けて、第2予審裁判

部は、同年10月に自らの職権で、受理許容性の問題についての審査を開始した⁽²²⁾。同裁判部は、審理を尽くすために被疑者らの利益のために行動する弁護人を指名し、受理許容性を否定する弁護側の主張を踏まえてその決定を行った⁽²³⁾。この審査にはウガンダ政府も書面を提出し、和平協議の結果の合意書は未だ執行されていないとして、ICCの受理許容性を認める主張をしていた⁽²⁴⁾。

第2予審裁判部は、上記のウガンダの裁判所特別部門は、未だその基礎となる実体法や手続すら実施されていないという事実のもとで、「関係国家机关側の完全な無活動状態（total inaction）」は逮捕状発付の時と同じだと認定して、当該事件には、引き続き受理許容性があると判断した⁽²⁵⁾。

なお、弁護側は、上記のウガンダ事件上訴裁判部判決に依拠して、被疑者自身が参加せず、弁護人が被疑者と接触もしていない状況で受理許容性審査を行うことの合法性に対しても異議を唱えた。しかし同裁判部は、被疑者が後に実際に出席して受理許容性を争うことが妨げられるわけではないので、その権利は損なわれていないとしてその異議を退けた⁽²⁶⁾。

この決定に対しては、受理許容性の有無ではなく、職権でその審査を開始した手続の問題について弁護側から上訴が提起され、そこでは前述のウガンダ事件の際に上訴裁判部が示した判断との整合性が問題とされた。しかし上訴裁判部は、本件は重大性の審査ではなく競合する国家の手続の存否に関する判断である、逮捕状審査と異なり本件の職権審査では弁護人が出席しているなど、ウガンダ事件上訴裁判部判決との違いを強調して弁護側の上訴を退けた⁽²⁷⁾。

結局のところ、この受理許容性審査においては、ICCの受理許容性をウガンダ政府自身が認める書面を提出していたこともあり、国家の刑事裁判権との競合という意味での受理許容性の存否は、重要な争点とはならなかった。

3.2 被疑者・被告人の異議申立てに基づく受理許容性の審査——カタンガ事件とベンバ事件

受理許容性の問題は、2009年に、すでにICCに逮捕されて犯罪事実の確認手続も終了し、公判手続に移行していたDRCのカタンガ事件 (Prosecutor v. The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui) において、弁護側が第2公判裁判部⁽²⁸⁾ に対して異議申立を行うことによって本格的な争点となった。

弁護側がICCの受理許容性を争って主張したのは、主に、予審裁判部が逮捕状発付に際して用いた「同一の行為の審査」は誤りであること、そして、その審査基準のもとでもDRCは実際に競合する捜査を行っているというものであった⁽²⁹⁾。しかし、この異議申立手続に参加したDRC政府は、ICCの逮捕状に記載された事件についてカタンガ被告人を捜査したことはないと認めていた⁽³⁰⁾。

第2公判裁判部は、国内の捜査・訴追がなされているかどうかを判断せず、むしろDRC政府にカタンガ被告人を裁判にかけようとする意図があるかどうかを検討し、同政府の声明などを考慮して、DRC政府にはカタンガ被告人を訴追する「意思がない」と認定して受理許容性を認めた⁽³¹⁾。

この決定に対して弁護側が上訴したが、その主な主張は、たとえ刑事裁判権を持つ国家が、被告人についてICCでの捜査・訴追を望んでいたとしても、そのことは国家の「意思又は能力」を否定することにはならないということであった⁽³²⁾。このように国家による捜査・訴追の「意思」が問題にされたかに見える審査であったが、上訴裁判部は、異なる観点から受理許容性を認めて、第2公判部の決定を是認した。

主要な認定

- (1) 規程17条(1)(a)と(b)のもとで、意思または能力がないという問題は、①受理許容性の異議申立てに関する手続の時点で、裁判所での事件を受理許容ではないとすることができる国内の捜査または訴追があるとき、または、②そのような捜査があつて、管轄権を持つ国

家はその関係者を訴追しないと決定したときのみ考慮される。

- (2) 管轄権を持つ国家の側の無活動状態 (inaction) は、規程17条(1)(d)には従いながらも、裁判所における事件を受理可能なものとする⁽³³⁾。

すなわち上訴裁判部によれば、この事件では異議申立ての時点でDRC国内における捜査・訴追は存在せず、DRC当局は訴追を行わないことを決めているので、「意思又は能力がないことについての問題は、本件では生じない」⁽³⁴⁾。そのため、第2公判裁判部の決定や弁護側が提起した「意思」の問題を判断するまでもなく、事件の受理許容性が認められるというものだった。そして、弁護側が提起していた、国内の捜査・訴追との競合を判断するために予審裁判部などが用いてきた、後に検討する「同一の行為の審査」についても、「上訴裁判部は、本件の上訴において、『同一』の事件が国内手続の対象であるかを決定するために予審裁判部が用いた『同一の行為の審査』の正確性について取り組む必要はない。」と述べて、その点の判断を回避した⁽³⁵⁾。

この上訴裁判部の判決で特徴的なことは、受理許容性に関する規程17条(1)(a)(b)の審査を、二段階の審査として整理したことである。すなわち、それぞれの条文が本文と但書きに分かれていることに対応して、国家の側の捜査・訴追の存否という第一段階の審査と、国家の側の捜査・訴追を「真に行う意思又は能力」の有無という第二段階の審査とに区分し、第1段階の審査で国家の側の無活動状態が認定されれば、第二段階の審査を行うことなくICCの受理許容性を肯定するというものであった。

その後も翌2010年に、すでにICCに逮捕されて犯罪事実の確認手続も終了し、公判手続に移行していたCARのベンバ事件 (Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo) において、弁護側が、受理許容性と手続濫用を問題とする申立てをおこなった。ベンバ事件の場合、CAR政府が、ICCに事態を付託するに際して、いったんは始まっていた

国内手続を停止して、ベンバをICCに移送したという経緯があった。しかし第3公判裁判部は、受理許容性を否定する17条のいずれの要件にも該当しないとして受理許容性を認めた⁽³⁶⁾。弁護側は、DRCの国内手続ではベンバ被告人を訴追しないという決定（17条(1)(b)）がなされていたなどと主張して上訴したが、上訴裁判部は、国内手続でそのような決定は存在しないと認定した第3公判裁判部の決定に誤りはないとして上訴を退けた。この際、弁護側は、CAR政府に「能力」がないとした第3公判裁判部の認定も問題にしていたが、上訴裁判部は、カタンガ事件の先例にならって、異議申立の時点で国内の不訴追決定が存在しない以上、「能力」の問題を判断する必要はないとした⁽³⁷⁾。

3.3 国家による異議申立てと「同一の行為の審査」(same conduct test) ——ルト事件

国家自身が国内手続の存在を主張して、ICCの受理許容性を争った最初の事件は、ケニア共和国(ケニア)のルト事件(Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang)である⁽³⁸⁾。ケニアでの選挙結果をめぐる2007年～2008年の暴力行為に関するケニアの事態は、ICCが手続を開始した事件の中では初めて、検察官の自己の発意(15条)によって開始された事件であり、2010年3月に第2予審裁判部が検察官の捜査を許可することによって捜査が開始された。そして開始されたルト事件が第2予審裁判部の犯罪事実確認の審理手続にあった2011年3月、ケニア政府は、同国で開始された憲法・司法の改革あるいは捜査手続が開始されたことなど主張して、ICCの受理許容性に対して異議申立を行った⁽³⁹⁾。これに対して第2予審裁判部は、ケニア政府の報告には、被告人に対する確固たる捜査過程が何ら含まれていないと判断して、競合する国内捜査が存在するとの同政府の主張を退けて、ICCでの受理許容性を認めた⁽⁴⁰⁾。この審査においては、初めて国家の側が国内捜査の存在を主張し、その捜査の存在によってICCの受理許容性が否定されるかどうか

が問題となった。

ケニア政府は、第2予審裁判部の決定に対して上訴を行ったが、上訴裁判部は、競合する国内刑事裁判権との関係について以下のような解釈を打ち出して、その上訴を退けてICCの受理許容性を認めた⁽⁴¹⁾。

主要な認定

- (1) 裁判所が逮捕状または召喚状を発付する時、事件が規程17条(1)(a)のもとで受理許容でないとするためには、国家の捜査が、裁判所の手続において主張されている同一の個人と実質的に同一の行為を包摂しなければならない。この文脈で、「捜査されている」という用語は、例えば証人や被疑者の聴取、文書証拠の収集または法医学的分析の実行によって、当該個人がその行為に責任があるかどうかを確かめることに向けられた段階を踏むことを示さなければならない。
- (2) 国家が事件の受理許容性に異議申立を行う場合、国家は裁判所に、当該事件が確かに捜査されていることを示す十分な程度の特定性と証明価値を持つ証拠を提供しなければならない。捜査が進行中だと主張するだけでは十分ではない。
- (3) 証拠及び手続に関する規則の規則58の明示の定めを除き、受理許容性の異議申立を担当する裁判部は、異議申立に関連した手続をどのように行うかを決定することについて、広範な裁量を享受する。

この判決で注目すべきなのは、すでに述べたカタンガ事件の判決において上訴裁判部が判断を回避していた、「同一の行為の審査」について、「予審裁判部が適用した『同一の人物／行為』の審査は正しい審査だった」ことを認めて⁽⁴²⁾、自ら、「実質的に同一の行為」(substantially the same conduct)の審査を用いることを明言した点にある。そして、その点の審査のために、「事件の受理許容性を争う国家は、当該事件に受理許容性がないことを示す立証責任を負う。この責任を果た

するために、国家は、実際に捜査を行っていることを示す十分な程度の特異性と証明価値のある証拠を裁判所に提供しなければならない。」とした⁽⁴³⁾。その上で、上訴裁判部は、ICCに訴追された被疑者について国内捜査が行われていることが、ケニア政府によって証明されていないという原審の認定を追認した⁽⁴⁴⁾。

なお、この上訴裁判部の判決に対しては、Ušacka 裁判官の反対意見が付されている⁽⁴⁵⁾。同裁判官は、第2予審裁判部は、ケニアの主権的な権利と補完性の原則を完全に考慮することをしないまま、継続する捜査状況資料の提出のために時間を求めるケニア政府の要求を手続の迅速性を理由に拒否するなど、その裁量権を濫用した手続的違法があったので際し戻すべきだと主張した⁽⁴⁶⁾。

また、同じケニアの事態でのケニヤツタ事件 (Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta) についても、第2予審裁判部と上訴裁判部によって、それぞれ同日にほぼ同じ内容の決定と判決がなされている⁽⁴⁷⁾。

3.4 まとめ

受理許容性の審査は、補完性の原則を具体化するものとしてICC規程に組み込まれ、国家の主権に基づく刑事裁判権を尊重しながらも不処罰の格差を防止するために導入された。しかし、その中心的な審査として知られる、国家の捜査・訴追を「真に行う意思又は能力」の審査は、以上に見てきたようにICCの先例では行われることはなかった。

むしろICCの初期の受理許容性審査で問題とされたのは、事件に管轄権を持つ国家の側の無活動状態 (inactionあるいはinactivity) であり、17条にはまったく記載されていないその点が、受理許容性審査の中心となっていた⁽⁴⁸⁾。このことは、もちろんICCの初期の事件が、ウガンダ、DRC、CARなど、自国内の事態を自らICCに付託すること (自己付託) によって始まったこととは、無縁ではない。コニー事件で予審裁判部が自らの受理許容性の審査をした際にも、あるいはカタंगा事件やベンバ事件で被告人が異議申立てによって受

理許容性の問題を提起した際にも、自国の事態を付託した国家の側は、競合する捜査・訴追の存在を主張することはせず、ICCの受理許容性を国家の側から争うことをしなかった。そしてそのような状況は、カタंगा事件上訴裁判部判決による二段階審査、すなわち国内の捜査・訴追が存在しなければ受理許容性は肯定され、「真に行う意思又は能力」の審査を行う必要はないという法理によって整理されることになった。そのため、「真に行う意思又は能力」の審査は、自己付託の事態における事件については、正面から行われることはなかった。

もう一つ、ICCの初期の先例によって正面から取り組まれることがなかった問題は、仮に国内で同じ被疑者・被告人に対する捜査・訴追が存在するとしても、それがICCの刑事裁判権と競合する「当該事件」(17条(1)(a)(b))、言い換えれば「同一の事件」であることをどのように判断するのかという点であった。

この点についてICCの予審裁判部は、早くから逮捕状発付の審査において、「同一の行為」の審査を用いていた⁽⁴⁹⁾。例えば、前述のルバンガ事件 (Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo) の逮捕状発付に関する決定で、第1予審裁判部は、ICCの事件の受理許容性が否定されるためには、「国内手続が、人物と、裁判所 (著者注ICC) の事件の対象とされる行為との両方を包含しなければならない。」と判断していた⁽⁵⁰⁾。同様の基準は、後のスーダンのハルン事件 (Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman) の逮捕状発付に関する決定でも用いられている⁽⁵¹⁾。しかし、「同一の事件」かどうかを審査するために、「同一の行為」の審査が正しい解釈なのかどうかという問題は、前述のカタंगा事件で上訴裁判部が判断を回避したように、自己付託の事態に関する諸事件において、上訴裁判部は明確な判断を示さなかった。そして、国家の側がICCの受理許容性を本格的に争うというケニアのルト事件にいたって初めて、上訴裁判部は「同一の行為」の審査が正しいことを認めて、自ら「実質的に同一の行為」という審査を打ち出し

た。

しかし、受理許容性審査のための同一の事件性の審査を、同一被疑者・被告人の「同一の行為」が国内で捜査・訴追されているかどうかによって判断するというのは、必ずしも自明のことではない。ICCの捜査と国内の捜査とが異なる進行段階にある場合、両者が同じ出来事を捜査していても国内捜査がまだ十分に被疑者の行為を特定できていない場合もある。そのような場合に、「同一の行為」を厳格に解釈すれば、結果的にはICCの受理許容性を広く認める結果となる。ルト事件において上訴裁判部判決が示したように、受理許容性を争う国家の側に立証責任を課し、十分な特定性と証明価値を持つ証拠の提供を国家の側に要求するのであれば、なおさらである。このような解釈が、果たして国内の刑事裁判権に第一次的な権限を認める補完性の原則の具体化として妥当であるのかどうか。ケニアの主権的な権利と補完性の原則を完全に考慮すべきことを理由に、ルト事件で反対意見を述べたUšacka裁判官の問題提起が、本来ここでは検討されなければならなかった。そして、実際には、「実質的に同一の行為」という審査基準を示した上訴裁判部や下級の裁判部が、補完性の原則の下でこの基準をどのように具体化していくのかという問題も残されることになった。

以上の問題に対し、さらに踏み込んだ方向性を示し、さらには、「真に行う意思又は能力」という受理許容性の中心的な審査に向き合うことになったのが、以下に述べる、リビアの事態に関する2つの事件である。

4. リビアの事件で示された判例法理

4.1 リビアの事態におけるカダフィ事件とアルセヌシ事件

2010年末から2011年にかけて、北アフリカや中東地域で発生したアラブの春は、まだ記憶に新しい。チュニジアやエジプトに引き続いて、リビアで起こった民衆の蜂起と政権側の弾圧に対し、国連安全保障理事会（安保理）は、民衆蜂起からわずか10日後の2011年2月26日、安保理決議1970に

よってリビアの事態をICCに付託した⁽⁵²⁾。引き続いて採択された同年3月17日の安保理決議1973は、リビアに対する武力行使を国連加盟国に認めさせた⁽⁵³⁾。この決議を受けて、フランス、イギリス、アメリカがリビアに対する空爆を中心とする攻撃を開始し、この攻撃は後にNATOに引き継がれ、アラブ地域の国々からの参加もあった。その結果、反体制派が同年8月23日に首都を制圧してカダフィ大佐率いる政権が崩壊し、10月20日にはカダフィ大佐が射殺され、10月23日には、国民評議会によるリビア全土の解放が宣言された。その後、移行政府内閣のもとで制憲議会選挙や制憲議会招集などの民主化プロセスが開始されたが、現在にいたるまで新しい憲法は制定されていない。逆にリビアの国内状況は、現在にいたるまで、民兵勢力による戦闘、あるいは民族派とイスラム派による抗争が継続している状況である⁽⁵⁴⁾。

他方で、安保理決議1970を受けて、わずか3ヵ月後、まだリビアの旧政権が崩壊する前の2011年5月16日に、ICCの検察局は逮捕状を請求し、6月27日に、第1予審裁判部が逮捕状を発付した⁽⁵⁵⁾。この逮捕状は、後に射殺されたムアマル・モハメッド・アブ・ミニヤール・カダフィ（カダフィ大佐）、その次男のサイフ・アル・イスラム・カダフィ（サイフ・カダフィ）及び情報機関幹部であったアブドラ・アルセヌシ（アルセヌシ）の3名に対するものであった。逮捕状の容疑は、カダフィ大佐とサイフ・カダフィは、2011年2月15日から少なくとも同月28日までの間にリビア全土で行われた、そしてアルセヌシは、2011年2月15日から少なくとも同月20日までの間にベンガジで行われた、人道に対する犯罪としての殺人（7条(1)(a)）及び迫害（7条(1)(b)）について、間接共同犯罪実行の責任⁽⁵⁶⁾があるというものだった。

このうちカダフィ大佐に対する事件は、同人の死亡に伴い中止された。そしてサイフ・カダフィは、同年11月19日にZintan地域の民兵組織によって拘束され、その拘束は現在まで続いている⁽⁵⁷⁾。アルセヌシは、翌2012年3月にモーリタニアの空港で逮捕された後、同年9月にリビア政府に引き

渡され⁽⁵⁸⁾、同政府のもとでの拘束が続いている。リビアの新政府（以下、「リビア政府」）は、両名のICCへの引き渡しを拒み続けていたが⁽⁵⁹⁾、2012年5月1日にいたって、ICCにおける事件の受理許容性に対し異議申立てを提起した。

この異議申立てについて、サイフ・カダフィ事件とアルセヌシ事件のそれぞれについて審理が行われ、第1予審裁判部は、サイフ・カダフィ事件についてはICCの受理許容性を認める決定を行い（2013年5月31日、以下、「サイフ・カダフィ原審決定」）⁽⁶⁰⁾、他方でアルセヌシ事件については、リビア政府が同事件の捜査・訴追を行う「意思又は能力」がないとは言えないとして受理許容性を否定する決定を（2013年10月11日、以下、「アルセヌシ原審決定」）⁽⁶¹⁾、それぞれ行った。アルセヌシ原審決定には、その結論に同意しながらも、リビアの安全状況に懸念を示す裁判官1名の宣言が附されている⁽⁶²⁾。

これらの第1予審裁判部の決定について、サイフ・カダフィ原審決定に対してはリビア政府が上訴を提起した。また、アルセヌシ原審決定に対しては、アルセヌシの弁護人が上訴を提起した。そしていずれの事件についても、リビア政府、検察官、弁護人そして被害者代理人の4者を含めた審理の上、上訴裁判部は、いずれの事件についても原審決定を是認して上訴を棄却する判決を行った。すなわち、サイフ・カダフィ事件については、上訴裁判部が2014年5月21日に判決を行い（以下、「サイフ・カダフィ上訴判決」）⁽⁶³⁾、この判決には、その結論には賛成するSong裁判官の個別意見⁽⁶⁴⁾と、結論に反対するUšacka裁判官の反対意見⁽⁶⁵⁾が附されている。また、アルセヌシ事件については、上訴裁判部が2014年7月24日に判決を行い（以下、「アルセヌシ上訴判決」）⁽⁶⁶⁾、この判決には、その結論には賛成するSong裁判官の個別意見⁽⁶⁷⁾とUšacka裁判官の個別意見⁽⁶⁸⁾が附されている。

これらの事件での大きな争点は、リビア政府が両名については自国の司法機関において事件の捜査と訴追を行う意思と能力があるとして、ICCの事件としての受理許容性を否定し、両名のICCへ

の引渡しを拒んでいたと言う点にある。これに対して、ICCから指名された両名の弁護人は、いずれの事件においても、リビア政府の現状では公正な裁判が実現されることは困難であること、さらには死刑の可能性も含めて被告人の人権が保障されていないことを主張し、事件がICCで審理されるべきことを主張していた⁽⁶⁹⁾。そして、ICCの検察官は、リビア政府が両名を自国内で捜査・訴追することについて、むしろ柔軟な態度をとってきた⁽⁷⁰⁾。こうしたそれぞれの立場が、事件の受理許容性というICCで事件を進めるための要件をめぐって争われることになった。そして、アルセヌシ事件においては、前述のようにICCにおいて初めて、受理許容性を否定する判断が確定したのである。以下、それぞれの事件についての受理許容性をめぐる予審裁判の決定や上訴裁判部の判決の中で、特徴的な点を概観する。

4.2 サイフ・カダフィ事件——「同一の行為」の審査の対象

4.2.1 予審裁判部の決定

サイフ・カダフィ事件では、前述のとおり第1予審裁判部が、ICCの事件の受理許容性に対してリビア政府が提起した異議申立てを退けた。その際、同予審裁判部は、ルト事件の上訴裁判部判決の「実質的に同一行為の審査」に依拠した上で（paras. 61, 73、以下この節でのパラグラフの引用は、第1予審裁判部決定のもの）、ICCの逮捕状では、リビア全土で行われた犯罪についてのサイフ・カダフィの支配（control）の責任が問題とされていることに照らし、リビア国内の捜査がICCの逮捕状が言及する殺人や迫害とまったく同じ行為を含むべきだと考えるのは相当ではないと判断した（paras. 82, 83）。また、国内の捜査・訴追が通常犯罪の名の下になされていて、ICCの逮捕状の罪名が異なっている、それだけでICCでの事件が受理許容となるわけではないことを認めた上で（para. 88）、リビアの関係国内法と実際に行われている捜査を比較検討した（para. 107）。その上で同予審裁判部は、リビア当局によって

サイフ・カダフィの刑事責任を追及するための一定の行動が取られているものの、提出された資料によっては、サイフ・カダフィに対する国内捜査の範囲 (scope) が同一の事件を包摂していると言えるかどうか「実際の輪郭 (actual contours) を見分けることができない」と結論づけた (paras. 132, 135)。

カタンガ事件とルト事件で上訴裁判部が示した二段階審査の法理に基づけば、この事件でも第1予審裁判部は、以上の認定に立って、刑事裁判権の競合は存在しないと判断し、それだけでリビア政府の申立てを退けることは可能だったはずである。しかし同予審裁判部は、さらに進んで「真に行う意思又は能力」の判断に進んだ。そして、同予審裁判部は、結論としてリビア政府には捜査・訴追を真に行う「能力」がないと認定し、さらに進んで「意思」の点は判断する必要がないとした (para. 138)。すなわち同予審裁判部によれば、リビア政府の国内法の存在や、同政府が困難な状況で努力していることに理解を示しながらも、「多くの困難はそのままであり、リビアは引き続き領域全体に対して完全な司法的権力を行使することについて相当の困難に直面している。こうした困難の故に (中略)、当裁判部は、国内制度が本件に関連する領域や側面に完全に適用できるにはいたっておらず、そのため規程17条(3)の文言にあるところの『行うことができない』状況にあるとの見解である。」と認定した (para. 205)。

さらに、「真に行う意思又は能力」に関連して、弁護側は、リビア国内ではサイフ・カダフィに対する公正な裁判を行うことは不可能であることを主張していた。その具体的内容は、サイフ・カダフィの身柄が依然として民兵勢力であるZintan旅団からリビア当局に引き渡されていないこと、リビア政府の刑事司法が国際的に承認された規範や人権基準に合致していないこと、国内手続でサイフ・カダフィが死刑の可能性に直面していることは公正な裁判を確保する必要性を増大させること、その他、リビアでの裁判官や検察官の能力不足や司法的命令の執行力の欠如といった問題だった (paras. 154-176)。これに対して検察官は、そ

もそも「同一の事件の審査」について、国内の捜査・訴追がICCのそれが持つ特徴のすべてに正確に合致していなくてもよいとしてリビア政府の求めに柔軟な立場を取り (para. 68)、適正手続の有無についても、リビア国内の法制度がICCや他の法制度と一致することは要求されておらず、被疑者の権利保護の可能性について推測的な検討を行うべきではない (paras. 140-1, 144) として、それを考慮すること自体に消極的な立場を取っていた。しかし、結局のところ同予審裁判部は、前述の真に行う「能力」がないとの認定に基づき、それ以上に公正な裁判の可能性について判断する必要はないとして、その点の判断を回避した (para. 216)。

4.2.2 上訴裁判部の判決

リビア政府は、第1予審裁判部の決定に対して上訴を提起し、同政府が捜査しているのは「同一の事件」であり、同予審裁判部が同政府に、捜査している事件の実際の範囲や正確な射程について立証を求めたのは法適用の誤りであると主張した (para. 57、以下この節でのパラグラフの引用は、上訴裁判部判決のもの)。この上訴に対して、上訴裁判部が示した判断は次のようなものであった。

主要な認定

- (1) 規程17条(1)(a)に述べられた「事件」の範囲 (parameters) は、捜査のもとにある被疑者と、規程のもとでの刑事責任を生じさせる行為によって確定される。「事件」を確定する「行為」は、本件のような状況では、被疑者の行為と、捜査のもとにある出来事において被疑者に帰責されるものとして記述された行為の両方である (para. 1)。
- (2) 受理許容性を評価する際に必要とされるのは、国家の捜査している事件が、検察官の捜査している事件と十分な程度に重なっているかどうかの司法的評価である。同一の事件が捜査されているかどうかの評価を実施するためには、裁判部が、検察官と国家と両方によって実行されている捜査の輪郭または範囲

(contours or parameters) を認識することが必要となる (para. 2)。

この判決によって上訴裁判部が明らかにしたのは、受理許容性の判断における、同一の事件について捜査・訴追が競合しているかどうかの審査のためにルト事件で採用していた「実質的に同一の行為」という審査基準の実際の適用方法である。この審査基準について上訴裁判部は、ルト事件においては必要がないとして、それ以上に具体化することはしていなかった (para. 63)。しかし、本件においては、リビア政府がサイフ・カダフィに対する同じ出来事を捜査していることには争いがないように考えられたため、捜査対象の事件の同一性を審査するためにどの程度の重なり合いを求めるべきかを判断する必要性に迫られた (para. 70)。そして上訴裁判部は、本当の問題は、捜査対象の出来事の間で要求される重なり合いの程度であるとし、重なり合いが大きければ実質的に同一の行為を捜査していることになり、重なり合いが小さい場合でも、重なり合いが核心であるか最も重大な側面であるかなどによって、同一の行為と判断される場合があることを認めた (para. 72)。同時にそのような重なり合いを審査する対象となる行為とは、本件のようにサイフ・カダフィ自身が殺害や迫害を直接に実行したわけではなく、多数の直接の実行者に対する間接的共同実行の責任が問われている場合には、サイフ・カダフィ自身の行為のみを評価すれば足りるわけではない。そのような場合には、「捜査のもとにある出来事において被疑者に帰責されるものとして記述された行為が、当該事件の必要な構成要素である」として、被疑者自身の行為に加えて、そのような帰責される行為も審査されるべき対象となる (para. 62)。

その上で上訴裁判部は、国家の捜査とICCの捜査が十分重なって同一の事件と言えるかどうかを判断するための指標として、前述の主要な判断にあるように、その審査を行う裁判部が、検察官と国家と両方によって実行されている捜査の輪郭または範囲を認識することが必要となることか

ら、そのような証拠の提出を、異議申立てを行う国家側に求めることとした (paras. 83, 85)。そして、そのような捜査の輪郭または範囲を明らかにする証拠がリビア政府から提出されなかったとしてICCにおける当該事件の受理許容性を認めた第1予審裁判部の決定を是認したのである (para. 86)。

リビア政府は、その他にも、事実認定の誤り、手続規定の違反、リビア政府の「能力」を否定したことの誤りについても、第1予審裁判部の判断を争っていた。しかし、上訴裁判部は、事実認定の誤りを言う主張に対しては、「明白な誤りを犯した、つまり事実を誤って評価した、関係ない事実を考慮したまたは関係する事実を考慮に入れなかった」ことが示されなければ原審の認定に上訴裁判部は干渉しないという判例法理を基礎に、原審の事実認定が提出された証拠に照らして合理的に導かれたものかどうかを審査し、そのような不合理性は証明されていないとして、その主張を退けた (paras. 93, 100, 144)。また、手続規定の違反についても、それを上訴裁判部が審査するためには、違反の存在だけでなく、「十分な正確さで、この違反が問題の決定にどのように重大な影響を及ぼしたのかを示さなければならない」との判例法理に依拠し、リビア政府はそれを示していないとした (paras. 146, 211)。そして、第1予審審細部が判断していた、リビア政府の「能力」の問題については、同一事件を捜査していることを示さなかったため、その問題を判断する必要はないとした (paras. 213-4)。

4.2.3 若干の検討

以上のようにサイフ・カダフィ事件においては、リビア政府が同じ被疑者に関わる類似の出来事を捜査している事実には争いがないもとので、その国内捜査の輪郭や範囲が、リビア政府によってICCの裁判部に十分示されていないという理由で、ICCにおける事件の受理許容性を肯定した。しかし、すでにルト事件で検討したように、「同一の行為」を厳格に解釈すれば、結果的にはICCの受理許容性を広く認める結果となり、それが国内の刑事裁判権に第一次的な権限を認める補完性

の原則の具体化として妥当であるのかどうかという問題が、そこには存在する。この点で、ルト事件上訴裁判部判決で反対意見を書いたUšacka裁判官は、ここでも反対意見を書き、補完性の原則の枠組みを強調して、「同一の行為の審査」が厳格にすぎるとして、また立証責任をリビア政府側のみに課している点は誤りであるとして、この事件を第1予審裁判部に差し戻すべきことを主張した⁽⁷¹⁾。また、この判決を結論において支持するSong裁判官も、個別意見を書いて、国内捜査が同一の出来事を包摂することを要求するのは行き過ぎた基準であるとしてリビア政府が同一の事件を捜査していることは肯定し、ただ、第二段階審査の「能力」の点で、リビア政府がサイフ・カダフィの身柄を確保することができないことによってその「能力」が否定され、受理許容性が認められるとした⁽⁷²⁾。

このように、補完性の原則が意味すること、そして受理許容性における第一段階の審査、すなわち刑事裁判権の競合の存否という審査において、国家の側にどの程度の主張や立証を求めべきなのかをめぐっては、上訴裁判部の中で必ずしも一致した理解が形成されているとはいえない。もし補完性の原則が、ICC規程の起草時に意図されたように、国家の主権としての刑事裁判権を尊重し、捜査・訴追する国家の第一次的義務を補強するものとして理解され、ICCは、国家がその義務をあえて実行しない、できない場合に生ずる不処罰の格差を防止するための国際機関だとすれば、国家の側が実際に捜査・訴追の意思を示している場合に、その意思や能力の審査は別として、国家が意図する捜査・訴追の対象をICCが厳格に審査すべき根拠や正当性を見いだすことは困難かもしれない。しかし、補完性の原則がそのような意図に沿って機能するのは、国家の側の刑事司法制度が、適正手続をはじめとする刑事司法の基本的な原則に従って行われている場合である。例えば、国内武力紛争が進行する中で、反対勢力の指導者を捜査しようとする場合、あるいは、革命によって成立した新政権が旧政権の指導者を訴追しようとする場合など、刑事司法制度は存在したとして

も、それを運用する側が報復感情に満たされていて適正手続がおよそ期待できない状況も存在する。そのような適正手続が保障されていない国家の刑事裁判権であっても、ICCはそれを尊重し、国家が意図する捜査・訴追に対する厳格な審査を放棄すべきなのかという問題は、補完性の原則の射程外で発生しうる問題である。すでに見たサイフ・カダフィ事件、そして以下に検討するアルセヌシ事件は、まさにそのような状況に直面する事件であった。

4.3 アルセヌシ事件——受理許容性審査と人権保障

4.3.1 予審裁判部の決定

アルセヌシ事件では、前述のとおり第1予審裁判部が、サイフ・カダフィ事件とは異なってリビア政府が提起した異議申立てを認め、ICCの事件の受理許容性を否定した。その際、同予審裁判部は、カタンガ事件上訴裁判部判決に従い、第一段階の審査（リビアの国内手続がICCの手続と同一の事件を包摂するか）と第二段階の審査（リビア政府がアルセヌシに対する手続を真に実行する意思または能力があるかどうか）の2段階に分けてその審査を行った（para. 26、以下この節でのパラグラフの引用は、第1予審裁判部決定のもの）。

第一段階の争点について、リビア政府が同一の事件を捜査していると主張したことは当然であるが、この点は検察官も争わなかったことから（para. 43）、この点は主に弁護側と被害者代理人事務所（OPCV）によって争われることになった（para. 38, 51）。そして第1予審裁判部は、上訴裁判部の判例を始め過去の裁判部の裁判例で示されてきた事件の同一性に関する諸原則を、以下のように整理した（para. 66）。(i) 同一の人物と実質的に同一の行為であることが示されるべきこと、(ii) 事件が捜査されているとは、确实かつ進行する捜査の歩みが取られている必要があり、それには証人や被疑者の聴取、文書証拠の収集、法医学的分析の実施が含まれること、(iii) 審査の対象となる「行為」の範囲は、逮捕状など手続段階

において文書に記載された事実主張であって、ケースバイケースの分析が必要であること、(iv) 国内手続の審査の対象は行為であってその法的評価ではないこと、(v) 受理許容性の判断は決定時の状況に基づき行われ、国家はその時点で捜査が進行していることを実証すべきこと、(vi) 国家が異議申立てを行う場合には、その立証責任を果たすために当該事件の国内捜査に関する十分な程度の特異性と証明価値を持つ証拠を提供すべきこと、(vii) 提出すべき証拠は、被疑者の刑事責任の立証にとっての証明力の有無とは関係ないこと、(viii) 提出すべき証拠は、刑事責任の実体に関するものだけでなく、捜査が進行中であることを示すすべての証拠を含むこと。

第1予審裁判部は、そのような諸原則のもとで、リビア政府の説明や提出された証人の供述調書、文書証拠、傍受記録などを検討し、「リビア政府によって提出された証拠は、アルセヌシ氏に対する手続において確実かつ進行途上の措置が国内当局によって取られていると結論するのに、そして、その手続の射程と対象事項を特定するのに十分である」と認定した (para. 160)。その上で、リビア当局が捜査している事実は、ICCの手続における関係する事実的側面を含んでいるので (para. 164)、実質的に同一の行為を捜査していると結論づけた (para. 168)。これによって、アルセヌシ事件でのリビア政府の捜査は、初めてICCの受理許容性の第一段階審査を通過することになった。

第1予審裁判部は、続いて、第二段階の審査、すなわち「真に行う意思又は能力」の審査を行った。リビア国内での捜査がそのような要件を備えているとするリビア政府の主張に対し、それを争ったのはここでも弁護側と被害者代理人事務所であった。ただし第1予審裁判部によれば、弁護側と被害者代理人事務所の主張は必ずしも「意思」と「能力」が十分に区別されたものではなかったため、同予審裁判部も、それらを厳密に区別することなく全体的な判断を行った (para. 170)。

第1予審裁判部が「意思」と「能力」の判断のために用いた指標は、基本的には規程17条(2)(3)に列挙されたものである (para. 202)。また、そ

れらの指標に該当する事実を提出する立証責任について、同予審裁判部は、「リビアが立証責任を負うものの、当事者または参加人によって提起される事実の主張は、適切に提起されたものとして考慮されるために、十分に実証 (substantiate) されなければならない。」として (para. 208)、弁護側や被害者代理人事務所も一定の立証責任を負うことを示唆した。

その上で第1予審裁判部は、弁護側や被害者代理人事務所が指摘するリビア国内手続の問題点、つまり、手続の不当な遅延、法的代理の欠如、その他の基本的諸権利の侵害、司法制度における制度的な独立性・公平性の欠如などの問題点を検討した上で、規程17条(2)に掲げられた指標には該当しないと認定し、リビア政府がアルセヌシに対する手続を真に行う「意思」がないとは言えないと結論づけた (paras. 290-3)。

次に第1予審裁判部は、「能力」の問題を、規程17条(3)の指標に沿って、リビア国内での拘留施設に対する政府の支配の欠如、司法機関の安全性、証人の安全性などの問題を検討した。同予審裁判部は、そうした状況に一定の懸念を示しながらも、アルセヌシがすでにリビア当局の管理下にあるなどの事実を踏まえて、規程17条(3)に掲げられた指標には該当しないと認定し、リビア政府がアルセヌシに対する手続を真に行う「能力」がないとは言えないと結論づけた (paras. 301, 310)。しかし、同予審裁判部は、その判断時点でのリビア政府の手続状況が、すべて「能力」の要件を満たしていると考えたわけではない。例えば、国内手続においてアルセヌシに弁護人が付されていないという争いのない事実については、アルセヌシを拘留しているのはリビア当局自身であって、リビア政府が地元弁護士による弁護の意思表示を含めて近い将来に弁護人を付す予定であるといった主張を前提に、現時点ではその「能力」を否定することはできないと判断したに過ぎない (para. 307-8)。そしてその点は、リビア政府の管理下ではなく、弁護人を付す試みが繰り返して挫折してきたサイフ・カダフィの場合とは異なるとの認定であった (同前)。

このような判断のもとに、第1予審裁判部は、アルセヌシ事件について受理許容性を否定する結論を導いた。一方で、自ら全体的な判断を行うと述べていたこの決定の中で、弁護側や被害者代理人事務所が提起していた、適性手続や被疑者・被告人の人権保障の欠如の問題が、受理許容性審査の中でどのような位置を占めるのかは明らかにしなかった。

4.3.2 上訴裁判部の判決

弁護側は、第1予審裁判部の決定に対して上訴を提起し、手続の延期や新証拠の提出など各種の手続的な要請を行った上で、第1予審裁判部の決定に対して、リビア政府に手続を進める意思または能力がないわけではないという認定における裁量権の逸脱（上訴理由1）、後に利用可能となった新証拠（アルセヌシの拘留における虐待や国内手続に関するもの）を考慮すべきであること（上訴理由2）、そしてリビア政府が同一の事件を捜査・訴追しているとの認定の誤り（上訴理由3）を主張した（para. 67, 以下この節でのパラグラフの引用は、上訴裁判部判決のもの）。この上訴に対して、上訴裁判部が示した判断は次のようなものであった。

主要な認定

- (1) 規程17条(2)(c)に関する国家がその捜査または訴追を真に行う意思がないという理由で、事件に受理許容性がないとされるためには、当該手続が独立してまたは公平に行われなかったまたは行われていないこと、かつ、当該手続がその状況において被疑者を裁判に付する意図に反するという方法で行われたまたは行われていることが示されなければならない。
- (2) 同条項の文言、文脈及び目的と意図を考慮すると、この判断は、被疑者の適正手続の権利が侵害されたかどうか、それ自体の評価を含むものではない。とりわけ、「その状況において被疑者を裁判に付する意図に反するという方法で行われる」手続とは、彼／彼女の刑事責任を真に確立するために適切に審理さ

れていないと言う意味で、その人物を保護する見せかけの手続と同様に、被疑者が裁判から逃れることにつながる手続を、通常は指しているとして理解されるべきである。

- (3) しかしながら、個々の事件の諸事実によっては、被疑者の権利の侵害があまりにも非道なもの（egregious）であって、当該手続がもはやいかなる真正な形態での裁判も提供することができないと見なすことが可能で、そのためにその状況においては「被疑者を裁判に付する意図に反する」と考えられるべき状況があるかも知れない。

以上の認定は、いずれも上訴理由1に関わるものである。(1)に記載された内容は、規程17条(2)(c)に記載された文言を繰り返すものであって、特に新しいものではない。しかし、(2)と(3)に記載された内容は、捜査・訴追を「真に行う意図」の解釈において、同条項に記載された内容以上の解釈指針、それも国内手続の適正さや被疑者の人権との関係で新たな判断を行うものであった。以下、上訴裁判部がどのようにしてこのような認定を行ったのか、その判断の過程を概観する。

まず、上訴裁判部は、弁護側の手続的要請を、従来の判例法理に従っていずれも退けた。特に新証拠の提出という点は、手続的要請であること同時に、それを認めるべきことが上訴理由の一つ（上訴理由2）とされていたが、上訴裁判部は、ケニアのルト事件上訴裁判部判決以来繰り返されてきた、上訴裁判部の事後審としての性格（corrective in nature）に照らしてその審理対象は原審の手続の範囲に限定されとする判例法理に依拠して⁽⁷³⁾、弁護側の要請と主張を退けた。

次に、残りの上訴理由1（意思または能力）と上訴理由3（事件の同一性）とについては、二段階審査の手法に基づき、事件の同一性の審査を先に行うこととした（para. 68-9）。事件の同一性について、弁護側が指摘したのは、審査対象となったリビア政府の資料には弁護側に開示されていない削除・編集された（redacted）部分が含まれていること、第1予審裁判部が用いた「同一の事

件」に関する諸原則が上訴裁判部の判例と必ずしも一致していないこと、リビアの国内法にはICCの逮捕状にある人道に対する犯罪としての「迫害」が存在しない、といった点であった。これに対して上訴裁判部は、受理許容性の判断は刑事責任の有無の判断とは異なること (paras. 79-81)、第1予審裁判部の示した解釈に違いがあっても、実際には考慮の対象とすべき出来事を考慮していること (para. 110)、同じ「迫害」の犯罪がなくても迫害犯罪の基礎となる行為はリビアの国内手続で十分に包摂されていること (para. 122) などと判断して、事件の同一性に関する弁護側の主張を退けた (para. 122)。

この上訴裁判部の判決で、もっとも分量を費やしたのは、上訴理由1 (意思または能力) に関する部分である。弁護側は、リビア政府の国際手続が全体として「意思又は能力がない」と結論づける根拠として、①弁護側がアルセヌシと接触できず、同人の指示等を得られないことについての説明の欠如、②国内手続での弁護人の欠如、③独立かつ公平な手続の裁判に付されないこと、④証拠の取得や十分な証人保護を提供できないなどの手続の不可能性、を主張していた (para. 131)。上訴裁判部は、これらの主張を順に検討し、結論としていずれの主張も退けた。その判断の中には、これまで検討してきた受理許容性の諸要件よりもより多彩な問題が扱われているので、以下では、その判断の中で特徴的な部分を指摘し、その判断の背景や意味合いを検討することと併せて紹介する。

【受理許容性審査における被疑者の地位と権利】

まず、ICCの受理許容性審査における、弁護人とは区別された存在としての被疑者の地位と権利についての判断である。上訴裁判部は、被疑者の刑事責任を判断する手続と受理許容性審査の手続とを区別し、受理許容性審査においては、被疑者に参加の権利は認められておらず、それを与えるかどうかは予審裁判部の裁量に係っていると判断した (para. 149)。また、ICCの被告人には、規程67条で包括的な権利が保障されているが、この点についてウガンダのコニー事件上訴裁判部判決

の傍論 (同判決para. 66) を引いて、「国際的に承認された人権基準は、未だ裁判所に引き渡されるか自発的に出頭していない者に、必ずしも規程67条に記されたすべての権利を拡張するものではない」と指摘した (para. 147)。これらは、①のICCの弁護人と被疑者の接触の欠如の点に関して述べられたものであるが、受理許容性審査においては、被疑者が弁護人を通じてその権利を行使できなくともやむを得ないということを示唆する内容である。確かに、被疑者・被告人の立会が前提とされている犯罪事実確認手続や公判手続とは異なり (61条(1)、62条(1))、受理許容性の審査は、本件のように被疑者がICCに引き渡されるか出頭する前にも行われる。その意味で、被疑者に受理許容性の審査に参加する絶対的権利を認めることは制度上不可能であり、また、被告人の身柄がICCに確保されていることを前提とする規程67条の諸権利もそのすべてが、ICCの外にある被疑者に保障される理由もない。しかし他方で、被疑者が受理許容性の審査に自ら参加することと、弁護人を通じて自己にもっとも有利な弁護活動を指示することと同じではなく、前者の権利が否定されるからといって、後者の権利が否定されるべきことにはならない。ICCに身柄を確保される前の捜査段階の被疑者であっても、ICCの手続との関係では一定の権利が保障され、その中には弁護人を持つ権利も含まれている (55条(2)(c))。その意味で、ICCの弁護側とアルセヌシとの接触の欠如を、それほど重大な問題としてとらえていない点には問題が残る。ただし、上訴裁判部が結論として、接触を持ってないことがそれ自体リビアの意思または能力がないことにつながるかについて弁護側が説明しなかったとしてその主張を退けていることを考えれば (para. 176)、被疑者と弁護人との接触の欠如が、受理許容性の問題に関係しうことは認めていると考えられる。

【弁護側の立証責任】

第1予審裁判部の決定が、弁護側や被害者代理人事務所も一定の立証責任を負うことを示唆した点について上訴裁判部は、「一般的に国家が立証責任を負うとしても、弁護側が行う事実の主張を

十分に実証する『証拠上の』負担を弁護側に課したことは合理的である」と判断して、同予審裁判部の判断を支持した (para. 167)。上訴裁判部は、そのように判断する理由として、そのように一定の責任を課さなければ弁護側が主張するすべての事実主張に反論する必要が生じて手続が遅延するという実際の問題をあげている (同前)。併せて、そのような負担を課す前提として、①の弁護人と被疑者の接触の欠如という問題については、上訴裁判部は、第1審裁判部はそうした事情も含めて判断を行っているとした (para. 168)。上訴裁判部の指摘する実際の問題を考えれば、実際に事実主張を提起する当事者に、一定の根拠を提示する責任を課すことは合理的である。しかし、それが、国家側の立証責任と比較してどの程度の責任であり、その責任を果たさないことの結果がどのようなものであるのかは、十分に検討されているとは言いがたい。そもそも国家の側に立証責任が課されて、その責任を果たさなければ受理許容性が認められてしまうという立証構造の対象は、ICCの事件に受理許容性が「ないこと」を主張する場合のことである。逆に、受理許容性の存在を主張して国家の側の立証責任を失敗に導こうとする、ある意味での反証活動は、検察側の責任とも併せて必ずしも国家の責任と同じ性格のものではない。それにもかかわらず、一定の証明責任を課して、それが不成功の場合には受理許容性を否定するという結果を導くという立証構造が妥当なものであるかどうかは、なお検証を要するだろう。

【ICCの機関として性格と受理許容性審査の目的】

この事件の上訴裁判部判決は、弁護側の公正な裁判や被疑者の権利に関する主張を排斥する根拠として、しばしばICCの機関として性格と受理許容性審査の目的を議論している。

例えば、①の弁護人と被疑者の接触の欠如という問題を検討する際に、「目下の事件は、対照的に、事件の受理許容性の問題に関わるものであり、それゆえ第一次的にはフォーラムの問題、すなわち諸国家と裁判所の関係が手続における主要な争点となる問題である。人権侵害は、特定の限定された状況で事件が受理許容性のあるものであるか

どうかの決定に役割を果たすかも知れない一方で、受理許容性の手続は第一次的には人権侵害についての苦情を述べるメカニズムではない。」 (para. 169) と述べている。これらの点を上訴裁判部判決が本格的に論じたのは、②の国内手続での弁護人の欠如の項であるが、そこでは、「受理許容性の手続という文脈で、裁判所は国際手続において人権法や国内法の一定の要件が侵害されているかどうかを決定することを第一次的には求められていない。むしろ、問題となっているのは、国家に捜査や訴追を真に行う意思あるかどうかである。」 (para. 190) と述べている。さらには、③の独立かつ公平な手続の裁判の欠如の項では、「実際、裁判所は、国内の法制度が人権の国際基準に適合することを確保するために見守って判決する、国際人権裁判所となるために設立されたわけではない。しかしながら、弁護側が提案するような解釈が採用されたら、裁判所は国際人権裁判所と似たようなものになってしまうだろう。事件は、国内手続な被疑者の適正手続の権利を完全に尊重していないという理由だけで、受理許容性があることになるだろう。」 (para. 219) と述べた。このように上訴裁判部判決は、ICCが国際人権裁判所の役割を果たすことを明確に拒否し、受理許容性の審査を、第一次的に国家と裁判所のフォーラムの問題として位置付けた。

【受理許容性審査と適正手続・人権】

しかしながら、上訴裁判部は、それでも適正手続や人権の問題が、受理許容性の審査、特に国内手続の「意思」の側面に影響を与えること自体を否定したわけではない。確かに起草過程においては、国家の捜査・訴追を「真に行う意思」を問題にしたのは、国家が「刑事責任から被疑者を免れさせるために」(17条(2)(a))あるいは「被疑者を裁判に付する意図に反する」方法で(同条(2)(b)(c))国内の手続を用いることを防止し、不処罰の格差をなくすことであった (para. 217)⁽⁷⁴⁾。しかし、他方で、「意思」に関する指標は、「手続が、独立して又は公平に行われなかった又は行われて」いないことを問題にしている (同条(2)(c))が、そのような独立・公平性の欠如は、被疑者を

処罰する目的で手続を濫用する場合にも生じうる状況である。また「意思」に関する指標の頭書き(同条(2))は、「国際法の認める適正な手続の原則を考慮した上で」として、国内手続の適正さを考慮することを裁判所に義務づけている。そして、受理許容性の審査のために提供が求められる情報を列挙した証拠及び手続に関する規則の規則51は、「自国の法廷が同様の行為に対する独立かつ公平な訴追のための国際的に認められた規範と基準に合致していることを証明」する情報を考慮できるとしている (para. 230)。さらに、ICC規程の法の適用及び解釈は、「国際的に認められた人権に適合」することが求められており (21条(3))、受理許容性の審査から、国内手続における適正さや人権を排除することはできない。上訴裁判部も、国内の手続が「あらかじめ決められた処刑の前奏曲」にすぎない場合や、非道なもので受け入れられないような場合には、国家が真に捜査・訴追しているとは言えないことを認めざるを得なかった (paras. 230-1)。

以上のような問題状況のもとで、上訴裁判部が受理許容性と適正手続や人権との関係について到達した解釈が、冒頭の主要な認定に記載したように、適正手続や人権は、それ自体は受理許容性を否定するための指標とはならないが、被疑者の権利の侵害があまりにも非道なものであって、当該手続がもはやいかなる真正な形態での裁判も提供することができないと見なすことが可能な場合には、「被疑者を裁判に付する意図に反する」という指標に該当する場合があるというものであった。

【リビアの状況の評価とサイフ・カダフィ判決との区別】

弁護側は、リビア国内の手続について、死刑の可能性、外部との通信禁止、裁判所に対し有罪と死刑を求める圧力、裁判官・検察官への威嚇と攻撃、民兵組織の優位と権力、拘留中の虐待、公正な裁判の権利が確保される保障がないこと、弁護側証人に証人保護がないこと、弁護側が訪問できないことなど多くの問題を指摘していた (para. 244)。しかし上訴裁判部は、前述の受理許容性審

査と適正手続・人権に関する判断の枠組みを示した上で、弁護側が主張し、実証する各種の人権侵害は、上訴裁判部が求める高度な段階には達していないと判断した (para. 191, 232, 262)。

このようにリビア国内の手続を検討する際に、当然に意識されるのが、ICCの受理許容性を認めたサイフ・カダフィ事件の上訴裁判部判決との異同である。しかし、サイフ・カダフィ事件が第一段階の審査(事件の同一性)によって結論が導かれ、さらに進んで第二段階の審査(意思または能力)というリビアの国内状況が深く検討されたわけではないことから、アルセヌシ事件の上訴裁判部判決は、サイフ・カダフィ事件の場合との対比をあまり行っていない。それでも、②の国内手続での弁護人の欠如の項では、アルセヌシ事件と異なっており、中央政府がサイフ・カダフィの身柄を確保できない状況を指摘し (para. 203)、④証拠・証人などの手続の不可能性の項でも、アルセヌシ事件の場合には、操作の前進によって両事件の区別が正当化できると述べている (para. 287)。

【個別意見が提起した問題】

前述のように本件の上訴裁判部判決には、2つの個別意見が附されている。

Song裁判官の個別意見⁽⁷⁵⁾は、事件の同一性を判断する「実質的に同一の行為」の審査について、多数意見より緩やかな審査を主張するものである。すなわちこの事件の第1審予審裁判部の決定は、行為の同一性を審査するに際して、ICCの手続の対象となっている被疑者の行為を、逮捕状に記載された時間的、地域的、犯罪行為の範囲で特定していれば十分であって、個々の「出来事」(incidents)にまで言及する必要はないと判断していた(同決定para. 77)。これに対して上訴裁判部の多数意見は、そのような第1予審裁判部の判断は、「上訴裁判部の判例法と同列のものではなく、判例法は、当該比較において、そのような出来事は中心的な役割を果たすものである」と指摘していた (para. 101)。しかしSong裁判官は、サイフ・カダフィ事件でも述べていたように、国内捜査が同一の出来事を包摂することを要求するのは行き過ぎた基準であると多数意見を批判し、

この点についての第1審裁判部の判断を支持した。

また、Ušacka裁判官の個別意見⁽⁷⁶⁾も、サイフ・カダフィ事件でも述べていたように、事件の同一性を判断する際に、多数意見の「同一人物／同一行為」という基準は厳格に過ぎるという指摘を行った。また、Ušacka裁判官は、「意思又は能力」の判断について多数意見の結論には同意しながら、ICCの受理許容性を認めたサイフ・カダフィ事件においても、同人を拘留している民兵組織は政府の地方当局であるというリビア政府の主張を無視すべきではなかったこと、「意思又は能力」の点でも両事件は同じ結論になるべきであったと指摘した。

このように、上訴裁判部には、国内の手続をより尊重して受理許容性の審査をより緩やかにすべきであるという方向性を持った個別意見が存在する。他方で、両裁判官は、適正手続や人権と受理許容性審査との関係については何らの言及もしていない。

4.3.3 若干の検討

ICCは人権裁判所ではない、というのは、ICCの関係者からしばしば耳にする発言である。もちろんICCの内部の手続における法の解釈や適用が、国際的な人権基準を遵守して行われることは、ICC規程の求めるところであるが(21条(3))、ICCが各国の国内手続の人権基準への適合を審査することが主たる任務として求められた機関ではないことはその通りである。しかし、リビアの事態における2つの事件は、ICCの受理許容性の審査において、ICCが国内手続の抱える人権状況をどう扱うべきなのかという新たな問題を提起した。

アルセヌシ事件で上訴裁判部が示した判断は、受理許容性の審査に求められる本来の問題、すなわち補完性の原則のもとでのICCと国家の刑事裁判権との関係に審査の対象を限定しつつ、例外的な場合には、その審査において国内手続の適正さや人権侵害をも考慮するという、バランスを取った方向性を打ち出した。しかしながら、そうしたバランスが実際に機能するのか、国内手続における非道な人権侵害の存在をICCはどのように認定

するのか、刑事裁判権の帰属のみならず国内手続の適正さの評価についてまで審査するという国家との緊張関係にICCはどこまで対応できるのか、上訴裁判部の示した判断がどの程度機能するのかは必ずしも予測可能ではない。

この問題の背後には、ICCが取り扱おうとする武力紛争に責任を持つ者の処罰において想定する状況が、ICC規程に十分に反映されていなかったという問題もあるのかも知れない。すなわち、想定する状況のうち国家が責任者を保護し、刑事裁判を免れさせようとする状況に対しては、補完性の原則と受理許容性の審査をいう制度が設けられた。他方で、武力紛争のもとで敵対していた責任者や旧政権指導者に対して報復を行うという状況には、ICC規程は必ずしも対応していない。ニュルンベルク裁判の前に、チャーチル英首相がナチの高官に対する最も適切な処遇は略式処刑であると考えていたというのは有名な話であるが⁽⁷⁷⁾、あらかじめ略式処刑を想定した形ばかりの裁判手続を、ICCと競合する国内の「裁判」とはとうてい評価することはできない⁽⁷⁸⁾。そうした状況への対処は、今後は、上訴裁判部が示した「権利侵害があまりに非道で、真正な形態での裁判が提供できないと見なすことが可能」という枠組みの中で審査されることになる。

5. おわりに

国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪に対し、国家の刑事裁判権を尊重しながらも、不処罰の格差の終了を実現させるために採用された補完性の原則は、その目的、国家から刑事裁判権を奪う消極的機能、国家の刑事裁判権の行使を奨励する積極的機能、効果的な実現のための国際司法援助など、さまざまな側面について議論されてきた⁽⁷⁹⁾。おそらくそれは、補完性の原則がいかに機能するかはICCの成否の鍵で有り、同時に、国家主権との関係の規律という深刻な問題を対象とするがゆえであろう。

その補完性の原則を具体化する制度としてICC規程に埋め込まれた受理許容性の審査、特に「真

に行う意思又は能力」の審査は、この制度を代表とする概念と考えられたにもかかわらず、近年までにその解釈理論が十分に深化することはなかった。それは、ICCの初期において開始された事件の多くが、国家が自己付託を行った事態の中で開始された事件であり、国家の側に競合する捜査・訴追の存在をそもそも主張する意思がなかったことに基づく。そのため、逮捕状発布の際の予審裁判部の受理許容性審査、予審裁判部の職権や被告人の異議申立てによる受理許容性審査（コニー事件、カタंगा事件等）では、ICC規程が必ずしも想定していたとは言えない国家の側の無活動状態を理由に、ICCの受理許容性は容易に肯定されてきた。また、17条(1)(a)(b)に規定された受理許容性の要件について、国家の側の捜査・訴追の存否という第一段階の要件が満たされなければ、国家の側の捜査・訴追を「真に行う意思又は能力」の有無という第二段階の要件を審査する必要はないとする二段階審査の手法が確立した。

他方で、国家の側に存在する捜査・訴追とICCにおける捜査・訴追の対象が、同一の事件と言えるのかどうかという点の判断基準として、予審裁判部や公判裁判部の多くは、同一の被疑者に関する「同一の行為」という基準が用いられてきた。しかし、前述の初期の事件においては、その基準の当否が上訴裁判部によって判断されることはなかった。その点は、ICCが検察官の自己の発意によって開始した捜査を、ケニア政府が異議申立手続によって争ったルト事件において、上訴裁判部によって「実質的に同一の行為」という基準によって確認されることになった。しかし、「実質的に同一の行為」という基準のもとで、ICCがICCと国家の手続の範囲を、どのような要素に依拠し、どこまで厳格に審査すべきなのかという点については、引き続き議論が続いている。この点は、国家の刑事裁判権への尊重の程度やICCの役割といった、補完性の原則そのものの理解に、必ずしも共通の理解が形成されているわけではないことを示している。

また、2011年に旧政権を国外の支援を得て打倒しながらも、現在にいたるまで国内での内戦状態

が収束していないリビアの事態における事件は、安保理によるICCへの付託と検察官による逮捕状請求という迅速に過ぎる対応にもかかわらず、新政権によるICCの受理許容性に対する異議申立てによって、ICC規程が十分に想定していたとは考えられない、新しい問題を提起した。国内手続の適正や被疑者の人権の保障が確実とは言えない状況、あるいは国家の処罰に対する「過剰な意思」を、受理許容性の審査はどのように包摂すべきか、あるいはできるのかという問題である。この問題について上訴裁判部は、適正手続や人権保障は、受理許容性審査の第一次的な対象とはならず、他方で非道な人権侵害などの例外的な状況についてはそれらの点が受理許容性審査の対象となることを認めることによって、一応の解答をだした。しかし、そのような判断の枠組みがICCの目的に照らして正当なものであるのか、あるいは意味を持って機能する枠組みであるのか、引き続き課題は残されたままといえるだろう。

注

- (1) 'Foreword by Silvia A. Fernandez De Gurmendi,' in C. Stahn and M. M. El Zeidy eds., "The International Criminal Court and Complementarity: From Theory to Practice," Volume I (Cambridge University Press, 2011) p.xviii.
- (2) ICC規程は、締約国や安保理がICCに付託する事態 (situation) と、実際にICCで捜査・訴追が行われる事件 (case) とを区別する。両者の違いを簡単に述べれば、事態は、捜査開始の判断を行うための考慮の対象となる時間、場所、人によって特定される状況であり、事件は、事態の中で、具体的な犯罪事実や容疑者を伴う程度に特定された捜査・訴追手続の対象である。東澤靖『国際刑事裁判所 法と実務』(明石書店、2007年) 143頁。これによって締約国や安保理は、状況としての事態をICCに付託できるが、ICCが捜査・訴追を開始する事件を選別することはできない。
- (3) Williams, S. and Schabas, W., 'Article 17 Issues of admissibility,' in Triffterer O. ed., "Commentary on

- the Rome Statute of the International Criminal Court : Observers' Notes, Article by Article (Second Edition)," (Verlag C. H. Beck oHG, 2008), p.606. 補完性原則と受理許容性についての邦文による簡単な説明については、洪恵子「第2章 ICCにおける管轄権の構造」(村瀬信也, 洪恵子編『国際刑事裁判所—最も重大な国際犯罪を裁く(第2版)』(東信堂, 2014年)所収) 56-63頁。
- (4) Triffterer O., 'Article 1,' in Triffterer (注3), p.57.
- (5) Williams (注3), p.613. しかし、ICC規定自体は、そのようなICCと国家との「衝突の構図」を前提に設計されたが、ICC検察局が提唱した「積極的補完性」のもとでは、国家とICCの利益が一致し、相互に協力的に活動する「協調の構図」が併存しているとも指摘されている。中澤祐香「国際刑事裁判所 (ICC) における積極的補完性」早稲田大学大学院法研論集第150号 (2014年) 339-364頁。
- (6) Bergsmo, M., 'Preamble,' in Triffterer (注3), p.13.
- (7) Holmes, J., 'The Principle of Complementarity,' in Lee R. ed., "The International Criminal Court : The Making of the Rome Statute," (Kluwer Law International, 1999) pp.73-4.
- (8) C. Stahn, 'Introduction : Bridge Over Troubled Waters?,' in Stahn (注1) p.2.
- (9) 但し、ICCの管轄権を画するために設けられた戦争犯罪の「計画若しくは政策の一部として又は大規模に行われたそのような犯罪の一部として行われるもの」という要件(7条(1))と、受理許容性を否定するための「十分な重大性を有しない場合」(17条(1)(d))など、実際にはその内容が重なっている場合もある。Schabas, W., "An Introduction to the International Criminal Court : Fourth Edition," (Cambridge University Press, 2011), p.189.
- (10) Williams (注3), p.606.
- (11) Batros, B., 'The Evolution of the ICC Jurisprudence on Admissibility,' in Stahn et al eds. (注1) pp.592-3.
- (12) 同上pp.594-5.
- (13) Appeals Chamber : Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58," ICC-01/04-169, 13 July 2006. Batros (注11) pp.560-2.
- (14) 同上判決paras. 42, 52.
- (15) 同上判決paras. 90, 91. この判決には、逮捕状発布の判断を第1予審裁判部に差し戻すべきではなく、上訴裁判部自らが発布の判断をすべきだとする、Pikis裁判官の反対意見が付されている。
- (16) しかし、ンタガンダに対しては実際には逮捕状が執行されないまま、2012年には第2予審裁判部により第2次の逮捕状が発付されたが、最終的に2013年3月になって本人が自発的な投降をした。
- (17) Holmes (注7) pp.71-2.
- (18) Schabas (注9) pp.189-190.
- (19) Batros (注11) pp.558-9.
- (20) Schabas (注9) p.192.
- (21) 同上。
- (22) Batros (注11) pp.562-3.
- (23) Pre-Trial Chamber II : Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute, ICC-02/04-01/05-377, 10 March 2009.
- (24) 同上決定para. 8
- (25) 同上決定paras. 49-52.
- (26) 同上paea. 32.
- (27) Appeals Chamber : Judgment on the appeal of the Defence against the "Decision on the admissibility of the case under article 19 (1) of the Statute" of 10 March 2009, ICC-02/04-01/05-408, 16 September 2009, paras. 85-7.
- (28) 「Trial Chamber」の政府訳は、「第1審裁判部」であるが、裁判部番号の表記が困難となるため、本稿では原意に忠実な「公判裁判部」を用いる。
- (29) Batros (注11) p.565. Trial Chamber II : Reasons for the Oral Decision on the Motion Challenging the Admissibility of the Case (Article 19 of the Statute), ICC-01/04-01/07-1213, 16 June 2009, para. 6, 11-2.
- (30) 同上決定理由para. 93.
- (31) 同上決定理由para. 95.
- (32) Appeals Chamber : Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07-1497, 25 September 2009, para. 63. Batros (注11) p.567.
- (33) 同上判決paras. 1, 2.
- (34) 同上判決para. 97.
- (35) 同上判決para. 81.

- (36) Trial Chamber III : Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges, ICC-01/05-01/08-802, 24 June 2010, para. 261.
- (37) Appeals Chamber : Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Trial Chamber III of 24 June 2010 entitled "Decision on the Admissibility and Abuse, ICC-01/05-01/08-962, 19 October 2010, paras. 106, 108-9.
- (38) この事件では、当初3名が訴追対象だったが、うち1名、Henry Kiprono Kosegeyについては、第2予審裁判部の犯罪事実確認決定において、犯罪事実の確認が否定された。Pre-Trial Chamber II : Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-01/11-373, 23 January 2012. この決定には、犯罪事実確認の対象となった人道に対する犯罪について、その一要件である「組織」の政策に従い(7条2(a))行われたという点を満たしていないとして、ICCの事物管轄権を否定するKaul裁判官の反対意見が付されている。
- (39) Pre-Trial Chamber II : Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 (2) (b) of the Statute, ICC-01/09-01/11-101, 30 May 2011, paras. 13-6.
- (40) 同上決定 paras. 65, 70.
- (41) Appeals Chamber : Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled "Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19 (2) (b)," ICC-01/09-01/11-307, 30 August 2011.
- (42) 同上判決 para. 47.
- (43) 同上判決 para. 62.
- (44) 同上判決 para. 70.
- (45) Appeals Chamber : ICC-01/09-01/11-336, 20 September 2011.
- (46) 同上反対意見 paras. 28, 30-2.
- (47) Pre-Trial Chamber II : ICC-01/09-02/11-96, 30 May 2011. Appeals Chamber : ICC-01/09-02/11-274, 30 August 2011.
- (48) Williams (注3), pp.615-6.
- (49) Batros (注11) pp.560-1.
- (50) Pre-Trial Chamber I : Decision concerning Pre-Trial Chamber I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, 9 March 2006 (reclassified as public pursuant to Decision ICC-01/04-01/06-37), para. 37. その上で、DRCがルバンガに対して発付していた逮捕状には、ICCが発付した逮捕状の被疑事実についての記載がないと認定した (para. 38)。
- (51) Pre-Trial Chamber I : Decision on the Prosecution Application under Article 58 (7) of the Statute, ICC-02/05-01/07-1, 27 April 2007, para. 24.
- (52) UN Doc S/RES/1970, 26 February 2011. このICCへの付託決議が、武力介入を許容する決議とともになされたことによって、ICCの公平性や役割に重大な問題を提起することになったという指摘もあった。Carsten Stahn, 'Libya, the International Criminal Court and Complementarity,' *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 10-2 (2012) 325-349頁, 345-6頁。また、同じアラブの春から派生した事態であるシリアの民衆蜂起や内戦に対しては、安保理は現在までICC付託の決議は行っていない。このことは、安保理における政治的な選別性ととともに、ICCの普遍性に重大な問題を投げかけ続けている。
- (53) UN Doc S/RES/1973, 17 March 2011, para. 6. なお、この武力行使を認める決議は、その前文においてリビア政府の住民を保護する責任に依拠した点でも(前文第4, 第9段落)、少なからぬ問題を提起することになった。東澤靖「現代における人権と平和の交錯—国際刑事裁判と「保護する責任」をめぐる」PRIME第36号(2013年3月)15-31頁, 21頁。
- (54) 例えば「リビア内戦状態 民兵の抗争激化、政府も分裂」朝日新聞2014年8月25日など。
- (55) 同じICC安保理付託事件でも、スーダンの場合には、最初の逮捕状の発布が安保理付託の2年後(2007年)、バジル大統領に対する逮捕状の発付が4年後(2009年)であったことを考えれば、リビアの事態における逮捕状の発付は、はるかに迅速、または性急なものであった。
- (56) 間接共同犯罪実行 (indirect co-perpetration) は、ICC規程に明記された責任類型ではないが、明記された共同犯罪実行 (25条(3)(a)) の1種として検

- 察局や予審裁判部などで用いられてきた概念である。間接共同犯罪実行という責任類型を認めることの問題点については、Jens David Ohlin, Elies van Sliedregt, Thomas Weigend (訳: 東澤靖)「国際刑事裁判所 (ICC) における「支配の理論」を評価する」明治学院大学法科大学院ローレビュー第19号 (2013年12月) 85-106頁を参照。
- (57) Amnesty International, 'Libya : Trial Of Former Libyan Officials Including Saif Al-Islam Al-Gaddafi And Abdallah Al-Senussi' 26 April 2014. <http://www.amnesty.org/en/library/asset/MDE19/003/2014/en/b34cc94a-f881-482b-a999-01bc61f9f8ca/mde190032014.en.html>
- (58) BBC News, "Mauritania 'extradites Libya ex-spy chief Abdullah al-Senussi'," 5 September 2012. <http://www.bbc.com/news/world-africa-19487228>
- (59) 以上の経緯についての詳細は、稲角光恵「リビアにおける国際犯罪の処罰に関わる2011年の動向——ロッカビー事件からカダフィ裁判まで」金沢法学54 (2) 号 (2012年2月) 1-14頁, 7-11頁参照。
- (60) Pre-Trial Chamber I : Public redacted-Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi, ICC-01/11-01/11-344-Red, 31 May 2013. この決定についての国内研究としては、越智萌「判例研究：検察官対サイフ・アル＝イスラム・カダフィ事件 (国際刑事裁判所 (第一) 予審裁判部受理許容性に関する決定, 2013年5月31日)」阪大法学64 卷1号237-249頁 (2014年) があり, 事件の同一性や国家の捜査・訴追能力と人権に関する諸学説を紹介している。
- (61) Pre-Trial Chamber I : Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, ICC-01/11-01/11-466-Red, 11 October 2013.
- (62) Pre-Trial Chamber I : Declaration of Judge Christine Van den Wyngaert, ICC-01/11-01/11-466-Anx, 11 October 2013.
- (63) Appeals Chamber : Judgment on the appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi," ICC-01/11-01/11-547-Red, 21 May 2014.
- (64) Appeals Chamber : Separate Opinion of Judge Sang-Hyun Song, ICC-01/11-01/11-547-Anx1, 21 May 2014.
- (65) Appeals Chamber : Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, ICC-01/11-01/11-547-Anx2, 21 May 2014.
- (66) Appeals Chamber : Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi," 24/07/2014 ICC-01/11-01/11-565, 24 July 2014.
- (67) Appeals Chamber : Separate Opinion of Judge Sang-Hyun Song, ICC-01/11-01/11-565-Anx1, 24 July 2014.
- (68) Appeals Chamber : Separate Opinion of Judge Anita Ušacka, ICC-01/11-01/11-565-Anx2, 24 July 2014.
- (69) 第1予審裁判部からサイフ・カダフィの弁護人として指名された公設弁護人事務所 (OPCD) の弁護人は, 手続の初期にサイフ・カダフィと面会するためにICC書記局の者とともにリビアを訪問した際に, サイフ・カダフィを拘束する民兵組織によって拘束されるという事態も発生した。日本弁護士連合会「リビアにおける国際刑事裁判所の弁護士・職員拘束を懸念し, 即時の釈放を求める会長声明」2012年6月15日参照。
- (70) OTP, Third Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council Pursuant to UNSCR 1970 (2011), 16 May 2012, paras, 14-31.
- (71) サイフ・カダフィ事件Ušacka反対意見 (注65) paras. 2, 51-3, 58, 60.
- (72) サイフ・カダフィ事件Song個別意見 (注64) paras. 1, 6, 32
- (73) ルト事件上訴裁判部判決 (注41) para.13. サイフ・カダフィ事件上訴裁判部判決 (注63) para. 43.
- (74) Holmes (注7) pp.73-4. なお, 起草過程においては, 上訴裁判部も指摘するように (paras. 225-8), 受理許容性審査の指標に, 被告人の基本権が完全に尊重されて行われなことを含めようとしたイタリア提案は, 採用されなかった。
- (75) アルセヌシ事件Song個別意見 (注67)。
- (76) アルセヌシ事件Ušacka個別意見 (注68)。
- (77) Cassese, A., "International Criminal Law," Oxford University Press, 2003, p.330. Schabas (注9) p.219.

- (78) アルセスシ事件上訴裁判部判決note 458で引用された。Mégret, F. and Samson, M., 'Holding the Line on Complementarity in Libya : The Case for Tolerating Flawed Domestic Trials,' 11 (3) Journal of International Criminal Law (2013), pp.571-589, p.586.
- (79) 例えば, Stahn et al eds. (注1) 所収の諸論稿を参照。