

中核犯罪と免除に関する一考察

——国内刑事法との交錯——

中 村 幸 広

- 一 はじめに
- 二 国際刑罰権の実施類型と免除の概念
 - (一) 国際刑罰権の直接実施及び間接実施
 - (二) 免除の概念
 - (三) 国連国際法委員会（ILC）の議論状況
 - (四) 国際刑罰権の直接実施及び間接実施と人的免除及び事項的免除の関連性
- 三 国際刑罰権の直接実施と人的免除—— ICC アルバシール事件及び ICC モンゴル非協力認定を素材として——
 - (一) アルバシール事件
 - (二) モンゴル非協力認定
 - (三) 小 括
- 四 国際刑罰権の間接実施と事項的免除——近時のドイツ・フランス判例の動向——
 - (一) ドイツ連邦通常裁判所（BGH）2021年1月28日判決
 - (二) ドイツ連邦通常裁判所（BGH）2024年2月21日決定
 - (三) フランス破毀院2025年7月25日判決
 - (四) 小 括
- 五 日本刑法における中核犯罪と免除の問題
 - (一) 日本における中核犯罪に関する国内刑法の場所的適用範囲の諸問題
 - (二) 中核犯罪に関する免除をめぐる諸論点
- 六 免除の国内刑事法上の位置づけ
 - (一) 諸学説の整理
 - (二) 日本における議論状況
 - (三) 免除の法的効果
- 七 おわりに

一 はじめに

世界の各地で、戦争犯罪やジェノサイド罪のような重大な国際犯罪が発生しているが、近年、国家元首、外務大臣などの役職にある者、公務員など一定の身分にある個人が国際社会全体の法益を侵害する犯罪を行った場合に、その責任を追及することができるのかが問題となっている。

国際社会全体の法益を侵害する国際法上の重大な犯罪は、「中核犯罪」と総称されることがある。「中核犯罪」は、集団殺害犯罪（ジェノサイド罪）、人道に対する犯罪、戦争犯罪、侵略犯罪の4つから構成されている。いずれの犯罪も国際刑事裁判所に関するローマ規程（ICC規程）5条以下（6条から8条の2まで）に規定されており、国際刑事裁判所（ICC）の対象犯罪となっている。

中核犯罪の刑事訴追処罰については、ICCは補完性の原則に基づいて、まずICC規程締約国が自国の任務として中核犯罪についての刑事捜査・訴追を行う。その上で、ICC規程17条に該当する場合に限ってICCが中核犯罪についての刑事捜査・訴追を行い、各締約国がこれに協力することになっている¹⁾。

日本は、ICC加盟にあたって、ICC協力法は制定したものの、中核犯罪については、国内法における立法措置が見送られた。締約国も、ICC規程自体によって中核犯罪の訴追処罰について立法措置の義務づけがなされているわけではない²⁾。そこで、日本では、中核犯罪を殺人罪などの通常犯

1) ICC, Informal expert paper: The principle of complementarity in practice (2003), p. 3; フィリップ・オステン「国際刑法における『中核犯罪』の保護法益の意義——ICC規程批准のための日本の法整備と刑事実体法規定の欠如がもたらすものを素材として——」慶應義塾大学法学部〔編〕『慶應の法律学 刑事法 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集』（慶應義塾大学法学部、2008年）219頁

2) オステン（前掲注1）228頁、横濱和弥『国際刑法における上官責任とその国内法化』（慶應義塾大学出版会、2021年）7頁、後藤啓介「国際刑事法と日本の国内法整備——国際刑事裁判所に対する協力と中核犯罪の国内法化」申恵

罪として訴追・処罰するしかない³⁾。

中核犯罪は、各国の指導者級の人物が関与して行われることが多く、その訴追処罰にあたり、免除が問題になりやすい。ここでいう「免除」とは、刑事訴追されることを排除するという意味であり⁴⁾、免除には、諸外国の国内刑事管轄権からの免除と国際刑事裁判所の刑事管轄権からの免除の2つがありうる。国家元首、政府の長、及び、外務大臣（3者は、トロイカと称される）、あるいは、指導者級とまではいえない公務員、軍人といった公職の地位にある（あるいは、あった）政府職員等が何らかの形で中核犯罪に関与することがあるが、その際に直面する問題が政府職員等の外国の刑事管轄権からの免除である。

昨今の情勢をみるに、直ちに日本国内で中核犯罪が起こることは想定できないが、中核犯罪に関与した外国の政府職員等がその後日本を訪れた場合に当該人物を訴追処罰するという事態が生じる可能性は多分にあり、理論上のみならず実務上の問題として想定し得る。この場合、日本では、中核犯罪に当たる行為を通常犯罪の枠組みで訴追処罰することになる。中核犯罪の訴追処罰に取り組む日本から見ても将来的に中核犯罪と免除の問題が生じる可能性がある以上、日本においても当該問題について早急に議論する必要がある⁵⁾。

このような問題意識の下、本稿は、国際刑罰権の実施類型と免除の概念について触れた後(二)、中核犯罪と免除が問題になったリーディングケー

丰〔編〕『新国際人権法講座第5巻 国内的メカニズム／関連メカニズム』（信山社、2023年）所収207-228頁

- 3) 中内康夫「国際社会における法の支配の確立に向けて——国際刑事裁判所ローマ規程・国際刑事裁判所協力法案の国会論議」立法と調査No. 270（2007年）3-4頁
- 4) 坂巻静佳「『人道に対する犯罪』条文草案における政府職員の外国の刑事管轄権からの免除とアムネスティ」国際法外交雑誌119巻4号（2021年）27頁、森下忠『新しい国際刑法』（信山社、2002年）37頁
- 5) フィリップ・オステン「国家による戦争犯罪等の訴追と訴訟障害としての事項的免除について——ドイツ連邦通常裁判所（BGH）2021年1月28日判決を素材に」山口厚ほか〔編〕『高橋則夫先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂、2022年）780頁

スを取り上げ、検討する（三・四）。次いで、日本刑法との関係で中核犯罪と免除に関する問題をどのように考えるべきか検討する（五）。その上で、免除の国内刑事法上の位置づけについても概観する（六）。

二 国際刑罰権の実施類型と免除の概念

（一）国際刑罰権の直接実施及び間接実施

1 国際刑罰権の直接実施

国際刑罰権の直接実施とは、国際刑事法廷で国際的な裁判機関が訴追主体となって、中核犯罪等を刑事訴追処罰することである⁶⁾。ここでは、垂直的免除が問題となる。「垂直的」とは、国際刑事法廷のような国際的な裁判機関と国家ないしは個人との関係を意味する⁷⁾。

国際刑罰権の直接実施における免除の問題を論じる上で中心的な規定となるのがICC規程98条及び27条である。98条1項は、締約国がICCによる引渡しや援助の要請を受けることで、当該締約国が第三国との関係で負っている外交免除、国家免除に関する一般国際法上の義務及び国家元首、政府の長、外務大臣のような公職の地位にある者に関する国際法に基づく義務に違反する行動をとることになるような引渡しや援助の協力要請を締約国に対してすることができない旨規定している。ここで、「第三国」には、ICC規程締約国を意味するのか、非締約国を意味するのか、あるいは、双方を意味するのか、文言の解釈をめぐる対立がある。この点につき、条約法条約2条1項(h)には、『「第三国」とは、条約の当事国でない国をいう』とある。また、「第三国」が非締約国を意味すると解すること

6) フィリップ・オステン＝久保田隆「国際刑罰権の間接実施と事項的免除——国家による中核犯罪の訴追と裁判権の免除をめぐる問題の一断面」法学研究94巻12号(2021年)3頁

7) Gerhard Werle and Florian Jeßberger, *Principles of International Criminal Law* Fourth Edition (Oxford University Press, 2020), p. 318; 竹村仁美「国家元首の免除」論究ジュリスト37号(2021年)62頁

で締約国はICCから98条1項に基づく上記請求を受けた場合に当該請求に応じないことが認められず、ICC規程前文の「重大な犯罪」の不処罰の阻止につながる。そして、「第三国」が締約国を意味すると解すると、ICCが免除の放棄について第三国（締約国）の協力を得られない場合には上記請求を行うことができず、次にみる27条との整合性が図れない上に、条約の有効性や実効性が損なわれる。そこで、「第三国」とは一般的に非締約国を意味すると解することができる^{8) 9)}。つまり、98条1項は、非締約国の免除の尊重義務について規定しているのである¹⁰⁾。

27条1項は、元首、政府の長、政府職員などの公的資格がいかなる場合においても個人の刑事責任から免れさせるものではないという公的資格の無関係について規定している。同条2項は、ICCにおける公的資格に基づく国内法または国際法に基づく免除が認められず、公的資格によってICCの管轄権行使が妨げられるものではないことを規定している。同条2項は、非締約国との関係においても、条文の文言上、免除が否定される人物を締約国国民に限定していないため、非締約国国民についても免除が認められないと解し得る¹¹⁾。そうだとすると、非締約国の免除の尊重義務について規定している98条1項と27条2項が矛盾する内容になっていることから、98条1項と27条2項の関係性をいかに解すべきかが問題となる。

8) Claus Kreß, Article 98, Kai Ambos, *Rome Statute of the International Criminal Court Article-by-Article Commentary Fourth Edition* (Beck/Hart/Nomos, 2022), p. 2596; William Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute Second Edition* (Oxford University Press, 2016), p. 1345; 竹村仁美『国際刑事裁判所の検察官の裁量』（2022年、信山社）135-136頁

9) 「第三国」に関する解釈及び問題点について、詳しくは、Kreß, *supra* note 8, p. 2596; 村井伸行「国際刑事裁判所（ICC）によるバシール・スーダン大統領の逮捕状の発付及び逮捕・引渡請求の送付に関する法的検討」外務省調査月報（2009/No. 2）35-37頁を参照。

10) Schabas, *supra* note 8, p. 1342.

11) Rosanne Van Alebeek, *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law* (Oxford University Press, 2008), pp. 340-341.

本稿では、国際刑罰権の直接実施のリーディングケースとしてアルバシール事件及びモンゴル非協力認定を取り上げるが（後出・三）、当該章において、98条1項及び27条2項をめぐる問題（とりわけICCと非締約国（国民）との関係に焦点を当てて）について詳述する。

2 国際刑罰権の間接実施

国際刑罰権の間接実施とは、国家が訴追主体となって外国の政府職員等が公的資格で実施した行為を刑事訴追処罰することである。ここでは、水平的免除が問題となる。「水平的」とは、国家間の関係を意味する¹²⁾。

国際刑罰権の間接実施については、国際法上の明文規定がなく、国際慣習法、各国で制定された法律及び一般原則によるしかない。国際刑罰権の間接実施の代表的な例としては、ドイツ国際刑法典を根拠とする中核犯罪の訴追処罰が挙げられる¹³⁾。本稿では、実際にドイツ国際刑法典に基づく中核犯罪の訴追処罰がなされ、国際刑罰権の間接実施を正面から扱った注目すべき判決としてドイツ連邦通常裁判所（BGH）2021年1月28日判決及び2024年2月21日決定に加え、2025年7月25日フランス破毀院判決を取り上げ（後出・四）、検討する。

（二）免除の概念

「免除」は、国際刑事法廷の刑事管轄権からの免除と外国の刑事管轄権（裁判権）からの免除という少なくとも2つの意味を有する。

また、「免除」には人的免除（immunity *ratione personae*）と事項的免除（immunity *ratione materiae*）という分類もある。

免除は、「対等な者は対等な者に対しては支配権を持たない（*par in parem non habet imperium*）」という原則に基づく国家免除に由来するもので

12) Werle and Jeßberger, *supra* note 7, p. 318, para. 836. なお、国際刑罰権の直接実施と間接実施の区別につき、MüKo StGB/Ambos, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 3 Rn. 105 ff; Ambos, Anmerkung zu Urteil vom 28. Januar 2021, StV 2021, S. 557; Werle/Jeßberger, Völkerstrafrecht, 5. Aufl. 2020 Rn. 809参照。

13) オステン＝久保田（前掲注6）4頁

あり¹⁴⁾、国家の主権平等を確保するものである。免除の根拠は、すべての国家が主権平等と独立性を有しているとする国家の主権平等原則に見出すことができる。すなわち、ある主権国家が他の主権国家に対して管轄権を行使する権限に制限を課し、ある主権国家の行為は当該国家の同意なくして、他の主権国家によって判断ないしは裁判されないことで、国家の主権機能を確保し、円滑な国家間関係を維持するという点にある¹⁵⁾。

その上で、人的免除は、円滑な国家間の関係を維持するために、重要な職務を遂行する特定の国家代表者（公職者）に対して、彼らがその権限の下で職務を遂行し、国家を代表して行動する権限を有していることに鑑み、その最低限の外交的自由と移動の自由を確保することで代表者としての職務を遂行できるようにするという実用的な目的に基づくものである¹⁶⁾。他方、事項的免除は、国家のために行われた公的行為を保護するものであり、国家の代理として個人が行った公的行為は国家に帰属し、国家が国際法上の責任を負うのであり、当該行為を行った個人は責任を負うことはないと解するのである¹⁷⁾。

14) James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* Ninth Edition (Oxford University Press, 2019), p. 471; 岩沢雄司『国際法〔第2版〕』（東京大学出版会、2023年）184頁

15) Preliminary Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction, by Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur, UN Doc. A/CN. 4/601 (2008), pp. 181-182, paras. 95-96; Joanne Foakes, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law* (Oxford University Press, 2014), pp. 31-40; Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, 3rd ed. (Oxford University Press, 2013), pp. 25-29.

16) Werle and Jeßberger, *supra* note 7, p. 314, para. 825; Kolodkin, *supra* note 15, p. 181, para. 93.

17) Werle and Jeßberger, *supra* note 7, p. 314, paras. 825-826; Antonio Cassese and Paola Gaeta, *Cassese's International Criminal Law* (3rd ed., Oxford University Press, 2013), p. 318; Darryl Robinson, Sergey Vasiliev, Elies van Sliedregt and Valerie Oosterveld, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* Fifth Edition (Cambridge University Press, 2024), pp. 488-491; Alexander Orakhelashvili, *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law* Second Edition (Edward Elgar publishing, 2025), pp. 159-160.

人的免除及び事項的免除には、免除の享有主体、免除の対象となる行為、時的範囲という3点に関して、明確な違いがあり、両者を区別して考える必要がある。

人的免除は、在任中における外国の刑事管轄権からの絶対的な免除のことであり、地位に基づく免除である。人的免除に関しては、刑事・民事を問わない。人的免除の享有主体の範囲について、国際司法裁判所 (ICJ) は、ベルギー逮捕状事件¹⁸⁾において、現職の国家元首、政府の長、外務大臣などの国の高官が、人的免除を享有することが、国際慣習法上確立しているということを判示している¹⁹⁾。ICJは、特に、トロイカと称される国家元首、政府の長、及び、外務大臣が、外国の刑事管轄権からの免除の享有主体である(「完全な免除と不可侵性を享受する」)としている²⁰⁾。人的免除の享有主体の範囲については、争いがあり、様々な学説がある²¹⁾が、国家元首、政府の長、外務大臣が人的免除を享有する主体であることについては、国際慣習法上確立しているといえる。さらに、同判例は、現職の外務大臣は、通常犯罪だけでなく国際法上の重大な犯罪(中核犯罪)についても人的免除が認められうるとしている。この理論は、その後も受け継がれており、少なくとも現職の国家元首、政府の長、外務大臣に対しては、通常犯罪だけでなく中核犯罪についても人的免除が認められることが国際慣習法上確

18) 同事件は、ベルギーの裁判官がコンゴ民主共和国の現職の外務大臣が就任前に行った行為が戦争犯罪及び人道に対する罪にあたるとして逮捕状を発付し、これに対し、コンゴ民主共和国が逮捕状の破棄を求めてベルギーをICJに提訴した事件である。

19) ICJ 2002年2月14日本案判決 *Case concerning Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment, I. C. J. Reports 2002, pp. 21-22, para. 51.

20) *Ibid.*, p. 22, para. 54; *Case concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Judgment 4 June 2008, I. C. J. Reports 2008, pp. 236-237, para. 170.

21) Rosanne van Alebeek, *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law* (Oxford University Press, 2008), p. 187.

立されている²²⁾。国連国際法委員会(ILC)における検討の中でも、中核犯罪についての人的免除が認められることについては、異論なく意見が合致している²³⁾。免除の対象となる行為については、在任中ないしは在任前に実施された行為なのか否か、公的資格ないしは私的資格で実施された行為なのか否かに関係なく、すべての行為が対象になると考えられている²⁴⁾。時的範囲については、在任中(現職)のみ付与されると考えられている²⁵⁾。

事項的免除は、外国の政府職員等が公的資格で実施した行為について、在任中であるか否かを問わず、付与されるものである²⁶⁾。事項的免除については、現職のトロイカに加えて、その他の外国の政府職員等が免除の享有主体となる。免除の対象となる行為については、公的資格に基づいて行った行為のみが対象になると考えられている²⁷⁾。時的範囲については、その者が政府職員等を退任した後も免除の対象になると考えられている²⁸⁾。

22) Cassese and Gaeta, *supra* note 17, p. 320; Roger O'Keefe, *International Criminal Law* (Oxford University Press, 2015), p. 422; Crawford, *supra* note 14, pp. 484-485.

23) UN Doc. A/72/10 (2017), Report of the International Law Commission, sixty-ninth session (1 May-2 June and 3 July-4 August 2017), p. 178.

24) Kolodkin Preliminary Report, *supra* note 15, p. 177, para. 79; Robinson, Vasiliev, Sliedregt and Oosterveld, *supra* note 17, p. 488.

25) Kolodkin Preliminary Report, *supra* note 15, P. 177, para. 79; Cassese and Gaeta, *supra* note 17, p. 318; Joanne Foakes, *The Position of Heads of State and Senior Officials in International Law* (Oxford University Press, 2014), p. 7; Werle and Jeßberger, *supra* note 7, pp. 317-318, para. 833; Robinson, Vasiliev, Sliedregt and Oosterveld, *supra* note 17, p. 488.

26) Kolodkin Preliminary Report, *supra* note 15, p. 177, para. 80; Second Report on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction by Concepción Escobar Hernández, Special Rapporteur, U. N. Doc. A/CN. 4/61 (2013), p. 44, para. 50.

27) Escobar Second Report, *supra* note 26, p. 44, para. 50; Robinson, Vasiliev, Sliedregt and Oosterveld, *supra* note 17, p. 488. なお、対象行為については、四で検討する判例にも表れているように、いかなる犯罪に事項的免除が認められるのか、罪種に関する争いがある。

28) Kolodkin Preliminary Report, *supra* note 15, p. 177, para. 80; Werle and Jeßberger, *supra* note 7, pp. 314-315, paras. 826-827; Cassese and Gaeta, *supra*

事項的免除に関する上記理論は国際慣習法上確立されてきたといえるが、事項的免除の射程について、とりわけ、中核犯罪に免除が認められるのかという点については、国家実行の蓄積が少なく、様々な見解がある。

なお、免除享有者を派遣する国が免除を放棄ないしは免除の事由が終了した場合には、犯罪の管轄権を有する国において刑事訴追することができるようになる²⁹⁾。

(三) 国連国際法委員会 (ILC) の議論状況

ILCでの議論は、ILCが国際慣習法を形成し、法政策を提示するため、日本における中核犯罪と免除に関する議論に一定の影響を及ぼすものである。特に、ILC暫定条文草案7条1項についての議論に着目すべきである³⁰⁾。以下、国連国際法委員会のILC暫定条文草案7条1項についての議論状況について、概括的に述べる。

ILCは、2017年、ジェノサイド罪、人道に対する犯罪、戦争犯罪、アパルトヘイト罪、拷問、強制失踪（以下、中核犯罪等）については、事項的免除を適用しないとするILC暫定条文草案7条1項を採択した³¹⁾。かかる採択については賛否両論がある。具体的には、中核犯罪等について、外国の政府職員等の刑事管轄権からの事項的免除を認めるべきではないという方向性があるとの認識が広がっており、将来的に国際慣習法上確立する可能性があることが示唆されているという肯定的な見方がある一方、同条を規定することについて、国際社会で意見の合致があるとはいえない現状があるという否定的な見方もある。

上記採択は、かかる賛否の存在にもかかわらず、国家機能の保護、国家間の円滑な関係と不処罰の阻止の要請を比較衡量し、後者に重きを置くべきであるという国際社会の意見の合致がある場合には、外国の政府職員等

note 17, pp. 318-319; Robinson, Vasiliev, Sliedregt and Oosterveld, *supra* note 17, p. 488.

29) 森下忠『国際刑法の潮流』（成文堂、1985年）128頁

30) A/72/10 (2017), p. 176.

31) *Ibid.*, p. 164.

の刑事管轄権からの免除を認めないとする国際法規則等が形成されることで、国際慣習法上確立する可能性があることを示唆した³²⁾。

国際社会全体で国家機能の保護、国家間の円滑な関係と不処罰の阻止の要請のどちらに重きをおいて、外国の政府職員等の刑事管轄権の免除の問題を考えるのか。そして、後者に重きを置くことになった場合、本稿のテーマである「中核犯罪と免除」との関係で、中核犯罪に関する外国の政府職員等の刑事管轄権からの免除の点について国際法規則が変更されるのか。変更される場合どのような内容の国際法規則になり、国際慣習法上確立されていくのかという点に注目する必要がある³³⁾。

(四) 国際刑罰権の直接実施及び間接実施と人的免除及び事項的免除の関連性

国際刑罰権の直接実施及び間接実施の内容、人的免除及び事項的免除の内容を踏まえて、これらの関連性をいかに解すべきか問題となる。

国際刑罰権の実施には直接実施及び間接実施の2種類があり、また、免除には人的免除及び事項的免除の2種類があることから、これらを掛け合わせると、体系的には、①国際刑罰権の直接実施で人的免除が問題になるケース、②国際刑罰権の直接実施で事項的免除が問題になるケース、③国際刑罰権の間接実施で人的免除が問題になるケース、④国際刑罰権の間接実施で事項的免除が問題になるケースの4つの組み合わせが考えられる。

本稿では、①（三のアルバシール事件及びモンゴル非協力認定）、③（四のフランス破毀院2025年7月25日第1判決）、④（四のBGH2021年1月28日判決、2024年2月21日決定、フランス破毀院2025年7月25日第2判決）の3つのケースを取り上げ、検討する。

32) 坂巻静佳「政府職員の外国の刑事管轄権からの免除」特集「国際刑事法の現在」法律時報90巻10号（2018年）51-52頁

33) 坂巻（前掲注32）52頁

三 国際刑罰権の直接実施と人的免除——ICC アルバシール事件及びICC モンゴル非協力認定を素材として——

(一) アルバシール事件

1 事実の概要

スーダンのダルフル地方における民族紛争（ダルフル紛争）をめぐる、安全保障理事会は、2005年の国連決議1593に基づいて、事態をICCに付託した³⁴⁾。その後、2008年にICCの検察官は、アルバシール大統領に対する逮捕状の発付を予審裁判部に請求した³⁵⁾。

2 ICC予審裁判部の諸決定

ICCは2009年、人道に対する犯罪、戦争犯罪の嫌疑で、ICC規程の非締約国であるスーダンの当時の現職の大統領（国家元首）であったアルバシール大統領に対して逮捕状を発付した。さらに、2010年、ジェノサイド罪の被疑事実に基づいて逮捕状を発付した³⁶⁾。同大統領に対する逮捕状は、当時の大統領という現職の国家元首に対して発付されたものであることから、国家元首の人的免除が問題となった。

そして、ICCは、アルバシール大統領の逮捕状に関して、2011年、同大統領がマラウィに外遊した際に同国が逮捕しなかったことから、マラウィに対し非協力の認定を出した³⁷⁾。ICC予審裁判部は、2016年に、ウガ

34) U. N. Doc. S/RES/1593 (2005)

35) Al Bashir, ICC-02/05-157-AnxA, Pre-Trial Chamber I (14 July 2008)

36) Al Bashir, ICC-02/05-01/09-3, Pre-Trial Chamber I (4 March 2009); ICC-02/05-01/09-94, Pre-Trial Chamber I (12 July 2010)

37) *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 'Decision Pursuant to Article 87 (7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, '[hereinafter, Malawi

ンダとジブチに対して³⁸⁾、2017年には、ヨルダンに対して非協力認定を行った³⁹⁾。

3 ICC 予審裁判部の諸決定についての分析

予審裁判部が、いかなる根拠に基づいて非締約国の現職の国家元首の人的免除を否定したのかを分析する。この際、ICC 規程98条1項、慣習法上の大統領の免除、国連安保理決議1593に基づくICCに対する協力義務との関係等を考慮する必要がある⁴⁰⁾。

まず、アルバシール大統領は非締約国の国家元首であることから、ICCは98条1項に基づき、アルバシール大統領の国際慣習法上の免除を尊重する必要がある、同項を根拠とする限り、ICCはアルバシール大統領の逮捕・引渡しをスーダン及びスーダン以外の国に対して請求することはできない⁴¹⁾。実際に、アフリカ連合は、98条の規定に基づき、アフリカ連合に加盟している国々に対し、ICCに対するアルバシール大統領の逮捕・引渡しの協力義務を履行しないように求める決議を出し、採択した⁴²⁾。また、ヨルダンはアルバシール大統領が訪れた際に、98条2項に基づき、アラブ連盟特権免除条約上の義務があることを主張して、アルバシール大統領を引き渡さなかった⁴³⁾。さらに、締約国ではないスーダンは、免除の不適用を規定する27条2項に拘束されないため、アルバシール大統領は人的免除の享有主体となるとも思える。

ところが、かかる決議に基づいて協力義務を履行しなかった締約国は、

Decision] No. ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I (12 December 2011)

38) Al Bashir, ICC02/05-01/09-267, Pre-Trial Chamber II (11 July 2016, Uganda), pp. 6-7; Al Bashir, ICC02/05-01/09-266 (11 July 2016, Djibouti)

39) Al Bashir, ICC02/05-01/09-309, [hereinafter, Jordan Decision] Pre-Trial Chamber II (11 December 2017), pp. 20-21, paras. 51-55.

40) 村井（前掲注9）35頁

41) 村井（前掲注9）40-41頁

42) AU General Assembly, 13th Ordinary Session Dec. 245 (XIII) Rev. 1 (2009), p. 2, para. 10.

43) Al Bashir, Jordan Decision, *supra* note 39, p. 8, para. 17.

ICCによりことごとく非協力（87条7項）を認定されたのであった⁴⁴⁾。では、いかなる根拠に基づいて非締約国の現職の国家元首の人的免除が否定されたのか、以下検討する。

予審裁判部によって締約国との関係で非締約国の現職の国家元首の人的免除が否定された法的根拠は、2つある⁴⁵⁾。第1は国際慣習法上免除を否定する見解である（慣習法ルート）。かかる見解は、ICC予審裁判部第1法廷が出した決定で採用されたものである⁴⁶⁾。ICCのような国際刑事裁判機関が国際犯罪を行った国家元首を逮捕しようとする場合、現職の国家元首といえども国際慣習法上の免除は妥当せず、国際慣習法上の免除の享有主体とはならないという見解である。つまり、国家元首の免除の規則の例外が認められたことになる⁴⁷⁾。そのため、締約国における逮捕手続であるとしても、ICCの要請を受けて、非締約国国家元首の逮捕を行う場合には、締約国はICCの刑罰権を執行するための国際刑事裁判所の道具（手段）であるとみなされると判示し⁴⁸⁾、98条1項の適用を否定したのである⁴⁹⁾。

第2は、スーダンは非締約国であるが、国連安保理決議1593により国

44) Al Bashir, Malawi Decision; *le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 'Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome cooperation délivrées par la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir,' No. ICC-02/05-01/09, la Chambre Préliminaire I (13 Décembre 2011); *the Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 'Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of the Congo regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court,' No. ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber II (9 April 2014) [hereinafter, DRC Decision]

45) Kreß, 'The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court's Statute', in Morten Bergsmo & Ling Yan (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law* (Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012), p. 240.

46) Al Bashir, ICC02/05-01/09-139-Corr, Pre-Trial Chamber I (13 December 2011). p. 20, para. 43; Al Bashir, ICC02/05-01/09-140, Chambre préliminaire I (13 décembre 2011). pp. 7-9, para. 13.

47) Al Bashir, Malawi Decision, *supra* note 37, p. 20, para. 43.

48) *Ibid.*, para. 46.

49) *Ibid.*, para. 43.

連憲章 7 章に基づく ICC に対する協力義務がスーダンに課されていることから、国際慣習法上の免除が適用されず、当該協力義務が優先的に認められることとなり⁵⁰⁾、ICC はスーダンに対してアルバシール大統領の逮捕及び引渡請求をすることが可能となるという見解である（安保理ルート）。かかる見解は、ICC 予審裁判部第 2 法廷が出した決定で採用されたものである⁵¹⁾。第 2 の見解の根拠については、2 つの考え方がある。1 つは、国連安保理決議 1593 により国連憲章 7 章に基づく ICC に対する協力義務をスーダンに課していることから、黙示的に安保理が免除の放棄を行ったとする考え方である⁵²⁾。もう 1 つは、非締約国のスーダンは、免除の不適用を規定する 27 条 2 項に拘束されないという前述の内容に対応するものであるが、国連安保理決議 1593 から生じる効果として、スーダンに締約国に類似した規程上の権利義務が課され、スーダンは 27 条 2 項に拘束されることになり、免除が否定されるという考え方である⁵³⁾。なお、98 条 1 項との関係（引渡に関するスーダン以外の国との関係）については、国連憲章 7 章に基づく ICC に対する協力義務が第三国に課されている場合、当該協力義務が国際慣習法上の免除の適用に優先するため、ICC の第三国の人に対する引渡請求は 98 条 1 項に抵触せず、問題なく引渡請求をすることができる⁵⁴⁾。

50) See eg. Dapo Akande, ‘The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir’s Immunities,’ *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7, No. 2 (2009), p. 348; 水島朋則「国際法上の刑事管轄権免除をめぐる条約法上の問題についてーバシル事件における国際刑事裁判所上訴裁判部 2019 年判決を素材として」浅田他編『現代国際法上の潮流 I』（東信堂、2020 年）216-217 頁；村井（前掲注 9）41, 47-48 頁

51) ヨルダンを含む ICC 規程の締約国が ICC によるアルバシール大統領の逮捕及び引渡し義務があることにつき、Al Bashir, Jordan Decision, *supra* note 39, pp. 13-15, paras. 33-39. 参照。

52) Al Bashir, DRC Decision, *supra* note 44, pp. 13-14, para. 29; Al Bashir, ICC-02/05-01/09-267, Pre-Trial Chamber II (11 July 2016), pp. 6-7, paras. 11-12.

53) Al Bashir, ICC-02/05-01/09-302, Pre-Trial Chamber II (6 July 2017), p. 26, para. 68; Al Bashir, Jordan Decision, *supra* note 39, p. 15, para. 38.

54) 村井（前掲注 9）48 頁

①国際慣習法上免除を否定する見解及び②安保理決議に基づいて免除を否定する両見解には問題点があり、いずれも非締約国の現職の国家元首の人的免除を否定する根拠として十分なものとはいえない。見解①については、少なくとも非締約国の国家元首の人的免除に関して、98条1項を形骸化させてしまうという問題点がある⁵⁵⁾。ICC規程の適用上、「引渡し」とは、……国がいずれかの者を裁判所に引き渡すことをいう」とされており(102条(a))、「引渡し」は、締約国が裁判所にいずれかの者を引き渡すことを意味する。98条1項においても「引渡し」という語が用いられていることから、ICCとマラウィ(締約国)の関係を示唆しているにもかかわらず、98条1項が適用されないことになる。見解②については、スーダンや紛争当事国が、安保理決議1593によって、ICCへの協力義務を課されたにすぎず、それ以外の全ての国や地域、国際組織に関しては、協力義務が課されず、通例的に法的拘束力が認められない「勧奨」⁵⁶⁾がなされるにとどまったことが指摘された⁵⁷⁾。

4 ヨルダンの非協力に関するICC上訴裁判部の判決

ヨルダンがアルバシール大統領が訪れた際に、アラブ連盟特権免除条約及びICC規程98条2項に基づき、アラブ連盟特権免除条約上の義務があることを主張して、アルバシール大統領を引き渡さなかった。その後、2017年にICC予審裁判部は、ヨルダンに対し非協力認定を行ったところ、2018年にヨルダンが上訴した。

上訴裁判部は、2019年、ヨルダンの非協力認定に関する判決を出し、

55) William Schabas, *supra* note 8, p. 1348.

56) Nerina Boschiero, 'The ICC Judicial Finding on Non-Cooperation against the DRC and No Immunity for Al-Bashir Based on UNSC Resolution 1593,' *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 13, Issue 3 (2015), p. 645.

57) Daqun Liu, 'Has Non-Immunity for Heads of State Become a Rule of Customary International Law?,' in Morten Bergsmo & Yan Ling (eds.), *State Sovereignty and International Criminal Law* (Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012), pp. 72-73.

同事件における最終的な判断を示した⁵⁸⁾。

同裁判部は、第 1 予審裁判部の結論（慣習法ルート）に完全に同意しているとした上で、ICC に対する国際慣習法上の国家元首の免除が存在することを示すような国家実行や法的信念が存在しないことから、ICC との関係で国家元首の免除を認める例外的な国際慣習法の規則は存在しないと述べた⁵⁹⁾。また、国際慣習法の規則の不存在は、ICC が国家元首の逮捕状を発付し手続を行う場合だけでなく、ICC の逮捕・引渡し要請を受けた国家間の水平的な関係にもあてはまることを同裁判部は指摘した⁶⁰⁾。その上で、同裁判部は、ヨルダンが ICC からの逮捕・引渡し請求を履行しない理由はなく、ICC への協力義務を遵守しなかったと判断した⁶¹⁾。

また、同裁判部は、同時に安保理決議の効果に基づいて非締約国の国家元首の免除を否定し（安保理ルート）、非締約国であるスーダンの国家元首であったアルバシール大統領の引渡しに協力しなかった締約国であるヨルダンに対して、協力義務に反するとして非協力を認定したとされている⁶²⁾。まず、安全保障理事会は、国際平和と安全の維持または回復の手段として ICC を利用することができる（ICC 規程 13 条 (b)）ということが確認されている⁶³⁾。その上で、同裁判部は、スーダンは、国連安保理決議 1593 に基づき裁判所と完全に協力する義務があることから、締約国に適用される協力体制が適用されると判断した⁶⁴⁾。そして、同裁判部は、27 条 2 項に照らして、98 条 1 項を含む ICC 規程の締約国に対する協力体制を理解し、解釈すべきであり、27 条 2 項がスーダンの協力義務に適用されないとい

58) Al Bashir, ICC-02/05-01/09-397-Corr Appeal Chamber (Date: 6 May 2019)

59) *Ibid.*, pp. 57-58, para. 113.

60) *Ibid.*, p. 58, para. 114.

61) *Ibid.*, p. 59, paras. 116-117.

62) 竹村仁美「国際刑事裁判所への協力義務をめぐる法と政治」国際問題 686 号（2019 年）46 頁、岡田陽平「公的資格は無関係か—現職国家元首に対する逮捕状発布にみる国際刑事裁判所と国連安全保障理事会の関係」法律時報 93 巻 7 号（2021 年）37-38 頁

63) Al Bashir, *supra* note 58, p. 67, para. 135.

64) *Ibid.*, p. 69, para. 141.

る余地はないと判断している⁶⁵⁾。さらに、同裁判部は、国連安保理決議1593に基づき27条2項がスーダンにも適用されることにより、スーダンは国家元首の免除を主張することができない（ヨルダンに対しても同様）結果、ヨルダンが裁判所の逮捕状を執行する際に無視しなければならない免除が存在せず、予審裁判部第2法廷が国連安保理決議1593の結果として、スーダンが国家元首の免除を主張することはできないと判断したことについて誤りはなかったとした⁶⁶⁾。

（二）モンゴル非協力認定

1 事実の概要

2024年に戦争犯罪の容疑で逮捕状を発付されたロシアのプーチン大統領が締約国であるモンゴルを訪問したが、モンゴルは同大統領の逮捕・引渡しを行わなかったことから、第2予審裁判部は、2024年10月にICC規程87条7項に基づく義務を履行しなかったとしてモンゴルの非協力を認定し、締約国会議に付託した。

2 判 旨

モンゴルは、ICCに全面的な協力義務を課す安保理付託や安保理決議がないこと、プーチン大統領が現職の国家元首であり、国際慣習法上、人的免除及び事項的免除を享有しており、刑事管轄権から免除されると主張した⁶⁷⁾。

これに対し、同裁判部は、国際裁判所に対する国際慣習法上の国家元首

65) *Ibid.*, p. 70, para. 143.

66) *Ibid.*, pp. 72-73, para. 149.

67) Finding under article 87 (7) of the Rome Statute on the non-compliance by Mongolia with the request by the Court to cooperate in the arrest and surrender of Vladimir Vladimirovich Putin and referral to the Assembly of States Parties, ICC-01/22-90, Pre-Trial Chamber II (24 October 2024), p. 8, para. 18; 以下訳出にあたって、長澤宏「ICC規程締約国による非締約国国家元首の逮捕・引渡しにかかる協力義務」国際人権36号（2025年）91-93頁を参考にした（一部表現を改めた）。

の免除の有無の問題や非締約国がICC規程の規定に拘束されるかどうかの問題は検討されるものではないとした⁶⁸⁾。その上で、モンゴルを含む締約国及び12条3項に基づいてICCの管轄権を受諾した国家が27条に従って非締約国の国家元首に対する逮捕状を執行する義務があるかが問題となり、条約法条約31条1項に基づいて、条文の文言だけでなく目的と趣旨を踏まえて27条と98条の解釈を検討する必要があると述べている⁶⁹⁾。

また、同裁判部は、27条は、国家元首を含むあらゆる政府職員等の国際法上の免除を排除する効果を有すること、締約国及びICCの管轄権を受諾した国に対し、いかなる種類の免除も認めず、個人（締約国の国民であるか否かは問わない）に付与されうるいかなる手続の特則も適用しないことを義務付けるものであることを確認した。その上で、締約国及びICCの管轄権を受諾した国は、当該個人の公的地位や国籍にかかわらず、ICCにより逮捕状が発付された当該個人を逮捕、引き渡す義務を有しており、かかる義務を果たすことは、ICCの協力義務を履行するための一つの手段になると述べた⁷⁰⁾。

したがって、同裁判部は、国家元首に認められている国際法上の免除を尊重する義務というモンゴルがロシアに対して負う二国間義務は、モンゴルがICCに対して負う義務に取って代わることはできないとした上で、ICCは、国際社会全体の法益を侵害する国際法上の重大な犯罪に対する管轄権を行使することをその責務としており、ICCに対して負う多国間義務は、その性質と目的から、ICC規程と矛盾するような二国間合意によって変更ないしは取って代わられることはないと判断している⁷¹⁾。

さらに、同裁判部は、98条と27条の体系的解釈を行うことで、98条が27条に明文化された公的資格の無関係という基本原則を損なうものではないことを確認した上で⁷²⁾、98条は27条とは異なり、国家元首への言及

68) *Ibid.*, p. 8, para. 19.

69) *Ibid.*, pp. 8–10, paras. 20–22.

70) *Ibid.*, p. 11, para. 27.

71) *Ibid.*, p. 11, para. 28.

72) *Ibid.*, p. 13, para. 34.

はなく、98条で国家免除について言及している場合、それは国家元首の免除ではなく、国家自体の免除に関する言及であると判示した⁷³⁾。そのため、第三国の国家元首に対する人的免除は、ICCの訴訟手続では適用することができず、免除の放棄は98条の下で要求されるものではないとされた。その上で、ICCが管轄権を有すると判断された場合、締約国が国籍を問わず国家元首の逮捕・引渡しを行うことは、98条の「国際法に基づく義務に違反する行動」ではないことが判示された⁷⁴⁾。

3 分 析

モンゴル非協力認定においても、非締約国の国家元首の逮捕・引渡しをめぐる人的免除が問題となったが、ICCがアルバシール事件において示してきた判断基準とは大きく異なるものであった。ICCは、慣習法ルートや安保理ルートに依拠することなく、27条と98条の解釈を踏まえて、締約国が非締約国に対して負う多国間義務が二国間義務に優先するという新たな判断基準を示したのである。これは、非締約国の国家元首の逮捕・引渡しをめぐる人的免除に関して、慣習法ルートや安保理ルートの欠点や昨今の国際情勢に鑑みてICCが新たな方向性を形成したとみるべきである。

もっとも、同認定にはいくつかの問題点が残されている。本件のように、非締約国の国家元首に対する逮捕状をめぐる人的免除及び締約国の協力義務の問題については、アルバシール事件における判断を踏まえて、慣習法ルートないしは安保理ルートに基づく判断がなされることが期待されていた。モンゴルの非協力については、ウクライナ情勢における同大統領に対する逮捕状に関して、安保理による付託や決議がなされていないことから、安保理ルートではなく慣習法ルートに基づく判断をすることが適切であると考えられる。具体的には、ICCは、規程外の法的根拠として国際慣習法上の免除の規則の例外が認められるのか否かを検討するべきであった。しかし、ICCはあくまでICC規程の解釈問題に基づく判断をするにとどまり、

73) *Ibid.*, pp. 13-14, para. 35.

74) *Ibid.*, p. 14, para. 36.

同認定では上記ルートに基づく判断がなされなかった⁷⁵⁾。安保理の常任理事国の半数以上がローマ規程の締約国ではなく、昨今起きている紛争の当事国も締約国ではないことが多い現状を踏まえても、規程の趣旨及び目的にのみ依拠した解釈論にとどまってしまっていては、逮捕状及び協力義務を課すこととの関係で説得力や実効性に欠ける。そのため、国際法の法源や国際慣習法に依拠した理論構築が求められている。

このように、ICCがこれまでの判断基準とは異なる新たな判断基準で人的免除を否定したことで、喫緊の課題である常任理事国が紛争当事国であり、(したがって、安保理ルートに依拠することが事実上不可能であり)、かつ、非締約国の国家元首に対する逮捕状をめぐる免除の問題という喫緊の課題に関して、新たな道筋を示した点で画期的である。一方で同認定には問題点や不明瞭なところが多くあり、今後のICC判例の動向を注視する必要がある⁷⁶⁾。

75) 長澤(前掲注67)92-93頁; Keiichiro Kawai, The ICC's Turn to Cynical Solipsism: The PTC II's Finding of Mongolia's Non-compliance in the Case against Putin, EJIL: Talk!, 26 November 2024 (<https://www.ejiltalk.org/the-iccs-turn-to-cynical-solipsism-the-ptc-iis-finding-of-mongolias-non-compliance-in-the-case-against-putin/>, [Accessed 11 February 2026]).

76) 近時のイスラエル情勢に関して、パレスチナ・ガザ地区での戦闘をめぐる逮捕状が発付された(Decision on Israel's challenge to the jurisdiction of the Court pursuant to article 19 (2) of the Rome Statute, ICC-01/18-374, Pre-Trial Chamber I (21 November 2024))イスラエルのネタニヤフ首相が締約国であるハンガリーを訪問したが、ICCによる同首相の逮捕・引渡し of 協力の請求に応ぜず、ICCに対し協議を要請することもなかったハンガリーに対し、第1予審裁判部は、ハンガリーがネタニヤフ首相を仮逮捕せず、当該法的義務の違反に関して何ら正当な根拠を示していないことから、87条7項に基づく協力義務を遵守しなかったと認定した(Finding under article 87 (7) of the Statute on Hungary's non-compliance with the Court's request to cooperate in the provisional arrest of Benjamin Netanyahu and referral to the Assembly of States Parties, ICC-01/18-462, Pre-Trial Chamber I (24 July 2025))。なお、ハンガリーは2026年中にICCを脱退予定である。

(三) 小 括

アルバシール事件及びモンゴル非協力認定では、ICCにおける非締約国の現職の国家元首の免除が問題となった。本章では、非締約国の現職の国家元首の人的免除を否定する見解として、①国際慣習法上免除を否定する見解、②安保理決議に基づいて免除を否定する見解、③ICC 規程の趣旨及び目的などに基づいて免除を否定する見解の 3 つがあることを示した上で、それぞれの見解について分析した。

ICC は非締約国に対する逮捕協力義務を国連憲章から発生するものとし、非締約国国民の人的免除の否定の根拠を国連憲章や安保理決議に求めていることについて言及しながら、実際にアルバシール大統領の逮捕協力要請を非締約国に対して出していることに鑑みると、国連憲章第 7 章措置の拘束力及び優越性（国連憲章 25 条、103 条）を根拠として、非締約国国民の免除を認めないとする見解②がとるべき見解として適切かつ有力である⁷⁷⁾。もっとも、昨今の国際情勢のように、常任理事国に関係する紛争の場合には、安保理の拒否権を持っている常任理事国 5 カ国で意見が合致するということはあり得ず、安保理付託がなされることは容易には想定され得ない。このように、ICC への安保理付託が現実的になされる可能性がない事態が現に存在し（たとえば、パレスチナ事態）、また今後も生じうることを考慮する必要がある。そこで、安保理付託があるケースとないケースとで場合分けして考えるべきである。前者の場合には見解②、後者の場合には見解①を踏まえた新たな理論的枠組みを構築することが妥当であると解される。しかし、見解①②いずれについても、さらなる精緻な検討が求められるところであり、この点に関しては今後の検討課題としたい。

77) Boschiero, *supra* note 56, p. 631; 水島朋則『主権免除の国際法』（名古屋大学出版会、2012 年）286 頁

四 国際刑罰権の間接実施と事項的免除——近時のドイツ・フランス判例の動向——

(一) ドイツ連邦通常裁判所 (BGH) 2021 年 1 月 28 日判決

1 事実の概要及び争点

アフガニスタン国軍の元中尉であった被告人が行った捕虜に対する虐待、及び、タリバン司令官の遺体を殴打したり、吊るし上げたりするなど遺体を辱めた行為が問題となった。

本判決では、外国の政府職員等のような公的資格の保持者が公的資格に基づき国外で戦争犯罪を行った場合に、事項的免除に基づく訴訟障害が認められるか、すなわち、国家により行われる中核犯罪の訴追処罰（いわゆる国際刑罰権の間接実施）において、事項的免除に基づく訴訟障害がどこまで認められるかが争点となった⁷⁸⁾。

2 判 旨

BGH は、戦争犯罪のような中核犯罪の訴追処罰について、元公的資格保持者が国際慣習法上免除の享有主体とはならないことを判示した。すなわち、同裁判所は、外国の政府職員等が中核犯罪を行った場合には、ドイツの刑事管轄権からの免除が認められないことを判示した⁷⁹⁾。換言すれば、外国の政府職員等（元公的資格保持者）が公的資格で中核犯罪（同判決のいう「国際社会全体をゆるがす犯罪」）を行った場合、国際慣習法上、事項的免除は認められず、国家による刑事訴追は妨げられないことになる⁸⁰⁾。

78) オステン＝久保田（前掲注 6）6 頁

79) BGH, Urt. V. 28.2021-3 StR 564/19, NJW 2021, 1326, Rn. 11.

80) Epik, 'No Functional Immunity for Crimes under International Law before Foreign Domestic Courts', Journal of International Criminal Justice, Volume 19, Issue 5 (2021), p. 1265. BGH は、判決において、「国際法の一般規則〔国際慣習法〕によれば、国内裁判所による、拷問による戦争犯罪及び重大な態様で侮

同裁判所は、上記の点を判断するにあたって、国際刑罰権の間接実施の局面において、中核犯罪の事項の免除は認められないということが国際慣習法上確立されているのかという点に着目していることが重要である。同裁判所は、「国際慣習法によれば、外国の下位の公的資格保持者……の一般的な事項の免除は戦争犯罪に基づく国内刑事訴追を妨げない。」⁸¹⁾と結論づけている。

国際慣習法上確立しているといえるためには、客観的な要件としての国家実行（慣行）と主観的な要件としての法的確信を充足する必要がある⁸²⁾ところ、両要件に関するBGHの判示内容は以下のとおりである。

まず、国家実行についてみていく。国家実行は、実質的に一貫したものでなければならず、また、一般的なものではないと解すべきである⁸³⁾ところ、BGHは、前述の通り、外国の公的資格保持者の国内刑事訴追が妨げられていないことから、国内裁判所は訴訟主体となって刑事訴追・処罰することができるとした。過去の裁判例をみても、国内の裁判所によって、外国の公的資格保持者は、自身が行った戦争犯罪をはじめとする中核犯罪について、刑事管轄権からの免除が認められず、実際に刑事訴追処罰されている⁸⁴⁾。つまり、国内の刑事管轄権があることについて、実質的に一貫した判断がなされており、一般的な国家実行となっている。以

辱しまたは対面を汚す待遇による戦争犯罪の処罰、ならびに、危険な傷害及び強要といった、同時に実現される一般刑法上の犯罪構成要件に基づく処罰は、行為が外国の下位の公的資格保持者によって、その公的資格の行使として、外国において、内国人〔ドイツ人〕以外の者に対して行われたことを理由としては、排除されない」とした（BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 13.）。

81) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 16.

82) *Report of the International Law Commission on the seventieth session* (2018), UN Doc. A/73/10. pp. 119–122, §65; 橋野篤「慣習国際法における「法的確信」概念に関する一考察——従来の学説のもつ問題点——」社会科学ジャーナル(1990年) 123頁

83) Jean-Marie Henckaerts「慣習国際人道法に関する研究——武力紛争における法の支配の理解及び尊重に対する貢献」赤十字国際委員会(ICRC)『International Review of the Red Cross [第87巻857号]』(2005年) 6頁

84) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 18.

上の事実から、BGHは、客観的な要件としての国家実行は存在するといえ、要件を充足すると結論づけたのである。

次に、法的確信に関する判示内容を確認する。法的確信とは、実質的に一貫した特定の国家実行が法の規則や法的義務になっており、実質的に一貫した特定の国家実行が、権利として当然に実行されていて、それに従っているという意識が存在（法律上の確信の存在）することをいう⁸⁵⁾。同裁判所は、法的確信について、「一貫した国家実行に対応する形で、……少なくとも、下位の公的資格保持者に対する、戦争犯罪または一定のその他の国際社会全体をゆるがす犯罪に基づく国内裁判所による刑事訴追は許容される、という一般的な確信が存在する」⁸⁶⁾と判示している。これは、国際軍事裁判所（IMT）条例7条が中核犯罪について、国家元首や公務員等の政府職員等に対する刑事管轄権があるとしていること、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所（ICTY）が中核犯罪を行った者は、国内ないしは国外の刑事管轄権からの免除を主張することができないとしたことから、一般的な確信は存在しているといえる⁸⁷⁾。また、BGHは、これまで国際刑罰権の間接実施の局面において、中核犯罪の事項的免除は認められない点について、異なる見解や判断を示したことはなかった。かかる点から、BGHは、一貫した国家実行に対応する形で、少なくとも、下位の公的資格保持者に対する、戦争犯罪または一定のその他の国際社会全体をゆるがす犯罪に基づく国内裁判所による刑事訴追は許容されるという一般的な確信があるとした。さらに、同裁判所は、ILCが、現時点で、中核犯罪についての事項的免除を認めるといった内容の国際法規則を設けようとしてはいないことについても言及している。以上の事実から、主観的な要件としての法的確信は存在するといえ、要件を充足する⁸⁸⁾。

したがって、国際刑罰権の間接実施の局面において、中核犯罪の事項的

85) Jean-Marie Henckaerts（前掲注83）7頁

86) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 23.

87) なお、ICCは、中核犯罪に事項的免除が認められるかという点について明示的な見解ないしは判断を示していない。

88) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 23, 35.

免除は認められないと同裁判所は判断した。

3 分 析

同判決の射程について、いかなる性質の犯罪について免除の適用が認められないのかという点(「事項」)と、免除の適用が認められない人的範囲はどの程度か(「人」)という2点に着目して分析を行う。

「事項」については、同判決は、「戦争犯罪または一定のその他の国際社会全体をゆるがす犯罪」について事項的免除が認められないと判示している⁸⁹⁾。同判決のいう「戦争犯罪または一定のその他の国際社会全体をゆるがす犯罪」は、判決理由において、戦争犯罪、ジェノサイド罪、人道に対する罪、侵略犯罪について触れられていることから、中核犯罪を意味すると考えられる⁹⁰⁾。もっとも、通常犯罪について事項的免除が認められないのかという点に関して、同判決は判示しておらず、同裁判所の見解は不明瞭のままである⁹¹⁾。

「人」については、同判決は、「少なくとも、下位の公的資格保持者に対する、戦争犯罪または一定のその他の国際社会全体をゆるがす犯罪に基づく国内裁判所による刑事訴追は許容される」(傍点筆者)と判示していることから、同裁判所は、国家元首や外務大臣など上位の政府職員等についても事項的免除が認められないことを前提としていると解する見解もみられる⁹²⁾。

89) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 18, 21, 24-34.

90) Kreß, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28. Januar 2021, NJW 2021, S. 1335; Jeßberger/ Epik, Immunität für Völkerrechtsverbrechen vor staatlichen Gerichten – zugleich Besprechung BGH, Urt. v. 28. Januar 2021 – 3 StR 564/19, JR 2022. S. 14; Ambos, StV 2021, *supra* note 12, S. 557.

91) BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 48.

92) *Haneke*, Bundesgerichtshof urteilt zur Staatenimmunität, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 28. 1. 2021 (<https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/auslaendische-kriegsverbrechen-bundesgerichtshof-urteilt-zur-staatenimmunitaet-17170052.html>); Frank Barthe, Immunitätsschutz fremdstaatlicher Funktionsträger vor nationalen Gerichten. Eine Zerreißprobe für das moderne Völkerstrafrecht?, ZStW 133 (2021), S. 236

以上より、同判決は、事項的免除は、外国の政府職員等が公的資格で実施した行為について、在任しているか否かを問わず、付与されるものであるが、中核犯罪については、少なくとも下位の政府職員等については、事項的免除は認められず、上位の政府職員等についても事項的免除が認められないとする余地があるということを判示したと理解することができる。

(二) ドイツ連邦通常裁判所 (BGH) 2024年 2 月 21 日決定

1 事実の概要

本決定は、親政府系民兵組織に参加し、その現地指導者の一人として活動していた被疑者が、シリア内戦中に犯した犯罪（ドイツ国際刑法典 7 条の人道に対する犯罪）について、逮捕状が発付され、勾留の継続が決定したものである。

2 判 旨

BGH は、一般的な事項的免除による訴訟障害は存在しないとした上で、被疑者は、国際慣習法上の事項的免除を享受しないという結論を示した。本決定において、BGH は、被疑者は、シリア国家の利益のために行動した可能性が高く、被疑者の犯罪行為は政府の国家行為として評価され得る行為であることから、国家免除から派生する事項的免除が適用される可能性があることを示している。もっとも、BGH は、外国の政府職員等の事項的免除を国際刑事法上の犯罪から除外する（国際刑法上の犯罪については適用しない）ことは、疑いの余地なく国際慣習法の一部をなしていることを指摘した上で、行為者の地位や職位にかかわらず事項的免除は認められないと判断した⁹³⁾。

93) BGH, Beschluss. v. 21. Februar 2024 – AK 4/24, NJW2024, 1674, Rn. 53; 以下訳出にあたって、久保田隆「外国政府職員等の刑事裁判権からの事項的免除と人道に対する犯罪としての奴隷化」判例時報 2608 号（判例時報社、2025 年）23-24 頁を参考にした（一部表現を改めた）。

3 分 析

BGHは、本決定において上記2021年判決に関して実質的な法的変更を加えるものではなく、法的解釈の重大な変更もなく、新たな議論も展開されていないことから、上記2021年判決の法的論理を一貫して継承しているといえる⁹⁴⁾。

その上で、本決定で特筆すべき点は、「事項」及び「人」について、上記2021年判決よりも明示的に範囲を拡張したことであり、重要な意義を有する決定である。そこで、同決定の射程について、「事項」と「人」という2点に着目して、若干の分析を行う。

「事項」について、本決定では、戦争犯罪に限定することなく、明示的に「国際法上の犯罪」（中核犯罪）に関する事項的免除の適用の可否について検討されている。

「人」について、本決定では、「行為者の地位や階級（職位）にかかわらず事項的免除は認められない」と判示されており、中核犯罪については、下位の政府職員だけでなく、中位や上位の政府職員についても事項的免除が認められないことが明らかになったことから、上記2021年判決よりも適用範囲が拡張されたといえる⁹⁵⁾。

国家元首、政府の長、外務大臣は中核犯罪について人的免除が認められることについては、国際慣習法上確立されており、退任後は元職の国家元首、政府の長、外務大臣は公的資格で行った行為について事項的免除が認められ得る⁹⁶⁾。中核犯罪に関して上位の政府職員等についても事項的免除

94) Epik / Geneuss, ‘Keine funktionelle Immunität bei Völkerrechtsverbrechen: Eine Klarstellung des Bundesgerichtshofs (und des Gesetzgebers) Zugleich Besprechung von BGH v. 21. 2. 2024– AK 4/24’, *Juristische Rundschau* (DE GRUYTER, 2025), p. 27.

95) 久保田（前掲注93）23–24頁

96) R. van Alebeek, ‘Functional Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of Foreign National Courts’, in T. Ruys, N. Angelet, and L. Ferro (eds), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law* (Cambridge University Press, 2019), pp. 496–524. ; Werle and F. Jeßberger, *supra* note 10, pp. 317–318, para. 833.

が認められないと解するのであれば、外国の国内刑事司法によって、退任後の国家元首、政府の長、外務大臣等外国の政府職員等を刑事訴追処罰することが理論上できることになる。すなわち、国際刑罰権の間接実施において、免除が否定される範囲がより広げられることになる⁹⁷⁾。

4 最新の動向・法改正と将来への示唆

2024年2月決定直後の2024年3月20日に出された上告審決定（シリアの政府職員が行った一連の人道に対する犯罪）においても、2024年2月決定の考え方が踏襲され、国際法上の犯罪に関して、被疑者の地位や階級（職位）にかかわらず、事項的免除が認められない旨判示された⁹⁸⁾。

2024年8月3日には、ドイツ裁判所構成法（Gerichtsverfassungsgesetz）20条2項（国際法に基づく免除に関する規定）に「機能的免除（事項的免除と同義）は、ドイツの裁判権が国際刑法典上の犯罪の訴追に及ぶことを妨げない。」という第2文が追加され、施行された⁹⁹⁾。この規定により、少なくともドイツにおいては、中核犯罪における事項的免除の排除に関する議論に終止符が打たれたといえる。これが、国際法の議論にどのような影響を与えるかは今後の動向を注視する必要があるものの、免除の排除に関する上記規定は、国家実行として今後の議論に影響を与えるものであるとい

97) オステン＝久保田（前掲注6）18-19頁

98) BGH, Beschluss vom 20. März 2024 – 3 StR 454/22, Rn. 42

99) 裁判所構成法20条1項は、「ドイツの裁判権は、この法律の適用範囲内で、ドイツ連邦共和国からの公式な招待を受けて滞在している他国の代表者及びその随行員にも及ばない。」と規定しており、同条2項は、「なお、ドイツの裁判権は、第1項ならびに第18条及び第19条に定める者以外の者についても、国際法の一般原則、国際条約、その他の法的規定に基づいてその裁判権から免除されている限度において、及ばない。機能的免除は、ドイツの裁判権が国際刑法典上の犯罪の訴追に及ぶことを妨げない。」と規定している。裁判所構成法20条2項の立法目的は、ドイツ通常連邦裁判所（BGH）の機能的免除（事項的免除）に関する判例の法理を明確化することにあった（Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung des Völkerstrafrechts, BT-Drs. 20/11661 vom 05.06.2024, S. 19.）。

える¹⁰⁰⁾。

(三) フランス破毀院2025年 7 月 25 日判決

1 事実の概要

本判決では、国際刑罰権の間接実施という局面で、中核犯罪に関する現職の国家元首の人的免除（第 1 判決）、外国の政府職員等（本判決では公務員）の事項的免除（第 2 判決）が認められるかが問題となり、当該逮捕状の取消しの可否及び当該起訴の有効性に関する 2 つの判決が出された。

第 1 判決では、シリアにおいて、アサド元大統領が行った化学兵器による毒ガス攻撃によって犠牲者が出たとして、戦争犯罪及び人道に対する犯罪の嫌疑で同人に対し発付された逮捕状の有効性が争われた。第 2 判決では、シリア中央銀行の元総裁（公務員）が化学兵器の製造に関わった企業との協力を容認したとして、戦争犯罪及び人道に対する罪で起訴された。

第 1 判決について、まず、従前のフランス破毀院は、国際慣習法上、免除の適用が認められないという規定がない限り、現職の国家元首が外国の裁判所で起訴されることは認められないという判断を示していた¹⁰¹⁾。

100) Epik / Geneuss, *supra* note 94, p. 28. なお、2024年 8 月 27 日に出された BGH判決 (BGH, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24, Rn. 23–24) では、スパイ活動における免除が問題となり、同判決は上記 2021 年 1 月判決、2024 年 2 月決定、同年 3 月決定の考え方を明示的に継承し、外国のスパイ活動においても一般的な機能的免除（事項的免除）は適用されないと判示された。同判決は、上記判断が 2024 年 8 月 3 日に施行された裁判所構成法 20 条 2 項と矛盾するものではなく、立法者は同項の機能的免除の適用除外を国際刑法典に定める犯罪に限定する意図を有するものではない。むしろ、立法者の唯一の目的は、国際慣習法上認められている国際法上の犯罪における一般の政府職員の免除の適用除外を宣言的 (deklaratorisch) に明記することであり、他の犯罪類型における例外を否定したり、あるいは、機能的免除以外の国際法上の免除について言及したりするものではなかったと判断している。

101) Crim., 13 mars 2001, pourvoi n° 00-87.215, Bull. crim. 2001, n° 64

2 判 旨

第 1 判決は、従前の破毀院が、現職の国家元首に対する免除が認められないという例外的な判断が認められる余地があることを示唆していたが、実際に認められたことは一度もなく、人道に対する犯罪や戦争犯罪とは関係のない事件に関する判断がなされていたにすぎなかったことを指摘した¹⁰²⁾。また、本判決の破毀院は、国際法上の犯罪が国家元首による適法な職務遂行とはみなされず、人的免除の対象とはならないという主張があることを示した上で、刑事管轄権からの免除は、通常の職務遂行にはあたらない行為にも適用されるものであり、国際法上、問題となっている犯罪が強行規範 (jus cogens) によって禁止されていることを理由として人的免除の対象とならないことが認められているわけではないことを指摘した¹⁰³⁾。さらに、破毀院は、国際慣習法上、現職の国家元首が人道に対する犯罪や戦争犯罪などの国際法上の犯罪を行った場合であっても人的免除の対象とならないことが認められているわけでもないと判断した¹⁰⁴⁾。したがって、現職の国家元首が戦争犯罪や人道に対する犯罪を行った場合、人的免除に例外が認められないという結論が示された¹⁰⁵⁾。そのため、逮捕状が発付された当時現職であった同大統領は、人的免除を享受することが認められ、その結果、フランス破毀院は、同大統領に対する逮捕状を取り消した。

第 2 判決は、BGH2024 年 2 月 21 日判決の「政府職員等の事項的免除は、被疑者の地位や階級に関係なく国際法上の犯罪には適用されない」という結論を含めて、各国の規定や判例を明示的に参照しながら¹⁰⁶⁾、国際法上の犯罪の場合、事項的免除を認めない国家間の重要な慣行が存在することが推論されたとした上で¹⁰⁷⁾、戦争犯罪や人道に対する犯罪などの国際法上の

102) Cass., Ass. plén., 25 juill. 2025, n° 24-84.393, Bull. civ. n° 152, §26.

103) *Ibid.*, §28, 29, 32.

104) *Ibid.*, §38.

105) *Ibid.*, §43.

106) Cass., Ass. plén., 25 juill. 2025, n° 24-84.071, Bull. civ. n° 151, §18-22, 24, 27-30.

107) *Ibid.*, §31.

犯罪については、外国の政府職員等の事項的免除は認められないと判断した¹⁰⁸⁾。以上の理由から、フランス破毀院は、銀行の元総裁の嫌疑の対象となった戦争犯罪や人道に対する犯罪についてはフランス司法当局における事項的免除が認められないとの結論を示し¹⁰⁹⁾、銀行の元総裁に対する起訴が有効であるとした。

3 分 析

これらの判決は、国際刑罰権の間接実施の局面において現職の国家元首が人的免除を享受することを判示した上で、フランス破毀院で初めて外国の政府職員等が享受する事項的免除が戦争犯罪や人道に対する犯罪を犯した者には認められないとし、上記で取り上げたBGH2024年決定にも言及しながら、訴追される可能性があることを判示した点に重要な意義がある。

第1判決は国際刑罰権の間接実施の局面で人的免除が問題になる場合に、人的免除は、在職中の場合にのみ認められるのであって、現職の国家元首の地位を失った場合には、人的免除は認められないことになると判断している¹¹⁰⁾。そのため、いまや現職の大統領ではない元大統領に改めて逮捕状が発付されることとなれば、同人は人的免除を享受しないことになる。また、事項的免除についても、国家元首は、一般論として、人的免除が及ばない離職後であっても事項的免除は認められ得るところ、第2判決の中で、戦争犯罪や人道に対する犯罪などの国際法上の犯罪については、外国の政府職員等の事項的免除は認められないと判示されていることから、同元大統領の事項的免除も認められないと解することができる。

第2判決は、銀行の元総裁（公務員）のような政府職員等に事項的免除が認められないと述べている。また、上位下位の政府職員という絞り込みを行っておらず、上位下位問わず政府職員等に事項的免除が認められないと判示した上記BGH2024年決定にも言及している。そのため、直接的な

108) *Ibid.*, §33.

109) *Ibid.*, §39.

110) *Ibid.*, §39.

言及こそないが、身分や地位にかかわらず事項的免除が認められないという解釈をとっていると理解することが可能である。

(四) 小 括

BGH2021年1月28日判決は、国際刑罰権の間接実施の局面で、外国の政府職員等（元公的資格保持者）がその公的資格において、外国で中核犯罪を行った場合、国際慣習法上、事項的免除は認められず、当該国以外の国家による訴追処罰が可能であるということを判示した。同判決は、中核犯罪以外の通常犯罪についても免除が否定されるかという点については明確な見解を判示していないものの、少なくとも中核犯罪については国際慣習法上（少なくとも下位の）外国の政府職員等の事項的免除が否定されることを判示した点において、重要な意義を有するものといえる。

また、本章では、事項的免除に関するBGH2024年2月21日決定を取り上げ、若干の分析を行った。同決定は、事項的免除の「人」に関する射程を上記BGH2021年判決よりも拡張しており、画期的な決定である。

中核犯罪に事項的免除が適用されるか否かという点について国際慣習法上の規範が確立しているとはいえず議論がある状況の下で、BGHが本決定において、上記のような立場を明確に表明したことは重要な意義を有するというべきである。本決定後の別の事件に関するBGH2024年3月20日の上告審決定、裁判所構成法20条2項の改正規定の施行の一連の流れでBGH2021年判決及びBGH2024年決定の考え方が継承されていることに鑑みても、本決定及び裁判所構成法20条2項の施行は、国際慣習法上の確立において重要な国家実行になり得るものであり、国際法における中核犯罪と事項的免除に関する今後の議論に重大な影響を与える可能性がある。

さらに、本章では、シリア情勢をめぐる2つのフランス破毀院判決についても取り上げて検討を行った。これまで国内判例の蓄積の乏しかった国際刑罰権の間接実施の局面における人的免除に関して結論を示したこと、BGH2024年判決の結論を踏襲して、中核犯罪を行った政府職員等については事項的免除が認められないことを判示した点で、有用な示唆を与える

ものである。

五 日本刑法における中核犯罪と免除の問題

(一) 日本における中核犯罪に関する国内刑法の場所的適用範囲の諸問題

日本において中核犯罪と免除の問題を検討する上で、中核犯罪が国外で行われている現状を踏まえて、免除の議論の前提として、国外で行われた中核犯罪に関する刑法の場所的適用範囲の問題が生じる¹¹¹⁾。ここで、想定されるのは国外で中核犯罪を行った行為者が外国籍であり、当該人物が何らかの理由で日本に来る場合である。そこで、本章では、普遍主義ないしは世界主義の考え方をもつ国外犯処罰規定である4条の2を手がかりに議論を進める。

4条の2は、自国との人的関連性を必要とせず、条約上の処罰義務がある場合で、かつ、外国人が行った行為が刑法各則に該当する行為であれば、国外で犯罪が行われた場合であっても処罰することが可能であるとしており、普遍主義ないしは世界主義の考え方¹¹²⁾をもつ規定である¹¹³⁾。4条の2の「罰すべきものとされている」というのは、国外で行われた犯

111) Kolodkin Preliminary Report, *supra* note 15, p. 170, para. 43. ベルギー逮捕事件においても、「免除と管轄権は密接不可分に関連しており、裁判所は管轄権の問題を差し置いて免除の問題を直ちに検討するのではなく、管轄権の問題に正面から向き合うべきであった」という個別意見が付されている (Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Koolemans and Buergenthal, para. 3. (2002))。四で取り上げたフランス破毀院の第2判決でも、免除の検討に先立って裁判所が当該事件の管轄権を有するかが議論されている。

112) 普遍主義ないし世界主義とは、国際社会全体の法益を侵害する国際法上の重大な犯罪行為について、犯罪が行われた場所、犯人、被害者の国籍関係なく、自国の国内刑法の適用を認める原則のことである (山本草二『国際刑事法』(三省堂、1991年) 163頁、森下 (前掲注4) 58頁)。

113) 大塚仁ほか〔編〕『大コンメンタール第1巻〔第3版〕』(青林書院、2015年) 103頁〔古田佑紀＝渡辺咲子〕

罪であっても、国際条約において、我が国が裁判権の設定義務を課せられているものを意味する¹¹⁴⁾。

では、日本と何ら接点を持たない中核犯罪が国外で行われた場合に、4条の2で処罰することができるのか。

この点、日本は、ジュネーブ諸条約及び第一追加議定書を批准しており、対象となる行為（重大な違反行為を構成する戦争犯罪）について処罰義務（前段が犯罪化義務、後段が訴追処罰義務または引渡義務）が課されている。そこで、同条約と4条の2を組み合わせることで、重大な違反行為を構成する戦争犯罪を日本で処罰することが可能となる¹¹⁵⁾。

（二）中核犯罪に関する免除をめぐる諸論点

日本では、中核犯罪に該当する行為であっても通常犯罪で訴追処罰せざるを得ないが¹¹⁶⁾、上述のように一定の場合には刑法の場所的適用範囲が及ぶ以上、この場合に事項的免除の問題をどのように考えるべきかという問題が生じる。以下では、日本における中核犯罪に関する免除をめぐる諸論点について概観する。

結論からいえば、国際刑法典が存在するドイツの場合とは異なり、日本のように中核犯罪に関する規定を設けておらず、通常犯罪として訴追処罰するしかない場合であっても、対象となる事実（行為）が中核犯罪を構成する場合には、通常犯罪を適用したとしても事項的免除は訴訟障害とはならないように思われる¹¹⁷⁾。ただし、国際法上の免除との関連において、中

114) 大塚ほか〔編〕（前掲注113）105頁〔古田＝渡辺〕

115) ジュネーブ諸条約第1条約49条、50条、第3条約129条、130条、146条、第4条約146条、147条、第1追加議定書85条等を参照。

116) 日本刑法において、中核犯罪に該当する通常犯罪に当たるかどうか判断する際、刑法規定の解釈に国際慣習法を取り込んでしまう可能性を孕んでおり、実質的に日本の国内刑法や日本の法律に規定のない犯罪で訴追処罰することを認めてしまうことになり、罪刑法定主義に反するのではないかという問題があることに留意する必要がある。

117) Helmut Kreicker, Völkerrechtliche Exemtionen. Grundlagen und Grenzen völkerrechtlicher Immunitäten und ihre Wirkungen im Strafrecht, 2007, S. 181;

核犯罪に該当する行為なのかという点に関して、規範的な判断をするに当たっては、国内刑法の規定が決定的な法的枠組みとなるわけではなく、国際法の法的枠組みに基づく評価が重要となる。

そうだとすると、日本においても、対象となる事実（行為）が国際法上中核犯罪に該当する通常犯罪である場合には、BGH判決と同様の結論をとることが可能であり、刑法の場所的適用範囲が及ぶことを前提として、事項的免除は訴訟障害とはならないと解される。一方、対象となる事実（行為）が国際法上中核犯罪に該当しない通常犯罪である場合には、国外犯処罰規定との関係で刑法の適用自体が認められないことから、そもそも免除の問題も生じ得ないことになる。

いずれにせよ、日本国内で、中核犯罪に該当する行為を国内刑法上の通常犯罪で訴追処罰する場合、国際的な中核犯罪の処罰をめぐる免除の問題と完全に同列に考えることはできないのが現状である。上記問題があることを念頭に置きつつ、日本国内で国際法上中核犯罪に該当する通常犯罪を訴追処罰する際に免除の問題を考える場合には、慎重な検討及び判断を要するということは言うまでもない。

もっとも、通常犯罪と免除の問題については、四で取り上げたBGH2024年8月27日判決が一つの突破口になるものといえる。同判決は、外国のスパイ活動に対しても一般的な事項的免除は適用されないと判示したことからもわかるように、BGHも事項的免除が適用されない犯罪を中核犯罪や国際刑法典上の犯罪に限定したわけではなく、スパイ活動のような中核犯罪以外の犯罪についても事項的免除が適用されないとした。これまでのBGH判例では戦争犯罪などの中核犯罪の訴追処罰をめぐる事項的免除の適用の可否が主な争点であり、この点に関する判例の法理は明らかになっていた。同判決は、通常犯罪についても事項的免除が認められない場合があるということを直接的に言及していないものの、外国のスパイ活動や外国の領土で諜報機関が主導する（反体制派に対する）殺人や誘拐行

BGH, NJW 2021, 1326, Rn. 49.

為についても事項的免除が認められず、刑事訴追の障害とならない¹¹⁸⁾ ということを言及した点で、今後中核犯罪に限らず通常犯罪についても事項的免除の適用が認められないとする可能性があるといえる。したがって、日本国内で、国際法上中核犯罪に該当する通常犯罪を訴追処罰することになった場合に、事項的免除の適用の可否を検討する上で、同判決は注目すべきものである¹¹⁹⁾。

六 免除の国内刑事法上の位置づけ

(一) 諸学説の整理

ここまで、国際法上の側面から事項的免除の問題について述べてきたが、本章では、国内刑事法の側面から、事項的免除をどのようにして位置づけるべきか、体系的な整理をどのように行うかという点について、検討する。

国内刑事法における国際法上の免除の法的性質をめぐる諸種の見解として、4つの見解がある¹²⁰⁾。第1の見解は、免除を刑事実体法上の枠組みで考え、免除の享有主体となる者の行為について、そもそも刑法の適用自体がないとする考え方である。第2の見解は、免除を刑事実体法上の枠組みで考え、刑法の適用自体は認めた上で、免除の享有主体となる者については、一身の処罰阻却事由を認めるとする考え方である。一身の処罰阻却事由とは、すでに成立している犯罪について、犯罪を行った者が特定の身分を有するなど一身の事由があるために、刑罰を阻却したりする事情

118) BGH, Beschl. v. 27.8.2024 – StB 54/24, Rn. 21

119) 通常犯罪に関する事項的免除の適用が認められない場合には、人的範囲はどの程度かという問題が生じるが、BGH2024年2月21日決定において、職位を問わず政府職員等について事項的免除の適用が認められないと判断されたことは一定の示唆をもたらすものであるといえよう。

120) Helmut Kreicker (Fn. 118), S. 1243-1244. また、オステン＝久保田（前掲注6）20頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第6版〕』（成文堂、2025年）525頁も参照。各見解の法的根拠、議論状況、歴史的展開の詳細については、Helmut Kreicker (Fn. 117), S. 1244 ff. を参照されたい。

のことである¹²¹⁾。第3の見解は、免除を刑事実体法上の枠組みで捉えるのではなく、刑事手続法上の枠組みで捉え、刑事手続における訴訟障害とみる考え方である。訴訟障害とは、刑事手続における訴追の妨げ（訴追の制約）のことであり、訴訟可能性の有無が問題となる。第4の見解は、免除を刑事実体法ないしは刑事手続法のいずれかの枠組みで捉えるのではなく、双方にまたがる枠組みで考え、免除に刑事実体法、刑事手続法の両方の効力を二重に認め、刑事実体法の観点からは一身の処罰阻却事由、刑事手続法の観点からは訴訟障害を構成するという考え方である。当該見解は、免除を一身の処罰阻却事由と位置づける見解及び免除を訴訟障害と位置づける両見解の折衷的なものとして位置付けられる。

(二) 日本における議論状況

次に、日本の国内刑事法学において、免除がどのように扱われているのか、諸説を取り上げながら整理する。

第1に、免除は、日本の国内刑事法学においては、人的適用範囲の中で論じられているが、その発生根拠については、国内法との関係における免除と国際法との関係における免除とで区別するか否かで見解がわかれる¹²²⁾。換言すれば、国内法との関係においては、天皇・国会議員・国務大臣に免除が認められるか、国際法との関係においては、滞在中の外国の元首・外交官・使節・駐留または滞在する外国軍隊の構成員の免除が認められるかというように、国内法上の免除と国際法上の免除とを区別するかどうかをめぐって見解の相違がみられる¹²³⁾。たしかに、刑罰法規が適用される範囲にいる者については、国内法・国際法の区別をしない見解がある¹²⁴⁾ものの、国内法との関係における免除と国際法との関係における免

121) 松原芳博『刑法総論〔第3版〕』（日本評論社、2022年）61頁、井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）77頁

122) オステン＝久保田（前掲注6）23頁

123) 山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2015年）119頁、大塚ほか〔編〕（前掲注113）76-77頁〔古田＝渡辺〕

124) 井田（前掲注121）66頁

除とで区別する見解が多数説である。

第 2 に、免除が国内刑事法上どのように位置づけられているのか（一身の処罰阻却事由あるいは訴訟障害なのか）という点については、見解が分かれている。ここでは、多数説に従って、国内法との関係における免除と国際法との関係における免除とで区別して検討する。たしかに、国内法との関係における免除については、効力が及ぶ範囲で犯罪を行ったすべての者に対し日本の刑法が適用されないというように、これを一身の処罰阻却事由と位置づけ、国際法との関係における免除については、訴訟条件を欠くことから訴訟障害と位置づけるという見解も存する¹²⁵⁾。国内法との関係においては、天皇・摂政・国務大臣については免除を訴訟障害と位置づけ、議員については免除を一身の処罰阻却事由と位置づけ、国際法との関係においては、免除を訴訟障害と位置づける見解もある¹²⁶⁾。しかし、多数説は、国内法との関係における免除・国際法との関係における免除ともに、刑法の適用の問題ではなく訴訟障害と位置づけている。つまり、刑法の適用はあるが、元首の地位を失ったり、外交特権等各種特権の放棄がなされたりというような事情がない限り、免除享有者は訴追されないと解される¹²⁷⁾。

このように、日本における議論状況としては、免除を種類を問わず訴訟障害と位置づける第 3 の見解が有力となっている。国際法上、第 1 の見解のように免除の享有主体には刑罰法規の適用が及ばないとは確立されておらず、第 2 の見解のように免除を一身の処罰阻却事由と位置づけるのは、国際法との関係においても整合的ではない。また、国際慣習法との関係で免除について考える必要がある以上、第 3 の訴訟障害説をとることが国際法との関係で整合的であり適当である。

125) 高橋則夫『刑法総論〔第 5 版〕』（成文堂、2022 年）54 頁、莊子邦雄『刑法総論〔第 3 版〕』（青林書院、1996 年）46-47 頁

126) 大谷（前掲注 120）525-526 頁

127) 川端博『刑法総論講義〔第 3 版〕』（成文堂、2013 年）78-79 頁、西田典之ほか〔編〕『注釈刑法 第 1 巻 総論 §§1~72』（有斐閣、2010 年）34 頁〔高山佳奈子〕、山中（前掲注 123）119-120 頁、大塚ほか〔編〕（前掲注 113）76-77 頁〔古田＝渡辺〕

(三) 免除の法的効果

免除は、刑事訴追（公訴の提起）が禁止されることを意味するのはもちろんのこと、逮捕・勾留・搜索・差押えといった強制処分からも免除されることを意味する。つまり、捜査機関は、任意捜査の限度で免除享有者に対し捜査することができるとする見解がある¹²⁸⁾。また、免除享有者を派遣する国が免除を放棄ないしは免除の事由が終了した場合には、犯罪の管轄権を有する国において刑事訴追することができるようになる¹²⁹⁾。

なお、捜査はできるが起訴ができないとなった場合に、国際法上違法な（免除に抵触する）捜査によって収集した証拠を他の（適法な）捜査にも用いることができるのか、免除と国内刑事訴訟法の別件逮捕・勾留が交錯し問題となる場合にいかなる解決を図るのかなど、免除を国内刑事法上の側面から考える際には、様々な課題が依然として残されていることを指摘しておきたい。

七 おわりに

本稿では、中核犯罪と免除について、多岐にわたるテーマを網羅的に検討することで、中核犯罪との関係における免除の諸問題に関する全体像を明らかにした。

まず、国際刑罰権の実施類型には、直接実施及び間接実施があり、免除については、人的免除及び事項的免除があることを示した上で、問題となるケースについて、体系的に考え得る4つの組み合わせを提示した上で、横断的な検討を試みた。

これを踏まえ、国際刑罰権の直接実施の場面で人的免除が問題になるケース、及び、国際刑罰権の間接実施の場面で人的免除及び事項的免除が問題になるケースとして、ICC アルバシール事件、ICC モンゴル非協力認

128) 森下（前掲注4）39頁

129) 森下（前掲注29）128頁

定、BGH判例、フランス破毀院の2つの判決を取り上げて、分析を行った。近時、ネタニヤフ首相に対する逮捕状をめぐる、ハンガリーの非協力認定がICCから出され、非締約国の国家元首に対する逮捕状をめぐる人的免除及び締約国の協力義務の問題が問題となった。また、同首相に対する逮捕状をめぐる、各国で主張が分かれた。これは現職の国家元首、特に大国の国家元首に対する逮捕状が出された場合に、免除の問題に関する一貫した判断基準がなく、政治的配慮や国同士の利害関係の影響を重視し、世界各国が逮捕状の執行を行わないための弥縫策を講じることで、場当たり的な対応をせざるを得ない状況が続いていることの表れであるともいえる。今後、近時のイスラエル情勢をめぐる免除に関する諸問題についても、直接実施及び間接実施の両側面から総合的に検討する必要がある。

また、今後ウクライナ侵略犯罪特別法廷などの特別法廷において免除が問題になる場合に、ICCの判例理論を特別法廷に应用することができるのか、ICC規程（特に98条及び27条）との関係をいかに考えるべきなのかといった問題もあり、これまでの議論を敷衍させて検討する必要があるといえよう¹³⁰⁾。

そして、本稿では、日本から見た中核犯罪と免除の問題や中核犯罪に関する免除をめぐる諸論点についても検討したが、BGH判決及び決定の理論を日本に具体的にどのように応用していくのか、そしてBGH判決及び決定が判示していない犯罪についてどのように対応していくのか、今後議論が求められるところである。

最後に、免除の国内法上の位置付けについて、日本における議論状況や免除の法的効果について概観したが、訴訟障害を手続障害まで広げて解すべきなのか（捜査までなのか、起訴までなのか）、また、捜査ができるとして強制捜査までできるのか、任意捜査ができるにとどまるのかといった問題

130) ウクライナ特別法廷については、越智萌「国際刑事法廷の設置根拠による人的免除への影響——「侵略犯罪のための特別法廷」設置案の検討」立命館国際研究36巻1号（2023年）、中澤祐香「ハイブリッド法廷の観点からの評価」新井京＝越智萌編『ウクライナ戦争犯罪裁判——正義・人権・国防の相克』（信山社、2024年）などを参照。

など更なる検討が必要であり、刑事実体法・手続法の両側面からの総合的な検討が必要不可欠である。

本稿では、中核犯罪と免除について、多岐にわたるテーマを網羅的に取り上げることとしたため、具体的分析が十分でなかった事項については、今後の課題としたい。

中村 幸広（ナカムラ ユキヒロ）

所属・現職	慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴	慶應義塾大学大学院法務研究科
所属学会	日本刑法学会、国際法学会、国際人権法学会
専攻領域	国際刑事法