

刑事国際法における構成要件の考察（上）

—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
- III 刑事国際法における構成要件の実際（以下次号）
- IV 結論

I 序論

冷戦終結に伴い、二極構造から多極構造へと国際秩序が変化を遂げた¹⁾。その過程において、戦争犯罪と認められ得る性質をもつ、大規模な残虐行為を伴う非国際的民族紛争が増加した²⁾。国際世論は、こうした人道被害を前に国連が事態の収拾に当たることを期待した³⁾。国連は、状況の特殊性に応じた対応策を思考する中⁴⁾、国際刑事裁判所の設置を提案し⁵⁾、安全保障理事会（以下安保理）及び総

※ 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1号2003年3月 ISSN 1347-0388

- 1) Katherine A.S. Sibley, *The Cold War*, (Greenwood Press, Westport, Conn.), 1998, p. 93.
- 2) 冷戦中も民族対立による地域紛争は生じていたが、冷戦崩壊によりこれらが表面化し、且つ激化したものと考えられる。Richard Alan Schwartz, *The Cold War reference guide: a general history and annotated chronology with selected biographies*, (McFarland, Jefferson, NC), 1997, p. 37-38. 同文献において、冷戦中の民族紛争が紹介されている。
- 3) Ostrower, Gary B., *The United Nations and the United States*, (Twayne Publishers, NY), 1998, p. 196.
- 4) 佐藤哲夫「国際連合憲章第七章に基づく安全保障理事会の活動の正当化」『一橋研究年報・法学研究』第34巻（2000年10月）、175—242頁、184—199頁。Brian Urquhart, “The UN and International Security after the Cold War”, in Adam Roberts Ed., *United Nations, divided world: the UN's roles in international relations (2nd Ed.)*, (Oxford Uni. Press, NY), 1993, p. 81- (B. Urquhart は、特に民族紛争に軍力を伴い介入する「平和強制部隊 (Peace Enforcement Units)」を中心に、国連の平和維持機能に対する信頼性を問題とする)。

会においてそれぞれ設置作業を本格化させた⁶⁾。

安保理においては、安保理決議により、1993年にアド・ホックの旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所（以下 ICTY）⁷⁾を設立させ、その翌年にルワンダ国際刑事裁判所（以下 ICTR）⁸⁾を設置した。ICTY 及び ICTR の設立より約10年が経過した現在、判決が下された事件数は20件以上にも及ぶ⁹⁾。

総会においては、国際法委員会（以下 ILC）のイニシアティブの下で、常設的な「国際刑事裁判所」（以下 ICC）設立に向けての具体的な準備作業が1992年より開始された。その後、国連加盟国の各国代表による数々の会議¹⁰⁾を経た結果、1998年7月17日、ローマで開催された国際刑事裁判所設立外交会議において ICC 規程¹¹⁾が採択され、2002年7月1日に発効した。これにより、2003年中に ICC が発足することとなった。

本稿における議論の対象となる法は、一般的に刑事国際法¹²⁾と呼ばれるものである。刑事国際法は、ニュルンベルグ国際軍事裁判所（International Military Tri-

5) 藤田久一「国際人道法の機能展開」、藤田久一、松井芳郎、坂元茂樹編『人権法と人道法の新世紀：竹本正幸先生追悼記念論文集』東信堂（2001年）75頁。

6) Compiled by M. Cherif Bassiouni, *The Statute of the International Criminal Court - A Documentary History* (Transnational Pub., NY), p. 21 (以下 *ICC Documentary History*)。

7) United Nations S / RES / 827, 25 May (1993)

8) United Nations, S / RES / 955, 8 November (1994).

9) 後掲 ICTY 及び ICTR 判例別構成要件対応表参照のこと。なお、この数字に法廷侮辱罪についての判決は含まれない。

10) 前掲 Compiled. By M. C. Bassiouni, *ICC Documentary History*, p. 26-35.

11) A / CONF. 183 / 9, 17 July 1998, *Rome Statute of The International Criminal Court*, Adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998.

12) 用語上、国際刑事法（仏：Droit pénal international、独：Volkerstrafrecht）及び刑事国際法（仏：Droit international pénal、独：Weltstrafrecht）という区別が大陸法諸国において存在し、国際法上分類が異なる法とされる。刑事国際法は所謂「国際法上の犯罪（infractions internationales-crimes under international law）」とされる国際公序を揺るがす大規模な犯罪を実行した個人を対象として、国際刑事法における国際犯罪は、国際条約によりその違法性が確認され、直接処罰が定められるか、又は締約に処罰立法が義務付けられる犯罪を対象とする法である（宮崎繁樹「国際刑法」国際法学会編『国際法辞典』鹿島出版会（1975年）198—199頁。

André Huet et Renée Koering-Joulin, *Droit Pénal International*, (P. U. F, Paris), 2001, p. 3.)。なお、英文においては、一律 International Criminal Law と総称されている。

bunal、以下 IMT）及び極東国際軍事裁判所（International Military Tribunal for Far-East、以下 IMTFE）以降、理論的な発展を遂げることはあったものの、実際の適用が実現しなかった法である¹³⁾。そこへ、既述したような冷戦終結直後の90年代における国際世論の期待の高まりから、現実的法適用可能性についての議論が十分展開されないまま ICTY・ICTR の設立によって、刑事国際法は運用されるに至った。

留意すべき点は、国内刑事司法は、「被害者側」である個々人の利益の総和としての社会の秩序を維持する機能と、「被疑者・被告人側」の人権保障機能という相矛盾する機能の調和の上に成り立っていることである¹⁴⁾。国際刑事司法の場合は、IMT・IMTFE という過去の例について、「勝者の裁き」であったとしばしば批判されることから、被疑者・被告人の人権保障が十分に罪刑法定主義上、遵守されなかったことにより、軽視され、国際秩序の回復（秩序維持機能）が人権保障より優先されたとの評価が戦後初期¹⁵⁾及び現在¹⁶⁾においても多く存在する。罪刑法定主義の趣旨は、罪刑専断主義を排除して、国家の刑罰権を法律の定める

-
- 13) 国際法の他の法分野と比較して、刑事国際法の形成は実定法上の実現よりも学説的發展が先行したものとされる。Sandra Szurek, “Historique-La formation du droit international pénal”, in Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, *Droit international pénal*, (Pedone, Paris), 2000, p. 8-9 : « [L]a formation du droit international pénal présente pour caractéristique d'avoir été d'abord l'œuvre d'une doctrine aussi audacieuse que visionnaire avant de trouver sa concrétisation dans le droit positif ». 未発展の理由として、国際刑事裁判所が存在しなかったことを理由に挙げる場合がある (M. Cherif Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law* (2nd rev. Ed.), (Kluwer Law International, The Hague), 1999, p. 125. バッショニ教授は特に、国際法における罪刑法定主義概念について述べている)。
 - 14) 前田雅英「刑法総論講義・第2版」東京大学出版会（2000年）6—8頁。
 - 15) George A. Finch, “The Nuremberg trial and International Law”, *American Journal of International Law*, 1949, p. 20-. Georg Schwarzenberger, “The Judgment of Nuremberg”, *Tulane Law Review*, Vol. 21, no. 3, March-1947, p. 329-.
 - 16) Antonia Sherman, “Comment: Sympathy for the Devil : Examining a Defendant's Right to confront before the International War Crimes Tribunal”, *Emory International Law Review*, Vol. 10, Winter, 1996, p. 833-, p. 837. William A. Schabas, “Justice in Sentencing in Cataclysm Criminal Trials in the Wake of Mass Violence : Article Sentencing by International Tribunal : A Human Rights Approach”, *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 7, 1997, p. 461-, p. 480. M. Cherif Bassiouni, “Accountability for International Crime and Serious Violations of Fundamental Human Rights : International Crimes : Jus Cogens and Obligation Erga Omnes”, *Law and Contemporary Problems*. Vol. 59, Fall, 1996, p. 63-.

限度に制限することによって、個人の権利・自由を擁護しようとするところにあり、近代刑法の支配する最も重要な基本原則であるが¹⁷⁾、この根幹的要請が遵守されなかったのである。ICTY・ICTRは、既述の通り、冷戦終結後の混乱した国際秩序の回復が任務であった。そのために、国連憲章第7章の強制措置として、安保理決議によって国際的な司法機関を設立するという国際社会秩序維持機能のみを重視するように一見思える方法が採られた。このことから、IMT・IMTFEの例と同様に、被疑者・被告人の権利が軽視されるのではないかという懸念が生ずる。

このような問題意識及び過去の反省を前提とし、現代刑事国際法上必要とされることは、一層の刑事人権保障の充実化であると考えられる。そうであるならば、国内刑事法における人権保障を可能とする刑事法の諸原則を刑事国際法に移植する(transposition)ことが、刑事国際法上求められる機能の調和へとつながるのではないだろうか。学説においては、従来、刑事国際法は、国内刑法の基本原則を援用・類推することによって発展したという系譜を辿っており¹⁸⁾、このような手段は正当化されるものであると考えられる。

そこで、本稿においては、国内刑事法と関連して存在する刑事国際法上の論点¹⁹⁾のうち、被疑者・被告人の人権保護の向上を第一目的として、国内刑事上の構成要件論の刑事国際法への導入の可能性について検討をおこなう。その理由は、一般に、構成要件論は、歴史的に、犯罪論における罪刑法定主義²⁰⁾の貫徹をめざ

17) 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉編『大コメンタール刑法・第1巻』青林書院(1988年)27—28頁。

18) Maurice Travers, *Le Droit pénal international, et sa mise en œuvre en temps de paix et en temps de guerre*, (Sirey, Paris), 1920–1922, p. 29. Edward M. Wise, “War Crimes and Criminal law”, in Edward M. Wise and Gerhard O. W. Muller, *Studies in Comparative Criminal Law*, (Thomas, Springfield, Ill), p. 40. Stefan Glaser, “La méthode d’interprétation en droit international pénal”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Vol. 9., 1966, p. 757–, p. 759.

19) Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Vol. I, Proceedings of the Preparatory Committee during March–April and August 1996, General Assembly, Official Records, Fifty-first Session Supp. No. 12 (A/51/22).

20) 罪刑法定主義の趣旨を、ルードヴィッヒ・フォエルバッハは、「法律なければ犯罪なく、法律なければ刑罰なし (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*)」と標語化して表現した(福田平、大塚仁編『現代青林講義・刑法総論(改訂版)』青林書院(2001年)23—28頁。

して提唱されたとされているため²¹⁾である。そして、構成要件の機能面が担保されることによって、人権保障が向上すると考えることができるためである²²⁾。

こうした検討対象についての分析の具体的方法としては、まず、国内刑事法の議論として、英米法及び大陸法における構成要件の議論及び ICTY・ICTR 設立以前の刑事国際法の理論的立場を基礎として構成要件の理論的枠組みを明らかにし、次にこの枠組みの現代国際法体系への適用及び導入の可能を検証する。そのために、より具体的には、ICTY・ICTR 判例において明確化された構成要件を犯罪規定文ごとに類型化・体系化する作業を行う。すなわち、判例における構成要件についての判示内容から、どの程度被告人らにとって自己の行為が犯行の時点において重罰の対象となることが予測し得るものなのかという判断基準を明確化し、延いては罪刑法定主義の担保に資する意味で「裁判官を拘束する型」を明らかにしていくことを目指すものである。

また、類型化の検討の過程において、ICTY・ICTR 両裁判所で判示された構成要件が ICC 規程の関連する犯罪規定にいかに関与を及ぼしたかということも検討する。その意義は、ICC 規程という条約への ICTY・ICTR 判例の影響を考察することによって、いかに刑事国際法体系上一貫性が維持されたかを検証するためである。法の一貫した適用²³⁾を重要視する理由は国際法の法源と関係する。成文法及び非成文法を法源として適用する「国際刑事裁判所」において、判決によって一旦両法源を基礎として下された構成要件についての判断は、国際法の法源の

21) 鈴木茂嗣「犯罪論の体系（一）—違法性・有責構成要件論をめぐって—」『法学論叢第』138巻第1、2、3号（1996年）、70頁以下、71頁（なお、厳密には莊子邦雄教授に依れば、ベーリングの罪刑法定主義概念と、罪刑法定主義を概念的に近代刑事法に浸透させたフォイエルバッハの罪刑法定主義概念とは構成要件の機能について異なった見解を示していると指摘する。前者は、処罰の客観的可能性を担保するものとして、法規の適用を担保するものとして機能すると捉えているとまとめられる。後者については、構成要件を「刑罰法規の本質的要素」としてとらえ、この構成要件に一切の法的不安定を防止する罪刑法定主義機能を担わせたとされる。莊子邦雄『犯罪論の基本思想』有斐閣（1979年）5—9頁）。

22) 田中教授は、国際社会における処罰の必要性のみでは刑事国際法は正当化されず、刑事人権保障の向上が必要と述べる（田中利幸「刑事法の原理と国際刑事裁判所」『国際人権』第12号（2001年）58—63頁、58頁）。ペレ教授は、ICTY が国際社会の必要性に応じて設立されたと述べ（Alain Pellet, "Tribunal Pénal Pour l'ex-Yougoslavie", *Revue Générale de Droit International*, Tome 98, 1994, pp. 7—, p. 76—79）、その意味で一層の人権配慮が必要となろう。

相違を越えて、構成要件についての判断としての一貫的な法規則を当該犯罪に適用するものである。敷衍すると、分権的国際社会においては、統一的な立法、司法機関も存在しないという構造的欠陥 (carence institutionnelle²⁴⁾) が存在している。このことから、裁判所の判断についての正当性は、裁判所が自ら、法適用上の一貫性などの法理論的見地による方法でのみ立証可能であると考えられる。

従って、ICTY・ICTR 判例研究は、人類史上重要となるであろう ICC 規程の基本となる犯罪規定が散発的に採択されたのではなく、ICC 設立以前の刑事国際法の実例との一貫性の立証につながり、国際刑事司法体系全体の信頼性を高める上で重要な作業となると考えられる。

II 刑事国際法における構成要件の理論的枠組み

刑事国際法は、既に述べた通り国内刑事法の類推によって、形成された法である。本章においては、第1節において、刑事国際法の基盤を形成する大陸法及び英米法の法体系上の構成要件論を紹介する。そして、第2節において刑事国際法における構成要件についての理論的枠組みを考察する²⁵⁾。

1 国内刑法における構成要件についての議論

1・大陸法における構成要件についての議論

大陸法²⁶⁾を継承するわが国においては、構成要件とは、「刑罰法規に規定され

23) Georges Ripert, *Les forces créatrice du droit*, (L. G. D. J. Paris), 1955, p. 8. 峯村光郎『法の実定性と正当性』有斐閣、(1959年)、105頁。

24) Georges Scelle が述べるところの概念である (Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public* (7^e Ed.), (L. G. D. J., Paris), 2002, p. 90)。

25) ところで、刑事国際法は英米法及び大陸法の融合 (fusion, amalgame) (Antonio Cassese & Mireille Delmas-Marty, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, (P. U. F. Paris), 2002, p. 112-113) であるとされているが、以上のような構成要件及び罪刑法定主義の関係についての議論は、大陸法を前提としたものである。しかし、後に詳しく述べる通り、英米法体系においても概ね構成要件に明確さを要請する議論は共通する。

Jean Pradel, *Droit pénal comparé*, (Dalloz, Paris), 1995, p. 89-95

26) 吉川経夫「構成要件論」『吉川経夫著作選集 (第2巻)』法律文化社 (2001年) 148-167頁、152頁 (構成要件の実体は、ベーリングが述べるところにおいては、「犯罪類型の輪郭 (Umrisse)」であると紹介されている)。

た違法かつ有責な処罰に値する行為の類型ないし定型」である²⁷⁾。犯罪は、「構成要件」に該当しかつ「違法性」及び「有責性」を有した場合に成立する²⁸⁾。このことから、構成要件は、犯罪成立の第一要件とされ、他の要件である違法・有責に先行する刑法判断の出発点であるとされる²⁹⁾。構成要件該当性の判断において、構成要件要素³⁰⁾を抽出し、構成要件確定作業³¹⁾が行われる³²⁾。「構成要件該当性と違法性・有責性との関連における犯罪論の構成法は、それが犯罪概念の単なる形式的整序にとどまらず構成要件の機能面についての犯罪論上の個々の問題の解決に少なからず影響を与えるものである」とされる³³⁾。本稿においては、検討課題として構成要件を論じる。というのは、次のように、構成要件はその果たす機能によって違法・有責類型との機能³⁴⁾の理解が異なるのである。構成要件は違法性・有責性と無関係であるとする立場と、違法・有責類型であるとする立場がある。後者の立場を認めるのであれば、構成要件は、それに該当する要素を明確

27) 大谷實『刑法講義総論（新版）』成文堂（2000年）110頁。福田平、55頁等。

28) また、同じ大陸法体系であるフランス刑法も同様の体系を採用している：G. ステファニー、G. ルヴェスクール、B. ブロック著、澤登俊雄、澤登佳人、新倉修訳『フランス刑事法』、成文堂（1981年）58—179頁：「法定要素」、「自然的要素」及び「心理的要素」。江口三角『フランス刑法学における犯罪論の体系（一）』『岡山大学法学学会雑誌』第31巻第4号（1982年）1—41頁、23頁。イタリア刑法については、森下忠『イタリア刑法研究序説』法律文化社（1985年）及びパオロ・グロッシ編著（村上義和訳者）『イタリア近代刑法史』明石書店（1998年）255—256頁（1948年憲法典についての説明）。

29) 大塚仁『犯罪論の基本問題』有斐閣（1982年）76頁。

30) 前掲、大谷實、122—137頁：構成要件要素は、大きく客観的要素及び主観的要素に分けられる。客観的構成要件要素は、行為者の主観的事情を除く外面的要素である。客観的構成要件は以下の通りである。行為の主体、行為の客体、行為の状況、行為（作為・不作為）、行為の結果、及び行為と結果の因果関係である。前掲、福田平・大塚仁編、61頁：主観的構成要件要素は、行為者の主観的事情に関する内面的要素である。主観的要素としては、目的犯における「目的」、傾向犯における「主観的傾向」、表現犯における「心理的過程」、そして故意・過失から成り立つ。

31) 大塚仁「犯罪構成要件の確定」『司法研修所論集』第70巻（1982年—2）34—64頁、38頁。

32) 尚、大陸法上犯罪の成立要件を三分体系とすることに異議を唱えるものはいないが、構成要件と違法性・責任性との関係については、従来から学説の対立がある。本稿では、後述の通り刑事国際法上構成要件が違法・有責類型であるか定かとならないため、違法・有責類型と別個の立場を採用する。

33) 下村康正「犯罪論の構成と因果関係論」『警察研究』第575号（1977年）3頁以下、8頁。

化して罪刑法定主義の要請である予測可能性を保障するという機能のみならず、違法性・有責性の推定までも保障する機能まで果たすものとなる³⁵⁾。なお、同立場も、構成要件は違法性・有責性と無関係であるとする立場が果たすとする機能を認めることは争わない。すなわち、構成要件には、個々の刑罰法規に示された犯罪の類型にあたらな行為の処罰を防いで、国民の自由と権利を保障する機能が期待されている罪刑法定主義の機能³⁶⁾があり、平場教授が述べる通り、「その意味で、構成要件は、裁判官を制約し拘束する型」であるとしている。また、刑法の構成要件に課せられた役割は、裁判官の認定を拘束して犯罪を個別化する犯罪個別化機能³⁷⁾であるともいえる。

以上の通り、構成要件の内容は違法・有責類型と関連し、複雑多岐に分化しているにもかかわらず、構成要件を犯罪の「型」もしくは「類型」だと捉える点では、ほぼ完全な一致があるとされる³⁸⁾。既述の通り、構成要件は、裁判官の認定

34) 鈴木茂嗣「構成要件論の再構成—認定論的『構成要件』概念について—」『法学論叢』第124巻第5、6号(1989年)61—80頁；鈴木教授は、構成要件と違法・責任の関係をめぐる刑法学上の論争は、各論者が構成要件論に期待する主要な機能がそれぞれに異なり、まず合い矛盾することもある複数の機能を同時に構成要件概念に負わそうとするためであるとしている。

35) 前掲、福田平、55—56頁(構成要件の機能の中でも従来とくに強調されてきたものに、①罪刑法定主義的機能、②犯罪個別化機能、③微表機能、そして④体系的機能がある。このうち、前者二つを社会的機能とし、後者二つを理論的機能と分類する。いずれの機能も、犯罪の成否に予測可能性を保障するものであるということが出来る。①罪刑法定主義的機能：構成要件は、刑罰法規の各条に示されるのは、成文刑法に明記されていない行為の処罰を罪刑法定主義の要請に従い、防ぐためである。構成要件には、個々の刑罰法規に示された犯罪の類型にあたらな行為の処罰を防いで、国民の自由と権利を保障する機能が期待されており、これを罪刑法定主義的機能とよぶ。②犯罪の個別化機能犯罪の個別化機能とは、同一犯罪による被害について、構成要件は、犯罪構成事実の相違に応じて、それぞれの犯罪を個別化することによって、個々に成立した犯罪の範囲のみで行為者が処罰されることを保障するものである。前掲大谷實、115—116頁；③構成要件に該当することで、違法性・有責性が認められるということを意味するために、違法性・有責性の推定機能を保障するとされる。④犯罪の個数に関わる罪数も構成要件を基準として確定される。このことから、犯罪成立に必要な要素を体系化する機能をもつとされる)。

36) 井田良「犯罪論の現在と目的的行為論」成文堂(1995年)67頁。

37) 平場安治「刑法における行為概念の研究」有信堂(1961年)95—96頁。

38) 宗岡嗣郎「構成要件ノート」『久留米大学法学』第30号(1997年)125—164頁、128頁(その理由として、実定法規との関連で条文から引き出される犯罪の観念形象という意味として解されたためだとされる)。

を拘束して犯罪を個別化し³⁹⁾、類型化作業が罪刑法定主義の保障に資するものである。しかし、単純にこのような作業を行うだけでは、罪刑法定主義は担保されず、その「類型」を支える経験則が普遍的性格を持ちうる限りで可能であるとされる。従って、構成要件の類型化作業は、犯罪の成否についての裁判官の裁量の範囲を形式的に限定するだけではならず、更に構成要件の背後に前提とされている不文の規範の性格に立ち入る必要があるとされている⁴⁰⁾。実際、戦後刑法において、成文法を基礎として、すべての構成要件を抽出することが困難である場合に、法の欠缺⁴¹⁾が生じた状態において、固定化された法に固執した裁判を行うのではなく、現実の事象との調整役としての責務を果たすために判事に広い裁量権が認められたのである⁴²⁾。

そこで留意すべきことは、判事の解释权能が広く認められるに伴って生じ得る解釈の主観化を排除するためのコントロール方法として、解釈準則をあらかじめ統一するという方法が裁判実務上採用された点である⁴³⁾。解釈準則をあらかじめ統一的にすることによって予測可能性を確保し、被疑者・被告人に適用される法の安定性を高め、罪刑法定主義の要請の保障に変化を生じさせないようにするのである。

2・英米法における構成要件

英米法体系は、大陸法と異なり判例法主義を採用する。すなわち、大陸法と異なり成文法により構成要件を定めていないのである。では、英米法では、大陸法よりも罪刑法定主義が要請する犯罪の成否の予測可能性が担保されないのだろう

39) 前掲、平場安治、95—96頁。

40) 真鍋毅「犯罪論の意義と機能」『ジュリスト』第731巻（1981年）188—194頁、192頁。

41) 小暮得雄「刑事判例の規範的効力—罪刑法定主義をめぐる一步」『北大法学論集』第17巻第4号（1967年）641—668頁、655頁（完全にして無欠の立法があり得ないことを述べている）。

42) 香川達夫著『刑法解釈学の基本問題』立花書房（1982年）、1—10頁。Pierre Es-cande, "L'interprétation par le juge des règles écrites en matière pénales", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, no. 4, 1978, p. 811—, p. 815.

43) 阿部純二「刑法解釈の客観性についての一試論」『平場安治博士還暦祝賀』有斐閣（1977年）、29—47頁、43—47頁：「伝統的に認められてきた、文法的解釈（文理解釈）、論理的一体系的解釈、歴史的解釈、目的論的解釈である。

か。英米法体系は判例法主義を採用し、判事制定法 (judge-made-law) によって発達してきたが⁴⁴⁾、既に100年以上も判事は既存の判例に準拠して演繹的に法原則を適用するのみで、新しい法の創定はもはや行っておらず⁴⁵⁾、構成要件はこのような過程を経て凝固していったといえる⁴⁶⁾。従って、大陸法体系と異ならず、構成要件の明確化が目指されていると言える。確かに、アプローチが異なるものの、英米法体系においても、罪刑法定主義は刑事法の人権保障上基本的な原則である。特に、アメリカについては、罪刑法定主義を合衆国憲法に規定しており、「刑罰法規明確性の理論」という理論に従って、構成要件の明確性を要請している⁴⁷⁾。

このような、人権保障を基本とする、英米法における犯罪成立要件は以下の通りである。すなわち、英米法においては、「故意なき行為は罪となることなし」(*actus non facit reum, nisi mens sit rea*) という法諺に表現される通り、「犯罪

44) 大野正義『罪刑法定主義』世界思想社 (1980年) 162—165頁。

45) アメリカ刑法は、イギリス法を継授するが、独自性も有し (伊藤正己・木下毅『アメリカ法入門 (第三版)』日本評論社 (2000年) 28頁、95頁。)、コモン・ローの位置付けを例にとれば、犯罪の定義付け等で制定法とコモン・ローが抵触すれば制定法が優先する時期を経て、今や制定法体系の時代に突入しつつあるとされる (山下知克『アメリカ刑法概論』杉山書店 (1982年) 5頁)。

46) 後掲、ハンス・ハインリッヒ・エシェック著、600頁：(犯罪行為の法定は、英米法においては、判例から引き出される原則を基礎として形成される。こうしたことにより、法規の作成が困難な国際法では、構成要件についての規定は、英米法の方式が大陸法よりも妥当すると指摘される。又、判例法ならば現実を踏まえた伸縮性や弾力性を大陸法よりも有しているために、判例法の適用がより適していると考えられる)。以上のエシェックの指摘は、後述 ICTY・ICTR 判例と合致するものといえる。

47) 萩原滋「アメリカ刑法と罪刑法定主義」『アメリカ刑事法の諸相—鈴木義男先生古稀祝賀』成文堂 (1996年)、3—19頁、3頁：具体的には、「遡及処罰の禁止」を謳うアメリカ合衆国憲法第9条9節3項及び第10条1項である。また、同国憲法修正第5条及び第14条のデュープロセス条項は、手続的なデュープロセスだけではなく、実体的デュープロセスをも含み、「刑罰法規の明確性」を担保するものであるということができる。門田成人「『刑罰法規明確性の理論』の意義と根拠について」『刑法雑誌』第33巻第3号 (1994年) 383—402頁：「刑罰法規明確性の理論」とは、刑罰法規がどのような行為を規制しようとしているのかが一義的に明らかでないほど漠然不明確である場合には、当該法律を違憲無効とする理論。明白性の基準は、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読み取れるかどうかということである。

行為（*actus reus*）—客観的要素」と呼ばれる犯罪の行為が存在し、かつ当該行為に特定の心理状態である「犯意（*mens rea*）—主観的要素⁴⁸⁾」と呼ばれる犯罪的意思を伴うことが要件とされる⁴⁹⁾。すなわち、犯罪行為並びに犯意及びそれぞれに対応する各種抗弁（*defense*）の不存という組み合わせ⁵⁰⁾によって犯罪は成立する。大陸法と異なる点は、犯罪の構成要件としての客観的要素と主観的要素とが併存したときに犯罪の成立を認められるが、一定の抗弁が認められた場合、行為者は有罪とならない点である。すなわち、抗弁は被告人の罪責を否定する根拠として把握される。しかし、それが犯罪の客観的・主観的要素いずれかの不存を証明するものであるかは、理論的に明確でないものとされる⁵¹⁾。抗弁については、違法性阻却（*justification*）と責任阻却（*excuse*）の区別が存在し、大陸法と或る程度の類似性を示すもの⁵²⁾とされる⁵³⁾。

そして、これらが既述の通り、判例を通じて擬固し、成文法の構成要件とその同様の機能を果たすのである。特に、「型」の問題については構成要件の一貫性は先例拘束の原理（*stare decisis*）によって更に保障されるのである。判例法体系においては、判例の全ての部分を先例として踏襲するのではなく、判決で示さ

-
- 48) 前掲、山下知克、19頁。鈴木茂嗣「Recklessnessと故意・過失」西原春夫他編著『アメリカ刑事法の諸相—鈴木義男先生古稀祝賀』成文堂（1992年）、460頁；実際、故意・過失に相当する概念として英米法においては、「目的（*Purpose*）」、「確知（*Knowledge*）」、「無謀（*Recklessness*）」、「不注意（*Negligence*）」などが存在する。基本的には、前三者が「故意」に対応し、「不注意」が過失に対応すると考えられている。
- 49) S.W. Steward, *A modern view of the criminal law*, 27-30 (1969), cited in 木下毅「英米刑事法の形成」『現代イギリス法—内田力蔵先生古稀記念』成文堂（1979年）352頁
- 50) 松宮孝明、「『行為』概念と犯罪体系」『立命館法学』3・4号下巻（2000年）（271・272号）874頁以下、874頁。
- 51) 奈良俊夫「アメリカ刑法における『抗弁』法理の動向(1)」『比較法雑誌』第29巻第1号（1995年）223頁以下、238頁。
- 52) ジョージ・P・フレッチャー、山口厚<訳>、「ドイツ刑法とアメリカ刑法の比較的考察」『刑法雑誌』第24巻第3・4号（1981年）、374頁以下、378頁。
- 53) 前掲、奈良俊夫、240頁（両者を明確に区別する理論的体系が成立していないことが実情である。その理由としては、陪審員制度をアメリカ刑法において採用しており、素人の陪審員に期待されるのは、被告人は有罪かという二者択一の評決であり、理由の論理的説明を求めることが不可能であるために、このように理論的体系化が成立されないとされる）。

れた法理—レイシオ・デシデンダイ (*ratio decidendi*) —のみの先例としての拘束力を有する。レイシオ・デシデンダイが、将来の同種事件では、原則として従われるべきものとなるのである⁵⁴⁾。このことから、結果として一種支配的且つ統一的な法の構成要件が存在するのである。「おびただしい量の case-law (判例法) が存在し、裁判所もこれを参考とすることによって、大陸法における構成要件を成文化するのと同じ作用が保障される」のである⁵⁵⁾。このように一貫性の確保によって法の適用の安定化が図られ、個人は適用される法によって「不意打ちの感」を受けることなく、予測可能性が担保されるのである⁵⁶⁾。

なお、イギリス及びアメリカ法を総括した英米法体系の特色は、近年法源として、判例法及び制定法という二元的構造をとるということであろう⁵⁷⁾。このことにより、構成要件は制定法としては従来は存在しなかったが、近年においては変化が生じ⁵⁸⁾、コモン・ローを補足するようになっている⁵⁹⁾。英米法においても制定法が存在するのであれば、これに対応して解釈準則も存在する。具体的な解釈準則は、一般に理解されている通常の意味(「明白な意味」)に従って解釈されなければならないこととされる⁶⁰⁾。

54) 望月礼二郎『英米法(新版)』青林書院(1997年)97—114頁。

55) ハンス・ハインリッヒ・エシェック著、法務大臣官房司法調査部翻訳、『国際法上の国家機関の責任(上・下)—ニュルンベルグ裁判の一研究』(1969年)、598—606頁。

56) 福田平『刑法解釈学の基本問題』有斐閣(1975年)3—23頁、13頁。

57) 望月礼二郎『英米法(新版)』青林書院(1997年)91頁。

58) 山下知克『アメリカ刑法概論』杉山書店(1982年)4—5頁。

59) 田島裕『英米法判例の法理論』信山社(2001年)1—2頁。具体的な制定法の例として、刑罰法規は議会制定法がより規定されていることである(大野正義『罪刑法定主義』世界思想社(1980年)161—179頁：人身に対する犯罪法(offences against the person Act, 1861)、窃盗法(Larceny Act, 1916)、刑事裁判法(Criminal Justice Act, 1948)。また、近年においては更に法典化傾向は進んでおり、今だ効力をもたないものの1989年にはイングランド刑法草案が提案されるほどである(小室輝久『イングランド法と罪刑法定主義の淵源』『現代刑事法』第3巻第11号No.31(2001年)53頁以降、59頁)。

60) 前掲、田島裕、11頁。前掲、望月礼二郎、119—122頁：この「明白な意味」の原則を補足する法解釈の準則として、一般的原则(general rules)及び個別的原则(particular rules)とに分けられる。一般的原则(general rules)とは、文理律(literal rules)黄金律(golden rules)及び弊害律(mischief rules)ある。個別的原则とは、一般的言語法則の性質を有するもの、補助的資料に関する準則、推定事項等がある。

従って、英米法でも構成要件の明確化が基底となり、大陸法特有の罪刑法定主義と共通⁶¹⁾の人権保障概念をもとに、構成要件の機能である予測可能性の確保が図られるものであるといえる。

2 国際法における構成要件についての議論

歴史上、国際的な刑事裁判機構の構想はIMT・IMTFE設立以前から複数存在していた⁶²⁾にも拘わらず、いずれも結実に至らなかった⁶³⁾。IMT・IMTFE設立前は学説上、罪刑法定主義の要請から犯罪の構成要件を成文法によって厳密に規定することが提唱されていたが⁶⁴⁾、実際上はIMT・IMTFE設立が本格化した段階においては、慣習法に依拠する部分が多かったとされる。人道に対する罪⁶⁵⁾、平和に対する罪及び一般的戦争犯罪がIMT・IMTFE 条例上の犯罪とされた。し

61) 木村亀二『刑法の基本問題』有斐閣（1979年）、20頁。昭和四八年四月二五日大法院判決昭和四三年（あ）第二七八〇号国家公務員法違反被告事件、裁判官岸盛一、同天野武一の追加補足意見（同意見においては、構成要件についての大陸法及び英米法体系の共通性が述べられている）。

62) Christopher Keith Hall, Première proposition de création d'une cour criminelle internationale permanente, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, no 829, 1 mars 1998, p. 59-78. なお、同構想以前の1474年既に戦争犯罪を裁く国際的性質を有した裁判所が設置されたことはあったが、常設的なものではなく臨時的であった（M Cherif Bassiouni, *Projet de Statut du Tribunal Pénal International*, Association Internationale de Droit Pénal, (erès, Paris) 1993, p. 149）。また、第一次世界大戦直後、ドイツ皇帝ヴィルヘルム二世を「重大な戦争犯罪」によって個人的に処罰する目的で国際刑事裁判所の設置が検討された（Report presented to the preliminary Peace Conference, March 29, 1919, «*Commission on the responsibility of the authors of the war and of enforcement of penalties*», *American Journal of International Law*, vol. 14, 1920, pp. 95-154.）。

63) 山本草二『国際刑事法』三省堂（1991年）98—103頁（戦間期中の個人の刑事責任追及の言及）。安藤泰子『国際刑事裁判所の理念』成文堂（2002年）136—138頁（同じく戦間期の国際刑事裁判所の構想等）。

64) Rapport présenté par M. Quintiliano Saldana, «La Justice criminelle internationale-Congrès de Bruxelles», *Revue Internationale de Droit Pénal*, vol. 23, 1926, pp. 338-341 (1926年の国際刑法学会のブルッセル会議での「国際刑事裁判所」設置及びその適用法の制定についての提案があり、同裁判所での犯罪及び刑罰規定は罪刑法定主義の要請に従って事前に規定されるべきとされた：«Maus il faut d'abord formuler le droit qui doit être appliqué par la Cour, d'après le principe *nulla poena sine lege* (報告書 page 504). M.Fernandez, exige à cet effet, un vœu en de mandant qu'il soit procédé à la définition des crimes et à la fixation des peines, de manière à rendre possible l'activité d'une Haute Cour.»）。

かし、前者二犯罪については、概念的に新しいものであるが、多くの条約は、国際慣習法を成文に再編成したものであるから、事後法の禁止に違反しないと説明された⁶⁶⁾。実際、判決は、「当該裁判所で適用される戦時法は成文化されたものに限定されず、時代に応じて、段階的に国際的承認を得ていく慣習法も基礎とする」と判示したのである⁶⁷⁾。「時代に応じた」流動的な法に依拠するのであれば、予測可能性を要請する罪刑法定主義に反する⁶⁸⁾ものであることから、構成要件が果たす予測可能性の確保などの機能は十分に担保されなかったといえる⁶⁹⁾。その反省から、一方では、戦後初期における学説においては、構成要件を明確化しようとする試みがあつた⁷⁰⁾。しかし、他方では、いかなる「国際刑事裁判所」が設立されるか予測が困難であるうちに予め統一的な構成要件を定めることは意義が薄いと指摘がされていた⁷¹⁾。

その他、構成要件の議論において重要とされるのが可罰性の問題であらう。

-
- 65) 中俣佳恵「国際刑事法における『人道に対する罪』—ニュルンベルグ国際軍事裁判所条例及びドイツ管理理事会法律第10号を素材として(一)(二)(三)」『早稲田大学大学院法研論集』第96号(2000年)75—94頁、第97号(2001年)95—138頁、第99号(2001年)143—162頁(MIT及びドイツ管理理事会における裁判における人道に対する罪の構成要件非一貫性は罪刑法定主義に反すると述べている)。
- 66) その一例として「平和に対する罪」は、1907年のハーグ法全般、1928年の「不戦条約」、同年の第6回の全アメリカ会議における「侵略的戦争は人類に対する国際犯罪を構成する」と声明した決議等に依拠したものであることから、新しい法による犯罪規定ではないとされた(Nuremberg Trial Proceedings Volume 22, Two hundred and seventeenth day, Monday, 30 September 1946, p. 463—465)。IMT・IMTFEの構成要件の基礎となる法源の問題の解決の一方策として、後述の通り、人道国際法が(ジュネーブ諸条約及びその第1及び第2追加議定書等)成文化され、ICTY・ICTRで適用されることとなった。だが、IMT・IMTFEで法的有効性が問題視されたにも拘わらず、ICTY・ICTRでも決議が引用されることがあるため、先例の反省が実質的に行われたか疑問である。
- 67) Ibidem, p. 463 (“The law of war is to be found not only in treaties, but in the customs and practices of states which gradually obtained universal recognition, and from the general principles of Justice applied by jurists and practiced by military courts. This law is not static, but by continual adaptation follows the needs of a changing world. Indeed, in many cases treaties do no more than express and define for more accurate reference the principles of law already existing”)
- 68) 小野清一郎「戦争犯罪の構成要件—極東国際軍事裁判の法学的観察—」『法律新報』第731号(1947年)38頁(小野教授は、特に構成要件の面から罪刑法定主義に反していることを述べている)。
- 69) Farhad Malekian, “International Criminal Responsibility”, in Edited by M. Cherif Bassiouni, *Crimes* (2nd Ed.), (Transnational Pub., N. Y.), 1999, p. 161.

IMT・IMTFEにおける構成要件は、構成要件の客観的並びに主観的要素についての言及はされている。しかし、厳密にIMT・IMTFEにおいて、構成要件が違法類型・責任類型に属するものなのかは定かでないとされている⁷⁰⁾。平和の罪についての横田教授の以下の見解に従えば、犯罪行為の構成要件の該当性を違法・有責性と関連付けず、別個のものと判断されていたように理解できる。すなわち、「戦争が犯罪として認められるには、まず第一に、法によって禁止され、違法なものとされていなくてはならない。しかし、それだけでは、ただちに犯罪とは言えない。さらに、犯罪としての特徴を有し、犯罪の概念に適合することを要する⁷¹⁾」。従って、国際刑事法における構成要件論は、国内刑事法に近づきつつあるものの、実践を伴わない段階では予測可能性を確保するまでの実際的な発展は果たせないものであった。

1・ICTY・ICTRにおける構成要件の議論

それでは、ICTY・ICTRにおいては、いかなるものであろうか。学説上の評価は、*actus reus* 並びに *mens rea* 及びそれぞれに対応する抗弁という構成法にお

70) Stefan Glaser, *Infraction Internationale – Ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, (L. G. D. J. Paris) 1957, p. 10 : 国際法上の犯罪は以下の要件を充たした場合に成立するとされた。すなわち、①行為の存在、②犯罪行為の法規定の存在、③違法性、④主観的要件、及び⑤加罰性の要素が必要であるとされた。Ibid, Farhard Malekian, p. 162 : その他に、国際犯罪実行時において①国家行動に参加していたことを認識していること。そして、それによってもたらされる結果を知っていたこと（また、国家もこうした情報を提供していることが義務付けられている）、②精神障害に冒されていない者、③多くの国内刑法において刑事的成人に達している者、④麻薬使用中でなかった者、⑤抵抗できない又は強制の支配の下で、犯罪を実行していない者、⑥死刑宣告を受けていない者、⑦拷問の脅迫下において、犯罪を実行していない者、⑧国家行動の実行の際に、技術的、科学的等の影響下でない場合、⑨Duress per minas（第三者による脅迫）が実効的でなかった場合、そして⑩法の無知が生じた場合においても、個人の刑事責任は問われるとされる。

71) Ibid, Farhard Malekian, p. 162 : 以上の10箇条もの構成要件要素を示したにも拘わらず、いずれも絶対的な要素を持ち得ないことから、事前に構成要件を定めることに懐疑的である。

72) Stefan Glaser, “Culpabilité en droit international pénal”, *Revue des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, vol. 99, 1960–7, p. 467–, p. 524 : «En ce qui concerne la question de savoir si la conscience de l’illégalité (d’illicéité) fait ou non partie de la culpabilité, la jurisprudence des tribunaux militaires est plutôt hésitante».

73) 横田喜三郎『戦争犯罪論』有斐閣（1947年）92—116頁。

いて整序されており、英米法的体系に類似したものであるとしている⁷⁴⁾。このように、英米法体系を前提とすると、構成要件に該当した場合に、抗弁が認められない限り、犯罪行為は可罰的となる。判例中において、構成要件該当性を判断する上で、罪刑法定主義の要請が遵守されなければならない理由として構成要件の判断が、処罰 (criminalisation)⁷⁵⁾につながるものであるとされている⁷⁶⁾。

同裁判所の構成要件の特徴は、判事の法解釈作業⁷⁷⁾によって、構成要件を明確化するという方式が明確に採用されている点である。国際立法機関を有しない国際社会においては、判事のこのような役割は必然的に生じてくるものであり⁷⁸⁾、濫用に渡らない、一定の制限に服する限りこのような権能は認められると考えられる⁷⁹⁾。そこで、国内法において示された、解釈準則の統一化及び判例拘束性が採用できるものと考えられる。

ICTY・ICTRの解釈における一定の制限として機能するとされる準則とは、文理⁸⁰⁾、目的論的⁸¹⁾及び論理的解釈⁸²⁾である⁸³⁾。この他、ICTY・ICTRは国内刑法を国際刑事裁判において援用する際、法体系の相違を考慮し⁸⁴⁾、十分な配慮の下に適用されるべきであると判示した⁸⁵⁾。

他方、近年のICTY・ICTRにおいて、同一事項についての判決が集積したことにより、判例法 (case-law) が形成されたとして⁸⁶⁾、判例拘束性までも認めら

74) Geert-Jan G. J. Kooops Ardsley, *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, (Transnational Pub, NY), 2001, p. 9-27.

75) 山口俊夫編『フランス法辞典』東大出版会 (2002年) 282頁 (フランス文においては、incriminationと規定されており、「犯罪の構成要件と適用刑罰を定める刑事政策上の措置」を意味する)。

76) Celebici, TCJ, §402: "Without the satisfaction of these principles no criminalisation process can be accomplished and recognised." "Si ces principes ne sont pas respectes, il ne peut y avoir incrimination".

77) Celebici, TCJ, §159.

78) Margaret McAuliffe de Guzman, "Article 21, Applicable Law", in Edited by Otto Triffterer & Kai Ambos, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article*, (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft) 1999, (以下 Otto Triffterer, "COMMENTARY"), pp. 435-., p. 439.

79) Ibid, William K. Lietzau, "Checks and Balances and Elements of Proof", p. 480-481.

80) The Prosecutor v. Duško Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Case No. IT-94-1-AR 72, 2 Oct 1995 (以下 Tadić, Jurisdiction Decision), §30, 71, 87.

れるに至った⁸⁷⁾。

ICTY・ICTRの活動の初期では、先例はあくまで、同一事件について判断する上で「説得力」⁸⁸⁾を有するものとして、その拘束性は認められなかった⁸⁹⁾。それが近年は、法の適用の一貫性を確保することを目的に、判例の変更を行う際の合

- 81) 目的論的解釈：Tadic, Jurisdiction Decision, §72. Celebici, TCJ, §266, 275. The Prosecutor v. Jean Paul Akayasu, Case, No. : ICTR-96-4-T, Judgement, 09 January 1997 (以下 Akayasu, TCJ), §603. The Prosecutor v. Goran Jelasic, Case No. : IT-95-10, Judgement, 14 Dec 1999 (以下 Jelasic, TCJ), §61. The Prosecutor v. Tihomir Blaskic Case No. : IT-95-14, Judgement, 03 March 2000 (以下 Blaškic, TCJ), §177. The Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic, Esad Landso, Case, No. : IT-96-21-A, Judgement, 20 February 2001 (以下 Celebici, ACJ), §146. The Prosecutor v. Jean Paul Akayasu, Judgement, Case, No. : ICTR-96-4-T-A, Judgement, 1 June 2001 (以下 Akayasu, ACJ), §432-44. The Prosecutor v. Radislav Krstic, Case, No. : IT-98-33-T, Judgement, 2 August 2001 (以下 Krstic, TCJ), §556. The Prosecutor v. Ignace Baglishema, Case, No. : ICTR-95-1-T, 28, Judgement, October 1999 (以下 Baglishema, TCJ), §103.

ウィーン条約31条に基づく目的論的解釈：The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, Judgement, Case No. : IT-95-14 / 1-A, 24 March 2000 (以下 Aleksovski, ACJ), §89-111. The Prosecutor v. Dusko Tadic, Opinion and Judgement, Case No. : IT-94-1-T, 7 May 1997 (Tadic, TCJ), §266. Celebici, TCJ, §263-264, §1161. The Prosecutor v. Duško Tadic, Sentencing Judgement Case No. : IT-94-1-T, 14 Jul 1997. The Prosecutor v. Dusko Tadic, Opinion and Judgement, Case No. : IT-94-1-A, 15 July 1999 (以下 Tadic, ACJ), §166, §190-191, §285. The Prosecutor v. Dario Kordic, and Mario Cerkez, Case No. : IT-95-14 / 2-T, Judgement, 26 February 2001 (以下 Kordic, TCJ), §152. Celebici, ACJ, §72-74, 96-97.

ウィーン条約32条に基づく目的論的解釈：Celebici, TCJ, §295-296. Prosecutor v. Kordic, and Cerkez, Decision on the Joint Defence Motion to Dismiss the Amended Indictment for Lack of Jurisdiction Based on the Limited Jurisdictional Reach of Articles 2 and 3, Case No. IT-95-14 / 2-PT, T. Ch. III, 2 Mar. 1999, §29. Prosecutor v. Kordic, and Cerkez, Decision on the Joint Defence Motion to Strike paragraphs 20 and 22 and All References to Article 7(3) as Providing a Separate or an Alternative Basis for Imputing Criminal Responsibility, Case No. IT-95-14 / 2-PT, T. Ch. III, 2 Mar. 1999, §5.

- 82) Tadic, Jurisdiction Decision, §90. Furundzija, TCJ, §132. Blaskic TCJ, §161.
 83) Celebici, TCJ, §70 (初めて ICTY 判決において、解釈準則について説明があった).
 84) Celebici, TCJ, §159
 85) Prosecutor v. Bagasora, Decision on the Defence Motion for Pre-determination of Rules of Evidence, Case No. : ICTR-96-7-T, T. Ch. II, 8 Jul. 1998. Tadic, ACJ, §225
 86) Kordic, TCJ, §163 : "The International Tribunal case-law is well-settled (...)."
 87) Aleksovski, ACJ, §89-111. Celebici, ACJ, §8-9.
 88) Akayasu, TCJ, §615 : "convincing". Celebici, TCJ, §167 : "persuasive value".
 89) Celebici, TCJ, §167-168.

理的な基準を判示した。具体的には、「法の安定性と予見可能性を担保する範囲内であれば、先例拘束性が認められ、司法上の利益が更に確保される説得力のある理由の存在しない限り、先例が拘束する」⁹⁰⁾とされた。判例変更を行う際のような基準は、その後の判例において定着した⁹¹⁾。また、裁判部間での判決の先例拘束性⁹²⁾、その他、同じ国連機関である国際司法裁判所（以下 ICJ）判決の先例拘束性についても検討された⁹³⁾。

ICTY・ICTR の初期の判決間において、構成要件の一貫性が確保できないという問題が指摘されていたが⁹⁴⁾、このように判例法の存在を刑事国際法体系において認めることによって、法的安定性（罪刑法定主義の要請）が確保される方向へ進んだのではないだろうか。

2・ICC における構成要件についての議論

1998年における ICC 規程⁹⁵⁾採択後、ICC 規程に含まれる諸問題について十分な議論がもてなかったことを理由に ICC 準備委員会（Preparatory Commission for the International Criminal Court）が設置された。その中で、犯罪の構成要件につ

90) Aleksovski, ACJ, §107.

91) Celebici, ACJ, §25–27. Aleksovski, ACJ, §107: “The Appeals Chamber, therefore, concludes that a proper construction of the Statute, taking due account of its text and purpose, yields the conclusion that in the interests of certainty and predictability, the Appeals Chamber should follow its previous decisions, but should be free to depart from them for cogent reasons in the interests of justice”.

92) Aleksovski, ACJ, §113–114: 一審裁判部間での拘束性はないもの判示された。一審判決並びに上訴判決については、一審判決は上訴審に拘束される。

93) Celebici, ACJ, §24: 弁護側が、2条の適用の問題について、ICJの示した基準（effective control）を否定し、ICTYが他の基準（overall control）を採用したことにより、国連システム間での法の統一性に支障を来すと主張し、ICJの先例に拘束されるべきであると主張した。しかし、裁判所は例え ICJ が国連システムにおける最も主要な司法機関であったとしても、ICTY との間に、ヒエラルキーは存在せず、従属関係もないことから、ICTY は独立性を有した機関であり、ICJ の先例に拘束されないと判示された。

94) Steven R. Ratner, “The Schizophrenia of International Criminal Law”, *Texas International Law Journal*, Spring 1998, pp. 237–, p. 250. Bruno Simma, Andreas L. Paulus, “The Responsibility of individuals for human rights abuses in internal conflicts: A positivist view”, *American Journal of International Law*, April, 1999, p. 302–, p. 313.

95) A / CONF. 183 / 9, 17 July 1998, *Rome Statute Of The International Criminal Court*, Adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998

いては、ICC 規程 9 条に規定のある「犯罪の構成要件（Elements of Crimes 以下 EOC）」を定めることを通じて、構成要件の明確化が目指された。EOC は、ICC 規程上の犯罪規定（ICC 規程の 6 条ないし 8 条）の「解釈及び適用」を補助する（assist）ものであり、法的拘束力を有するものではない。数々の会合の結果、2000 年 11 月に EOC が準備委員会報告書 2 部という形式をとって、定められ、採択されるに至った⁹⁶⁾。報告書は、ICTY・ICTR における同一犯罪において下された判決と一貫性を有することを目的に策定された⁹⁷⁾。以上から構成要件を定める上で、主に英米法体系に沿っているといえよう⁹⁸⁾。

EOC 作成上、特に注意が払われた点が 2 つある。まず、犯罪規定の明確性及び具体性の確保である⁹⁹⁾。構成要件要素における行為、結果、因果関係、主観的構成要件要素、意図、及び認知までを規定することが目指された¹⁰⁰⁾。次に、犯罪の主観的構成要件を定める作業である¹⁰¹⁾。従来の刑事国際法においては、主観面についての規定は皆無であった¹⁰²⁾。刑事国際法の刑事法として見落とされていた点を補填するということは、刑事国際法の成熟化を促すことを目的としている ICC 設立及びそれに伴う立法作業の一環として、評価されるべきものであると考えられる。

96) Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Addendum Part II, Finalized draft text of the Elements of Crimes PCNICC / 2001 / Add. 2, 1 November 2000.

97) Knut Dormann, "Contributions by the Ad hoc Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda to the ongoing work on elements of crimes in the context of the ICC", *American Society of International Law Proceedings*, April, 2000, pp 284-, p. 284-285.

98) Ibid, Michael A. Newton, pp. 204-, p. 211.

99) Brian J. Newquist, "The International Criminal Court – International Legal Development in Review : 1999 Public International Law", *International Lawyer*, Summer, 2000, p. 691-, p. 694-695.

100) Philippe Kirsch, Q C , Valerie Oosterveld, "The Preparatory Commission for the International Criminal Court", *Fordham International Law Journal*, March, 2002, p. 563-, p. 571.

101) Ibid, William K. Lietzau, p. 480-481.

102) Bartram S. Brown, "Nationality and Internationality in International Humanitarian Law", *Stanford Journal of International Law*, vol. 34, 1998. p. 347-, p. 357.

小括

以上の考察から、大陸法及び英米法体系を問わず、構成要件の明確化機能を罪刑法定主義に資するものであり、構成要件の機能面が担保されることによって、人権保障が向上することが明らかとなった。国内刑事法における構成要件論の理論的枠組みを ICTY・ICTR の判例及び ICC 規程が採用していることも検証できた。しかしながら、この枠組みを用いて、果たして予測可能性を担保できるほどに明確、かつ一貫した構成要件が判示されるのだろうか。以下、ICTY・ICTR 規程の条文規定を基礎としてそれに対応する ICC 規程の条文規定を検討する¹⁰³⁾。

(以下次号)

103) なお、以下第Ⅲ章の検討においては体系化を通じて、構成要件の明確化作業が本稿の目的であるために、構成要件の違法類型・有責類型と関連する抗弁についての議論は割愛する。

ICTY 及び ICTR 判例別構成要件対応表						
事件名及び事件 番号	管轄裁判 部/判決	日付	ICTY 2 条	ICTY 3 条 ICTR 4 条	ICTY 4 条 ICTR 2 条	ICTY 5 条 ICTR 3 条
1996						
エルデモヴィッチ IT-96-22 (Erdemovic, TCJ 1)	TC ¹⁰⁴⁾ (I ¹⁰⁵⁾ 量刑判決	11/29	§ *560-			
1997						
タディッチ IT-94-1 (Tadic, TCJ)	TC (II) 判決	5/7	§ 577-607	§ 609-		§ 618
タディッチ IT-94-1	TC (II) 量刑判決	7/14	§ 8	§ 73		
エルデモヴィッチ IT-96-22 (Erdemovic, ACJ)	AC ¹⁰⁶⁾ 量刑判決	10/7				
1998						
エルデモヴィッチ IT-96-22 (Erdemovic, TCJ 2)	TC (II) 量刑判決	3/5		§ 11		
カンバンダ ICTR-97-23-T (Kambanda, TCJ)	TC (I) 判決	9/4		§ 10-25	§ 16 § 17 § 40 § 41-	§ 43-
アカヤス ICTR-96-4-T (Akayesu, TCJ)	TC (I) 判決	9/2		§ 599-637	(a) § 500-501 (b) § 502 (e) § 509	(a) § 587-89 (b) § 590-92 § 596-598
					3(b) § 526-303 (c) § 562	
「チェリビッチ」事件 IT-96-21 (Celebici, TCJ)	TC (II quarter) 判決	11/16	(a) § 439 (b) § 443-445 § 452-455 § 543-544 § 552 § 558 (c) § 511 (e) § 583 (e) § 591-592	GC3(1) (a) § 422 (a) § 437-439 (b) § 552 § 558 (c) § 544 (e) § 584-592		(a) § 309 (e) § 494-96

104) 第一審裁判部

105) 裁判部番号

106) 上訴審裁判部

* 「§」は判決文中のパラグラフを意味する。なお、条項が示されていない箇所は適用性に関連する部分である。

ICTY 及び ICTR 判例別構成要件対応表						
事件名及び事件 番号	管轄裁判 部/判決	日付	ICTY 2 条	ICTY 3 条 ICTR 4 条	ICTY 4 条 ICTR 2 条	ICTY 5 条 ICTR 3 条
フルンジア IT-96-22 (Furudžija, TCJ)	TC (II) 判決	12/10	(b) § 162	(b) § 131-186		(a) § 178 (f) § 162 (g) § 185
セルシャゴ ICTR-98-39-T (Serushago TCJ)	TC (I) 量刑判決	12/14				
1999						
カエシマ・ルジンダナ ICTR-95-1-T (Kayishema and Ruzindana, TCJ)	TC (II) 判決	5/21		§ 155- § 169-	(a) § 102-103 (b) § 108-109 (c) § 114-116 (§ 546-548) (d) § 118 3 (c) § 91-93, § 97	§ 123-128 (a) § 136-140 (b) § 141-47
ムセマ ICTR-96-13-T (Musema, TCJ)	TC (I) 判決	1/27		§ 234-88	§ 159	§ 199-
タディッチ IT-94-1 (Tadic, ACJ)	AC 判決	7/15	適用性 § 68-171 (a) § 235	GC 3 (1)(a) § 236		§ 248-51 § 255- (h) § 283
アレクソフスキー IT-95-14/1 (Aleksovski, TCJ)	TC (I) 判決	6/25	適用性 § 42-46	GC 3 (1) (b) § 47-57 (c) § 229		
				§ 65-81 § 229		
ルタガンダ ICTR-96-3-T (Rutaganda TCJ)	TC (I) 判決	12/6			(a) § 50 (b) § 52 (c) § 53	(a) § 70 (b) § 82-84
イエリシッチ IT-95-10 (Jehsic, TCJ)	TC (I) 判決	12/14		(a) § 35-40 (b) § 41-45 (c) § 46	(§ 63-109)	§ 50- (a) § 51 (c) § 52
2000						
クプレスキッチ IT-95-16 (Kupreškic, TCJ)	TC (II) 判決	1/14		GC 3 (1) b) § 631 § 647-649 (b) § 650		§ 543-636 (a) § 560-561 (b) § 571 (d) § 566 (h) § 567-572 (i) § 562-563
タディッチ IT-94-1	AC 量刑に対 する控訴 判決	1/26		§ 5-		Ground 4

ICTY 及び ICTR 判例別構成要件対応表						
事件名及び事件 番号	管轄裁判 部/判決	日付	ICTY 2 条	ICTY 3 条 ICTR 4 条	ICTY 4 条 ICTR 2 条	ICTY 5 条 ICTR 3 条
ムセマ (Musema TCJ) ICTR-96-13-T	TC (I) 判決	1/27			(e) § 159	
プラスキッチ IT-95-14 (Blaškić, TCJ)	TC (I) 判決	3/3	適用性 § 63-151 (a) § 153, 217 (c) § 156 (d) § 157 (h) § 158 § 154-155,	GC 3 (1) (a) § 181-182 (b) § 180-182 § 227 (c) § 185 (e) § 184 159-87 § 227 § 308-47		(a) § 215-217 (b) § 226 (i) § 239 (§ 245-60)
アレフソフスキー IT-95-14/1	AC 判決	3/24	適用性 § 78-154	§ 13-18 § 29-		
ルッジウ ICTR-97-32-T (Sentencing Judgement)	TC (I) 量刑判決	6/1			3(c) § 13, 26	
フルンジア IT-95-17/1 (Furudžija, ACJ)	AC 判決	7/21		§ 95-254		
2001						
「チェリビッチ」事件 IT-96-21 (Celebici, ACJ)	AC 判決	2/20	適用性 § 5-115 (e) § 322	§ 140-81 § 162-70		
クナラク IT-96-23 and IT-96- 23/1 (Kunarac, TCJ)	TC (II) 判決	2/22	(b) § 465-497 § 410	§ 400-409 GC 3 (1) (c) § 498-514		§ 411-435 (c) § 515- (d) § 519-523 (f) § 466-483 (g) § 436-464
コルディッチ IT-95-14/2 (Kordić, TCJ)	TC (III) 判決	2/26	§ 22-35 (a) § 236-245 § 221-229 (b) § 246-256 (c) § 237-245 (d) § 330-341 (e) § 291 (h) § 312-314	GC 3 (a) § 221-236 § 246 § 257-260 (b) § 261-265 § 315-320 § 321-328 (a) § 221-233 (b) § 205, 260 342-346 (c) § 203, 362 (d) § 206/ § 354-362 (e) § 348-353		§ 170- (a) § 211-236 (e) § 292-303 (f) § 256 (h) § 188/191- 199 (i) § 266-272 (§ 201-210)

ICTY 及び ICTR 判例別構成要件対応表						
事件名及び事件 番号	管轄裁判 部/判決	日付	ICTY 2 条	ICTY 3 条 ICTR 4 条	ICTY 4 条 ICTR 2 条	ICTY 5 条 ICTR 3 条
アカヤス ICTR-96-4-T (Akayesu, ACJ)	AC 判決	6/1		\$ 425-445		
カエシマ ICTR-95-1-T (Kayishema and Ruzindana, ACJ)	AC 判決	6/1			\$ 135-	
イエリシッチ IT-95-10 (Jeliscic, ACJ)	AC 判決	6/5			\$ 45, 47	
トドロヴィッチ IT-95-9/1 (Todorovic "Bosanski Samac")	TC (I) 量刑判決	7/31				
クリスティッチ IT-98-33 (Krstic, TCJ)	TC (I) 判決	8/2	(c) § 511 (g) § 524-525	5 条との連関 § 674- 4 条との連関 § 680-681	\$ 193-217 \$ 557 \$ 572 \$ 622-624	(a) § 484-489 (b) § 490-504 (d) § 519-523 (a)-(h) § 675 (h)-(i) § 676 § 683 4 条との連関 § 682
「セラターム」事件 IT-95-8 (Sikirica et al. "Keraterm Camp")	TC III 判決 ¹⁰⁷⁾	9/3				
クヴォッカ IT-98-302, November 2001, (Kvocka et al. "Omarska, Keraterm and Trnopolje Camps")	TCI 判決	11/2				\$ 195
ムセマ ICTR-96-13-T (Musema, ACJ)	AC 判決	11/16				
「セラターム」事件 IT-95-8 (Sikirica et al. "Keraterm Camp")	TC (III) 量刑判決	11/13				

107) Judgement on defence motions to acquit

ICTY 及び ICTR 判例別構成要件対応表						
事件名及び事件 番号	管轄裁判 部/判決	日付	ICTY 2 条	ICTY 3 条 ICTR 4 条	ICTY 4 条 ICTR 2 条	ICTY 5 条 ICTR 3 条
2002						
クルノイエック IT-97-25 (Krnjelac TCJ)	TC (II) 判決	3/15	(b) § 187	(a) § 322-324		(c) § 349- (e) § 115 (i) § 87 (h) § 436
クナラック事件 IT-96-23 and IT-96- 23/1 (Kunarac TCJ)	AC 判決	6/12		§ 49-70		
バグリシエマ ICTR-95-1-T (Baglishema, TCJ)	TC (I) 判決	6/3		§ 96-106		(a) § 84 (b) § 86-90 (i) § 91-92,