

刑事国際法における構成要件の考察（下）

—旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所及びルワンダ国際 刑事裁判所判例の国際刑事裁判所規程形成への影響—

猪 又 和 奈*

- I 序論
- II 刑事国際法における構成要件の理論的枠組み（以上、前号）
- III 刑事国際法における構成要件の実際（以下、本号）
- IV 結論

III 刑事国際法における構成要件の実際

第II章において、構成要件についての理論的枠組みを考察した。犯罪の成立上、行為は構成要件に該当しなければならないが、その前提として構成要件の確定が必要となる。これは、個々の構成要件要素を刑罰法規上の構成要件の内容に基づいて、解釈し、抽出することで可能となる。以下においては、第II章の議論に基づき、第1節にて、構成要件確定上の一般の問題を検討する。まず、ICTY・ICTR及びICCの事後的管轄権及び人的管轄権を考察する。重点的に管轄権を検討する理由は、戦争犯罪という特殊な状況を対象としていること、また個人について予め法が適用されることが前提である国内法と異なることによる。これらは、刑事国際法の適用性の確保上重要である。第2節にて、後述の理由により、ICTY・ICTR規程の条文に沿って客観的・主観的構成要件要素の抽出により、判例を通じて形成される構成要件を概観する。同時に、ICC規程の各犯罪の構成要件確定のICTY・ICTR判例の影響を考察する。次章にて、最後に刑事国際法上、構成要件が果たすべき機能が保障されているということを検証する。

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程
「一橋法学」（一橋大学大学院法学研究科）第2巻第2号2003年6月 ISSN 1347-0388

1 総論

具体的検討に入る前に、構成要件の確定上基礎となる ICTY・ICTR 規程及び ICC 規程における犯罪規定を大観する。ICTY 規程における犯罪規定は、2条「1949年のジュネーヴ諸条約に対する重大な違反行為」、3条「戦争の法規又は慣例に対する違反」、4条「ジェノサイド罪」、及び5条「人道に対する罪」である。ICTR 規程については、2条「ジェノサイド罪」、3条「人道に反する罪」、そして4条「ジュネーヴ諸条約共通3条及び第二追加議定書（以下 AP II）の違反」である。

ICC 規程の犯罪規定は、6条「ジェノサイド罪」、7条「人道に対する罪」、及び8条「戦争犯罪」である。8条は、犯罪を4つに分類する。①国際紛争の際に発生した1949年のジュネーヴ諸条約に対する重大な違反行為（8条2項(a)）、②国際紛争において生じる戦争法規慣例の違反（8条2項(b)）、③ジュネーヴ諸条約共通3条（以下 GCC 3）の内戦規定に該当する犯罪（8条2項(c)）、そして④非国際的紛争における戦争法規慣例の違反（8条2項(e)）である¹⁰⁸⁾。

以上の通り、ICTY 規程及び ICTR 規程間においても犯罪数の違いはあり¹⁰⁹⁾、かつ ICC 規程においても後述の通り、ICTY・ICTR 規程に対応しない犯罪規定も存在する。そのため、本稿の目的が、あくまで判例の動態性の観察であるために、ICTY・ICTR 規程の犯罪規定を基軸として議論を進める。

1・事項的管轄権及び人的管轄権

(1) ICTY・ICTR

ICTY・ICTR 規程に含まれる犯罪の範囲については、ICTY 規程起草時、事務総長が提出した ICTY 規程のコメンタリーである事務総長報告書において規定されている。すなわち、「(罪刑法定主義の要請に従い) 裁判所の適用法の範囲は、疑いの余地もなく慣習法の一部となった条約国際人道法¹¹⁰⁾」であるとされた。「慣習法の一部となった条約国際人道法」という概念及び確定基準自体が不明瞭

108) Kriangsak Kittichaisaree, *International Criminal Law*, Oxford, 2001, p. 132-133.

109) Shabtai Rosenne, "Poor Drafting and Imperfect Organization: Flaw to Overcome in the Rome Statute", *Virginia Journal of International Law*, Fall 2000, pp. 164 -, p. 173.

ではあるものの、その範囲は主にジュネーヴ諸条約及びハーグ議定書に基づくものである¹¹⁰⁾。依拠すべき法の特徴としては、法が規定された当時において想定され得なかった紛争状況が生じ¹¹²⁾、ICTY・ICTRの法適用は、困難なものであった点である。すなわち、法が予見する範囲を超えた複雑な紛争事態への対処を裁判所は余儀なくされたのである。特に、既述の通りIMT及びIMTFE以降、実践を通じて法が発展するという過程を経ていないことから、参考となる先例は存在しないに等しかった。それゆえ、ICTY・ICTRは実践を通じていずれの事案についても早急に適用性を判断できる一貫性及び客観性を有した基準を打ち立てる必要があった。以下、そうした実践を通じて打ち出された基準を検討する。

(a) 重大な人道法違反の行為—ICTY 規程 2 条（1949年のジュネーヴ諸条約に対する重大な違反行為）

(i) 犯罪行為と紛争との関連

2条の適用について、ICTYは2つの要件を判示した。①紛争の性質が国際紛争であることが確認され、かつ犯罪行為が武力紛争と関連していること、②犯罪の被害者がジュネーヴ第四条約（以下GCIV）下の保護される者（protected persons）に該当することである。

旧ユーゴにおける紛争が、内戦及び国際紛争という複合的性質を有したものであったために、2条の適用を可能とする紛争の国際性の立証作業は、非常に困難なものであった¹¹³⁾。実際、ICTYは、その設立後数年にも渡って、紛争状況の特

110) Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of the Security council Resolution 808(1993), S/25704, 3 may 1993, p 9-10, §33-34. «Nullum crimen sine lege requires that (...) the international tribunal should apply rules of international humanitarian law which are beyond any doubt part of customary law (...)»

111) Ibid, Report of the Secretary General, §35: ジュネーヴ諸条約（戦地にある軍隊の傷者及び病者の状態の改善に関する千九百四十九年八月十二日のジュネーヴ条約【一条約】、海上にある軍隊の傷者、病者及び難船者の状態の改善に関する千九百四十九年八月十二日のジュネーヴ条約【二条約】、捕虜の待遇に関する千九百四十九年八月十二日のジュネーヴ条約【三条約】、戦時における文民の保護に関する千九百四十九年八月十二日のジュネーヴ条約【四条約】）、一九〇七年陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約（条約付属書・陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則）、ジュノサイド罪の防止および処罰に関する条約、及びニュルンベルグ国際軍事裁判所条例。

112) Edited by Gabrielle Kirk McDonald, Olivia Swaak-Goldman, *Substantive and procedural aspects of international criminal law. the experience of international and national courts*, (Kluwer Law International, Boston), Vol.1. 2000, p. 84.

定を回避したり、一旦下した判断を覆すなど¹¹⁴⁾、その対応は容易でなかった。したがって、ICTYに与えられた課題は、早急に内戦及び国際紛争の区分基準を示すことであった。その基準の確立は、被告人が帰属していた武力組織¹¹⁵⁾の法的地位の検討を通じて可能となった。一国内において、共通の国籍を有した武力組織同士の争いであったとしても¹¹⁶⁾、敵対組織の一方について外国政府による支配(control)又は外国政府への依存関係が認定される場合には、当該武力組織の外国性が認められ¹¹⁷⁾、国際紛争とみなされるのである。すなわち、当該武力組織が外国政府によって「実効的支配 (effective control)¹¹⁸⁾」の下にあるか、又は「全体的な支配 (overall control)¹¹⁹⁾」の下にあるかを基準として判断が下される。近年の判決においては、「全体的な支配」の基準が採用されるに至り¹²⁰⁾、その結果として、2条の適用が多くの場合に認められる傾向にある¹²¹⁾。

-
- 113) 紛争の性質の特定の負担が大きいことを ICTY 検察官は指摘する： Colonel Brenda J. Hollis, "The Tomas P. Keenan, Jr, Memorial Lecture : The International Criminal Tribunal for Yugoslavia", *The Air Force Law Review*, 1996, pp. 37-, p. 39-40.
- 114) 一審判決及び上訴審判決間の判断が異なった場合があったほどである： Tadić, ACJ. Aleksovski, ACJ.
- 115) 樋口一彦「内戦の国際化と国際人道法—反徒の『外国軍化』による国際化」『琉球大学法学』第62号(1999年)257—294頁、285—288頁(反徒の法的地位—外国化—の認定条件が述べられている)。
- 116) Tadić, Jurisdiction Decision, §77 (同判決以前においては、敢えて紛争の性質についての判断を回避していた)。
- 117) タディッチ本案一審判決においては、単に外国による必要な戦闘物資の提供を受けるということのみ規定されている。In doing so it is neither necessary nor sufficient merely to show that the VRS was dependent, even completely dependent, on the VJ and the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia and Montenegro) for the necessities of war (Tadić TCJ, §588).
- 118) Tadić, TCJ, §598 : 「軍事集団の軍事行動を組織化、調整又は計画すること。又、集団に対する資金、訓練及び物資提供又は軍事行動の計画支援をすることである」。
- 119) Tadić, ACJ, §120-165.
- 120) Stephan Bourgon, "La répression pénale internationale : L'expérience des tribunaux ad hoc—Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie : Avancées jurisprudentielles significatives", in Paul Tavernier et Laurence Bourgogne-Larsen, *Un siècle de droit international humanitaire*, (Bruylant, Bruxelles), 2001, p. 117. 尹仁河「国際人道法における国際的／非国際的武力紛争の区分」『慶応義塾大学大学院法学研究科』第41号(2000年)17—20頁(全体的支配の採用により、より緩やかに国際紛争を認定されたと述べている)。
- 121) Blaškić, TCJ, §100. Aleksovski ACJ, §78-120. Čelebići ACJ, §14-28. Kordić, TCJ, §145. なおチェリビッチ事件一審判決が、事実上はじめて「実効的支配 (effective control)」を否定した事件であった (Čelebići, TCJ, §232-235)。

(ii) 客体—保護される者の範囲

GCIVにおける保護される者とは、具体的には、「紛争又は占領の場合において、いかなる時であると、また、いかなる形であるとを問わず、紛争当事国又は占領国の権力内にある者で、その紛争当事国又は占領国の国民でないもの」とされる¹²²⁾。そして、「権力内」にある時期とは、「紛争当事国の領域又は占領地域にあるという事実だけで人が紛争当事国又は（…）占領国の権力内にある」時期と示された¹²³⁾。すなわち、加害者団体が必ずしも国家を代表するものでなくとも、何らかの形で被害者が権力下に置かれた場合に被保護者とされるようになった。

2条においては、保護される者の確定は、被害者の特定を行い、法の発動を実現するばかりでなく、紛争性質の判定上重要な指針となる。すなわち、一国内における同一国籍又は集団に帰属する者の間での敵対行為であった場合は、国際紛争となり得ず、従って ICTY 2条は適用されない。保護される者の判定で困難な点は、国籍の問題である。人道保護の観点から保護をより可能とする解釈を加えることが重要であるとされ¹²⁴⁾、保護される者の範囲は拡大する傾向にある¹²⁵⁾。保護される者の確定にあたって、従来採用されていた GCIV の被保護者の国籍要件などの形式的要件から、民族的帰属や敵対勢力間による区分を基礎とする実質的要件への移行¹²⁶⁾が判例上定着したものとなった¹²⁷⁾。

(iii) 主体

行為の主体は、いずれの規定についても共通し、紛争当事者であることを要す

122) Tadić, TCJ, §578

123) Tadić, TCJ, §579（判決において、GCIV 4条のコメンタリーを引用。なお、本文中の GCIV のコメンタリーの部分は、榎本重治・足立純夫共訳『戦時における文民の保護に関する1949年8月12日のジュネーブ条約』朝雲新聞社（1976年）54頁を引用）。

124) Čelebići, TCJ, §263–266, 274.

125) 大西央子「旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所の事項的管轄権」『国際協力論集』第6巻第2号、137–161頁（国際刑事裁判所による一層の一般住民保護の確保の必要性を述べており、この点においては ICTY の保護される者への解釈の変化はこのような必要性に対応するものと考えられる）。

126) Ibid, Edited, by Gabrielle Kirk McDonald, Olivia Swaak–Goldman, p 84（マクドナルド判事は、ICTY は GCIV を排除（reject）したと述べている）。

127) Tadić, ACJ, §163–169. Aleksovski ACJ, §150–152 Čelebići ACJ, §56–84. Kordić, TCJ, §148.

る。その中で、ICTY 2条における主体の特有の問題は、被告人の帰属武力組織が国家を正式に代表しないものであった場合である。それにも拘わらず、実際の国家機関と同様に、国際紛争における戦争犯罪による刑事責任が追及されるものなのか、ということが問題とされる。この点については、国家機関と同様の機能を事実上 (*de facto*) 果たしている場合に、国家機関とおなじく刑事責任を負うものとされた¹²⁸⁾。また、個人的な犯罪行為の実行であり、国家の介入がたとえないにしろ、その行為の結果が、国家が介入したときと同じであった場合にも訴追を受けるとされた¹²⁹⁾。

(b) 戦争法規慣例の違反—ICTY 規程 3 条・ICTR 規程 4 条 (GCC 3 及び AP II)

本条については、①犯罪行為と紛争の関連、及び②被害者が GCIV 下の保護される者であることが要件となる。前2条と類似するが、本条においては、紛争の性質を特定する必要がない点異なる。

(i) 犯罪行為と紛争との関連

本条の適用に際して、裁判所は、全ての規定に共通するものとして、武力紛争の定義を示した。すなわち、「内戦及び国際紛争とを問わず、国家軍間での武力紛争、政府当局及び組織化された武力集団間での武力紛争、又は当該類似組織集団間での一国家内での紛争」であると判示した¹³⁰⁾。これに該当した場合に、本条が適用される。また、嫌疑のある犯罪行為と武力紛争の間に密接な関連 (*close nexus*) があることが本条の適用上必要要件とされる¹³¹⁾。

ICTY 3条・ICTR 4条の更なる厳密な適用要件は、①侵害行為が国際人道法規則違反を構成していること、②同規則が性質的に慣習法であること又は条約に基礎を置く場合にこれが慣習法化したという要件を充たしていること、③侵害行為が「重大」であり、重大な価値 (*important value*) の保護違反及び被害者について

128) Tadić, ACJ, §140

129) The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, Case, No. : IT-96-23 and IT-96-23/1, Judgement, 22 February 2001 (以下 Kunarac, TCJ), §410, §493

130) Tadić, Jurisdiction Decision, §67, 70, 137.

131) Tadić, Jurisdiction Decision, §70

ても重大な被害が生じていること、そして④同規則違反が慣習法及び条約法上個人の刑事責任を追及できる場合とされた¹³²⁾。

本条に含まれる GCC 3 の適用要件は 6 要件に集約される。すなわち、①侵害行為が国際人道規則に違反していること、②同規則が性質的に慣習法であること又は条約に基礎を置く場合にこれが慣習法化したという要件を充たしていること、③侵害行為が「重大」であり、重要価値の保護違反及び被害者に対しても重大な被害が生じていること、④同規則違反が慣習法及び条約法上個人の刑事責任を追及できるものであること、⑤嫌疑のある犯罪行為と武力紛争の間に密接な関連 (close nexus) があることとされた。最後に、⑥侵害行為が参戦していない者に対して行われた場合とされた¹³³⁾。

(ii) 客体—保護される者の範囲

本条における保護される者の範囲は、ICTY 2 条と共通する。それ以外に、ICTR では、GCC 3¹³⁴⁾ 及び AP II¹³⁵⁾ の規定に依拠し、被害者を「敵対行為に直接に参加しない者」とした。そして、その後の判断において、被害者となる文民などの定義を厳密に規定し、適用範囲を限定化するのではなく、大枠において定め、事実と対応させる形で個別的に判断すべきであると判示された¹³⁶⁾。

ICTY において、本条項における客体が ICTR よりも更に明確化される形で、判示された。すなわち、「軍事的必要性から正当化できない場合の攻撃の標的となった文民及び民用財産である」とされた。より具体的には、文民とは、「戦闘員でない者又は既に戦闘勢力の一員ではないもの」とされ、民用物とは、「軍事

132) The Prosecutor v. Anto Furudžija, Judgement, Case No. : IT-95-17/1-T / , 10 Dec 1998 (以下 Furudžija, TCJ), §258. Čelebići, TCJ, §279. Kunarac, TCJ, §407. 岡田仁子「フルンジア事件 (旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所1998年12月10日)」「国際人権」(2001年) 第12号90—91頁。米田眞澄「チェリビッチ事件 (旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所1998年11月16日)」「国際人権」同号87—89頁。

133) Kunarac, TCJ, §407.

134) GCC 3 における保護される者とは、「敵対行為に直接に参加しない者 (武器を放棄した軍隊の構成員及び病気、負傷、抑留その他の事由により戦闘外に置かれた者を含む。）」とされる (前掲、榎本重治・足立純夫共訳、52頁)。

135) AP II については 4 条 1 項に依拠し、「敵対行為に直接に参加せず又は参加することを止めた者」との規定が存在する。

136) Akayasu, TCJ, §629 The Prosecutor v. Georges Rutaganda, Case, No. : ICTR-96-3-T, Judgement and Sentence, 6 Dec 1999 (以下 Rutaganda, TCJ), §99-101.

目標として正当に認められないあらゆるもの¹³⁷⁾」とされた。

(iii) 主体

ICTY・ICTRで問題とされたのが、そもそも国際人道法においては、内戦における戦争犯罪についての個人の刑事責任を追及する規定が存在しないことである。従って、内戦とされる状況において、個人を処罰することは上述のIMT及びIMTFEのときと同様に、罪刑法定主義上問題があると捉えられる。ICTY・ICTRは、以下の通りにIMT判決に依拠し、この点について明確にしている。

すなわち、IMTは、例え明示的に「個人」を対象とした規定が存在しなくとも、戦争犯罪を規制する明確な意図が国際法、国内法、及び実行上存在するのであるから、個人に刑事責任が生じるとした。その具体的根拠としては、「国際法上の犯罪行為は、抽象的な実体 (abstract entity)」、すなわち国家が実行するのではなく、「個人によって実行されるものである」であるとされた。更に、「当該犯罪を実行した個人を処罰することによってのみ国際法法規は遵守される」ために、戦争犯罪を不処罰にしないことを目的として、個人が訴追されることが正当化された¹³⁸⁾。そして、こうした判断による正当化が判例上定着したものとなった¹³⁹⁾。

その他、戦争犯罪を対象とするために、本条の適用は、一見軍人に限定されるように思えるが、実際上は、GCC3の冒頭規定及びAP II 1条1項に規定のあるとおり、「反乱軍隊又は他の組織的武装集団」の一員であったとしてもその対象となる。民間人の訴追についての正当化根拠として、ICTY・ICTRは、再びIMTFEの判例を引用した。すなわち、民間人が処罰された例を挙げ、戦争犯罪の訴追が可能であることを判示した¹⁴⁰⁾。ICTRにおける民間人の訴追の特徴としては、各犯罪規定の主体性としての該当性を問題とするのではなく、2条ないし4条をまとめてその要件性が示されることが多い¹⁴¹⁾。

(c) ジェノサイド罪・ICTY 規程4条・ICTR 規程2条

本条については、前条と同様に紛争の特定を必要とせず、①犯罪行為と紛争の

137) Blaskić TCJ §180. Kordić, TCJ, §328. Kunarac, TCJ, §404.

138) Tadić, Jurisdiction Decision, §128: Nuremberg Trial Proceedings Volume 22, Two hundred and seventeenth day, Monday, 30 September 1946, p. 463-465

139) Čelebići, ACJ, §162-170

140) Akayasu, TCJ, §630-634.

関連性が必要とされる。②保護される者の範囲については、ジュネーブ諸条約を基本とせずに、ジェノサイド罪条約に規定された集団であるという点が異なる。

(i) 犯罪行為と紛争との関連

ジェノサイド罪についての訴追が紛争の性質を問わないという根拠は、慣習法に基づくものであるとされる¹⁴²⁾。

(ii) 客体—保護される者の範囲

ICTY 4 条・ICTR 2 条 2 項に規定のある「集団」の定義を明らかとすることによって行為の客体が明らかとなる。「集団」とは、裁判所は、初期の判決において「出生に起因し恒常的な形で構成される安定した集団である」と定義した。但し、「政治的又は経済的な集団のように、個人的意思の自発に基づいて参加する流動的に構成される集団は対象外」となるとした。その後の判決において「安定的且つ恒常的な集団¹⁴³⁾」という要件が加えられた。更に、ICTY・ICTR は、本条 2 項に規定されている個々の集団についても明確化を図った。「国民的集団」とは、「法的基础に基づき、市民権を共有する集団」であるとされ、「民族的集団」とは、「共通の言語及び文化又は自らの集団への帰属意識に基づくこと、又は集団の一員として承認された者」であるとされた¹⁴⁴⁾。

判例上の集団についての定義は、学説上ジェノサイド条約を超えた解釈であったとの指摘がある¹⁴⁵⁾。更に、一集団への帰属が他の集団への帰属性を失わせるのではなく、重複することが認められるとも考えられている¹⁴⁶⁾。また、こうした集

141) The Prosecutor v. Jean Kambanda, Case, No. : ICTR-95-1-T, Sentencing Judgement, 4 September 1998 (以下 Kambanda, TCJ), §39 Akayasu, TCJ, §471-497, 478. The Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana, Case, No. : ICTR-96-3-T, Judgement, 21 May 1999 (以下 Kayishema and Ruzindana, TCJ), §473. The Prosecutor v. Alfred Musema, Case, No. : ICTR-96-13-T, 25, Judgement, 27 January 1999 (以下 Musema, TCJ), §863-867. The Prosecutor v. Georges Ruggiu, Case, No. : ICTR-97-32-3-T, Sentencing Judgement, 15 May 2000 (以下 Ruggiu, Sentencing) §45.

142) A.R. Carnegie, "Jurisdiction over violations of the law and custom of war", *British Yearbook of International Law*, 1963, p 142-, p 407-p 408

143) Akayasu. TCJ, §511.

144) Akayasu. TCJ, §512.

145) David L. Nersessian, "The Countours of Genocidal Intent Troubling Jurisprudence from the International Criminal Tribunals", *Texas International Law Journal*, Spring 2002, pp. 231-, p. 260.

146) Ibid, David L. Nersessian, p. 262. "overlapping" であると指摘する。

団への帰属の判断について、判例においては、被告人及び被害者による主観に依る所が多いとされる¹⁴⁷⁾。しかし、学説上は、何らかの客観的基準が設けられない限り、本来的なジェノサイド罪による保護の意義が損なわれるのではないかと懸念される¹⁴⁸⁾。

(iii) 主体

ICTY 規程 3 条及び ICTR 規程 4 条における行為の主体は、軍人のみならず、民間人も対象となり¹⁴⁹⁾、他の規定と共通する¹⁵⁰⁾。

(d) 人道に対する罪—ICTY 規程 5 条及び ICTR 規程 3 条・人道に対する罪

本条についての適用要件は、①犯罪行為が「広範又は組織的攻撃」の一環として実行されていること。②行為の客体がジュネーブ諸条約の保護下にあるものである。①については、他の規程と異なり、戦争行為と紛争の関連性は必要とされない。その代わりに攻撃の一環としての犯罪行為であることが必要とされる。

(i) 犯罪行為と紛争との関連

犯罪行為の紛争との関連ではなく¹⁵¹⁾、犯罪行為が ICTR 規程の規定冒頭にある「文民に対する広範又は組織的な攻撃」の一部を構成 (part of a systematic or widespread attack against civilians) していることが要件とされた。ICTY・ICTR は従って、攻撃についての定義を明らかにした。まず、攻撃全般については、判決において犯罪行為が攻撃それ自体であることは必要なく、攻撃行動の一部であ

147) The Prosecutor v. Radislav Krstić, Case, No. : IT-98-33-T, Judgement, 2 August 2001 (以下 Krstić, TCJ), §557.

148) William A. Schabas, "Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina? First Judgements of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Fordham International Law Journal*, November, 2001, pp 23–, p. 39.

149) Johan D. van der Vyver, "Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide", *Fordham International Law Journal*, vol. 23, 1999, pp. 23–, p. 290

150) 稲角光恵「ジェノサイド罪の適用」『別冊・ジュリスト』第156号(2001年)114—115頁、115頁。

151) Tadić, Jurisdiction Decision, §141: 従来、IMT 及び IMTFE において人道に対する罪と戦争犯罪との「関連性 (nexus)」が必要とされた。その理由は、人道に対する罪が新しい形態の犯罪であることから、その補足を目的として戦争犯罪に依拠することが必要とされたのではないかと考えられている。しかし、ICTY においてはこの要件が不必要となったことが国際判例上の一つの大きな変化をあらわす。

ること、又は一定のパターンによって、一般住民を標的にしていることによって立証されるとされた¹⁵²⁾。更に、冒頭規定にある「広範又は組織的攻撃」について定義が為されるに至った¹⁵³⁾。すなわち、「広範」については、「大規模、頻繁、広範、集团的及び重大」であるということ¹⁵⁴⁾。そして「組織的」とは、「編成成立て行われるということ」とされた¹⁵⁵⁾。また、「組織的又は広範な攻撃」のうち「組織的」及び「広範」の両方でなくとも、いずれかを充たすことで適用可能となるとされ、その後の判決において踏襲されるようになった¹⁵⁶⁾。近年の判決においては、本条の適用について、以下の通りの要件が示されるに至っている。具体的には、①攻撃の存在、②犯罪者の犯罪行為が攻撃の一部であること、③攻撃が一般住民を標的としていること、④攻撃が広範又は組織化されていること、及び⑤犯罪実行者が広く攻撃の意義を知っており、又、自らの行為が攻撃の一部を構成することを知っていたこと¹⁵⁷⁾であるとされた。

ここで留意すべき点は、「文民に対する広範又は組織的な攻撃」という文言規定が ICTY 規程においては存在しないということである。しかし、ICTY の判決を受けて ICTR 規程には加えられたものとなった。従って、同文言は ICTY については判例によって定着したものであったといえよう。なお、ICTR の初期の判決において、攻撃は、「広範、かつ組織的」と両要素を必要であるとして法を適用していたが、両者の要素を充たす犯罪の立証が困難であったために、その後の判決において「広範または組織的」と一要素のいずれかを充たせば足りるという変化が生じた¹⁵⁸⁾。

(ii) 客体—保護される者の範囲

行為の客体について特徴的な点は、保護される者の範囲が、一般住民（civil-

152) Tadić, ACJ, §248 and 255. Kunarac, TCJ, §417

153) Tadić, ACJ, §248-251.

154) Akayasu, TCJ, §579-580.

155) Akayasu, TCJ, §580.

156) Akayasu, TCJ, §579-581. Kayishema and Ruzindana, TCJ, §123. Rutaganda, TCJ, §67-68. Blaškić TCJ, §202

157) Kunarac, TCJ, §410.

158) M. Cherif Bassiouni, "The Normative Framework of International Humanitarian Law: Overlaps, Gaps and Ambiguities", *Transnational Law & Contemporary Problems*, Vol. 8, Fall, 1998, pp. 199-, p. 208-210

ian population) であることである。そして、一般住民に対する攻撃が人道に対する罪の発動を可能とすることである¹⁵⁹⁾。国際人道法一般では、一般住民という語句は主として平時において使用されるものである。しかし、ICTY・ICTRにおいては、平時及び戦時を問わず、文民の総合体として保護される者として扱うことを意図して、この用語が使われている¹⁶⁰⁾。学説では、集合体としての文民を指す意義は、無作為 (random) に生じた犯罪の被害者が、人道に対する罪の被害者として含まれることを回避することを目的にしているとされる¹⁶¹⁾。その他、判例では、「たとえ一般市民内に文民でない者の存在が確認されていたとしても被保護対象としての法的地位を喪失するものではない」とされ、保護される者の範囲が広く認められ、これが判例を通じて定着したものとなった¹⁶²⁾。

(iii) 主体

行為の主体については、他の条文と同様に軍人又は民間人を問わずに責任追及される¹⁶³⁾。

(2) ICC 規程

(a) 犯罪行為と紛争との関連

ICC 規程における戦争犯罪の管轄権について特徴的な点は、8条1項において、いずれの紛争状況及び犯罪類型についても共通して、戦争犯罪が「計画もしくは政策の一部として行われた」場合、又は同「犯罪の大規模な実行の一部として行われた」場合に裁判所は管轄権を有するものとされていることである。計画の存在などの要請は、ICTY・ICTR 規程においては、人道に対する罪などの犯罪についての適用上の要件となっていたが、ICC 規程上戦争犯罪についても同要件が加えられた。このことで、いかに ICC における戦争犯罪の訴追に影響を及ぼすのか検討の余地がある。

159) Kunarac, TCJ, §410, 421–22.

160) Kayishema and Ruzindana, TCJ, §127–128.

161) Guénaél Mettraux, “Crimes against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda”, *Harvard International Law Journal*, Winter, 2002, pp. 237–, p. 254–255.

162) Tadić, TCJ, §638. Kayishema and Ruzindana, TCJ, §128

163) *Ibid.*, Guénaél Mettraux, “Crimes against Humanity”, p. 315.

EOC 8 条序¹⁶⁴及び各条文において、国際紛争及び非国際紛争を区別せず、紛争の存在を確認する基準は、被告人の認識に依るものであるとされている。すなわち、「犯罪行為は、紛争という文脈において発生し、及び紛争と関連していること」が基準となり、紛争の存在が判断される。

ここで、留意すべきは、被告人の主観に基づいて紛争の性質を特定化する場合に、紛争の定義についての客観的な基準が必要とされる点である。EOC の上述の「紛争という文脈 (context)」及び「紛争との関連 (nexus)」という文言は、実際、判決文中に使用され、武力紛争の「文脈」及び「関連」性についての内容は、明示されている¹⁶⁵。学説では、ICC 規程は、ICTY 判例のこのような認識に影響されたものであるとの指摘がある¹⁶⁶。

ICTY・ICTR と同様に人道に対する罪についてのみ、紛争について他の犯罪と異なる規定を設けている。すなわち、判例と同様に犯罪行為が紛争と関連することが必要とされず、「広範又は組織的」な攻撃の一環であることが要される。

(b) 客体—保護される者の範囲

ICC 規程 8 条における保護される者の範囲は、管轄権の場合と同様に EOC 各規定において規定されている。すなわち、「被害者が1949年ジュネーブ諸条約下において保護される者に該当していること」という要件が含まれている。EOC

- 164) EOC・ICC 規程 8 条序 3 段落：各犯罪に規定された後者 2 つの構成要件は、
- ・ 犯罪実行者が、武力紛争の存在、国際的又は非国際的という紛争の性質を法律的地見地より判断していることを必要としていない。
 - ・ 犯罪実行者が、文脈 (context) に基づいて、紛争の性質が国際的又は非国際的であるとする事実についての認識 (awareness) を有していたということの立証は必要とされない。
 - ・ 犯罪実行者が、「当該文脈において発生及び関連していること」という文言から推測されるとおり、単に武力紛争が存在するという状況を認識していたことが必要とされる。
- 165) Tadić, Jurisdiction Decision, §70：武力紛争の定義とは、「国家軍間での武力紛争又は政府当局及び組織化された武力集団間での武力紛争又は当該類似組織集団間での一国内での紛争」。そして、「国際人道法はこうした紛争の開始及びその停戦まで適用される」。
- 166) Ibid, Knut Dormann, p. 285： “[T] he words “in the context of and was associated with” are meant to draw a clear distinction between war crimes and ordinary criminal behavior. The PrepCom clearly derived this formulation from the jurisprudence of the ad hoc tribunals.”

を作成する際において、ICTY 判例の傾向を踏襲し、GCIV 規定に従った形式的要件から民族的帰属等の実質的要件へと保護対象の認定基準の移行を受け入れるべきかということであった。結局、ICC は、実質的要件を採用し、「できる限り可能な範囲」に保護対象を設定することとなった¹⁶⁷⁾。

行為の客体については、ICC 規程 8 条にある程度明確な規定が設けられている。すなわち、国際紛争については、ICC 8 条 2 (b) (i) 及び 8 条 2 (b) (iv) が規定されており、これは ICTY 3 条及び ICTR 4 条について判決で示された「軍事的必要から正当化できない場合の攻撃の標的となった文民及び民用財産」の範囲とほぼ同一の文言が使用されている¹⁶⁸⁾。また、非国際紛争については、ICC 8 条 2 (e)(i) において適用上の要件が示されているものといえる。その他、被害者の特定についても、内戦については、(2)(c)(d)とも「戦闘員でない者又は既に戦闘勢力の一員ではない者 (*hors combat*)」を規定していることから、ICTY・ICTR 判例が ICC の規定に反映しているということが確認される¹⁶⁹⁾。

(c) 主体

ICTY・ICTR と異なる点は、行為の主体の管轄帰属権が、裁判所が設立したのと同時に、管轄権下の国民を拘束しない点である。個人への訴追は、安保理、ICC 検察官、又は ICC 締約国家によって通報が可能となり、初めて個人が拘束をうけるものである¹⁷⁰⁾。

ICC 規程における行為の主体は、25条に規定されている。すなわち、25条1項において、「自然人のみ」に管轄権が及ぶものであると規定されている。従って、ICTY・ICTR で議論された軍人及び民間人のいずれも法主体性を有すると言える。そして、同条4項において、「個人の刑事責任に関する本規程のいかなる条項も、国際法に従って、国家の責任を追及することを妨げない」と規定されている。

167) Ibid, Knut Dormann, p. 285

168) Ibid, Ed Otto Triffterer, "COMMENTARY", pp. 180- , p. 186-187..

169) Ibid, Ed. Otto Triffterer, "COMMENTARY", p. 262- , p. 271

170) Johan D. van der Vyver, "Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide", *Fordham International Law*, 1999, pp. 286-., p. 337-339.

2 各論

1・重大な人道法違反の行為（ICTY 規程 2 条・1949年のジュネーヴ諸条約に対する重大な違反行為—ICC 規程 8 条 2 項(a)）

ICTY 規程 2 条は、1949年のジュネーヴ諸条約に対する重大な違反行為という犯罪類型に依拠した規定である¹⁷¹⁾。重大な人道法違反の行為とは、事務総長報告書において、他の戦争犯罪と、犯罪自体の重大性（seriousness）を基準に区別されるものであるとされている¹⁷²⁾。なお、ICTR についての同規定は存在しない。その理由は、ルワンダにおける紛争状況がそもそも国際紛争ではなかったためであり、内戦において発生した戦争犯罪を処罰する国際刑事裁判所として設立されることが最初から取極められていた。

ICC 規程において、ICTY 規程 2 条に相当する条文は、8 条 2 項(a)であるとされる¹⁷³⁾。なお、ICTY 2 条と共通して、国際紛争に適用される法として、ICC 規程 8 条 2 項(b)（戦争法規慣例の違反）の適用についても以下において検討を行う。

(1) 客観的構成要件要素

ICTY 規程 2 条(a)・殺人

ICTY 2 条における殺人の構成要件は¹⁷⁴⁾、5 条(a)（人道に対する罪）における「殺人」と同じである¹⁷⁵⁾。相違点は、5 条の場合は「広範または組織的攻撃」の一環として実行されていることが要件となることである¹⁷⁶⁾。また、本条文の「殺人」は、ICTY 規程 3 条及び ICTR 規程 4 条に含まれる GCC 3(a)項における「あらゆる種類の殺人」とも同義¹⁷⁷⁾であることから、その構成要件は同一であるとされる¹⁷⁸⁾。

171) Ibid, M. Cherif Bassiouni, “*The Law of ICTY*”, p. 493（2 条が依拠する重大な違反の範囲は、ジュネーヴ条約50条、ジュネーヴ二条約51条、ジュネーヴ三条約130条及び GCIV147条である。近年においては、AP II11条、及び85条4項であるとされた）。

172) Ibid, Secretary General Report, §39–41.

173) Ibid, Ed. Otto Triffterer, “*COMMENTARY*” . p. 180

174) Čelebići, TCJ, §439.

175) Čelebići, TCJ, §421.

176) Kordić, TCJ, §236.

177) Ibid, Edited, by Gabelle Kirk McDonald, Olivia Swaak–Goldman, p. 194

178) Čelebići, TCJ, §443. 431, 424,437–9

ICC 規程においては、本条項に相当する殺人の規定は、ICTY 判例を参考として8条2項(a)(i)を規定している。

ICTY 規程2条(b)・拷問又は非人道的待遇（生物学的実験を含む）

拷問は、GCC 3(a)¹⁷⁹⁾及び拷問禁止条約の定義と同義であると示された¹⁸⁰⁾。拷問の構成要件要素は、「①精神的又は身体的に重い苦痛を生じさせる作為又は不作為による行為、②故意に拷問を行うこと、③被害者又は第三者より情報、自白を引き出すこと、被害者、若しくは第三者の一行為に対して、それを行った、若しくは行ったと推測して罰を科すこと、被害者、若しくは第三者に対して侮辱又は拘束する等といった以上の例に挙げられることを目的として拷問を行うこと¹⁸¹⁾、又は差別に基づくいかなる以上のような他の理由によって拷問を行うこと、そして④国家機関に属する者¹⁸²⁾、国家機関の地位にあって行為を行う、犯罪となる行為の実行を示唆又は合意をもって行うこと」とされた¹⁸³⁾。しかし、近年の判決においては、④の要件である国家機関の地位にあることが必要ないとされた¹⁸⁴⁾。

ICC 規程において本条項に相当する規定は、8条2項(a)(ii)—1である。EOC においては、ICTY と共通して、上記①及び③が規定されている。

非人道的待遇については、「作為又は不作為による行為であり、客観的に判断する限りにおいて、偶発的ではなく、意図的に実行された行為をさす」とされた。そして、これらの行為が「精神的若しくは身体的に重い苦痛を与えること、又は人間としての尊厳に対する侵害を構成する場合」が構成要件となると示された。非人道的待遇は、根本的な人道的な原則と適合しない意図をもって行われた待遇であることから、ジュネーヴ諸条約における重大な人道法違反行為のすべてを含むと示された¹⁸⁵⁾。従って、ジュネーヴ諸条約及びその国際赤十字社のコメント

179) Čelebići, TCJ, §452-454.

180) Čelebići, TCJ, §455

181) Kunarac, TCJ, §465-497.

182) 正式の国家機関ではなくとも、事実上 (*de facto*) の公人であれば同要件を充たすという解釈が存在する (Ibid, Edited, by Gabrielle Kirk McDonald, Olivia Swaak-Goldman, p. 162).

183) Čelebići, TCJ, §494 (拷問については、既にフルンジア事件において示されていた Furundžija, Judgement, §162). Kordić, TCJ, §256.

184) Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Case No.: IT-97-25, Judgement, 15 March 2002, § 115 (以下、Krnojelac, TCJ), §187.

りに規定のある非人道的待遇とされているもの、又は人道法の原則に違反するものは、非人道的待遇行為の犯罪類型を示すものであるとされた¹⁸⁶⁾。この構成要件は判例において定着したといえる¹⁸⁷⁾。

ICC 規程においては、ICTY 規程 2 条(b)に相当する規定は、8 条 2 項(a)(ii)―1 である。ICTY と多少異なり、EOC においては、「作為又は不作為の行為であり、客観的に判断する限りにおいて、偶発的ではなく、意図的に実行された行為をさす」ということのみ規定されている。

ICTY 規程 2 条(c)・身体又は健康に対して故意に重い苦痛を与え又は重大な傷害を加えること

本条に規定のある「身体又は健康」に対する苦痛及び傷害に加え「精神的¹⁸⁸⁾」という要素が加えられるようになった¹⁸⁹⁾。

ICC 規程においては、ICTY 規程 2 条(c)に相当する規定は、8 条 2 項(a)(iii)である。EOC においては、ICTY 判決と同様の規定が設けられている。

ICTY 規程 2 条(d)・軍事上の必要によって正当化されない不法かつ恣意的な財産の広範な破壊又は徴発

本条の構成要件は、当初、破壊の規模について、占領勢力は絶対不可欠な軍事目的以外の動産及び不動産の破壊を、占領地域において行うことであるとされていた¹⁹⁰⁾。その後、更に充実化され、①破壊の対象となる財産は、ジュネーヴ諸条約によって保護される性質のものであること、②財産の破壊がジュネーヴ諸条約によって保護された場所で行われた並びに大規模な破壊であったこと、最後に、③故意に、軍事攻撃の必要性によって正当化されない破壊であるとされた¹⁹¹⁾。

ICC 規程においては、本条項に相当する規定は、8 条 2 項(a)(iv)及び 8 条 2 項(b)(iii)であるとされる¹⁹²⁾。EOC においては、ICTY 判決とほぼ同様の規定が設けられて

185) Čelebići, TCJ, §543.

186) Čelebići TCJ, §544.

187) Čelebići, TCJ, §543. Kordić, TCJ, §256.

188) Čelebići, TCJ, §511. Kordić, TCJ 237/238–245.

189) Ibid, Edited, by Gabrielle Kirk McDonald, Olivia Swaak–Goldman, p. 242.

190) Blaškić TCJ, §157.

191) Kordić, TCJ, §340–341.

192) Ibid, Ed. Otto Triffterer, “COMMENTARY”, p. 227

いる。充実化された点は、上記②についてである。「財産の破壊」のみならず、「徴発」も犯罪行為として明確化の対象とされ、かつ犯罪行為に悪意 (wantonly¹⁹³) によることが要件として加えられている¹⁹⁴。また、同犯罪が、非国際的紛争で実行された場合は、8条2項(e)(vi)が相当する¹⁹⁵。

ICTY 規程2条(e)(f)については、ICTY 判例が存在しないために検討を、割愛する。

ICTY 規程2条(g)・文民を不法に追放し、移送し又は拘禁すること

ジュネーブ諸条約において、拘禁は、GCIV42条及び43条に従う限りにおいては認められるものである。そこで、ICTYにおいては、同条約43条に規定のある一般住民への保護措置が図られなかった場合には違法な拘禁とされたことが構成要件となると明示された¹⁹⁶。以後、この構成要件は定着したものとなった¹⁹⁷。

ICC 規程においては、本条項に相当する規定は8条2項(a)(vi)—1, (vi)—2である。EOCにおいては、ICTY判決をより充実化した内容となっている。ICTY判決においては、GCIV42条及び43条に言及する形を採っていたが、EOCにおいては、違法な移送については、「他国又は他の場所へ移送すること¹⁹⁸」、又拘禁については、「特定の施設に拘禁または継続して拘禁されていたこと¹⁹⁹」がICTY判決で下された要件に加えられた。

ICTY 規程2条(h)・文民を人質にすること

本条項の構成要件が初めて明確にされた当初、裁判所は、ICTY 規程3条によってカバーされているGCC 3(b)項と同一であると判断した。本条における文民の範囲は、「不法に自由を奪われ、多くの場合には恣意的、そして時には死に至る脅迫にさらされる状況に置かれた者」とした²⁰⁰。その後の判決において、本条

193) EOC 仏語正文においては、恣意的 (*de façon arbitraire*) と規定されている。

194) EOC 8. 2) a) iv) 3

195) Ibid, Ed Otto Triffterer, "COMMENTARY", p. 280–281. Ibid, Ed Antonio Cassese, "ICC Commentary", p. 432. AP III7条に類似した規定であるとされる。

196) Čelebići, TCJ, §583.

197) Kordić, TCJ, §291. Čelebići, ACJ, §322.

198) EOC 8. 2) a) vii)—1.1: "The perpetrator deported or transferred one or more persons to another State or to another location".

199) EOC 8. 2) a) vii)—2.1: "The perpetrator confine or continued to confine one or more persons certain location".

200) Blaškić TCJ, §158.

項の構成要件は、GCIV147条に規定のある不法な「拘禁」と同じであるとした²⁰¹⁾。判決文において、引用されたGCIV147条についての国際赤十字社のコメントを参考に、「人質の留置を延長する又は人質を死刑にする等の脅迫」が補足的な構成要件として判示された。また、人質にすることは、「不法な拘禁も含めた自由の剥奪、非人道的待遇又は被害者を死に至らしめる状態」であるとも述べられた²⁰²⁾。最後に、拘禁中被害者より利益を引き出すことが目的であったことを証明する必要があるとされ²⁰³⁾、その後の判決でこのような立場が踏襲された²⁰⁴⁾。

ICC 規程においては、本条項に相当する規定は8条2項(a)(iii)である。EOC においては、ICTY 判決と同様に①逮捕・拘禁、及び②脅迫を伴った人質行為が構成要件要素とされている。ICTY 判決を充実化した構成要件として、「国家、国際組織、自然人、法人、又は集団の一員が、特定の行為を実行又は実行させないことを意図し、明示的又は黙示的に安全又は釈放を条件として、一又は複数の者を拘束すること²⁰⁵⁾」が加えられた。

(2) 主観的構成要件要素

ICTY 規程においての主観的構成要件要素は、2条(a)、(c)、及び(d)について明確化されている。ICTY 2条(a)の殺人は、“wilful killing”と規定されている。このことから、「故意 (wilful)」が構成要件として明確化された。本条項における殺人とは、「故意又は人命に対する配慮の欠如の結果による殺人若しくは人の完全性に対する重大な侵害²⁰⁶⁾」であるとされた。そして、これが定着した構成要件となった²⁰⁷⁾。更に、主観面において重要とされる意図の証明は、ジュネーブ諸条約追加第一議定書（以下 API）11条及び85条の規定と同様とされた。すなわち、

201) Kordić, TCJ, §312.

202) Kordić, TCJ, §314.

203) Blaškić TCJ, §158

204) Kordić, TCJ, §313.

205) EOC 8. 2) a) viii)–2.1: “The perpetrator intended to compel a State, an international organization, a natural or legal person or a group of persons to act or refrain from acting as an explicit or implicit condition for the safety of the release of such person or persons”.

206) Čelebići, TCJ, §439 プラスキッチ判決においては、チェリビッチ事件一審で示された構成要件に当該要件が加わった。Blaškić, TCJ, §153.

207) Akayesu TCJ, §589. Blaškić, TCJ, §217. Kordić, TCJ, §236.

死が被告人の行動によって予見可能 (foreseeability) であった場合、又は無謀 (recklessness) な行動をとった場合とされた²⁰⁸⁾。

次に、2条(c)「身体又は健康に対して故意に重い苦痛を与え又は重大な傷害を加えること」についての主観面の判断基準として、「客観的に判断する限りにおいて、偶発的ではなく意図的に実行された行為であること、かつ身体及び精神に対して重い苦痛、又は人の完全性若しくは健康に対する重大な故意の侵害があった場合」であるとされた²⁰⁹⁾。その後の判決において、この構成要件要素は定着した²¹⁰⁾。

最後に、2条(d)「軍事上の必要によって正当化されない不法かつ恣意的な財産の広範な破壊又は散発」については、既述のとおり、故意に、軍事攻撃の必要性によって正当化されない破壊であったことが要件とされる²¹¹⁾。

ICC 規程の主観については、ICC 規程30条に規定が設けられている²¹²⁾。特徴として、ICTY・ICTRにおいて判示された主観的構成要件要素は含まれていない。EOC 各条文に共通して、被告人が犯罪行為の実行上犯罪についての「認識 (awareness)」を有していることが必要であるとされている。これは他の条文と共通の主観的構成要件要素となる。

(3) 評価

ICTY 判決において、本条と関連して留意すべきは、近年、ICTY 2条の重大な違反行為が国際紛争のみならず、内戦にも適用可能であるとする点である。また、ICC 規程については、構成要件が充実化したことが評価できるとされている。他方、ICC 規程 8条(a)の冒頭規定が人道法上重要とされる「軍事的必要性から正当化されない犯罪」とは、「軍事的に不必要な行為」によるものと解釈できるが、これについて一条文のみが規定しているため、明確化のために他の条文でも同様

208) Čelebići, TCJ, §437-438.

209) Čelebići, TCJ, §511.

210) Blaškić TCJ, §156. Krstić, TCJ, §511.

211) Kordić, TCJ, §341.

212) Leila Nadya Sadat, *The International Criminal Court and the transformation of international law . justice for the new millennium*, (Transnational Publishers., N. Y.), 2002, p. 208 - 209.

の規定を置くべきであったとの指摘がある²¹³⁾。

2・戦争の法規又は慣例に対する違反—ICTY 規程 3 条・戦争法規慣例の違反・ICTR 規程 4 条 (GCC 3 及び AP II)、及び ICC 規程 8 条 2 項(c)

本条の規定は、主に1907年陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約（条約付属書・陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則）に依拠している²¹⁴⁾。ICTY 規程 3 条・戦争法規慣例の違反・ICTR 規程 4 条 (GCC 3 及び AP II) は、ICTY・ICTR 規程の他の犯罪規定によって訴追出来ない犯罪を網羅する条文 (clause suppletive) である²¹⁵⁾。このことから、本条は、犯罪規定の例示列举に過ぎず、ジュネーヴ諸条約やハーグ法などにおいて戦争法規慣例の違反に相当する犯罪をカバーするものであるとされる²¹⁶⁾。すなわち、これらのように本条に明示的に規定される犯罪以外をも含む包括的な規則 (umbrella rule) となる。これにより、国際人道法全般に渡る規則は、本条の適用要件を充たす限りにおいて、適用可能となるとされる²¹⁷⁾。

既述の通り、ICC 規程は、戦争犯罪について特殊な規定方法をしている。本条に該当する犯罪を特定する上で、便宜上(i)ICTY 規程 3 条、(ii)GCC 3、及び(iii)ICTR 規程 4 条に分類する。

(1) 客観的構成要件要素

(i) ICTY 規程 3 条規定の犯罪

ICTY 規定 3 条(a)・殺人は、GCC 3(i)(a)と共に判断され、本条の個別の ICTY・

213) Audrey I Benison, "War Crimes – A Human Rights Approach to a Humanitarian Law Problem at the International Criminal Court," *Georgetown Law Journal*, Vol. 88, November, 1999, pp. 141–, p. 141., p. 161

214) Ibid, M. Cherif Bassiouni, "The Law of ICTY", p. 509–510 具体的には、3 条(a)は、1907年陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約（条約付属書・陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則）23条(i)、3 条(b)は、同規則23条(t)、3 条(c)は、同規則25条、3 条(d)は、同規則27条、3 条(e)は、同規則 3 条(f)は、同規則47条に依拠しているとされている。その他、同規則二款・一章（害敵手段、攻囲及砲撃）22条より28条、及び三款（敵国ノ領土ニ於ケル軍ノ権力）42条より56条も依拠している範囲とされている。尚、パシウニ教授は、ハーグ諸条約は国際紛争を想定して規定されていたものであることを指摘する。さらに、この事実がいかに同条の適用に影響を及ぼすのかという問題を提起する。

215) Tadić, Jurisdiction Decision, §91

216) Aleksovski, TCJ, §48: "Article 3 that the list is meant to be illustrative and not exhaustive". Furundžija, TCJ, §133 Jelisić, TCJ, §33. Čelebići, TCJ, §278.

217) Furundžija, TCJ, §133

ICTR 判例が存在しないために、ここでの検討を割愛する。

ICTY 規程 3 条(b)・都市又は町村の恣意的な破壊を行うこと又は軍事上の必要によって正当化されない惨害をもたらすこと

ICTY・ICTR 規程においては、主に破壊の規模について厳密化された要件要素がある。すなわち、①破壊が大規模であること、②軍事目的によって正当化され得ない破壊であること、そして③軍事攻撃の必要性によって正当化されない破壊であるとされた²¹⁸⁾。その他、本条は ICTY 規程 3 条(e)の規定と共通する点が多いことが指摘された²¹⁹⁾。

ICC 規程においては、本条項に相当する規定は、8 条 2 項(b)(i)及び、8 条 2 項(b)(ii)とされる。EOC 8 条 2 項(b)(i)1 の規定は、ICTY 判決を踏襲したものであるということが出来る²²⁰⁾。また、本条に規定のある「軍事上の必要性」という文言が 8 条 2 項(b)(iii)に含まれていることに留意する必要がある²²¹⁾。

ICTY 規程 3 条(c)・手段のいかんを問わず、無防備の町村、住宅又は建物を攻撃し又は砲撃すること

ICTY・ICTR において、本条の構成要件についての明確化は特にされなかった。しかし、差別的意図をもって町村を破壊することは、迫害に基づく犯罪行為に該当するものとされた。従って、本条における主観的構成要件要素は、迫害と同様に差別的な意図に基づくものとされた²²²⁾。

ICC 規程においては、本条項規定は、8 条 2 項(b)(ix)とされる²²³⁾。特に、ICTY 判決において、「犯罪実行時に、明確に宗教又は教育目的に使用されているものが損傷又は破壊は、意図的に実行されている」ことが構成要件要素として示されているが、EOC 8 条 2 項(b)(ix)―2 及び(b)(ix)―3 に規定と合致するものである²²⁴⁾。また、本条は ICTY と同様の「無防備の町村」という文言が 8 条 2 項(b)(v)に含め

218) Blaškić, TCJ, §182. Kordić, TCJ, §260.

219) Tadić, TCJ, §707,710. Kupreskić, TCJ, §631. Blaškić, TCJ, §227. Kordić, TCJ, §205

220) Blaškić, TCJ, §180.

221) Ibid, Ed. Antonio Cassese, "ICC Commentary", p.403.

222) Kordić, TCJ, §203.

223) in Ibid, Ed Otto Triffterer, "COMMENTARY", p. 214.

224) Blaškić, TCJ, §185.

られたことに留意すべきであろう²²⁵⁾。

ICTY 規程 3 条(d)・宗教、慈善及び教育並びに芸術及び学術上の作品を押収し、破壊し又は故意に損傷すること

本条項における作品とは、『文化財の保護のための条約（以下文化財保護条約）』保護下にある文化財を意味する。同条約における保護とは、「保護に関する一般規定」及び「特別保護規定」とに分類され、本条の適用は、その後者に該当するものとされる。具体的には、本条約における文化財の保護は、同条約 8 条 1 項における「特別保護規定」と同義であるとされる。しかし、これらが軍事目的（意図的に文化保護財産を軍事施設に設置し、軍事施設への攻撃を回避させる等）に使用される場合は、その保護の対象外となることが示された²²⁶⁾。

ICC 規程において、本条項に相当する規定は、8 条 2 項(b)(ix)である。特に、ICTY 判決において、「犯罪実行時に、明確に宗教又は教育目的に使用されているものに対する損傷、又は破壊が意図的に実行されている」ことが構成要件要素として示されているが、EOC 8 条 2 項(b)(ix)—2、及び(b)(ix)—3 の規定に ICTY 判決文²²⁷⁾は合致する。

ICTY 規程 3 条(e)・公共の又は私有の財産を略奪すること

本条項の構成要件、特に「略奪」の定義は、裁判所の初期の判決においては、「個人的行為又は金銭取得目的において、略奪行為を実行した場合」とされた²²⁸⁾。その後、「略奪」の定義は、「紛争中に、敵対勢力の公的又は私的財産の不正な窃盗行為」とされた²²⁹⁾。同定義は、その後の判決においても踏襲され、定着した²³⁰⁾。

ICC 規程においては、本条項に相当する規定は、8 条 2 項(b)(xi)である。EOC において、敵対勢力の財産²³¹⁾であるという点は、ICTY・ICTR 判決と共通する。

225) in *Ibid*, Ed. Otto Triffterer, “COMMENTARY” p. 197.

226) Kordić, TCJ, §362. (ハーグ議定書27条)

227) Blaškić, TCJ, §185.

228) Jelisić, TCJ, §48–49

229) Jelisić, TCJ, §48–49 Čelebići, TCJ, §584–592. Blaškić, TCJ, §184.

230) Kordić, TCJ, §348–351. 尚、本犯罪行為の基礎は、1907年陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約（条約付属書・陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則）46条ないし56条、GCIII18条、GCII15条及び GCIV33条であり、長年にわたり、その違法性が確定されていた行為である（Čelebić, TCJ, §587–588）。

231) *Ibid*, Ed. Otto Triffterer, “COMMENTARY” p. 230

付け加えられた点は、「人道法に従って、財産が保護されていたもの²³²⁾」という要件である。

(ii) GCC 3 規定の犯罪

GCC 3(1)(a)「生命及び身体に対する暴行」とは、殺人、傷害、虐待及び拷問を与える行為をも包含するものであると判示された²³³⁾。同判断は、その後の判決においても踏襲された²³⁴⁾。GCC 3(1)(a)「あらゆる殺人」とは、ICTY 規程における2条と同義の殺人である。2条の殺人と異なる点としては、その客体を「保護される者」としているが、本条においては参戦していない者とされる²³⁵⁾。

ICC 規程においては、GCC 3(1)(a)「あらゆる殺人」に相当する規定は8条2項(c)—1である。EOCにおいては、ICTY 判決及び犯罪実行時の紛争状況が異なる点以外は、構成要件を他の殺人に関する条文と同一であるとしている。

GCC 3(1)(b)「虐待及び拷問・非人道的行為」についての構成要件要素は、「精神若しくは身体に対して故意に重い苦痛を与えた場合、又は人間としての尊厳に対する重大な攻撃 (attack) があった場合」とされた²³⁶⁾。また、2条における非人道的待遇と構成要件が同一であることを裁判所は判示した。そして、このように明確化された要件要素がその後の判決において定着したものとなった²³⁷⁾。ICC 規程において、国際紛争時に、GCC 3(1)(b)の犯罪が実行された場合は、8条2項(c)(i)—2、8条2項(c)(i)—3、及び8条2項(c)(i)—4、の規定が相当する。それぞれの条項は、ICTY・ICTR 判例を継承している。その中で、EOCにおいてICTY 判決において明確化されていない部分について構成要件が明確化されたのは、8条2項(c)(i)—2「人体を不具にする行為 (mutilation)」である。特に、医学治療において正当化されない身体に対して決定的な障害を及ぼすことが同犯罪

232) EOC 8.2(b)(viii)—3.

233) Blaškić TCJ, §182.

234) Kordić, TCJ, §246.

235) Kordić, TCJ, §221—236 (Čelebići TCJ, §422, §437—439. Blaškić TCJ, §181 を引用して判示している)。

236) Jelšić, TCJ, §41 (コルディッチ事件以前にイェリシッチ事件において本条について示している。ここでは、殺人の構成要件は、1.被害者の死亡、2.犯罪実行者による犯行の結果としての死亡、及び3.意図を有した殺人であることとされた。)

237) Čelebići, TCJ, §552. Kordić, TCJ, §261—265

を構成すると明確化された²³⁸⁾。その他の行為の構成要件要素については、犯罪実行時の紛争状況が異なる点以外は、ICTY判決において判示された通り、2条における規定の構成要件と同一である。また、重複する犯罪規定として、8条2項(b)(iii)2が挙げられる。非国際紛争であった場合は、8条2項(e)(xi)の規定が該当するものとされる²³⁹⁾。

GCC 3(1)(b)「人質」について、ICTY・ICTRでは、同条項における人質の構成要件要素は、2条(h)と同一であるとされた²⁴⁰⁾。

ICC規程においては、8条2項(c)(iii)であるとされる。また、国際紛争であれば、8条2項(a)(viii)も重複した規定として存在する。

GCC 3(1)(c)「個人の尊厳に対する侵害、特に、屈辱的で体面を汚す待遇」の構成要件要素は、ICTY・ICTRにおいては、GCC 3における犯罪行為の中で最も重い苦痛をうけるものであるとされている²⁴¹⁾。構成要件としては、軍事施設等の掩護を目的として配置された文民の待遇²⁴²⁾等が、含まれると判示された²⁴³⁾。ICTY・ICTRにおいては、本条は、非人道的行為（ICTY 2条(b)）と同義であるとされ、これに極度の身体的及び精神的苦痛を伴うものが本条の構成要件であるとされた²⁴⁴⁾。

ICC規程において、同条に相当するのが、国際紛争において同犯罪が実行された場合には、8条2項(b)(iii)であるとされる²⁴⁵⁾。非国際紛争については、8条2項(c)(ii)²⁴⁶⁾及び8条2項(e)(vi)である²⁴⁷⁾。また、非国際紛争について、EOC 8条2項

238) EOC 8(2)(c)(i)-2.1: “The perpetrator subjected one or more persons to mutilation, in particular by permanently disfiguring the person or persons, or by permanently disabling or removing an organ or appendage”.

EOC 8(2)(c)(i)-2.2: “The conduct was neither justified by the medical, dental or hospital treatment of the person or persons concerned nor carried out in such person’s interests”

239) Andreas Zimmermann, “Preliminary Remarks on para. 2(c)-(f) and para. 3. War crimes committed in an armed conflict not of an international character”, pp. 262-., p.274, in Ibid Ed. Otto Triffterer, “COMMENTARY”.

240) Kordić, TCJ, §315-320

241) Aleksovski, TCJ, §49

242) Aleksovski, TCJ, §229.

243) Furundžija, §158.

244) Čelebići, TCJ, §544.

245) Ibid Ed. Otto Triffterer, “COMMENTARY”, pp. 244- , p. 244-248.,

(c)(ii)は ICTY・ICTR 判決で示された構成要件を更に明確化させた。具体的には、「犯罪は、一又は複数の者を屈辱的待遇、品位を下げる行為、又は個人の尊厳に対する侵害行為の実行²⁴⁸⁾」であるとした。また、これらの行為が「屈辱的待遇、品位を下げる行為、又はその他の行為が、個人の尊厳に対する侵害行為の実行に該当するほどに重大である」ことも構成要件要素として加えられた。

(iii) ICTR 規程 4 条の犯罪

ICTR 規程 4 条に相当する犯罪は、上述した²⁴⁹⁾ICTY 規程 3 条及び GCC 3 の適用要件に該当しない犯罪であるとされる。その範囲が ICC 規程における残りの非国際紛争において適用可能な戦争犯罪の範囲と合致するものであると考えられる²⁵⁰⁾。本条が適用される状況は、上記の要件を充たしていない場合とされる²⁵¹⁾。

ICTR 規程 4 条、又は非国際紛争において適用可能な ICC 規程の条文は、国際紛争についての規定とほぼ同一の犯罪規定を設けたものである²⁵²⁾。従って、対応する犯罪として ICTY 規程 2 条を基本とする。また、上記において、既に GCC 3 について検討を行ったために、以下においては AP II と関連したもののみを概観する。具体的には、ICTY 規程 2 条(b)に相当する犯罪は、8 条 2 項(e)(iii)の規定とされる²⁵³⁾。本条は、また、ICTY 規程 2 条(b)が 8 条 2 項(e)(iv)に相当するものとされる²⁵⁴⁾。

(2) 主観的構成要件要素

本条の主観的構成要件については、GCC 3・1 項(c)「個人の尊厳に対する侵害、

246) Ibid Ed. Otto Triffterer, "COMMENTARY", p. 273. Ibid, Ed. Antonio Cassese, "ICC Commentary", p. 415.

247) in Ibid, Ed. Otto Triffterer, "COMMENTARY": p. 279.

248) EOC. 8(2)(c)(ii)1: "The perpetrator humiliated, degraded or otherwise violated the dignity of one or more persons."

EOC. 8(2)(c)(ii)2: "The severity of the humiliation, degradation or other violation of such degree as to be generally recognizes as an outrage upon personal dignity."

249) 第三章第1節1・総論(b)(1)

250) Ibid, Ed. Otto Triffterer, "COMMENTARY" p. 271

251) Tadić, Jurisdiction Decision, §94.

252) Mahnoush H. Arsanjani, "The Rome Statute of the International Criminal Court", *American Journal of International Law*, January, 1999, pp. 22- , p. 33.

253) Ibid, Ed. Otto Triffterer, "COMMENTARY", p. 228.

254) Ibid, Ed. Otto Triffterer, "COMMENTARY", p. 297-298. Ibid, Ed. Antonio Cassese, "ICC Commentary", p. 432 AP II16条に類似した規定であるとされる。

特に、「屈辱的で体面を汚す待遇」についてのみ明示されている。具体的には、①被告人は、作為又は不作為に、一般的に重大な侮辱を行うこと、体面を汚す待遇、又はその他の重大な個人の尊厳に対する侵害を実行又はこれらの犯罪行為に参加すること、及び②被告人は作為的に又は不作為に行為の結果を知っていた(knew)ことを要する、とされている²⁵⁵⁾。

本条については、2条と共通し、ICC 規程30条の規定に従うと共に、EOC 各条文に共通して規定されている、「認識 (awareness)」に基づくことが犯罪の主観的構成要件要素となる。ここで問題とされるのは、EOCにおいて、犯罪事実についての認知のみで足りるという規定が設けられているが、法律的認知も必要なのではないかという点である。また、因果関係及び結果までも構成要件に含むところが、8条2項(b)(ii)以外は、あまり規定されていないことが指摘される²⁵⁶⁾。

(3) 評価

ICTY 3条・ICTR 4条において適用可能とされる法は、慣習法である。慣習法の確立及びその立証は本来困難なものである。それにも拘わらず、ICTY・ICTRでは、慣習法が形成されたと判示することが多く、法の安定性の確保上問題が指摘されている²⁵⁷⁾。また、慣習法形成についてのルールが変わっていないにも拘わらず、裁判所が採用するこのような慣習法の認定方法に懐疑的立場を示す場合もある²⁵⁸⁾。こうした慎重な立場に対して、慣習法形成のルール自体が変更したものであると指摘する見解がある。具体的には、国家による法の実行の蓄積という慣習法の要件の必要性が無くなってきており、従って伝統的方法に基づいて慣習法の認定を行う意義が薄れており、このような方法に固執する必要性がないのではないかとされている²⁵⁹⁾。こうしたことを受けて、ICCにおいては、適用法を規定した21条の内容規定が曖昧であるために、慣習法を含めるものであるか定かでは

255) Kunarac, TCJ, §514.

256) Ed. Antonio Cassese, "ICC Commentary", p. 389.

257) William Fenrick, "Humanitarian Law and Criminal Trials", *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol. 7, Spring, 1997, pp. 23-43, p. 39.

258) Louis G. Maresca, "The Prosecutor v. Tadić: The Appellate Decision of the ICTY and International Violations of Humanitarian Law as International Crimes", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 9, n. 1, pp. 219-231 (1996). P. 229-230.

ない。こうした状況から厳密化を図ろうとしながらも、ICC 規程が国際法特有の曖昧性を残すものであるとする指摘がある²⁶⁰⁾。

ICC に関しては、その規程における非国際紛争についての規定方法が ICTY 及び ICTR 判例の傾向と異なることが指摘されている。ICTY・ICTR は、一武力紛争が国際紛争及び非国際紛争ともなり得る現実を反映し武力紛争の性質を問わず、人道的規範 (humanitarian norms) の適用を優先する方向で判決を集積させた。しかし、ICC 規程は国際紛争及び非国際紛争について異なる制度 (regime) を設け、かつ非国際紛争についても2つに分類していることから、ICTY・ICTR が推し進めた方向性を後退 (step backwards) させるのではないかとする見解がある²⁶¹⁾。

3・ジェノサイド罪・ICTY 規程4条・ICTR 規程2条

本条におけるジェノサイド罪は、ジェノサイド罪の防止及び処罰に関する条約2条に依拠したものである²⁶²⁾。ICTY 規程は、同条約と同様に社会的及び政治的集団を保護の対象としていないことが特徴であるといえる²⁶³⁾。

(1) 客観的構成要件要素

(i) ICTY 規程4条及びICTR 規程2条2項の犯罪

ICTY 規程4条及びICTR 規程2条2項(a)・集団の構成員を殺すこと

ICTY・ICTR は、本条項は、ICTY 規程2条及び3条における殺人と構成要件が同一であるとした²⁶⁴⁾。同犯罪は、不作為であったとしても刑事責任が追及され

259) Bruno Simma et Andreas Paulus, "Le rôle relatif des différentes sources du droit international pénal (dont les principes généraux de droit)", in Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, *Droit international pénal*, (Pedone, Paris), 2000, pp. 55-69, p. 60-64.

260) 慣習法に依拠しない: Edward M. Wise, "The International Criminal Court: A Budget of paradoxes", *Tunale Journal of International Comparative Law*, 2000, p. 261-, p. 274. これに対し、第二一条 b 項の rules of international law は慣習法を指すとしている: Ibid, Ed. Otto Triffterer, "COMMENTARY", p. 441.

261) Luigi Condorelli, "War Crimes and Internal Conflicts in the Statute of the International Criminal Court", pp. 107-, p. 115, in Edited by Mauro Politì and Giuseppe Nesi, *The Rome Statute of the International Criminal Court—A Challenge to impunity*, (Ashgate, Dartmouth), 2001.

262) Ibid, M C Bassiouni, "The Law of ICTY", p. 523.

263) Ibid, M. Cherif Bassiouni, "The Law of ICTY", p. 526.

るものである²⁶⁵⁾。

ICC 規程においては、本条項に相当する規定は6条(a)である²⁶⁶⁾。

ICTY 規程4条及びICTR 規程2条2項(b)・集団の構成員の身体又は精神に重大な危害を加えること

ICTY・ICTRの初期の判断においては、「重大な危害」の構成要件要素は、「身体の完全性に対する攻撃のみならず、精神面及び非人道的苦痛²⁶⁷⁾」を含意するものとされた。その後、更に個別的判断が必要であるとしながら、定義が拡大され、重大な外傷のみならず、臓器にまでに達する危害もその要件として含まれるものとされた²⁶⁸⁾。また、強かんも本条項に含まれるとされた²⁶⁹⁾。

ICC 規程においては、本条項に相当する規定は、6条(b)である。本条については、ICC 規程及び EOC は、ICTY・ICTR 判例を忠実に踏襲しているとされている²⁷⁰⁾。

ICTY 規程4条及びICTR 規程2条2項(c)・集団の全部又は一部の身体を破壊することを目的とする生活条件を当該集団に意図的に課すること

本条項における構成要件は、「集団に帰属する者に生存最低限度の減食 (subsistence diet) を強いること、定期的に住居から退去させること、また、生活最低限以下の水準の医療品を供給しない場合」とされた²⁷¹⁾。また、こうした行為を強制力を持って実行することを意味するものとされた²⁷²⁾。更に、本犯罪を計画すること自体も構成要件要素となることが裁判所で判断され、その後の判決においても定着した構成要件となった²⁷³⁾。

264) Kayishema and Ruzindana, TCJ, §102–103. Rutaganda, TCJ, §50. Jelisić, TCJ, §63. Akayasu, TCJ, §500–501

265) Kambanda, TCJ, §40(1)–(4).

266) Ed Antonio Cassese, “*ICC Commentary*”, p.349.

267) Akayasu, TCJ, §502

268) Kayishema and Ruzindana, TCJ, §108–109 (to the external, internal organs or senses).

269) Akayasu, TCJ, §596.

270) Ibid, Kriangsak Kittichaisaree, p. 79. “Article 6(b) of the ICC Statute follow faithfully existing international jurisprudence.”

271) Ibid, Ed. Otto Triffterer, “*COMMENTARY*”

272) Kayishema and Ruzindana, TCJ, §114–116.

273) Kayishema and Ruzindana, TCJ, §548. Rutaganda, TCJ, §52.

ICC 規程では、本条項相当の規定は、6条(c)であり、判例を参考としている²⁷⁴⁾。*ICTY 規程 4条及び ICTR 規程 2条 2項(d)*については、判例が存在しないために、検討を割愛する。

ICTY 規程 4条及び ICTR 規程 2条 2項(e)・集団内の児童を他の集団に強制的に移送すること

本条項における構成要件は、強制的に移送することによって身体へ制裁が加えられるということだけではなく、精神的にも危害が加えられるものであるとされた²⁷⁵⁾。こうした判断は、その後の ICTR の判決においても踏襲された²⁷⁶⁾。そして、両親から引き離されるといった状況から本条項(b)と要件が重なることから、本条項(b)によってもその違法性が認められるものとされた²⁷⁷⁾。

ICC 規程においては、本条項に相当する規定は、6条(e)である²⁷⁸⁾。EOC において ICTY・ICTR に補足された構成要件は、児童の年齢についてである。また、本文における「強制的」という語句の定義付けがなされた。つまり、暴力、暴力による脅迫又威圧などであるとされた²⁷⁹⁾。

(ii) *ICTY 規程 4条及び ICTR 規程 2条 3項の犯罪*

ICTY・ICTR 規程においては、ジェノサイドの共謀、及び(e)・ジェノサイドの共犯についての規定が存在する。しかし、ICC 規程には、これらについての明文規定は存在しない²⁸⁰⁾が、ICC 規程25条 3項における規定が ICTY 規程 4条及び ICTR 規程 3条 3項の犯罪に相当するものであるとされる²⁸¹⁾。

*ICTY 規程 4条及び ICTR 規程 2条 3項(a)*については、*ICTY* 判例が存在しないために、割愛する。

ICTY 規程 4条及び ICTR 規程 2条 3項(b)・ジェノサイドの共謀

同犯罪についての構成要件は、a. ジェノサイド及び b. ジェノサイドの共謀は、

274) Ibid, Kriangsak Kittichaisaree, p. 79.

275) Akayasu, TCJ, §509.

276) Rutaganda, TCJ, §53, Musema, TCJ, §159

277) Kayishema and Ruzindana, TCJ, §118.

278) Ibid, Kriangsak Kittichaisaree, p. 81.

279) Ibid, Ed. Otto Triffterer, "COMMENTARY", p. 114-115.

280) Ibid, Edited by Antonio Cassese, "ICC Commentary", p.347.

281) Ibid, Ed. Otto Triffterer, "COMMENTARY", p. 475.

相互排他的なものであると判示された。その理由は、個人がジェノサイド罪を犯した場合に a. ジェノサイド及び b. ジェノサイドの共謀を同時に行うことができないためである。b. ジェノサイドの共謀で違反するということは、主犯が存在するということが前提となるが、主犯が処罰されていなくとも共謀によって訴追された者は免責とならないとされた²⁸²⁾。

ICC 規程25条3項(c)が、本条項に該当し、ICTY・ICTR 判例を踏襲した規定であるとされている²⁸³⁾。

ICTY 規程4条及びICTR 規程2条3項(c)・ジェノサイドの直接かつ公然の扇動

ICTR において、扇動とは、直接的に犯罪を実行することを促すことであるとされた。その手段及び方法は文化的な差異が各地方で生じるために、あらかじめ特定せず、個々の事件について個別に判断する必要があるとされた²⁸⁴⁾。特徴的な点は、たとえ結果が伴わなくとも、その重大性に鑑みて扇動を行ったと確認された場合に、その違法性が認められたことである²⁸⁵⁾。ICC 規程25条3項(e)が、本条項に該当し、ICTY・ICTR 判例を踏襲した規定であるとされている²⁸⁶⁾。

ICTY 規程4条及びICTR 規程2条3項(d)及び(e)・ジェノサイドの未遂、及び共犯については、ICTY・ICTR 判例が存在しないために、検討を割愛する。

(2) 主観的構成要件要素

主観的構成要件を判断する上で、ジェノサイド罪に参加しているとする明らかな認識²⁸⁷⁾が必要であるとされた。この認識が他の犯罪と一線を画しているとされる²⁸⁸⁾。つまり、ジェノサイド罪をジェノサイド罪ならしめる構成要件要素の最も重要なものは、この特別の意図（specific intent, *dolus specialis*）である。判例上、「特別の意図」とは、上記の集団に対しての「一部又は全体の破壊²⁸⁹⁾」を実行する上での意図をさすとされる²⁹⁰⁾。こうした犯罪行為は組織的²⁹¹⁾且つ計画的で

282) Akayasu, TCJ, §526, 529, 530

283) Ibid, Ed Otto Triffterer, "COMMENTARY", p. 482-483.

284) Akayasu, TCJ, §558.

285) Akayasu, TCJ, §562.

286) Ibid, Ed. Otto Triffterer, "COMMENTARY", p. 486-488.

287) Jelisić, oral Judgement.

288) Jelisić, TCJ, §66 - 67.

289) Rutaganda, TCJ, §48-49 :

あることを必要とする²⁹²⁾。また、被告人が、上官である場合に、犯罪実行者との破壊の目的性を共有していることが必要であるとされ²⁹³⁾、その後の判決において踏襲された要件となった²⁹⁴⁾。裁判所においては、実質的な証拠が存在しない場合には、客観的基準を用いて、被害者数²⁹⁵⁾及び地理的範囲に沿った判断を行うとされた²⁹⁶⁾。被害者数については、初期の判決においては、「相当な (considerable)」被害者数であるべきとされたが²⁹⁷⁾、その後集団の「実質的 (substantial)」な部分の破壊で足りるとされ、また必ずしも、「特別に重要 (very important)」な部分の破壊である必要はないとされた。このような変化は、被害を認定する上で、客観的な量的基準から、質的な基準への移行を示すものであるとの指摘がある²⁹⁸⁾。

この他、ICTY・ICTR 規程におけるジェノサイド罪について特徴的なのが、本条3項(c)に規定のある扇動である。同犯罪については、特定集団に対して、「特別の意図」をもって犯罪を実行した場合に、犯罪の結果が達成されなくとも、刑事責任を負うものとされる²⁹⁹⁾。こうした判断は、ジェノサイド罪という社会に及ぼす重大性に伴ったものであるとされた³⁰⁰⁾。しかし、ジェノサイド罪条約の立法者意思を超えているとの指摘がある³⁰¹⁾ことにも留意しなければならない。

290) Kayishema and Ruzindana, TCJ, §91. Jelisić, ACJ, §45.

291) Jelisić, TCJ, §100 - 101. Krstić, TCJ, §622 - 624.

292) Akayasu, TCJ, §497-498.

293) Jelisić, TCJ, §86. Jelisić, ACJ, §42-52

294) Krstić, TCJ, §572.

295) Kayishema and Ruzindana, TCJ, §93.

296) Jelisić, ACJ, §47.

297) Kayishema and Ruzindana, TCJ, §97.

298) Ibid, William A. Schabas, "Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina?", p 43.

299) Akayasu, TCJ, §473, Ruggiu, Judgement and Sentence, Decision of 1 June 2000, Case No. ICTR-97-32-I.

300) Joshua Wallenstein, "Punishing Words and Analysis of the Necessity of the Element of Causation in Prosecutions for Incitement to Genocide", *Stanford Law Review*, November, 2001, pp. 315-, p. 395.

301) Ameer F Gopalani, "The International Standard of Direct and Public Incitement to Commit Genocide: and Obstacle to U.S. Ratification of the International Criminal Court Statute?", *California Western International Law Journal*, Fall 2001, pp. 87 -, p. 114.

ICCにおける主観的構成要件は、ICC 規程30条に規定されており、条文規定を見る限り、一見して他の犯罪規定と同様の「意図及び認知」³⁰²⁾という要件で足りると思われる。こうした見解は、実際にはジェノサイドに必要とされる「特別の意図」が明文で規定されていないために、十分根拠をもつものであるように思われる。そして既存国際法でも、このような明文規定が存在しないことが、本条について、学説上様々な解釈が加えられる要因をなしているとされる³⁰³⁾。

しかし、いずれの解釈においても、ICTY・ICTR 判例にて判示された通りに、「特別の意図」の存在が必要であるとされる。具体的には、意図の存在及び明らかな ICC における主観的構成要件の立証については、EOC 6 条序の部分において、ICC が個別的に判断するものであると規定されている。この点について、EOC 規程 6 条各条文において犯罪行為が、「類似の行動について明らかな (manifest) パターン」が存在する場合であることが必要と規定されている。このようなパターンは客観的基準であるために、これがいかに上記の主観的構成要件と関連するのか、という点で立証が複雑になるのではないかと懸念する指摘がある³⁰⁴⁾。その理由としては、ICTY・ICTR において、上記のとおり実質的な証拠がない場合においてのみ、パターンなどの客観的基準が参考とされるが、ICC の

302) ICC 規程30条1項：「別に定める場合を除き、人は、外形的要素が意図および認識をもって行われた場合にのみ、本裁判所の管轄に属する犯罪について、刑事責任を有し、かつ、処罰される責めを負うものとする」ICC 研究会（代表・新倉修）、「翻訳・国際刑事裁判所規程（仮訳）（一）」『國學院法学』37卷2号（1999年）。

303) 当該条文1項において「別に定める場合を除き」という点に着目し、「別の定める場合」とは、ジェノサイド条約をさしている為に、同条約適用上必要である「特別の意図」がICCにおいても同様に要件とされるものであるという指摘がある (Ibid, David L. Nersessian, p. 265)。また、同じく30条を基礎として、起草過程における議論に依拠し、意図及び特別の意図という二つの意図を規定することが省かれただけで、黙示的に、同条に「特別の意図」が含まれるものであるとする見解がある (Ibid, Ed Antonio Cassese, "ICC Commentary", pp. 889-, p. 901)。そして、ICC 規程 6 条(c)に依拠し、「集団の全部または一部についてその身体の破壊をもたらすことを意図」しているという規定から、犯罪行為の結果として、集団の破壊というジェノサイド罪特有の意図の存在が読み取れるために、ICC においても従来ジェノサイド罪に必要とされる「特別の意図」が認められるものとされる (William A. Schabas, in Ibid, Ed. Otto Triffterer, "COMMENTARY", p. 109)。なお、最後の見解については Albin Eserm 同旨 (p. 902)。

304) Ibid, William A. Schabas, "Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina?", p. 34.

場合には EOC の規定方法を見る限り、客観的基準が判断要素上占める割合が高くなると考えられる。このことが、ICC の機能にどのように影響するものとなるかが問われるとされる³⁰⁵⁾。

(3) 評価

裁判所は、ジェノサイド罪については、ICTR の初期の判決を一貫して踏襲する形で構成要件要素を明確化してきた³⁰⁶⁾。ジェノサイド罪について、特に問題とされたのが、「集団」の定義である。ICTY 規程 2 及び 3 条における「保護を受ける者」の範囲確定と類似し、拡大傾向にあることが理解できる。具体的には、国籍よりも民族的要素が被保護者の区別の基準とされる傾向が見られる。そもそも、民族性による区分は、文化の相違によって生ずるものである。ICTR の場合のツチ族とフツ族は民族的区分要素が関連せず、植民地時代の名残の基準に基づいて、双方とも文化及び宗教を異にしないといえる。では、出生を基礎とした区分は適用可能なのだろうか。この点についても、旧ユーゴと同様に客観的にそれぞれの民族性を分ける基準は存在しないのである。従って、民族に従った被保護集団の特定は、集団が定義に合致するのではなく、集団に定義をあわせるようになってきたと評される³⁰⁷⁾。

個々の犯罪についての指摘として、ICTY・ICTR において組織的³⁰⁸⁾に行われた強かんがジェノサイドの犯罪行為の構成要件となることが認められた例を挙げることができる³⁰⁹⁾。こうした判例を踏襲して、ICC においても、6 条(b)の犯罪行為の構成要件に強かんが含まれると解釈される³¹⁰⁾。その他、扇動についての構成要件が厳格性に欠けているとの指摘がある。その犯罪の重大性に起因し、扇動を

305) Ibid, William A. Schabas, "Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina?", p. 35-36

306) Harvard Law Review Association, "Defining Protected Groups under the Genocide Convention", *Harvard Law Review*, May 2001, p. 2007, p. 2020.

307) Diane Marie Amann, "Under Deconstruction", *Green Bag*, Summer, 2000, p. 369-

308) Margaret A. Lyons, "Hearing the Cry Without Answering the Call: Rape, Genocide, and the Rwanda Tribunal", *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Summer 2001, pp. 99-, p. 111.

309) Akayasu, TCJ, §729.

310) Ibid, Ed. Otto Triffterer, "COMMENTARY". p. 113.

行っただけで、結果が明らかにされなくとも、違法性が認められることについて問題が提起された。このように、行為の目的と結果が伴わないにも拘わらず、当該行為を犯罪と認めてしまうことに慎重になるべきであるとの指摘もある³¹¹⁾。

4・人道に対する罪—ICTY 規程 5 条及び ICTR 規程 3 条・人道に対する罪

人道に対する罪は、IMT 規程 6 条(c)及び IMTFE 規程 5 条(c)に依拠して規定された³¹²⁾。ICTY 及び ICTR において、条文規定が若干異なる部分がある。具体的には、ICTY 設立後に起草された ICTR 規程 3 条の冒頭規定に「広範又は組織的な攻撃」という文言が含まれた。こうした、流れは継続して ICC へも踏襲され、ICC 規程 6 条(1)に同語句が規定された³¹³⁾。

(1) 客観的構成要件要素

ICTY 規程 5 条及び ICTR 規程 3 条(a)・殺人

本条項における殺人の語句に関して、仏語及び英語正文で想定する殺人の規模が異なるために、判例において幾度か問題とされた³¹⁴⁾。裁判所はいずれの場合においても概念上故殺であることから、故殺の定義の明確化を進め、構成要件を明確化した。裁判所は、初期の判決において具体的には、①他者の死亡、②犯罪行為の結果の殺人、③殺人の意図をもって犯罪を実行すること、又は④人の完全性に対する重大な故意の侵害という 4 要件を示した³¹⁵⁾。その後の判決で、本条の殺人の定義として、ILC の「平和及び人類の安全に関する草案等³¹⁶⁾」を採用した。すなわち、①被害者の死亡、②死亡が、被告人又はその部下によって生じた場合、及び③合理的に死に至らしめることが予見できた上で意図的に殺人又は人の完全性に対する重大な故意の侵害を実行するとされた³¹⁷⁾。同要件はその後の判決においても踏襲された³¹⁸⁾。ここで、留意すべき点としては、個人的な「殺人」と人道

311) Jose E. Alvarez, “Crimes of States/Crimes of Hate · Lessons from Rwanda”, *Yale Journal of International Law*, Vol. 24, 1999, pp 365–, p. 425.

312) Ibid, M. C Bassiouni, “*The Law of ICTY*” p. 545.

313) Ibid, Kriangsak Kittichaisaree, p. 89.

314) 本条における英文 murder に対応する仏文として他の条文においては、meurtre が使用されているにも拘わらず、本条についてのみ仏文においては assassinat という大規模殺人を想定した用語を使用されているために弁護側から誤訳ではないかとの指摘があった。

315) Kayishema and Ruzindana, TCJ, §140.

316) Furundžija, TCJ, §178., Čelebići TCJ, §309

に対する罪における「殺人」との相違である。本条における「殺人」は、あくまで文民に対する「広範又は組織的犯罪」行為の一環であることを要するという点である。同見解は、これまでの判決において一貫して示されている要件である³¹⁹⁾。

ICC 規程における本条項に相当する規定は、7条(a)とされる³²⁰⁾。EOC 7条(a)も ICTY・ICTR 判例を踏襲したものであるといえる³²¹⁾。

ICTY 規程 5 条及び ICTR 規程 3 条(b)・殲滅

裁判所は、殲滅とは、①被告人又はその部下が特定化、又は具体的に指名された人々の殺人に参加していたこと、②作為又は不作為の犯罪行為を実行していること、③作為又は不作為の法に反する行為が広範又は組織的攻撃の範囲内に実行されていること、④攻撃は一般住民を標的としていること、及び⑤国民的、人種的、民族的又は宗教的な帰属による差別的意図をもって攻撃が実行された場合をさすとした³²²⁾。こうした要件は、踏襲され構成要件として定着した³²³⁾。他の犯罪との関係において、殲滅は、その大規模性という面で単なる「殺人」と区別される³²⁴⁾。また、「迫害」と重複する犯罪であると判示された³²⁵⁾。これを受けて、一集団が差別的に標的となっていたこと、及び大量殺戮であったことが要件として加えられた。大量殺戮が要件として加えられたことにより、本条適用上、量的問題が関連するようは一見思えるが、殲滅の規模の判断は、被害者の数の問題ではなく、個別的に常識に基づいて殲滅の適用性を判断するべきだとする立場がその後の判決によって確立した³²⁶⁾。

ICC 規程において、本条項に該当するのが、7条(b)である。EOC においては、

-
- 317) Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May to 26 July 1996 (A/51/10), p 117, cited in : Blaškić TCJ, §217. Kordić, TCJ, § 196 Baglishema, TCJ, §84
- 318) Kordić, TCJ, §236. Krnojelac, TCJ, §322-324.
- 319) Akayasu, TCJ, §587-590. Rutaganda, TCJ, §70. Kayishema and Ruzindana, TCJ, §140. Blaškić TCJ, §215. Kristić, TCJ, §489
- 320) Ibid, Ed. Otto Triffterer, "COMMENTARY", p. 129.
- 321) Ibid, Kriangsak Kittichaisaree, p. 103.
- 322) Akayasu, TCJ, §592 Baglishema, TCJ, §89
- 323) Akayasu, TCJ, §591-592. Kayishema and Ruzindana, TCJ, §141-147. Rutaganda, TCJ, §82-84
- 324) Akayasu, TCJ, §591
- 325) Kupreskic, TCJ, §571. Blaškić TCJ, §226.

判例で示された殺人、標的が一般住民であること、また大規模性という ICTY・ICTR 判例で示された要件がそのまま含まれた³²⁷⁾。

ICTY 規程 5 条及び ICTR 規程 3 条(c)・奴隷の状態に置くこと

裁判所が示した「奴隷の状態に置くこと」の構成要件要素とは、個人の移動のコントロール、身体的状態のコントロール、精神的コントロール、脱出の阻止又は制御する措置、暴力、暴力による脅迫、又威圧、占有の宣言、残酷な待遇及び虐待、性的コントロール、強制労働及び人身売買又はそれによる労働力の売買である³²⁸⁾。

ICC 規程において本条項に相当するのが、7 条(c)である。ICTY・ICTR 判例と異なる点は、強制労働という要件が排除されたことである。それ以外においては、ICTY・ICTR 判例をほぼ踏襲したものであるといえる³²⁹⁾。

ICTY 規程 5 条及び ICTR 規程 3 条(d)・追放

同犯罪は GCIV49 条及び 147 条、API85 条 4 項(a)、「人類の平和及び安全に対する罪の法典案」³³⁰⁾18 条、及び ICC 規程 7 条 1 項(d)に規定のある追放と同義であるとされ、構成要件は共通するものとされた。その他、AP III7 条は、同一国内における文民の移送までも禁止しており、この条文も参考となるものとされた。そして、その方法についても強制的な場合は、精神的苦痛及び物理的にも家財を失うという損失を伴うものであることにより、訴追の対象とされると判示された³³¹⁾。その他、追放という文言は使用されなかったものの、本条が依拠したジュネーブ諸条約の規定を根拠としながら、強制的な国内又は国外への追放であっても、非人道的な行為であり、5 条(i)においても含まれる犯罪であるとした³³²⁾。従って、追放及び強制移送とも同一の犯罪を構成するものであるとされた³³³⁾。

326) Baglishema, §86

327) Ibid, Ed. Otto Triffterer, "COMMENTARY", p. 131 - 132.

328) Kunarac, TCJ, §543. Krnojelac, TCJ, §349-355.

329) Ibid, Krnagsak Kittichaisaree, p. 106-108. Ibid, Ed. Otto Triffterer, "COMMENTARY", p. 132 - 134.

330) Ibid, Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session.

331) Krstić, TCJ, §519-523.

332) Kupreskic, TCJ, §566.

ICC 規程において同条項に相当するのが、7条(d)である。ICTY・ICTR と異なる点は、追放が強制力を伴って (forcibly) 行われる場合が明文化され、EOC に含まれたことである。強制力の定義は、つまり、暴力、暴力による脅迫又威圧などであるとされた³³⁴⁾。

ICTY 規程 5 条及び ICTR 規程 3 条(e)・拘禁

拘禁の構成要件は、ICTY 規程 2 条の拘禁と構成要件と同一であるとされる。具体的には、①GCIV42条に反して拘束されていた場合、②GCIV43条に規定のある拘束された文民に対する必要な措置が講じられていなかった場合、及び③本犯罪が広範又は組織的攻撃の一貫として行われていた場合である³³⁵⁾。なお、近年の判決においては、①自由の剥奪、②恣意的、かつ正当化されない理由による拘禁、③そして、本条項による拘禁が違法であるとの認識を合理的に有して拘禁を行った場合とされた³³⁶⁾。

ICC 規程において本条項に相当するのが、7条(e)である。ICTY・ICTR と異なる点は、条文中に「国際法の基本的規則 (fundamental rules of international law)」に違反した「身体の自由の著しい剥奪」という要件が加えられたことである³³⁷⁾。このことから ICC における本条の適用範囲が限定されるのではないかとの指摘が存在する³³⁸⁾。

ICTY 規程 5 条及び ICTR 規程 3 条(f)・拷問

人道に対する罪の拷問の構成要件は、既述の 2 条(b)及び 3 条における拷問と同一である³³⁹⁾。

ICC 規程においては、本条項に相当するのが、7条(f)である。ICTY・ICTR と異なる点は、そして、自白などを要求する規定が排除されたことである。なお、

333) Kristić, TCJ, §523.

334) Ibid, Kriangsak Kittichaisaree, p.110.

335) Kordic, TCJ, §292-303.

336) Krnojelac, TCJ, §115.

337) Ibid, Ed. Otto Triffterer, "COMMENTARY", p 132-134.

338) Ibid, Kriangsak Kittichaisaree, p 110

339) Reinhold Gallmetzer, Kazuna Inomata, "Introductory Note : ICTY", *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2001, p 493-., p. 496, p. 499, p 501.

国家機関が正式の国家機関の地位でなくとも、本条が適用される³⁴⁰⁾。

ICTY 規程 5 条及び ICTR 規程 3 条(g)・強かん

裁判所の初期の判決において、人道に対する罪における強かんとは、「強制下において他者に対して性的性質を有した身体的侵害である」と定義された。その上で、構成要件が明確化された。すなわち、①広範又は組織的攻撃の一貫として犯罪行為が行われていること、②一般市民を対象としていること、そして③被害者の国民的、人種的、民族的又は宗教的な帰属による差別的の意図をもって行われていることとされた³⁴¹⁾。その後、身体的侵害及び強制という部分について要件が詳細化され³⁴²⁾、更に拷問行為と同一の構成要件であるとされた³⁴³⁾。近年では、構成要件要素は 3 要件に集約された。①性的行為は被害者又は第三者に対して、暴力または脅迫を伴って行われること、②性的行為は強制を伴い、被害者を特に弱らせる種々の状況、又は被害者が拒絶する余地を与えられない状況に置くこと、また③性的行為が被害者の同意を得ずに行われた場合であるとされた³⁴⁴⁾。

ICC 規程においては、同条項は、に相当するのが、7 条(g)である。ICTY・ICTR 判例において判示された様々な強かん行為（強姦、性的奴隷化、強制売春、強制妊娠、及び強制断種等）を基礎として、同一の構成要件が示される規定となっている³⁴⁵⁾。

ICTY 規程 5 条及び ICTR 規程 3 条(h)・迫害

迫害の構成要件要素は、①作為又は不作為の迫害に基づく行為、②作為又は不作為に、国民的、人種的、民族的又は宗教的な帰属による迫害の意図による行為、そして、③人の基本的人権を拒否し、これを奪う行為であると裁判所は判示した³⁴⁶⁾。更に、その後の判決において、迫害が差別的意図を要請する犯罪であるということから、人道に対する罪に規定される他の犯罪と異なるとされた³⁴⁷⁾。しか

340) Ibid, Kriangsak Kittichaisaree, p.112.

341) Akayasu, TCJ, §596-598

342) Furundžija, JTCJ, §185.

343) Čelebići, TCJ, §494-496.

344) Kunarac, TCJ, §436-460, §436.

345) Ibid, Ed. Otto Triffterer, "COMMENTARY", p. 139-146

346) Tadić, TCJ, §715.

し、一時判例上この差別的意図を不必要としたが³⁴⁸⁾、裁判所はその後の判決においてこの判断を修正し、攻撃行為である場合は、差別的意図が必要であると判断した³⁴⁹⁾。また、迫害に伴う犯罪行為は ICTY・ICTR 規程に明文規定されているものに限定する必要はないとされた。しかし、迫害に伴う犯罪行為を無制限に認めるのではなく、同条において適用される犯罪は、相互において、「類似した程度の重大性 (similar level of gravity)」であることが必要とされた。その他、迫害の意図をもって行われる犯罪は単一ではなく、累積効果 (cumulative effect) があるとされた。つまり、迫害を伴う犯罪行為を単一的なものとしてみるのではなく、犯罪全体の文脈において捉えるべきであるとされ、そのために更に差別的意図が明確化されることが必要な要件となった³⁵⁰⁾。

ICC 規程においては、本条項に相当するのが、7条(h)である。ICTY・ICTR 判例において明示された構成要件を踏襲しているが、この条文においてさらに明確にされた点が多い。すなわち、迫害の対象が明らかとされたことである。また、迫害に伴う犯罪行為が以下の通り明らかとされた。すなわち「本項に掲げる行為に関連して、または裁判所の管轄に属するいずれかの犯罪に関連」することが要求される³⁵¹⁾。

ICTY 規程 5 条及び ICTR 規程 3 条(i)・その他の非人道的行為

本条項に含まれる犯罪行為は、ICTY・ICTR 規程に明示規定されていない。従って、裁判所は、該当する犯罪を判示しなければならない。初期の判決において、裁判所は ILC「平和及び人類の安全に関する草案」18条(k)を基礎に、本条項に該当する犯罪を判断する基準を二つ示した。すなわち、①該当すると見なされる犯罪行為間で「同類の重大性 (similar in gravity)」を有すること、又は②犯罪行為が、「身体若しくは精神の完全性に対する重大な侵害、又は健康若しくは自らの尊厳に対する侵害」、「精神の完全性に対する重大な侵害」、及非人道的行為

347) Tadić, ACJ, §283.

348) Prosecutor v. Miroslav Kvočka, Milojica Kos, Mlad Radic, Zoran Zigi, Dragoljub Pracac, Case No. : IT-98-302, November 2001, §195 (以下、Kvočka et al.TCJ)

349) Krnojelac, TCJ, §436.

350) Kordic, TCJ, §199.

351) Ibid, Ed. Otto Triffterer, "COMMENTARY", p. 146-151.

である」とされた³⁵²⁾。「広範又は組織的な攻撃」の一貫として犯罪が実行されていることもその後の判決において基準として加えられ、以下の通りの犯罪が、本条項を構成するものとされた。すなわち、①「同類の重大性 (similar in gravity)」という基準に依拠し、「殺人、殲滅、奴隷、国外追放、拘禁、拷問、強かん、又は政治的、民族的及び宗教的差別に基づく迫害行為である」とされた。上記②の基準については、「文民集団の強制移送、強制的売春、及び人の強制された失踪 (enforced disappearance)」であるとされた³⁵³⁾。裁判所は、これらは不変の基準ではなく、犯罪事実に応じていかなる犯罪行為が該当するか、個別・具体的に検討されるべきであるとする立場を示した³⁵⁴⁾。

ICC 規程においては、本条項に相当するのが、7条(k)である。しかし、ICTY・ICTR 判例に従い、本条項の犯罪として強制された失踪が認められるのであれば、7条(i)も含まれるものとなる。また、ICTY・ICTR の構成要件を踏襲しており、犯罪行為間における同類性 (similarity) が必要とされる³⁵⁵⁾。

(2) 主観的構成要件要素

ICTY・ICTR は、主観的構成要件要素は、被告人が、①行為が犯罪であることを認知 (knowingly) しながら実行し、②全体 (overall)、又は広い文脈 (context) において、行為の結果を知り得たこと、そして③自らの犯罪行為又はその一部が広範又は組織的攻撃の一環であることを、政策的 (policy)、又は計画に基づいて認知していたことであるとした³⁵⁶⁾。主観的構成要件の立証において、広い文脈における認知が要請されるため、自らの行動が、紛争状況に関連していることを知っていることが必然的に必要とされることとなる³⁵⁷⁾。人道に対する罪についての適用上、犯罪行為と紛争の関連性は必要とされなかったが、刑事訴追上は、このように必要とされる。また、人道に対する罪は、個人的動機に基づくことによっても訴追されるものとなる³⁵⁸⁾。

352) Blaškić, TCJ, §239.

353) Kupreskic, TCJ, §566.

354) Baglishema, TCJ, 91-92.

355) Ibid, Ed. Otto Triffterer, "COMMENTARY", p 155-158.

356) Blaškić, TCJ, §245-260. Kordic, TCJ, §211-220.

357) Tadic, TCJ, §657.

その他、迫害についての構成要件が明らかとされ、差別的意図 (discriminatory intent) をもって、攻撃が行われていることが要件となった³⁵⁸⁾。このような要件は、従来の解釈にないものであったとの指摘がある。他方で、ICTY・ICTRにおいては主観面を重視することによって、人道に対する罪の立証を合理的なものにしたとも評価される³⁶⁰⁾。

ICC 規程 7 条 1 項における主観的構成要件要素において、ICTY・ICTR の①、及び②を踏襲したものであるといえる。また、「攻撃を実行しているという認知をもっている」という要件が補足された。その背景には、被告人がたとえ、他の犯罪に巻き込まれたとしても、認知がないことによって人道に対する罪を構成しないことの立証を可能とするためであると考えられている³⁶¹⁾。ICTY・ICTR と異なる点は、紛争との関連性の要件が必要とされなくなったことである。その理由として、ICC の機能を制限する可能性があったためであるとの指摘がある³⁶²⁾。

主観面の立証上、政策に依拠する点について、形式的要請にとらわれずに、ICTY・ICTR において解釈された通り、武力勢力間の人道に対する罪への加担の一部を表わす形態であるという程度に捉えるべきであるとする指摘がある。厳密に解釈するのであれば、ICC の機能を発揮する上で有利となることが指摘されている³⁶³⁾。

(3) 評価

ICTR における人道に対する罪の適用が主観的であるとする指摘がある。具体的には、アカヤス事件第一審判決において、ICTR 規程 3 条・a (殺人) に該当する要件として、「民族的帰属を理由として、一般住民に対して広範又は組織的攻

358) Tadic, TCJ, §659 藤田久一「重大な戦争犯罪」『別冊ジュリスト』第156号 (2001年) 216—217頁 (本件の主観面、特に差別的意図についての裁判所判断が国内判例などを参考して綿密に検討されていることを評価している)。

359) Kunarac, TCJ, §433. Kordic, TCJ, §187.

360) Beth Van Schaack, "The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence", *Columbia Journal of Transnational Law*, 1999, pp. 787—, p. 838—840.

361) Ibid, Kriangsak Kittichaisaree, p. 93.

362) Ibid, Beth Van Schaack, "The Definition of Crimes Against Humanity", p. 850.

363) Phyllis Hwang, "Defining Crimes against Humanity in Rome Statute of the International Criminal Court", *Fordham International Law Journal*, December 1998, pp. 229—, p. 503.

撃を行う」と判示されていることについての批判である。つまり、このように「広範又は組織的」攻撃の一環であるとする明確な基準が示せないまま、殺人行為を人道に対する罪に結びつけることは、人道に対する罪の適用を混乱（puzzling）させるといわざるを得ないと指摘されている^{364）}。

人道に対する罪について、ICTY・ICTR 判例と ICC 規程がもっとも異なる点は、犯罪行為と紛争の関連性が完全に不必要とされた点である。このような要件がなくなることによって、犯罪の立証が容易になり、裁判所機能の向上につながる。こうした効果も踏まえ、今後は、ICTY・ICTR からの影響だけでなく、ICC 規程が両判例に影響を与えることが期待されるものであるとの指摘もある^{365）}。

小括

以上の通り、ICTY・ICTR 判決及び ICC 規程の体系化作業を試みた。同一事項についての判決の蓄積によって、判例法が成立したことは第 II 章において述べた。ICTY・ICTR は、このように英米法を基礎として構成要件確定作業を行った。判例法形成上の、構成要件の類型化は、罪刑法定主義の要請を担保するに値するだけの明確性及び一貫性を有することを可能にしたと考えられる。また、大陸法と共通した議論として、第 II 章において構成要件が果たすべき機能としての犯罪の個別化機能を紹介した。これについても、本章の検討において、十分に機能したものであると考えられる^{366）}。

このことにより、刑事人権保障の向上に或る程度つながったのではないかと考えられる。また、構成要件の違法・有責類型について本稿において触れなかったが、英米法体系を ICTY・ICTR の判例が前提にしていることに鑑みて、構成要件の体系的機能との関係で一点だけ加筆する。ICTY・ICTR は、刑罰確定上、一個

364) William A. Schabas, "Groups protected by the Genocide Convention : Interpretations from the International Criminal Tribunal for Rwanda", *International Law Students Association Journal of International and Comparative Law*, Spring 2000, pp. 375 - , p. 383.

365) *Ibid*, Beth Van Schaack, "The Definition of Crimes Against Humanity", p. 850.

366) 最上敏樹「国際法における行為規範と裁判規範」『日本と国際法の100年（第1巻）』三省堂（2001年）91頁以降、100頁（犯罪の構成要件について、ようやく行為の規範偏在状況から脱し始めたとする指摘がある。また、今後、行為規範の偏在がもたらす、判例主義という問題も意識するべきであると述べられている）。

の行為が同時に数個の構成要件に該当し、数個の犯罪が成立する場合（cumulative charging）に、判例を通じて確定された構成要件に基づいて綿密な判断を行った。特に争点となったのが、人道に対する罪及び戦争犯罪について構成要件が共通の部分が多い³⁶⁷⁾にも拘わらず、量刑が異なるという点であった³⁶⁸⁾。人道に対する罪における人道概念が、戦争犯罪と異なり、戦争犯罪よりも重大な犯罪とされる根拠となっていた。しかし、抽象的な人道概念よりも更に厳密な重大性³⁶⁹⁾の基準を求め³⁷⁰⁾、多くの判事が個別的意見を示した³⁷¹⁾。このように、刑事国際法の構成要件論上、英米法の影響があるため、構成要件と違法・有責類型の問題の関連性は重要であり、今後、更に検討すべき点となろう。

IV 結論

第II章において、明らかにしたとおり、構成要件は、判事の恣意が反映されないことを保障する機能を有する。第III章においては、同機能が保障される形で、ICTY・ICTRの判例において明確化された構成要件をICC規程が多くの場合において継承したことを確認できたが、一部においては、ICTY・ICTRの裁判を通じて不合理であると思われた点（人道に対する罪の紛争との関連性の議論等）は、ICC締約国によるICC規程の設立準備作業の段階で排除された。こうしたことから、ICC規程は、国内法を基礎とした理論的枠組みを用いてICTY・ICTRなどの国際裁判の実践、及び国家間のICC設立準備作業という2つのフィルターを通

367) Hisakazu Fujita, *Le crime contre l'humanité dans le procès de Nuremberg et de Tokyo*, *Kobe University Law Review*, No. 34, p. 1-, p. 13（人道に対する罪と戦争犯罪が不可分一体的な性格を有するとの指摘）。

368) Allison Marston Danner, "Constructing a hierarchy of crimes in International Criminal law Sentencing", *Virginia Law Review*, May 2001, p. 415-.（量刑の問題について、統一的な量刑の整備すべきとする立場が存在している）。

369) *Prosecutor v. Dusko Tadic*, The Trial Chamber, Sentencing Judgement, 11 November 1999 Separate opinion of Judge Robinson, case no. IT-94-1-T bis - R 117.

370) Erdemovic TCJ.

371) Erdemovic ACJ, Joint separate opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah. Erdemovic ACJ, Separate and dissenting opinion of Judge Li, case no. IT-96-22-A. Erdemovic ACJ, Separate opinion of Judge Shahabuddeen, case no. IT-96-22-T bis. *Prosecutor v. Dusko Tadic*, The Trial Chamber, Sentencing Judgement, 11 November 1999 Separate opinion of Judge Shahabuddeen, case no. IT-96-22-T bis.

じて、ろ過された、或る程度客観性を有した³⁷²⁾、刑事法典となったといえよう。すなわち、「型」としての犯罪の個別化、類型化作業を達成したと考えられる。そして、未発展であった刑事国際法は、現実に即した形で発展したものとなったと考えられる。今後は、このような一貫した刑事国際法の適用によって、法の「予測可能性」が担保されることが容易となろう。換言すれば、刑事裁判所として重要とされる個人の人権保障の基本である罪刑法定主義の実現も可能となり、国際刑事裁判制度が構築されたといえる。そして「国際刑事裁判所」は、国内刑事裁判所と同様の枠組みを提供するまでに発展したといえよう。しかし、今後においては、一貫性と引き換えに³⁷³⁾いかに現実に対応可能となる国際刑事裁判制度を構築できるかが課題となる。また、分権的国際社会において、今後発足する ICC の判決がいかに他の司法機関との整合性を保つことができるかについても課題となろう。一部の学説では、国際刑事法秩序の構築を国際秩序の統一性を脅かすものであるとする見解もあるほどである³⁷⁴⁾。ICTY・ICTR 設立以前は、刑事国際法は、理論が先行し、現実に即することが困難であったが、現在においては現実に理論が追いつかなければならない状態にあり、こうした理論化が今後の展開の一助になるであろう³⁷⁵⁾。

国際法において刑事法分野がもっとも発展が遅れている分野であるとする指摘があるが³⁷⁶⁾、裁判実務と理論の連動を通じた国際刑事裁判所の発展は、今後、国際刑事裁判所のみならず、国際社会全体を成熟させていくことにつながるのではないだろうか。（完）

-
- 372) Farhad Malekian, *The Monopolization of International Criminal Law in the United Nations - a Jurisprudential Approach*, (Almqvist & Wiksell Stockholm Sweden), 1993, p. 186-198 (国際の平和維持を一義的に実行する国連ではあるが、それを理由に独占的に刑事国際法の分野にまでその影響力を独占的に及ぼすことに対して懸念を示している。また、その安保理が国際犯罪に関連した決議を発動する際は、事後法に反するようは方法で行っているとの批判)
- 373) 新井正男『判例の権威—イギリス判例法理論の研究』中央大学出版部（1987年）、106—115頁（「判例の権威」は、法律構成整合性と価値体系整合性に由来しているとされている）。
- 374) Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public* (6^e Ed), (Précis Dalloz, Paris), 2002, p. 21 (Menaces sur l'unité juridique internationale).
- 375) 前田雅英『可罰的違法性の理論』東京大学出版会（1982年）23頁（可罰的違法性理論が判例と連動して発展していく例が挙げられている）。
- 376) Alain Pellet, "Présentation de la Première Partie", in *Ibid*, Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, *Droit international pénal*, (Pedone, Paris) 2000, p. 89.