

国際司法裁判所・ジェノサイド条約適用事件

(ボスニア・ヘルツェゴビナ対セルビア・モンテネグロ)

(判決 2007年2月26日) (3・完)

湯 山 智 之*

目 次

- I はじめに
- II 手続の概要
- III 判決要旨
- IV 研 究 (2まで335号, 4まで338号)

5 ジェノサイド条約3条に列挙された行為 (特にジェノサイドの共犯) に対する締約国の責任

裁判所は、ジェノサイド条約では締約国が条約3条(b)から(e)に掲げる行為を行った場合にも責任を負うとして、新ユーゴがそれらの行為を行ったかどうかを検討した。裁判所によれば、3条(b)から(e)までに列挙された行為の中で、3条(b)の共謀 (共同謀議, conspiracy) 及び3条(c)の直接かつ公然の扇動 (incitement) は、それらが Srebrenica でのジェノサイドに関して、新ユーゴの機関または新ユーゴの機関の指示によりもしくは指揮もしくは実効的コントロールの下で行われたことは証明されていないという。そこで、裁判所は3条(e)の共犯 (complicity) のみを検討した。

裁判所は、共犯は、主犯による犯罪の実行を可能にするまたは容易にする手段の提供を含むとして、国連国際法委員会 (ILC) の国家責任条文16条 (裁判所は同条が慣習法を反映していると認定した) の他国の国際違法

* ゆやま・ともゆき 立命館大学法学部教授

行為への支援または援助（aid or assistance）による責任と類似しており、後者と異ならない意味で共犯を理解すべきであるという。国家責任条文16条は、国際違法行為の状況を援助する国が了知していたことを要件としている。裁判所は、共犯者が主犯のジェノサイドの意図を共有してなければならぬか否かについて結論を出すことを避け、少なくとも国家の機関が特別の意図を了知して行為する必要があるとした。

その上で、本件の事実を検討し、新ユーゴが Srebrenica でのジェノサイドの前から、ジェノサイドの実行者である Srpska 共和国軍（VRS）に政治的、軍事的及び財政的援助を行い、ジェノサイドがユーゴの提供した資源を用いて行われたことは疑いないが、特別の意図が存在した時点、すなわちジェノサイドの決定が行われた時点はジェノサイドの実行の直前であり、了知して援助を提供したことは証明されていないと結論づけた。

このような裁判所の認定については、ジェノサイド条約3条に列挙された、共謀、直接かつ公然の扇動、未遂及び共犯といった行為は個人がなす行為であって、これを国家に適用することは問題がある¹⁾。ジェノサイドの実行に関してすでに述べたように、個人の国際刑事責任を発生させる行為を国家がなすると観念するのは合理的ではない。実行以上に個人が行うことが明らかなものであるといえる。条約3条(b)から(e)に列挙された諸行為も、実行と同様に、当該行為が個人によって実行されかつ国に帰属する場合に当該国の責任があるというべきであろう。国家責任法の問題として、新ユーゴによるボスニア・セルビア人勢力のジェノサイドに対する援助が国際義務違反であったか否かを検討すべきであったと思われる。

(1) 国家責任法上の「援助」の概念

国家責任条文16条に規定された、一国の他国の国際違法行為に対する援助による責任が国際慣習法上確立していたか否かがまず問題である。同条は他国の国際義務に反する行為を援助する国の行為がそれ自体違法である、すなわち援助の対象となった国際違法行為とは独立に（連帯責任や共

同責任のようなものではなく) 援助した国の被害国への責任を発生させることを規定している²⁾。

16条の前身である、ILC の第 1 読草案27条のコメンタリーは、同条が想定する例として、侵略の定義に関する決議 3 条(f)に定式化されているような、他国の侵略のための自国領域の使用を許すこと、侵略国への武器の供給、ジェノサイド及びアパルトヘイトを実行する政権への支援、並びに植民地支配維持のための武器の供給などを挙げている³⁾。

しかし、実際に国家実行として挙げられたのは二つの事例のみである。一つは、イエメンによる英国保護領たる Aden への軍事攻撃に関して、他国からのイエメンへの武器の供給は違法でないとする1958年の英国国務省植民地局の声明であって、それは供給時点において使用されることを認識していなかったがゆえに違法ではないと主張したものである。第二は、1958年の米国のレバノンへの軍事作戦が(西)ドイツ国内の空港を使用して行われたことに対するソ連の抗議への(西)ドイツの声明であり、同声明は、米軍の行動が侵略であることを否定しつつ、侵略のために自国領域の使用を許さないことを確約した⁴⁾。それらの事例が責任法としての規則の存在を示す法的信念を伴っていたとみることは難しい。ILC も漸進的発達の規則と認識していたとされる⁵⁾。

学説においても、本規則の慣習法性を疑問視し、条文草案の範囲を超えた一次規則の定式化であるとの批判がある⁶⁾。また、他国の違法行為への援助を差し控える規則が実定法上存在するのは、いわゆる国家の国際犯罪または国際社会全体の利益に影響する違法行為に関してのみであるとの見解もみられる⁷⁾。

援助を禁止する規則の定式化においては、援助国の側に精神的要素を要しない(いわゆる厳格責任)、または意図(了知)が必要である、もしくは予見可能性(の認識)で十分であるとの選択肢があった⁸⁾。また、援助行為と援助された違法行為の関係に関しても、援助が国際違法行為の発生を惹起せしめること(因果関係の存在)まで必要とするのか否かの選択が

ありえた⁹⁾。

さらに、最終草案では、援助の対象となった行為を違法とする一次規則に援助国も拘束されていることを要求する規定が追加された（16条2項）。第2読の特別報告者であった Crawford の提案によるものであるが、二国間条約の一方の当事国による違反を当該条約の第三国が援助することが違法であるとは考えられないからであるという¹⁰⁾。学説には、このような限定は第1読草案28条では想定されていなかったもので、根本的な逸脱であったとの指摘もある¹¹⁾。

このような定式の内容に関する議論及び定式の変遷をみる限り、他国の違法行為の援助を禁止する規則の内容には一定の流動性があったのであって、この点からも条文16条が採択時において慣習法を反映したものであると結論づけることには慎重であるべきであったと考えられる¹²⁾。

(2) ジェノサイドの共犯の概念

裁判所が国家に認められるとしたジェノサイド条約3条(e)の「共犯」であるが、幫助との異同、そして共犯の精神的要素 (mens rea)、特に共犯者が集団を破壊する意図を有する必要があるか否かの問題がある。

Nuremberg 裁判所憲章6条では教唆 (instigation) 及び共犯についての規定がおかれ、第二次大戦後の戦犯裁判において共犯、特に幫助の概念が適用された¹³⁾。製造するガスがユダヤ人殺害のために用いられることを知りつつ Auschwitz 収容所に販売した者の裁判 (Humburg 英国軍事裁判所ツィクロンB事件判決)¹⁴⁾ が著名である。国連総会決議96 (I) (1946年) は、ジェノサイドの実行者は主犯も共犯も処罰されうることを言明したほか、ILC が1950年に採択した「Nuremberg 裁判所の憲章及び同裁判所の判決において承認された国際法の原則」の第7原則は、平和に対する罪、戦争犯罪または人道に対する罪の共犯もまた国際法上の犯罪であると定めた¹⁵⁾。

ジェノサイド条約の起草過程において、共犯処罰の原則そのものに争い

はなかった。最初の国連事務局案においても、ジェノサイドへの「意図的加担」は処罰すべき行為とされ¹⁶⁾、アドホック委員会案において「共犯」の処罰となった¹⁷⁾。総会第 6 委員会での議論で注目されるのは、共犯に「意図的 (deliberate)」の語を付加する英国の修正案であり、共犯が意図的なものでなければならないことを明記する必要があるとの理由によるものであった¹⁸⁾。しかし、いくつかの国がジェノサイドの共犯は本質上、意図的であるから不必要であると反対し、修正案は撤回された¹⁹⁾。したがって共犯が意図的であることには合意があったとされる²⁰⁾。起草過程において共犯として念頭に置かれていたのは幫助であったとされる²¹⁾。

ジェノサイドの共犯は旧ユーゴ国際刑事裁判所 (以下 ICTY) 及びルワンダ国際刑事裁判所 (以下 ICTR) で議論の対象となった。第一に、両裁判所においては、ジェノサイドの共犯をそれぞれの裁判所の対象犯罪とする ICTY 規程 4 条 3 項(e)及び ICTR 規程 2 条 3 項(e)が存在する一方で、一般原則として広義の「幫助 (aiding and abetting, 幫助及び唆し)」の刑事責任²²⁾を規定する ICTY 規程 7 条 1 項及び ICTR 規程 6 条 1 項が存在し、両者の関係が問題となった。第二に、ジェノサイドの共犯及び幫助の精神的要素である。両者がジェノサイドの主犯には必要であるとされるどころのジェノサイドの意図 (特別の意図) まで有していることが必要であるかどうか議論となった。

ジェノサイドの共犯と一般原則としての幫助の関係について、ICTR の Akayesu 事件一審判決 (1998年) は、規程 2 条 3 項(e)のジェノサイドの共犯と同 6 条 1 項の幫助とを別個の概念として扱い、精神的要素に違いがある点 (後述)、及び構成要件について、ジェノサイドの共犯は積極的行為が必要なのに対し、幫助は不作為 (例えば犯行現場に所在することによって主犯を奨励すること) を含むうる点で異なるとした²³⁾。

この立場が変更されたのは ICTR の Semanza 事件一審判決 (2003年) であり、同判決は、ICTR 規程の起草者がジェノサイド条約 3 条を規程に取り込んだために、主犯及び共犯のそれぞれに関して重複が生じている

が、規程2条3項(e)の共犯と同6条1項の幫助との間に実質的な区別はなく、要件も同じであるとした²⁴⁾。

ICTY の Krstić 事件一審判決（2001年）は、ICTY 規程4条3項と同7条の間に重複があることを認め、規程の起草者の意思は国際慣習法上禁止されたジェノサイドのあらゆる加担の形態に ICTY の管轄権を与えることにあったと判示した²⁵⁾。

同じく Stakić 事件一審判決（2003年）は、両者の重複に留意して、4条3項が7条1項との関係で特別法とみなされるとのアプローチと、7条1項の規定する加担の形態は4条に読み込まれるとのアプローチが可能であるとするが、Semanza 事件判決に従って、後者のアプローチを採用して、両者に実質的な区別はないとし、被告人の行為をジェノサイドの（共犯ではなく）幫助と特徴づけた²⁶⁾。

これに対して Krstić 事件上訴判決（2004年）も、Stakić 事件一審判決を踏襲した。同判決によれば、規程の起草者の用いた文言を最大限尊重すべきであるから、他の説明が可能である限り、規定の重複を起草者の不注意の結果であると結論づけるべきではない。共犯は幫助より広い行為を含むので、二つの規定は調和されうる。被告人の責任はジェノサイドの幫助と特徴づけられるという²⁷⁾。

これによってアドホック裁判所の判例が確立されたといえる。共犯の概念は幫助以外に何を含んでいるのか明らかではないが、少なくとも共同正犯（co-perpetrator）は含まれると考えられている²⁸⁾。

次に、ジェノサイドの共犯及び広義の幫助の精神的要素は何であるかが議論された。

Akayesu 事件一審判決によれば、ジェノサイドに関する幫助を含む ICTR 規程6条1項の下での責任は、罪に問われた者がジェノサイドの特別の意図をもって行為したことが必要であるが、他方でジェノサイドの共犯にはそのような要件は必要ではなく、了知で十分であると判示した²⁹⁾。

これに対して、ICTR の Kayishema 及び Ruzindana 事件一審判決

(1999年)は、ジェノサイドの幫助は必ずしも主犯と同じ精神的要素を持つ必要はなく、了知か意図かによって幫助か共同正犯かが区別されるという³⁰⁾。また、Bagilishema 事件一審判決(2001年)は、犯罪現場におけるその所在が奨励または支援となることによる幫助の責任の要素は、奨励または支援となることの了知であるとし、また、ジェノサイドの共犯の精神的要素は主犯のジェノサイドの意図の了知であると判示した³¹⁾。

他方で、ICTY では、すでに幫助の精神的要素は、主犯の意図と、幫助者の行為が主犯の犯罪実行の援助となることとの了知であるとの判例が存在した³²⁾。Krstić 事件上訴判決は、幫助に関する ICTY の先例をジェノサイドにも適用し、ジェノサイドの幫助についても、特別の意図の証明を必要とせず、主犯の特別の意図を了知して犯罪の実行を援助したのであれば十分であるとした。同判決は、フランス、ドイツ、スイス、英国、カナダ、豪州及び米国のいくつかの州の国内法におけるジェノサイドの幫助に関する規定においても同様のアプローチがとられていることを指摘した。他方で、ジェノサイドの共犯を含む規程 4 条 3 項に列挙された行為については、共犯者が特別な意図を有することを要求する根拠があるという。ICTY 規程 4 条 2 項(ジェノサイド条約 2 条と同一)の特別の意図の要件は、規程 4 条 3 項で禁止されたすべての行為に適用されるとするのが自然な読みであるという。ジェノサイド条約の起草過程における英国の修正案に関する議論は、条約の起草者がジェノサイドの共犯行為にも特別の意図を要求することを意図していた証拠であるとした³³⁾。

Ntakirutimana 事件 ICTR 上訴裁判部判決(2004年)は第一審裁判部の判断(Akayesu 事件判決を踏襲した)を覆した。上訴判決は、Akayesu 事件判決において、特別の意図が ICTR 規程 6 条 1 項のあらゆる責任の形式に要求されると判示されたことを指摘した。そして、Krstić 事件上訴判決において、ジェノサイドの幫助は主犯の特別の意図を了知していれば十分であり、また ICTY 規程 7 条 1 項の下での幫助が共犯の一形式を構成すると判示された部分を参照した。そして、Krstić 事件判決は、ジェノサ

イドの共犯に（了知という精神的要素に基づく）幫助が含まれるが、他の共犯の形式は特別の意図の証明を必要とすることを示唆したと ICTR は判示した³⁴⁾。

したがって、アドホック裁判所の確立した判例は、ジェノサイドの共犯に含まれる幫助については了知で十分で、それ以外の共犯は特別の意図の共有が必要であるというものである。なお、ジェノサイドの幫助の精神的要素が主犯の特別の意図の了知で十分なのか、それとも幫助者自身特別の意図まで有してなければならないかの議論は、特別の意図の定義の認識アプローチと目的アプローチの対立がもっとも顕著であった点であった³⁵⁾。

本件判決での個別意見をみると、Keith 裁判官は、ジェノサイド条約3条(e)のジェノサイドの共犯は、主犯が特別の意図を有していることを共犯者が了知していることで十分であると主張した。その根拠として、第一に共犯の辞書的意味（広義では共同正犯を含むが狭義では幫助の意味を有する）、第二に、各国の国内法において幫助の意味における共犯が主犯の犯罪実行を幫助していることを了知していればよいとされていること、第三に Kristić 事件上訴判決がジェノサイドの幫助に関して同様の判断をしていることを挙げた。

同裁判官は、Kristić 事件上訴判決が一定の状況では共犯は特別の意図を共有していなければならないと示唆した部分を批判する。この示唆は当該事件の決定に不必要であり、また上訴判決が掲げた二つの理由は説得力を欠くという。第一は条約3条の自然な読みであるが、それは特別の意図が幫助にも、より広い意味の共犯にも適用されるというものであるから、幫助は了知で十分という自身の判示に矛盾している。第二は、共犯が「意図的」でなものであることを示すとされる条約の準備作業における議論であるが、そのことが示すのは、共犯行為が主犯の意図を了知しているという意味で「意図的」でなければならないということであって、主犯の意図が共有されなければならないことを意味しないという³⁶⁾。同裁判官は共犯を幫助と同義に理解しているように見受けられる。

Bennouna 裁判官も、本判決が共犯の定義を避けたことを批判し、共犯が主犯と同じ精神的要素を有する必要はないと主張する。その理由として、同じ精神的要素を要求すれば共犯を共同正犯 (coauteur) と同じにしてしまうこと、及び国家責任条文16条が参照可能であり、同条が了知を条件としていることを挙げている³⁷⁾。逆に Skotnikov 裁判官は、ジェノサイド条約は、条約に規定された、共犯を含むあらゆる行為に特別の意図を要求しており、Srebrenica のジェノサイドに関する ICTY の有罪認定は、ジェノサイド条約ではなく ICTY 規程上の幫助に関するそれであって、ジェノサイド条約に基づくものではないという³⁸⁾。

学説では、Milanović が本判決の共犯の理解を批判している。それによると、ジェノサイド条約 3 条(e)の共犯は、教唆から事前の援助、事後従犯まで様々な形式を含むという。本判決は、このような様々な形式があることを無視し、共犯を単一の概念とみなした点で誤りである。条約は独自に刑事責任を創設していない。条約 1 条はジェノサイドが国際法上の犯罪であることを確認するのみで、先行する慣習法上の国際刑事責任の概念を参照しているに過ぎない。共犯も各国法上の様々な付加的責任を示す語で、国内立法義務を通じて各国法に委ねられている。共犯に必要な精神的要素は単一ではなく、共犯の各形式に応じて様々であり、すべての共犯に特別の意図の存在を要求する必要はない。ILC の「人類の平和及び安全に対する罪の法典案」(以下、罪の法典案)も国際刑事裁判所 (ICC) 規程も、共犯の一般理論をジェノサイドに適用しているという³⁹⁾。

van Sliedregt は、国際刑事法は犯罪の定義及び要件、並びに上官責任などの責任の概念については独自の概念を有しているが、責任の形式や免責事由については国内法をモデルとし国内法を前提としているという。Nuremberg 裁判及び後続の戦犯裁判に影響を与えたのは英米法の共犯法であり、ジェノサイド条約の起草者はジェノサイドの共犯に英米法上の共犯を参照することを意図した。国際法が明確な指針を持たない場合は国内法を参照すべきであるという。

米国法の共犯の概念の分析を踏まえて、van Sliedregt は次のように構成するのが相当であるという。すなわち、促進者（幫助者）は了知を要件とし、ジェノサイドの幫助としてより軽い刑罰に処する。実行の援助において「中心的な調整的役割（key coordinating role）」を果たした他の共犯（共同正犯及び教唆犯）は、目的（特別の意図）を要件とし、ジェノサイドの実行犯（正犯）として処罰される。その理由として、幫助者は他の共犯ほど処罰に値しないこと、及び抑止の政策的理由とジェノサイド犯罪の重大な性質から、知りつつジェノサイドに加担した者まで処罰する必要があることを挙げている⁴⁰⁾。

以上を踏まえて考察すると、ジェノサイド条約2条における特別の意図の要件が3条にも適用されるという解釈が自然な読みであるとは必ずしもいえないように思われる。条約の準備作業における、共犯が「意図的」なものであるとの一般的合意は、共犯者がジェノサイドの意図を共有していることまで含意していたと結論づけられるかは疑わしい⁴¹⁾。また、状況を了知して行為したのであれば、そこに故意を推論することもできるのであるから、共犯が「意図的」でなければならないことが了知の要件を否定することになると結論づけることもできない。van Sliedregt が指摘するように、国際刑事法は発達した共犯の体系を有していないのであるから、国内法の参照によって解決されなければならないであろう。

なお、ICC 規程は、25条3項で責任の形式に関する一般規定を置いた。ジェノサイドの特則としては3項(e)で直接かつ公然の扇動の規定を置くのみであった。したがって、ジェノサイドの扇動を除いて、共犯に関する一般規定がジェノサイド罪にも適用され、ジェノサイドの幫助は他の犯罪の幫助と異なるものではないことを起草者は意図していたと推論しうる⁴²⁾。

そして、ICC 規程25条3項(c)は、広義の幫助を「当該犯罪の実行を容易にするため ([f]or the purpose of facilitating the commission of such a crime)……当該犯罪の実行をほう助し (aid), 唆し (abet) 又はその他の方法で援助 (assist) すること（実行のための手段を提供することを含

む)」と定義している。この目的の要件は、アドホック裁判所の判例の「了知」の要件よりも高い基準を課すことを意図したものであると評価されている⁴³⁾。

(3) 国家責任法上の「援助」へのジェノサイドの「共犯」概念の適用

国家によるジェノサイドの「共犯」に対する国家責任を刑法の意味で観念するか、それとも、国家責任法の規則に従って把握するかは一つの論点である。裁判所は、「共犯」が刑法上の概念であることを認めつつ、国家責任法上の他国の違法行為への援助に対する責任と異なるものではないと述べた。これは中間的な立場であると評する見解もある⁴⁴⁾。他方で、刑法上の概念とみる論者からの批判がある⁴⁵⁾。

裁判所が国家責任の概念を刑法上のそれと同一視したことには問題がないわけではない。国家責任条文の第1読の特別報告者であった Ago は、他国の違法行為の援助による責任をしばしば「共犯 (complicity)」として参照しており⁴⁶⁾、それとの関連でジェノサイド条約3条におけるジェノサイドの共犯の概念に言及していた⁴⁷⁾。ILC の審議においては、刑法の概念の使用は適切でないなどの理由から「共犯」の語を用いるべきではないとの批判があり⁴⁸⁾、ILC の採択した条文及びコメンタリーでは採用されていない。

Palchetti は、ジェノサイドの共犯と他国の違法行為への援助に対する責任が異なる点として次の三つを挙げている。第一に、援助による責任は対象は国のみであるが、共犯は国だけでなく人の集団や国際組織によるジェノサイドも含む。第二に、共犯は本判決によれば作為によるものでなければならぬのに対し、援助は実質的に寄与するものであれば不作為によるものも含まれる（例えば他国のジェノサイドのために自国の領域の使用を許す行為）。第三に、共犯には幫助だけでなく命令や（直接性または公然性を有しない）扇動が含まれるが、それらは援助ではないので国家責任を生ぜしめない⁴⁹⁾。

Cassese は、国家責任法の援助に国際刑事法の共犯概念を適用するアプローチを肯定するが、国家責任法は援助のカテゴリーを知るだけなので、刑法から借用せざるをえないという。裁判所の判断については、刑法の概念に依拠するなら一貫すべきであったと批判する。幫助の精神的要素は、主犯による犯罪を援助するであろう実質的蓋然性の認識でもよいこと、（裁判所は援助は作為でなければならないとしたが）幫助は単なる傍観者（犯行現場に所在していた者）であっても共犯とされることを挙げて、裁判所の共犯概念の理解が正しいものであるかを疑問視している。正しい共犯概念を適用すれば、Milošević 大統領及び他の新ユーゴの指導者がジェノサイド実行の高度の蓋然性を認識していたことは証明されたであろうという⁵⁰⁾。

以上の議論を踏まえて本判決を分析すれば、判決は、共同正犯や教唆も含まれるジェノサイドの「共犯」を実質的に幫助と同義に理解している点で問題がある。また、共犯には不作為も含まれるとされているので、共犯の概念を正確に理解していたとはいえない。個人の刑事責任に関する特有の概念である共犯を国家に適用するのは妥当ではなかった。国家責任法上の国際違法行為への援助と個人の国際刑事責任に関する共犯とは文脈を異にする概念であって、これらを同義に解することは適切ではなかったように思われる。

なお、裁判所のジェノサイドの共犯に関する認定には、裁判所の管轄権についての判断の次に多い4人の裁判官（Al-Khasawneh 副裁判所長、Keith 及び Bennouna 裁判官並びに Mahiou 特任裁判官）が反対した。大半は新ユーゴのジェノサイドの特別の意図の了知の有無の事実に関するものである。例えば Keith 裁判官は、VRS への多数の将校の派遣、新ユーゴ内務省の関与、指導者同士の緊密な関係、及び虐殺前の Srebrenica の不穏な情勢に対する国際社会の圧力の事実から、被告は実行者の特別の意図を了知していたに違いないと主張する⁵¹⁾。Bennouna 裁判官も、新ユーゴ軍と VRS との緊密な関係、新ユーゴ内務省の部隊である Scorpions の

虐殺への関与、及び指導者同士の関係を認める証言の存在から、新ユーゴは特別の意図を知っていたまたは知るべきであったと主張している⁵²⁾。

6 ジェノサイド防止義務違反による責任

判決はジェノサイド条約1条のジェノサイド防止義務に関して、いくつかの注目すべき見解（防止義務の一般論ではなく条約上のそれに限定して判示しているが）を示した。

まず、ジェノサイドを防止する義務は「行為の義務 (obligation of conduct)」であって「結果の義務 (obligation of result)」ではないという。「可能な限りでジェノサイドを防止するため、当事国に合理的に利用可能なあらゆる手段を行使する」義務である。望まれた結果の不達成により直ちに責任を負うのではなく、防止のためのあらゆる措置を怠ったことより責任が生じるという。ここでは「相当の注意 (due diligence)」の概念が有用であり、様々なパラメーターに基づいて具体的に評価されるという。そのパラメーターにはジェノサイドの実行行為者に実効的に影響を与える能力があり、それは事態の生じた場所からの地理的距離及び当該国家と行為者の間の政治的その他の関係の強さに依存するという。

次に、この防止義務は国家責任条文草案14条3項に定められた国家責任の一般規則に従って、現実にジェノサイドが実行されて初めて防止義務違反による国家の責任が生じるという。また、防止義務違反による責任はジェノサイド条約3条の意味における共犯による責任とは二つの点で差異があるという。すなわち、一つは、共犯は一定の積極的作為を要するのに対し、防止義務違反は防止のための措置を採用しかつ実施しなかったという不作為によるものである。もう一つは、共犯による責任は国家の機関がジェノサイドが実行されようとしているまたは実行中であることの認識を要するのに対し、防止義務違反による責任はジェノサイドが実行される危険を認識しまたは通常認識すべきであったのであれば十分であるという。

このように裁判所はジェノサイド防止義務の性質を明らかにした上で、

新ユーゴがボスニアのセルビア人勢力に対して政治的、軍事的及び財政的結びつきにより影響力を与える立場にあったこと、本件における1993年の二つの仮保全措置によって新ユーゴが具体的な義務に拘束されていたこと、及び新ユーゴの当局特に Milošević 大統領がジェノサイドが発生する重大な危険を認識していたことを認定し、新ユーゴがジェノサイド防止義務に違反していたと認定した。

（1）相当の注意義務としてのジェノサイド防止義務

判決はジェノサイドを防止する義務がいわゆる相当の注意を払う義務であることを明らかにした⁵³⁾。裁判所が説明しているように、この義務は一定の結果（ジェノサイドの実行）の不達成が直ちに当該国の責任を発生させるのではなく、当該結果が予見可能であり結果達成のための措置が合理的に実行可能であった場合に責任が生じる義務である。いわば最善の努力を払う義務である⁵⁴⁾。判決の表現を用いれば、義務国がジェノサイドが実行される危険を認識しまたは通常認識すべきであったこと、及び防止のため当事国に合理的に利用可能なあらゆる手段を行使しなかったことの二つが義務違反の条件となる。国際司法裁判所のコルフ海峡事件本案判決（1949年）では、領域国アルバニアの「了知」が問題とされ、相当の注意義務及び領域使用の管理責任の内容が主観的なものであるか客観的なものであるか議論されてきた。本判決は、国家が現実到了知していた場合だけでなく「通常了知すべき」であった場合にも責任が生じうるとの判断を示し、相当の注意が客観的な概念であることを明らかにしたといえる⁵⁵⁾。また、相当の注意の内容は事案の具体的状況に照らして評価されなければならないが、本判決もそのような評価を行っている⁵⁶⁾。

ここで、裁判所が一部の国内法において債務の分類に用いられる「結果の義務」と「行為の義務」（手段の義務または注意義務）の分類論に言及していることが注目される。国際法においては、当時の特別報告者 Ago が提唱し、国家責任条文の第1読草案20条及び21条において採用された分

類論が存在した。これは、債務の分類と同じ用語を用いつつも、国内法平面における国際義務履行に関して国家が有する裁量の点から国際義務を分類するものであった⁵⁷⁾。この区別は最終草案では削除された。本判決の言及する義務の分類論は、行為の義務を、成功する義務ではなく注意義務であると理解しているがゆえに、本来の意味で用いられている。

他方で、裁判所の相当の注意義務としての防止義務の理解にはいくつかの問題がある。第一に、裁判所が当該義務の違反による責任を不作為の違法行為と観念したことである。裁判所自身、「当事国に合理的に利用可能なあらゆる手段を行使する」ことを怠ったのであればセルビアが責任を負うと述べている。国家が作為すなわち一定の措置をとったとしても、防止のためには不十分であって、まだなしうる手段があったのであれば義務の違反はあるというべきである⁵⁸⁾。

第二に、裁判所が国家責任条文14条3項を引用して、事態が発生してはじめて違反が発生するとした点である。相当の注意義務は一定の結果の達成のために措置をとる義務であって、措置をとらなかったこと（またはとられた措置が不十分であったこと）により違反があったとされるものである。防止義務が相当の注意義務である、すなわち防止のために相当の注意を払う義務である場合は、義務の内容は、防止の対象となる事態が発生しないよう、必要なかつ合理的に可能な措置を講じることであり、必要な措置を講じなければ現実の事態の発生の有無にかかわらず義務の違反があるというべきである。

同様に、ジェノサイド防止義務が相当の注意義務と理解されることによって、ジェノサイド条約の締約国は、ジェノサイドの実行が予見される時点において防止のために必要なかつ合理的に可能な措置を講じなければならず、ジェノサイドが実行されていない段階においても、その不作為について他の国が注意を喚起し、措置の実施を要求できると考えなければならない。

裁判所の見解では、ジェノサイドが現実に行われる時点までは防止義

務違反の責任を問うことができないことになる。すなわち、ジェノサイドが現実に発生するまでは、防止のための具体的行動をとらなくても責任の追及はなされないのである。ゆえに、ジェノサイドを防止する義務の実質は失われてしまうであろう⁵⁹⁾。

裁判所は、ジェノサイドの発生時に義務が存在することになるというのは、義務の内容が防止にあることからいってばかげたことであり、ジェノサイドが発生する重大な危険の存在を知りまたは知るべきであった時点で義務は発生すると説明を施している。しかし、現実のジェノサイドの発生まで責任の追及ができないのであるから、合理的な説明ではない。また、裁判所は1993年4月に新ユーゴにジェノサイド犯罪の実行を防止するためその権限内のあらゆる措置をとる旨の仮保全措置を指示した⁶⁰⁾が、本判決の防止義務の理解に従えば、ジェノサイドが現実に発生してない時点で、将来に向かってジェノサイドの防止を指示することはできないことになる⁶¹⁾。

国家責任条文14条3項は、前述した国際義務の分類論の中で第三のカテゴリーであった防止義務（特定事態発生防止の義務）が、他のカテゴリーが削除されたにもかかわらず残されたものである。国家責任条文の最終草案で分類論が削除された理由として、一次規則の内容は多様であって分類できるものではないこと、及び義務の分類は一次規則の解釈にとってかわるものではないことがあった⁶²⁾。防止義務に関しても、特別報告者Crawford が、防止の対象となる事態の発生が防止義務の違反の条件であるとの解釈が防止の唯一の可能な解釈ではなく、他の解釈の余地もあると指摘していた⁶³⁾。国家責任条文の防止義務の概念があらゆる防止義務に妥当するとは限らないのである⁶⁴⁾。

(2) ジェノサイド防止義務と国の「影響力」

次の問題は防止義務の射程が国家の領域にとどまるか否かであり、これと関連して防止が確実に達成できないような事態に対しても防止義務が及

ぶかどうかである。判決は、新ユーゴの領域外におけるジェノサイドを防止するため、セルビア人勢力に対する影響力を行使しなかったことが条約 1 条に違反するとした。ここで注目されるのは、ジェノサイド防止の注意義務の射程が領域や管轄権ではなく、「影響力」という概念によって画定されるとされたことである⁶⁵⁾。

私人の行為などの、国家にとって外在的な事態を防止する義務が国家に課せられる場合、防止の対象は、領域その他の管轄権または事実上の支配（管理）の下にある事態に限定されるのが普通である。いわゆる領域使用の管理責任（領域管理責任）と呼ばれるものであり、国家が有する法的な権限または事実上の支配のコロラリーとして事態の防止が義務づけられるものである。この義務は領域に限定されるものではなく、国家が自国民の国外の行為（属人主義管轄権）並びに当該国で登録された船舶及び航空機（旗国主義及び登録国主義管轄権）を規制する立法管轄権を有する限りにおいて、また他国の領域を軍事占領その他の形で事実上支配している限りにおいて領域外にも拡張されるものである⁶⁶⁾。

管轄または管理の下の事態は国家が完全にコントロールすることは期待できないがゆえに、この種の義務は相当の注意義務とされている。防止義務も、管轄権及び事実上の支配を前提としており、管轄権及び事実上の支配の下にある事態を防止することを義務づけられるものである。ジェノサイドを防止する義務も国家の管轄権及び事実上の支配の下でのジェノサイドを防止する義務と考えるのが自然である⁶⁷⁾。

ジェノサイド防止義務の範囲が領域に限定されるか否かは本事件の最初の段階から議論になったところであった。本件の先決的抗弁判決（1996 年）は「各国がジェノサイド罪を防止及び処罰しなければならない義務は条約によって領域的に制限されていない」と判示した⁶⁸⁾。本案の審理においてもセルビア・モンテネグロは、防止義務は領域への管轄権またはジェノサイドが行われた地域へのコントロールが前提であると主張した⁶⁹⁾のに対し、ボスニアは、ボスニアの領域との関係で防止を可能にす

るような機能の行使があったことが必要であるとした⁷⁰⁾。

前述したように、領域使用の管理責任は属人主義や旗国主義に基づく管轄権の下にある事態にも及ぶことから、ジェノサイド防止義務がこのような管轄権の下にあって、領域外で発生したジェノサイドにも及ぶと考えられる。現に、ジェノサイド条約の準備作業において、同条約6条は属地主義以外の管轄権特に属人主義に基づく管轄権の行使を排除するものではないとされた（後述）。国家はその領域外で自国民が実行するジェノサイドに対しても防止義務を負うものと考えられる。

ジェノサイド条約1条の防止義務も、領域使用の管理責任としての防止義務と同様に考えるならば、管轄または管理の下の事態に限定されることになるはずである。

しかし、本判決の示した防止義務の射程は、管轄権や事実上の支配を超えて防止義務を認める点で特筆すべきものがある。管轄の下にも管理の下にもない事態を国家は物理的にコントロールすることができないので、裁判所の判断は「何人も不可能事に義務を負わない」という法諺に反することを新ユーゴに要求しているようにみえる。

このことは、判決が、国家における防止の手段の有無を度外視したことから強められる。裁判所は、防止する義務は成功する義務ではないこと、及び防止のためとられた行為が防止に成功することの確実性に依存するものではないことを指摘している。さらに、賠償に関する認定において、新ユーゴの影響力の不行使と Srebrenica でのジェノサイドの実行との間には因果関係がなかったと認定して、金銭賠償を否定した。この判示から帰結されるのは、新ユーゴがセルビア人勢力に対して影響力を行使したとしても Srebrenica の虐殺は行われえたことである。新ユーゴは、防止することの不可能であった事態を防止しなかったことに責任を問われたということになる。

Gattini は、国家責任条文の第1読草案において防止義務を規定した23条のコメンタリーを参照する。そこでは、防止義務の違反があるためには

防止の欠如と防止すべき事態の発生との間に「あれなければこれなし (sine qua non)」の因果関係の存在がなければならぬとされていた⁷¹⁾。Gattini は賠償の認定において新ユーゴの防止の欠如と Srebrenica のジェノサイドの実行との間に因果関係がないと判断されたことを取り上げて、因果関係がないのであれば防止義務の違反はなかったはずであると指摘している⁷²⁾。

Tomka 裁判官は、先に引用した先決的抗弁判決の一節は合理的な方法で解釈しなければならないという。処罰義務については実行上、普遍主義管轄権の行使も認められるが、防止義務について条約は、8条に規定する国連の権限ある機関への注意喚起以外に規定を置いていない。同裁判官は結局、領域外のジェノサイドを防止する義務は、領域外において管轄権を行使するまたは領域外で活動する者にコントロールを行使する程度で存在するという。そこで、本事件では、新ユーゴが Srebrenica 周辺に管轄権を行使していたことも、同地での虐殺の実行行為者にコントロールを及ぼしていたことも証明されていなかったとして、被告に防止義務違反はなかったと結論づけ、判決の認定に反対している⁷³⁾。

Skotnikov 裁判官は、原告及び被告が、領域外のジェノサイドの防止義務があるのは領域外に実効的コントロールを及ぼしていた場合である点で一致していたのに、裁判所がこれを超える認定をしたと指摘し、判決の解釈は条約法条約31条及び32条に反映された条約解釈の慣習法に従った解釈とはいえないとする。判決の提示するジェノサイド防止のため影響力を与えなければならないとの概念は、防止のためにあらゆることをしなければならないという世界の諸国に対するアピールであって、条約の射程を超えた政治的言明であるという。裁判所はコントロールの本質的概念を影響力という高度に主観的な概念に代え、法的に評価できないあいまいな概念を導入したと批判している⁷⁴⁾。

このように、管轄や事実上のコントロールとは無関係に防止義務を措定すること、すなわち現実に防止が不可能な事態の防止を義務づけることに

は批判があるが、他方で、以下に述べる理由から、ジェノサイド条約の防止義務は管轄権または管理と関連しない、より広い射程を持つと考えられ、裁判所が新ユーゴの責任を認定したのは、一般的な防止義務を超えた性格の義務の違反であったと考えられる。

国家責任条文41条によれば、強行規範の重大な違反に対して、違法行為国以外の国は違反の終了のために協力する義務を負う。この義務は、義務国の管轄または管理の下で起きた重大な違反に限定されない。また、戦争犠牲者の保護に関する1949年のジュネーブ諸条約の共通1条及び同条約の第一追加議定書1条1項は締約国に条約または議定書の「尊重を確保する」ことを義務づけており、この義務も、他の締約国（内戦に関する共通3条の尊重に関しては内戦当事者）による違反を防止または終了させるため、抗議などの外交的圧力や報復、復讐といった積極的措置をとる義務であると解されている⁷⁵⁾。いわば「連帯の義務」とでもいうべきものである。

ジェノサイド条約1条の防止義務を国家責任条文41条の協力義務に結びつけて解釈する見解がある⁷⁶⁾。重大な違反に対する他国の協力義務と同様に、ジェノサイドに関して締約国は、他の国家または非国家主体によるジェノサイドを——それが義務国の領域外で起きたジェノサイドであっても——防止または終了させるためになしうる措置をとる積極的義務を負っていると考えられる。「連帯の義務」がジェノサイド防止義務に含まれていると解釈するならば、この義務は、本来の意味での、防止されるべき事態が管轄権または管理の下にあることを前提とする防止義務とは異なる性格の義務であって、ジェノサイドという非人道的行為の重大性またはジェノサイドの禁止の重要性に基づいて含意されたものと考えらるべきであろう⁷⁷⁾。

この積極的義務は、所与の状況において、ジェノサイドを知りまたは知るべきであったこと及び合理的に判断して防止または終了のためになしうる手段があったことに限界づけられることになり、相当の注意義務である

と考えられる。ただし、なしうる手段といっても抗議や警告、対抗措置などに限られ、国家は管轄権の下にも管理の下にもない第三者によるジェノサイドの防止に成功することは期待されえないし、裁判所がこの積極的義務の違反に対して金銭賠償のような救済を裁定することもできないであろう⁷⁸⁾。

なお、ジェノサイド防止のための積極的義務には外交的手段による警告や報復または対抗措置のような措置だけでなく、武力行使まで含まれるかは議論のあるところである。Gattini は、判決が一般国際法上の防止義務への言及を避けたために、いわゆる「保護する責任」論として知られる、国連の枠外で行われる武力行使についての議論⁷⁹⁾に答える機会を逸したと論評し、他方で、「すべての国家は国際法によって許容された限界内で行動することができるのみである」との判決の言明は、人道的介入に対する含意を意図したものであると指摘している⁸⁰⁾。

本件において、新ユーゴ当局が Srebrenica のジェノサイドの計画を知ったまたは知るべきであったならば、ボスニア・セルビア人勢力に対してジェノサイドを実行しないよう警告をすべきであったということになる。ただし、この積極的義務は新ユーゴだけに課せられていたわけではなく、どの国も負っていたものである。新ユーゴの場合は、他の国と異なり、セルビア人勢力との密接に関係ゆえに事前に知ることができ、またより強く働きかけを行うことができる立場にあったに過ぎない⁸¹⁾。

加えて、ジェノサイドが継続中にあるいは終了した後新ユーゴがどのような対応をとったかも問題となりうる。裁判所が新ユーゴの行動を子細に検討すれば、「連帯の義務」の意味でのジェノサイド防止義務違反を認定できた可能性はある。Gattini は、Srebrenica におけるジェノサイドが始まってからのセルビアの行動が重要であり、セルビア人勢力に対して毅然とした対応をとっていれば、Srebrenica の惨劇の規模を縮小させられたかもしれないとの疑いが残るといふ。しかし、Gattini は、判決がセルビアが具体的に何をすべきであったかを論証していないし、Srebrenica

の虐殺が短期間で終了したことから、セルビア人勢力への援助の打ち切りや制裁によってジェノサイドを終了させられたとは考えられないと述べている⁸²⁾。

（3）防止義務違反の認定に関する問題

裁判所の防止義務違反の認定に関して若干の論点が存在する。一つは、裁判所が新ユーゴが仮保全措置によってきわめて具体的な義務に拘束されていたと指摘した点についてである。すなわち、裁判所は1993年4月8日の命令で、「それ〔新ユーゴ政府〕によって指揮または支援されたいかなる軍事的、準軍事的または不正規部隊、及びそのコントロール、指揮または影響力に服するいかなる組織及び者が、いかなるジェノサイド行為、ジェノサイドを実行することの共謀、ジェノサイドを実行することの直接かつ公然の扇動またはジェノサイドの共犯のいかなる行為も実行しないことを確保すべきである」と指示していた⁸³⁾。裁判所によれば、被告がジェノサイド条約上の防止義務を履行する方法を検討するにあたり、仮保全措置を実施する義務を考慮しないことは不可能であるという。

しかし、この点は新ユーゴが仮保全措置に違反したとの判断に関係することであって、ジェノサイド防止義務違反の認定にとって重要ではないように思われる。事前に仮保全措置が指示されているか否かに関係なく、新ユーゴは防止義務を負っていたのであり、仮保全措置の有無にかかわらず新ユーゴの防止義務違反は認定されうるのである。かつて在テヘラン米国外交・領事職員事件（以下、米国外交館人質事件）判決（1980年）において、国際司法裁判所は、イランの外交公館保護義務違反の認定を導くにあたって、イランが外交関係条約上の自らの義務を十分に認識していたことを考慮した⁸⁴⁾。義務の存在を了知していなければ義務違反を認定することはできないものではないし、本件判決は仮保全措置によって新ユーゴが具体的な義務を了知していたと述べているわけでもない。仮保全措置の存在は新ユーゴの防止義務違反をより重大なものにする効果を持つに過ぎな

い。

裁判所は、新ユーゴによる Srebrenica でのジェノサイド発生の危険の了知の証拠として、総会決議 53/35 に基づく国連事務総長報告書「Srebrenica の陥落」(1999年) で言及された、欧州連合の Bildt 交渉官が 1995年 7 月 14日に Milošević 大統領を訪問し Srebrenica の人道的状況に懸念を表明した事実⁸⁵⁾や、ICTY の Milošević 裁判で証言台に立った Clark 将軍が、Dayton 協定の交渉中に Milošević 大統領が将軍に対し虐殺を事前に知っていたことを示す発言をしたと証言したことを参照している。

これに関連して、Shi 裁判官及び Koroma 裁判官の共同宣言は、判決の防止義務に関する判断に賛成しつつ、次のようにそれを補足する見解を述べている。すなわち、防止義務違反の認定は「明確な失った機会の時」の特定を必要し、それは安全保障理事会の 1993年 4 月 19日の決議 819及び 1995年 7 月 12日の決議 1004によって与えられるという。前者の決議は、本判決の裁判所の仮保全措置の指示に留意しつつ、ボスニア・セルビア人勢力による民族浄化を非難し、Srebrenicaとその周辺地域における攻撃による「惨劇的な人道的緊急事態」を憂慮して、国連憲章第 7 章の下で行動し、攻撃を免れる安全地帯として前記地域を扱うことなどを要求した。後者の決議は、Srebrenica 陥落後まだ大量殺害が始まっていない時点で採択されたもので、憲章第 7 章の下で行動して、ボスニア・セルビア人勢力部隊に攻撃を中止し Srebrenica からの即時撤退を要求した。共同宣言によれば、この時点で具体的な危険が存在したという⁸⁶⁾。

両裁判官が指摘するように、安保理による要求によって、その時点で行動をとらなければならない具体的状況を新ユーゴが了知したと認定することができたであろう（前述したように、客観的に予見可能であれば、具体的に了知していることまでは必要ではない）。

なお、Tomka 裁判官は状況の了知についての認定に関して異論を唱えている。すなわち、Srebrenica 及び周辺地域でのジェノサイドの計画は、ICTY の Krstić 事件一審判決の認定⁸⁷⁾によれば、ボスニア・セルビア人

勢力による同地区の奪取（1992年7月11日）の翌日か翌々日に考案され実施されたのであって、新ユーゴ当局が事前にこの計画を知っていたことは証明されていない。ゆえに防止することはできなかったという⁸⁸⁾。Gattini も、セルビアが一般的な民族間の憎しみの状況から事前にジェノサイドの危険を了知していたとの裁判所の認定を批判している⁸⁹⁾。

7 ジェノサイド処罰義務違反による責任

裁判所は、被告がその領域内での所在が確認されている Mladić 将軍を ICTY に引き渡さないことが、ジェノサイド条約6条に由来する ICTY への協力義務に違反すると認定した。判決によれば、ジェノサイド条約の1条及び他の関連規定からジェノサイド処罰義務が生じるが、問題となるのは6条である。条約6条は、締約国に属地主義管轄権、すなわち当該締約国の領域内で行われたジェノサイドの容疑者を訴追することのみを義務づけているに過ぎない。締約国が「国際刑事裁判所 (international penal tribunal)」の管轄権を受諾している場合は、当該締約国は容疑者を国際刑事裁判所に引き渡す義務がある。そして、裁判所は、ICTY が条約6条にいう国際刑事裁判所であるとし、新ユーゴは Dayton 協定によりその管轄権を受諾したので ICTY への協力義務を負うと説明した。

裁判所は、新ユーゴの ICTY への協力義務、換言すれば、ICTY の管轄権の同国の管轄権に対する優越性及び ICTY 規程27条に基づく ICTY 裁判部の発出する命令の拘束力を Dayton 協定に求めたが、それは2000年11月の国連加盟承認の前までは新ユーゴは国連加盟国の地位を持たなかったと認定されたことによる。国連加盟承認前の国連による新ユーゴの取り扱い、一定の限定された範囲で国連内でのプレゼンスを認める趣旨であったと考えられ⁹⁰⁾、国連安保理も、ICTY の設立にあたって特に新ユーゴを国連非加盟国として扱ったようには見受けられない。ゆえに、国連加盟前の新ユーゴの ICTY に対する協力義務の淵源は安保理の強制措置、すなわち国連憲章第7章にあったのではないかという疑問を禁じえない。優越

性の条件の詳細は ICTY 規程と ICTY によるその解釈によるのであって、ジェノサイド条約 6 条に由来する、すなわち新ユーゴが ICTY の管轄権を受諾したことによるものではないように思われる⁹¹⁾。Mladić 将軍の身柄を拘束して ICTY に移送することだけならまだしも、一般的な「ICTY に協力する義務」は条約 6 条の射程を超えているように思われる。

裁判所の示した解釈で注目されるのは、処罰義務の射程である。条約 1 条は締約国にジェノサイドの処罰を義務づけているものの、その範囲は 6 条に規定する範囲にとどまるという。すなわち、ジェノサイドがある締約国の領域内で発生した場合に、当該締約国に容疑者（正犯だけでなく共犯を含む）を訴追する義務を課す。領域国以外の締約国については、国際刑事裁判所が設立され、かつ締約国がその管轄権を受諾した場合には、当該締約国はその領域外で実行されたジェノサイドを含め、その容疑者を国際刑事裁判所に引き渡すことを義務づけられるという⁹²⁾。

いま一つの判決の重要な含意は、ジェノサイドに対する属地主義以外の立法管轄権（特に普遍主義）に関するものである。判決は、条約 6 条は犯罪行為地以外の国際法に合致しうる基準、特に容疑者の国籍に基づいて自国の裁判所に訴追することを禁止していないし、義務づけてもいないとした⁹³⁾。ゆえに、ジェノサイドに対する普遍主義管轄権の可否はジェノサイド条約ではなく一般国際法によることになる。この点は裁判所が「国際法に合致しうる」属地主義以外の管轄権と述べていることから確認される。したがって、ジェノサイドの実行行為者を自国の裁判所において処罰する義務は領域国にのみ課されることになり、それ以外の管轄権の行使は義務としてではないということになる。

このような処罰義務の射程を 6 条の範囲に限定する解釈は問題がないわけではない。締約国の領域外で起きたジェノサイドの容疑者が当該国内に所在している場合に、国際刑事裁判所の管轄権を受諾しない限り、何らの義務も負わないことになり、ジェノサイドの処罰は実効性を欠くものになる。また、実際にはジェノサイドに領域国が関与している場合もあって、

領域国が処罰に必ずしも積極的であるとは限らないので、普遍主義に基づく第三国による処罰の必要性が指摘されている⁹⁴⁾。さらに、本判決における判示は、ジェノサイドを防止し及び処罰しなければならない各国の義務が、条約により領域的に限定されていないとした本件先決的抗弁判決と整合性を欠いているようにみえる。

ジェノサイド条約の起草過程では、ジェノサイドに対する締約国の刑事管轄権について普遍主義管轄権を認める主張は少数であった。国連事務局の原案は、締約国は領域内に所在する加害者を国籍や犯罪行為地と関係なく処罰する義務を負うというものであった⁹⁵⁾。しかし、米国やソ連などの反対により、アドホック委員会において、領域国または国際刑事裁判所によって裁判されるものとするという条文が採択された⁹⁶⁾。総会第6委員会の審議では、領域国が引渡を請求しない場合に普遍主義管轄権が認められるとしたイラン提案⁹⁷⁾が注目されるが、反対する国が多数であり否決された。議論になったのはインドの提案した能動的属人主義⁹⁸⁾及びスウェーデンの主張した受動的属人主義⁹⁹⁾であり、議論の結果、第6委員会の報告書¹⁰⁰⁾に「6条の前半は、その領域においてジェノサイド行為が実行された国の義務を意図したものである。ゆえに、それは、特に領域外で実行された行為のいずれかに対してその国民を自国の裁判所において裁判するいかなる国の権利にも影響しない」との叙述を含めることで妥協が成立した¹⁰¹⁾。

ゆえに、条約の準備作業において、条約6条は領域国の義務を定める一方で、他の国がジェノサイドの実行行為者を裁判する権利は制限されないとしていたのであり、想定されていたのは能動的属人主義であるが、「特に」の語が示すように、それ以外の管轄権も認める意図であった。国際法が認める範囲内での管轄権を排除しないとした裁判所の解釈は、起草時におけるものとしては正しい。もちろん属地主義以外の管轄権を許容するという了解が直ちに普遍主義も認められるということの意味しない¹⁰²⁾。しかし、1条が言明する、ジェノサイドの「国際法上の犯罪」としての性格

に普遍主義管轄権が含意されているとの解釈も主張されている¹⁰³⁾。起草過程でも主張されたような、同じ国際法上の犯罪であって、普遍主義が認められている海賊からの類推を主張する説もある¹⁰⁴⁾。

立法管轄権の行使について、学説では、国際法上許容している規則がある場合に管轄権の行使が認められるアプローチ（いわゆる特定権限説）が有力であるが、常設国際司法裁判所のローチェス号事件判決（1927年）は、主権に有利な推定に基づく、禁止規則がない限り管轄権の行使は自由であるというアプローチ（いわゆる主権内在説）を採用している¹⁰⁵⁾。普遍主義管轄権についても、慣習法上その存在を認める権利がなければならぬのか、それとも国際法が禁止しない限り普遍主義管轄権を行使できるのかは重要な問題である。前者のアプローチであれば普遍主義を認める明示的規則の存在が確認されなければならないが、もし後者のアプローチが正しいのであれば、そのような規則の存在がなくても普遍主義管轄権を行使できることになる。いずれにせよ、普遍的管轄権の存在が肯定されれば、起草過程の議論からみて、条約6条により排除されないと考えられる¹⁰⁶⁾。

国内裁判所の判決では、普遍主義管轄権の成立を肯定した上で、ジェノサイド条約6条は国際犯罪（国際法違反の犯罪）に対する普遍主義管轄権の成立に影響しないとの見解をとるものがある。著名な例として、イスラエルのEichmann事件 Jerusalem 地方裁判所判決（1968年）がある。その先例としての価値には一定の留保が必要であるが、同判決は、人道に対する罪の重大性、普遍性及び処罰の必要性などの国際法違反の犯罪としての性質や、同じく国際法違反の犯罪である海賊行為からの類推などから普遍主義管轄権を肯定した。ジェノサイド条約6条は、ジェノサイド犯罪に対する管轄権を属地主義に限定するものではなく、領域国の義務を規定したもので、慣習法上の普遍主義管轄権の行使を排除しないと述べ、また6条が領域国及び国際刑事裁判所の管轄権のみを認めるのであれば、ジェノサイドの防止及び処罰という条約の目的が損なわれることになる」と判示し

た¹⁰⁷⁾。

国際裁判所においても、ICTY のいくつかの判決は普遍主義が国際慣習法であることを肯定するものがある¹⁰⁸⁾。シエラレオネ特別裁判所上訴裁判部の Romé 和平合意の恩赦に関する決定（2004年）も注目される先例である¹⁰⁹⁾。

特に注目されるのは、欧州人権裁判所の Jorgić 事件判決（2007年）である。同判決は、ジェノサイド条約の締約国は普遍的管轄権の原則を法典化できなかったが、「ジェノサイド条約1条に従って、締約国は、その禁止がユス・コーゲンスの一部をなすところのジェノサイドを防止し及び処罰する対世的義務を負う」と述べた。そして、ドイツ裁判所の判決における、1条に表明された目的が国によるジェノサイドの処罰のための域外的管轄権を排除しないとしたとの判断は、合理的で説得力があると判示した¹¹⁰⁾。

国際司法裁判所の逮捕状事件判決（2002年）は、周知のようにベルギーによる普遍主義管轄権の行使の是非は争点とならなかったが、裁判官の間で活発に議論がなされた。特に、Higgins, Kooijmans 及び Buergenthal 裁判官の共同補足意見は、普遍主義を認める国内判例及び条約を参照し、ローテウス号事件判決にも言及し、また条約における、その対象犯罪の行為者を不処罰のままにすべきでないとの国際社会の決定を指摘し、普遍的管轄権に関する原則が発展しつつあることを指摘した¹¹¹⁾。

いくつかの国際文書で普遍主義を認めているものがある。ILC の1996年の罪の法典案8条は、法典に規定する犯罪（ジェノサイドを含む）について国籍や犯罪行為地を問わず管轄権を設定する義務を課す内容である。そのコメンタリーでは、ジェノサイド条約6条は管轄権を領域国に制限しているが、ジェノサイドは、慣習法上普遍主義が存在する国際法上の犯罪としての性格を有するとの見解を示した¹¹²⁾。ICC 規程の前文は「国際的な犯罪について責任を有する者に対して刑事裁判権を行使することがすべての国家の責務である」と表明したが、これも普遍主義を承認したものであ

るとの解釈がある¹¹³⁾。

国際法違反の犯罪に対する普遍主義管轄権は国際法上確立しているとする説は有力であるが、それは権利ではあるが同時に義務でもあるのか。慣習法上はともかくとして、ジェノサイド条約との関係では、起草時においては領域国にのみ義務を課すことが意図されたにせよ、その後の国際法の発展に照らして、条約1条の処罰義務の射程に含める解釈もありうる¹¹⁴⁾。

この点で興味深いのが Ben-Naftali 及び Sharon の見解である。彼らは、締約国の訴追義務を領域国に限定する本判決の前述の解釈に反対する。そして、条約1条の処罰義務は、締約国に普遍主義管轄権に基づいて、犯罪の発生地及びその国籍とは無関係に容疑者を自国の裁判所に訴追する義務を負わせていると主張する。彼らは、ジェノサイド条約の準備作業において普遍主義管轄権が否定されたことを認めるが、起草者意思から離れて解釈すべきであるという。

彼らは、前記の主張をするにあたって、ジュネーブ諸条約、奴隷制廃止補足条約、アパルトヘイト条約、拷問禁止条約及び強制失踪条約など普遍主義管轄権の設定を義務づける条約、並びに国連決議及び国内判例によって確立された、補完的な普遍主義管轄権を認める慣習法を考慮に入れなければならないという。領域国がジェノサイドに関与することがあるので、訴追義務を領域国に限定することは条約の趣旨及び目的を損なうことも強調する。そして、条約6条は、1条の義務を履行するための最小限の管轄権に関する義務と裁判所の選択肢を与えているに過ぎないという¹¹⁵⁾。

本判決は、条約1条の防止義務の射程は8条(国連による防止及び抑圧のための措置)を超えて独自の射程を有すると判示したが、他方で処罰義務は6条の範囲に限定されるとしたのは、均衡を欠いているように思われる。処罰義務も6条を超えた独自の射程を有すると措定するのが妥当であったように思われる。そうでなければ1条の処罰義務の独自の意義がなくなってしまうであろう。また、実際の見地からも、処罰義務を負う国を領域国に限定するのは、実効的なジェノサイドの処罰が確保されないとい

う不都合を生じることになり、領域国以外の国にも処罰義務を負わせるのが適当であるように思われる¹¹⁶⁾。

さらに進んで、このような解釈を前提として、7条がジェノサイドの容疑者の引渡を規定していることから、条約に「引渡か訴追か (aut dedere aut judicare)」の義務を読み込むことも論理的には可能である。ただし、7条2項のジェノサイド容疑者の引渡の一般的誓約は、引渡が「自国の現行の法律及び条約に従って」行われることを条件としており、不完全なものである¹¹⁷⁾。

学説には、普遍主義管轄権を前提とした条約の各条文の結合により、条約に「引渡か訴追か」の義務を読み込む見解がある¹¹⁸⁾。Bassiouni 及び Wise は、「引渡か訴追か」の義務を課す条約としてジェノサイド条約を挙げる¹¹⁹⁾。Steven は、処罰義務を規定する1条、そのために国際協力が必要であるとする前文、行為者の処罰を規定する4条、刑罰の規定を含む条約の実施のために必要な立法を義務づける5条、及び引渡義務を規定する7条は、6条が一般国際法上の管轄権を排除していないとする解釈と併せて、ジェノサイドの処罰のために国々が協力する制度を作り上げているという。属地主義による処罰が基本であり、領域内で容疑者を拘束した国は領域国に引き渡すべきであるが、誠実に訴追するなら引渡の必要はない。もし領域国による処罰または領域国への引渡が不可能であるなら、条約1条及び4条に基づいて訴追しなければならないという¹²⁰⁾。

国際慣習法上、国際法違反の犯罪に関して「引渡か訴追か」の義務が存在するかは議論の対象となっている¹²¹⁾。しかし、少なくともジェノサイド条約1条が普遍主義管轄権に従って処罰する義務を課しているとするならば、その領域内に容疑者が所在する締約国はつねに自国の裁判所で裁判しなければならないわけではなく、7条に従って領域国その他の国に引渡すこともでき、それによって処罰義務を履行したと考えることもできるように思われる。処罰義務は一般的な射程の内容を持つ義務であって、ジェノサイドの実行者の処罰に寄与するいくつかの措置——自国の裁判所へ

の訴追、関係国への引渡、国際刑事裁判所の管轄権を受諾している場合は当該裁判所への引渡——のいずれかを選択すれば処罰義務を履行したと考えられうる¹²²⁾。

8 救済に関する問題

裁判所は、セルビアのジェノサイド防止義務及び処罰義務、並びに裁判所が指示した二つの仮保全措置の違反を認定したので、これらの責任の結果としてセルビアがいかなる救済をすべきかを検討した。裁判所は、防止義務違反については金銭賠償を否定して、サテイスファクションとしての違法性の宣言を行い、仮保全措置の違反についても同様の宣言を行った。処罰義務の違反については、セルビアが Mladić 将軍を ICTY に移送せず ICTY に協力しなかったことがジェノサイド条約に違反するとの宣言を行い、その義務を履行するよう決定した。

(1) 金銭賠償

裁判所は、セルビアの防止義務違反とボスニアが被った損害、すなわち Srebrenica でのジェノサイドとの間に因果関係が存在しないとして、金銭賠償の支払を裁定しなかった。

金銭賠償の要件としての因果関係の基準について、判決は、因果関係が「十分に直接かつ確実な」ものでなければならず、「十分な確実性の程度をもって」証明されなければならないと述べた。判決が因果関係に関する先例との関係でどのような立場を採用したのかは検討を要する。

ILC の国家責任条文第1読草案44条（第2部8条）コメンタリーでは、先例において示された各種の基準を検討している¹²³⁾。第一は、Alabama 号事件仲裁判決（1872年）などで用いられたとされる¹²⁴⁾、「直接損害」には賠償を認めるが「間接損害」には認めないとする基準である。第二は、Naulilaa 事件仲裁判決（1928年）¹²⁵⁾などで採用された通常性及び予見可能性の基準である。第三は、Dix 事件米国・ベネズエラ混合請求委員会判

決（1903年）¹²⁶⁾などで用いられた損害の近接性（proximity）の基準である。なお、Gattini は、これらの基準の併存は仲裁裁判官がそれぞれの出身国の法体系に用いられる基準を用いたことに由来し、英米法系の影響を受けた裁判官が近接性の基準を、大陸法の影響を受けた裁判官が相当因果関係の基準を用いていると説明している¹²⁷⁾。

第1読草案において ILC は、近接性の基準があいまいであり、近接していない結果であっても違法行為の結果であれば金銭賠償の対象となると述べて、この基準を否定した。そして予見可能性の基準を支持しているようにみえる¹²⁸⁾。

しかし、最終草案ではこの立場は改められるにいった。すなわち、ある事例では「直接性」、他の事例では「予見可能性」の基準が用いられるが、それでも十分ではない。他の要素、例えば「国家機関が当該侵害を意図的に生じさせたか」あるいは「生じた侵害が、規則の目的を考慮して、違反された規則の範囲内にあるか」も関係する。「換言すれば、因果関係の要件は国際義務のすべての違反に関して必ずしも同一ではない」という¹²⁹⁾。

ILC は、因果関係が複数の要素によって判断されることの根拠となる先例を挙げているわけではないし、Gattini が指摘するように¹³⁰⁾、違反のあった義務によって因果関係の要件が異なることにも根拠を挙げているわけではない。

因果関係の基礎となるものは「あれなければこれなし」の事実的因果関係の基準である。しかし、この基準では広すぎ、加害者にその違法行為から生じたあらゆる結果への賠償責任を負わせることが合理的でないと考えられる場合がある。因果関係を限界づけるためにさらなる基準が必要となる。ILC が第1読草案で指摘していたように、損害が違法行為から近接しているかどうかは重要ではないように思われる。因果関係の判断は個別の損害について加害者に責任を負わせることが妥当か否かという規範的判断を含むものであるが、法的基準としては通常性及び予見可能性の基準が有

用であるように思われる。

本判決における裁判所の認定は、どのような基準を採用したのか明確ではないが、セルビアが防止義務を履行したとしても Srebrenica の虐殺が起こらなかったとはいえないとしていることから、事実的因果関係のレベルにおいて因果関係が存在しなかったと判断したと考えられる¹³¹⁾。

Milanović は、判決の因果関係否定の判断を以下の理由から批判している。第一に、不作為に対する因果関係を現実証明することは不可能である。第二に、慣習法及び判例において、不作為の違法行為に対する金銭賠償に因果関係の存在は要求されていない。国家の管轄下における第三者からの人権侵害の防止の欠如を扱った、米州人権裁判所の Velásquez Rodríguez 事件判決 (1989年)¹³²⁾ などがそうであるという。第三に、ジェノサイドの防止の欠如による賠償は、ジェノサイドの実行による賠償と同じものではない。第四に、因果関係の要件は国家責任条文において広義の賠償 (reparation) の総則規定にあたる31条で扱われており、原状回復、金銭賠償及びサティスファクションに共通する要件であって、同一事件において、金銭賠償については因果関係が不十分であるが、サティスファクションでは十分であるということはいえぬ。第五に、ジェノサイドの防止の欠如による賠償の範囲は影響力に比例すべきである。セルビアはボスニア・セルビア人勢力に多大な支援をし、それが虐殺に用いられたので、Srebrenica でのジェノサイドの実行に積極的に貢献している。単なる傍観者 (オランダ PKO 部隊やルワンダの虐殺におけるアメリカのような) で防止義務に違反したのならサティスファクションが適当であるが、セルビアの場合サティスファクションは適当ではないという¹³³⁾。この論者の主張の大半は、防止の欠如という不作為の違法行為の因果関係の判断は、通常の違法行為の判断と異なるという点にある。Gattini も、不作為の因果関係は仮定の要素に基づくきわめて技術的なものであることを指摘する¹³⁴⁾。

防止のために相当の注意を払う義務の違反においては、防止すべき事態

の発生は、義務の対象そのものであって、違法行為の直接の結果である。金銭賠償の対象範囲の画定基準としての因果関係を適用する必要はない。事態に付随して別の損害が生じた場合に因果関係の規則の適用をみることになる。この場合の因果関係の判断は、原因行為が防止の欠如という不作為であり、不作為の結果という仮設的な判断となる（因果関係の判断自体仮設的な判断であるが¹³⁵⁾。

さらに別の問題として、裁判所は「併存原因 (concomitant causes)」を考慮すべきだったのではないかという点がある。このような指摘をした Gattini は、裁判所がこの問題を考慮するのを避けたのは、併存原因に関する実行及び学説が不十分であるからであると指摘している¹³⁶⁾。

ILC は、第 1 読草案の段階では、特別報告者 Arangio-Ruiz の見解¹³⁷⁾を反映して、加害国に生じた損害のすべてに責任を負わせることは衡平ではなく、通常性と予見可能性によって決定される、違法行為の結果たる損害にのみ賠償責任を負わせるべきであるとしていた¹³⁸⁾。しかし、最終草案 31 条コメントリーにおいては、Crawford の見解¹³⁹⁾に基づいて、実行及び判例は競合原因 (concurrent causes) による賠償額の減額を支持しておらず、損害の一部が違法行為国の生じさせた損害から分離可能でない限り、違法行為国はあらゆる結果に責任を負わなければならないとした¹⁴⁰⁾。

最終草案では、大使館人質事件判決における暴徒による身柄拘束とイランによる保護の欠如とが、コルフ海峡事件判決における第三国による機雷の敷設とアルバニアによる警告の欠如とが併存原因の例として挙げられている。そして、両事件において原告国は損害の全額について金銭賠償が認められたことが参照されている¹⁴¹⁾。

これらの事例が併存原因の事例として適切であるかは疑わしい。コルフ海峡事件判決において、第三国の関与は裁判においては証明されておらず、裁判所が因果関係の判断において外在的要素があるにもかかわらず、すべての結果たる損害をアルバニアに負担させると考慮した様子は見受けられない。大使館人質事件判決において、手続は金銭賠償額の認定の段階

にまでいたらなかった。かりにそのような段階に進んだとしても、暴徒による大使館の占拠の継続はイランによる外交公館及び外交官の身体を保護する義務などの違反の直接の結果とみなすべきで、暴徒の行為がイランの義務違反の結果に影響する独自の原因として介在したとは考えられない¹⁴²⁾。

本件の状況に「併存原因」の理論を適用するためには、Srebrenica のジェノサイドの一定の部分がセルビアの防止の欠如の結果発生したことが証明されなければならないが、裁判所の実事認定を前提とする限り、それは困難であるように思われる。

(2) サティスファクション

ジェノサイド防止義務の違反を認定しつつ金銭賠償は認められないと判断した裁判所は、義務違反がもはや継続していない事実に留意しつつ、サティスファクションが適切であるとして、新ユーゴの行為の違法性の宣言を行った。また、防止義務に違反する限りでの新ユーゴの仮保全措置命令の不履行に対しても、サティスファクションとしての違法性の宣言を行った。

サティスファクション（精神的満足）は、伝統的通説においては、国家の精神的損害（moral damage）に対する賠償の形式とされてきた。国家の精神的損害とは、国家の威厳、威信または名誉の侵害であり、具体的には国家元首、外交官、領事職員もしくは外交公館への侵害、または国旗の毀損によるものがそれに該当するとされてきた。他方で、サティスファクションの持っている、違反のあった義務の存在を確認し違法行為の再発を防止するという合法性回復の機能に注目し、違法行為の中止、原状回復及び金銭賠償などの他の救済手段が適用されない場合に認められる、残余的ないしは補充的救済手段とみる見解もある¹⁴³⁾。

国家の精神的損害の概念は明確ではない。外交実行においては公的地位を持たない外国人の被害にもサティスファクションを認めた例があり、ま

たコルフ海峡事件判決などを根拠に国家の領域主権の侵害も国家の精神的損害に含まれるとの説もあって、国家の精神的損害の概念の外縁には不明確さがある。

これとは別に国家の法的損害（legal damage）という概念を認める説もある。Rainbow Warrior 号事件仲裁判決（1990年）は、フランスがニュージーランドと締結した交換公文に違反した事実を認定したものの、義務は終了したとして、特定履行としての違法行為の中止の請求を認めず、ニュージーランドの受けた「精神的及び法的損害」に対する救済としてのサティスファクションとして、フランスの行為の違法性を宣言した¹⁴⁴⁾。

しかし、法的損害なる概念を認めたならば、あらゆる国際義務違反に法的損害が発生するはずなのに、サティスファクションがつねに認められているわけではないという矛盾が生じる。実際には、違法行為の中止、原状回復及び金銭賠償など他の救済手段が認められない場合に限り、法的損害が擬制され、サティスファクションが裁定されている¹⁴⁵⁾。

近年の国際司法裁判所の判決でサティスファクションを扱ったものとして、逮捕状事件判決がある。同判決は、コンゴ民主共和国の外務大臣に対するベルギーによる国際逮捕状の発付が外務大臣の特権を侵害すると認定した。判決は、ベルギーの行為の違法性の宣言がコンゴの被った精神的損害を償うサティスファクションであるとしたが、賠償として不十分であるとし、判決主文では逮捕状の取消を命じ、宣言は行わなかった¹⁴⁶⁾。

そして、本件では、ジェノサイド防止義務の違反及び仮保全措置命令の不履行に対して、サティスファクションとしての義務違反の宣言がもっとも適切であるとした。仮保全措置が法的拘束力を有することはラグラン事件判決（2001年）で明らかにされたが、同判決では仮保全措置命令の不履行が認定され、主文においてその旨の認定が行われた¹⁴⁷⁾。これはコンゴ領域における武力活動事件判決（2005年）でも踏襲された¹⁴⁸⁾。本件判決で、主文における不履行の認定がサティスファクションとしての宣言であることが明らかにされた。

単なる条約違反や仮保全措置命令の違反を国家の精神的損害と構成するのは、国家の精神的損害を不明確なものにするだけであり、法的損害の概念を用いるのは先に述べたように適当ではない。武力活動事件判決や本判決においてはこれらの概念は参照されていない。逮捕状事件判決では逮捕状の取消が命じられたために、サティスファクションの適用は必要なくなったと解すべきである。これらの国際司法裁判所の諸判決においては、サティスファクションが現実を果たしている機能が間接的に認められ、合法性回復のための残余的救済手段として違法性の宣言が下されたとみるべきであるように思われる。

Dupuy も、本判決のサティスファクションの認定に関して、「サティスファクションは……少なくともあらゆる有形的賠償が取るに足らないまたは適応しないようにみえる場合に、主たる違法行為の発生前にあった状況の法的秩序を回復するために適切な方法のようにみえる」と述べている¹⁴⁹⁾。

サティスファクションを規定する国家責任条文37条は、第1読草案45条(第2部10条)¹⁵⁰⁾にはあった国家の精神的損害の概念に言及することなく、被害が「原状回復または金銭賠償によって償われない限りで」サティスファクションが認められるとした。ただし、コメントリーでは非有形的被害(non-material injury)の概念に言及し、Rainbow Warrior号事件判決を引用して、違反の事実自体が国家への侮辱であるとしている¹⁵¹⁾。条文上からみるならば、必ずしも国家の精神的損害の概念を援用することなく、原状回復など他の救済手段が認められない場合の残余的救済手段としてサティスファクションを理解することは可能であるように思われる。

裁判所は、サティスファクションの形式については、判例において用いられてきた行為の違法性の宣言を行うにとどめ、いわゆる懲罰的損害賠償(punitive damages)を認めなかった。ボスニアは、書面手続においては、ボスニアの国家自身及び *parens patriae* として受けたあらゆる損害に対して完全な賠償を受ける権利があることを主張し¹⁵²⁾、懲罰的損害賠償の主

張もしていた¹⁵³）。しかし、口頭審理において、ジェノサイドの実行によるセルビアの責任の追及に主眼があったボスニアの代理人は、ジェノサイドの防止の欠如などジェノサイド条約違反による責任については、裁判所による公式の宣言が適切であると主張していた¹⁵⁴）。この点について、ボスニアの訴訟戦略のミスを指摘する見解がある¹⁵⁵）。ただし、口頭手続においてはボスニア自身、懲罰的賠償が慣習法上確立していないことを認められていた¹⁵⁶）ことに注意しなければならない。

また、ボスニアはセルビアの仮保全措置の指示の違反に対して「象徴的金銭賠償 (symbolic compensation)」を請求していた。この語は名目的損害賠償 (nominal damages) を意味する印象を与えるが、ボスニアはジェノサイドであることを強調しつつ、象徴的金銭賠償のレベルは裁判所に委ねるとの立場をとった¹⁵⁷）。裁判所は、仮保全措置の不履行は防止義務及び処罰義務の違反の一側面またはそれらに吸収されるので、象徴的賠償は必要なく違法性の宣言で十分であると述べた。しかし、名目的賠償を意味するのであれば、機能において違法性の宣言と異なるものではなく¹⁵⁸）、前述のような理由付けをする必要はなかったと考えられる。

Tomuschat は、Rainbow Warrior 号事件判決を根拠に、懲罰的損害賠償がサティスファクションの一形式として認められていると主張する。そして、サティスファクションとしての違法性の宣言の先例であるコルフ海峡事件判決では犠牲者は出ていないのに対し、本件の Srebrenica の虐殺では7000人の犠牲者が出た事実から、違法性の宣言ではなく懲罰的損害賠償が妥当であったと主張する。欧州人権裁判所の判例も、通常は違反の宣言のみで欧州人権条約50条の「公平な満足」を構成するとしつつも、近親者の精神的苦痛の程度が相当なものである場合は金銭賠償を裁定しているという¹⁵⁹）。

しかし、先例には懲罰的賠償を否定したものも存在することに留意しなければならない。さらに、サティスファクションの一形式として「被害国の権利の重大な侵害の場合、侵害の重大性を反映する損害賠償」を規定し

ていた国家責任条文第 1 読草案45条には異論が多く、最終草案では削除された¹⁶⁰⁾。

本判決を論評したものの中には、人権裁判所の実行を根拠に、いわば修復的司法としての救済を国際司法裁判所は裁定すべきであったとする見解がある。Gattini は、判例にも伝統的賠償にも前例はないが、犯罪の例外的重大性に照らして、裁判所は虐殺の生存者及び遺族のために「創造性と感受性」を発揮することができたはずであるという。そして、2005年の国連総会の「国際人権法の重大な違反及び国際人道法の重大な違反の犠牲者の救済及び賠償の権利に関する基本原則及びガイドライン」(決議60/147)や米州人権裁判所の判決をもとに、リハビリテーション、心理的治療、文書センターの設置及び被害者の記憶を尊重し保持するための措置などを命じるべきであったと示唆している¹⁶¹⁾。

Milanović も同様の主張をしているが、Srebrenica の虐殺に関する2003年のボスニア人権裁判部の判決に言及している。同裁判部は、Srpska 共和国が原告に行方不明の近親者に関する情報を知らせず実効的調査を行わないことが、欧州人権条約 3 条及び 8 条などに違反するとし、同共和国に対し調査の実施、Srebrenica 近郊の追悼施設建設のための金銭の支払いを命令した¹⁶²⁾。Milanović は、国際司法裁判所が同様の裁定をしたならば、基本的な義務の違反への賠償として違法性の宣言よりも適切であり、和解のプロセスに貢献しえたと指摘している¹⁶³⁾。

サティスファクションは、現在は、裁判実行では違法性の宣言(かつては名目的損害賠償)、外交実行では陳謝といった形式にとどまっており、懲罰的損害賠償は主権平等に反するとして否定する見解が多い。かつては、原状回復や金銭賠償を除いた多様な措置を含むものとされてきたのであって、義和団事件(1900年)のように謝罪使節の派遣や謝罪を示す記念碑の建立などの措置もサティスファクションの例とされた。しかし、こうした措置は帝国主義的要求を反映したもので、現在は損害と比例しないまたは違法行為国に屈辱を与えるサティスファクションの形式は禁止されて

いる（国家責任条文37条3項）。いわゆる国家の国際犯罪の場合にはこの禁止が解除されるべきであるとの議論もあり、上に参照した論者の見解は、ジェノサイドのような重大な国際違法行為に対する救済に関して新たな解釈の発展を促す契機になるかもしれない。

なお、裁判所がジェノサイド処罰義務違反に関して行った、Mladić 将軍を ICTY に移送せず ICTY に協力しなかったことがジェノサイド条約に違反するとの宣言（主文6項）は、適切なものでなかったように思われる。裁判所はこの宣言をもって適切なサティスファクションを構成するとしている。他方で容疑者を処罰し並びに ICTY に移送し及び ICTY に協力するため実効的措置をとることを決定している（主文8項）。これは一次義務の継続的違反に対してその履行を義務づけたものであって、違法行為の中止にはほかならない。宣言は不必要なものであったように思われる。伝統的な見解に従うとしても、裁判所はボスニアの被った精神的損害の存在を認定していないし、実質的機能に着目する立場でも、義務の履行を命じる決定のみで違反の存在を確認し合法性を回復する機能が果たされているからである。

（3）再発防止の保障及び確約

救済に関する最後の問題は、再発防止の保障及び確約（assurances and guarantees of non-repetition）である。ボスニアは、裁判所が定める形式によりセルビアが再発防止の保障及び確約を提供するよう申し立てた。裁判所は、ボスニアがその請求の根拠とした「セルビア・モンテネグロにおいてジェノサイドを求める動きが消滅したかどうかに関して憂慮をもたらす最近の事態」では十分な根拠を構成しないとし、セルビアがジェノサイドの容疑者を移送する義務を負うとの宣言がセルビアの処罰義務の宣言として十分であるので、再発防止の保障及び確約の命令は適当ではないとした。

再発防止の保障及び確約は、伝統的にはサティスファクションの一形式

とされてきた¹⁶⁴⁾。しかし、ILC の国家責任条文の第 1 読草案46条 (第 2 部10条 bis) においては、再発防止の保障及び確約がサティスファクションと同様の防止的機能を有することを認めつつも、将来を指向している点で独自の救済手段であるとみなした¹⁶⁵⁾。さらに、最終草案においては、再発防止の保障及び確約は、元の法的関係の継続及び強化であって将来を指向する防止的機能を有し¹⁶⁶⁾、ゆえに違反のあった法的関係の回復及び修復、並びに両者が一次義務の有効性の継続を前提とする点で、違法行為の中止と共通する (ただし、将来の履行の積極的側面を扱うのに対し、中止は継続する違法行為の終了という消極的側面を扱う) との理由で、広義の賠償を扱った部分から外され、中止とともに30条に置かれた¹⁶⁷⁾。なお、ILC の審議では、再発防止の保障及び確約が「元の義務を超えた新たな義務」であるとの理解があったという¹⁶⁸⁾。

国際司法裁判所はラグラン事件判決で初めて再発防止の保障及び確約を扱った¹⁶⁹⁾。ドイツの求めたいくつかの再発防止の保障及び確約の中で、一般的な再発防止の保障の要求については、米国がウィーン領事条約の違反を認めて行った陳謝では不十分であると認定しつつ、訴訟手続中に米国が表明した、条約履行を確保するためのプログラムが、この点に関する努力を継続するとの米国のコミットメントの表明になり、それがドイツの求める要求に合致するとした。また、米国の国内法が領事条約36条1項の下での権利の実効的行使の妨げにならないことを確保するよう求めるドイツの要求については、米国の国内法がウィーン条約の義務に合致していないわけではないこと、米国が将来ウィーン条約に反してドイツ国民に重大な刑罰を言い渡した場合、刑の言渡の再審査及び再検討の義務を米国は負うが、その手段の選択は米国に委ねられることを判示した¹⁷⁰⁾。アヴェナ事件判決 (2004年) でも同様の判断がなされた¹⁷¹⁾。それ以外の裁判でも当事国によって請求はなされたが、裁判所が認めた例はない¹⁷²⁾。

再発防止の保障及び確約が裁定されるための要件は、「状況により必要な場合」と規定されているが、必ずしも明確ではない。国家責任条文第 1

読草案46条コメンタリーでは、違法行為の再発の現実の危険及び被害の重大性を挙げ、具体的にどのような状況において認められるかは裁判官の判断に委ねられるとした¹⁷³⁾。この二つの要件はラグラン事件においてドイツにより援用された¹⁷⁴⁾。学説によれば、再発の危険性より被害の重大性が重視される傾向にあり、ラグラン事件判決では損害の重大性に加えて、他の手段（陳謝）の利用可能性及び不十分性が考慮されたという¹⁷⁵⁾。

再発防止の保障及び確約の内容は、状況において必要な措置とされるが、単なる約束または義務の引き受けから極端に厳格な措置まで多様な内容があるとされる¹⁷⁶⁾。この救済手段は内容を区別してその性質を検討する必要がある。具体的には口頭または文書による再発防止の約束（再発防止の確約）と違法行為国が採用する具体的な措置（再発防止の保障）とに区別するのが有用である¹⁷⁷⁾。違法行為国が口頭または文書で違法行為の再発防止を確約するならば、サティスファクションに含まれる陳謝や違法行為の自認といった形式と変わるものではなく、サティスファクションの一形式とみなされる¹⁷⁸⁾。裁判においては、裁判所が行為の違法性の宣言を行えば、重ねて再発防止の確約を命じる必要はない。再発防止の確約とサティスファクションは、ともに違反のあった法的関係を回復する、将来を指向する防止的機能を有するからである。

次に、再発防止の保障として、加害国が具体的な措置をとらなければならぬ場合は検討の必要がある。そうした措置は一般的には違反のあった一次規則の履行そのものとみるべきであり、違法行為の中止に包摂されるであろう。司法機関は立法機能を持たないのであるから、原則として再発防止の保障は一次義務の許容する範囲にとどまるものでなければならない。

そこで、再発防止の保障が独自の救済手段としての存在意義を持つとすれば、それは一次規則が義務づける範囲を超えた措置である。裁判所がこのような措置を命じることは、裁判所による立法であって想定しがたいことであるが、それは司法機能の理解にかかっている。裁判所に具体的事案

における正義の実現のために法を超えて弾力的な救済を命じる裁量を認めるか否かである。この場合に、再発の危険と被害の重大性の二つが要素となるように思われる¹⁷⁹⁾。

本判決で裁判所がボスニアの再発防止の保障及び確約の請求を退けた際の理由付けは、他の手段の利用不可能性が考慮されたとみる見解もある¹⁸⁰⁾。がしかし、再発防止の保障及び確約は、類似の機能を持つ中止やサティスファクションのような他の救済手段が可能である限り、必要とされないことを示していると思われる。処罰義務の履行が命じられ、防止義務の違反及び仮保全措置の不履行にサティスファクションが裁定されれば、それ以上に違反の存在を確認し法的関係を回復する措置は必要なくなるからである¹⁸¹⁾。

Tomuschat は本判決の認定を批判して次のように述べている。国家責任条文において再発防止の保障及び確約が独自の地位を与えられたことから、一次義務の違反に関わらないより広いスケールで利用可能であるべきである。通常、多数国間条約の当事国は他の当事国の信義誠実を信頼し、事前に履行の意思を確認する権利は持たないが、履行の一般的推定を動揺させる事態が発生した場合は別であるという。本件でセルビアは、紛争の当初に行われたジェノサイド行為の再発を防止するためのいかなるイニシアチブもとらなかったという¹⁸²⁾。しかし、前述したように、一次義務の内容を超えて広範な再発防止の保障を裁定することには慎重でなければならぬであろう。

〔判決後の動き〕

セルビアは2011年5月26日に Ratko Mladić の身柄を拘束したことを発表し、身柄を ICTY に移送した。裁判は翌年5月16日に開始された。なお、Srpska 共和国元大統領であった Karadžić も、2008年7月にセルビア当局により拘束され、ICTY で裁判が行われている。

註

- 1) 本稿(1494頁参照。他方で、ジェノサイド条約の締約国はジェノサイドの実行をしない義務だけでなく、共謀、直接かつ公然の扇動、未遂及び共犯をしない義務を負うとする（ただし、未遂に対する国家の責任は理論的可能性にとどまる）見解として、M. Milanović, State Responsibility for Genocide, *European Journal of International Law* (hereinafter *EJIL*), vol. 17 (2006), p. 571. また参照、J.D. Ohlin, State Responsibility for Conspiracy, Incitement, and Attempt to Commit Genocide, in P. Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention: A Commentary* (2008), p. 374.
- 2) 第1読草案28条は、援助行為そのものが他の一次規則で禁止されているか否かを問わないとしていた。この点は、強制する行為自体が干渉義務に反する（友好関係原則宣言第3原則2項参照）、一国による他国の国際違法行為に対する強制の場合（国家責任条文18条）とは異なる。
- 3) *Yearbook of International Law Commission* (hereinafter *ILC Yearbook*), 1978, vol. 2, part 2, p. 102, para. 13. 最終草案コメントリーでは（第1読草案コメントリーでも挙げられているが）、他国の違法行為に対する設備や資金の提供、国際水路の閉鎖のための手段の提供、外国にいる者の誘拐を促進すること、第三国国民の財産を破壊することの援助の例を挙げている
- 4) （西）ドイツの声明は、侵略の援助のために領域を使用させることは違法であるとの信念を示しているという。*Ibid.*, p. 103, para. 15. Quigleyは、一国の他国の違法行為への援助が違法であるとの規則が慣習法上のものであると主張し、それを根拠づける国家実行を挙げている。それには、他国による第三国への侵略や領域侵犯のための領域の使用の許容、他国の違法行為を促進する政治的行為（国際司法裁判所のナミビア事件勧告的意見など）、第三国への侵略行為を行う他国に対する物理的援助、人道法違反に対する援助（1949年のジュネーブ諸条約共通1条に言及している）、人権侵害のために用いられた援助を非難する国家の声明や国際機構の決議が挙げられている。また、国連憲章2条5項にも言及している。J. Quigley, Complicity in International Law: A New Direction in the Law of State Responsibility, *British Yearbook of International Law*, 1987, p. 83. 最終草案コメントリーでも、憲章2条5項及び侵略の定義に関する決議3条(f)への言及がある。*ILC Yearbook*, 2001, vol. 2, part 1, p. 66, para. 2.
- 5) ILCは「国際法の“漸進的発達”の要求は無視されえない」と述べている。*ILC Yearbook*, 1978, vol. 2, part 2, p. 103, para. 16. 審議の状況については、M.L. Padelletti, *Pluralità di Stati nel fatto illecito internazionale* (1990), p. 94. 国連総会第6委員会では、いくつかの先進国は、本条が慣習法上の規則であることに否定的な見解を示した。Quigley, *op.cit.*, p. 100. 第2読の特別報告者であったCrawfordも、本条は部分的には漸進的発達の規則であるとみていた。J. Crawford, Second report on State responsibility, *ILC Yearbook*, 1999, vol. 2, part 1, p. 48, para. 172.
- 6) Padelletti, *op.cit.*, p. 94. 参照、第1読草案の審議におけるRiphagen委員の見解, *ILC Yearbook*, 1979, vol. 1, p. 19, para. 5.
- 7) B. Graefrath, Complicity in the Law of International Responsibility, *Revue belge de droit*

international, 1996, no. 2, p. 380. この見解によれば、条文16条は41条2項の射程を超えるものではないことになる。ILCで同様の見解を述べるものとして、Riphagen委員の見解、*ILC Yearbook*, 1978, vol. 1, p. 232, paras. 7-8 and 1979, vol. 1, p. 19, para. 5. これに反対するものとして、Quigley, *op.cit.*, p. 104.

- 8) Padelletti, *op.cit.*, p. 76; Quigley, *op.cit.*, p. 108. ILCの第1読草案においては援助が違法行為の遂行のために行われたことが証明されることを条件とするのみであったが、特別報告者 Ago 及び多数の委員の見解に基づき、コメントリーでは、援助国の側の違法行為の了知によって示される、援助の目的または意図が証明されることが必要であるとし、意図を欠いて行われた援助や違法行為の発生可能性の認識では不十分であるとしていた。*ILC Yearbook*, 1978, vol. 2, part 2, p. 104, para. 18. 最終草案では援助国が違法行為の状況を了知して援助したことを条件とすることが明示された。*Ibid.*, 2001, vol. 2, part 2, p. 65.
- 9) 第1読草案コメントリーは、「援助または支援が、当該援助または支援を受ける国が国際的に違法な行為を実行することを実体的に (materially) より容易にする効果を有さなければならない」とするのみであった。*Ibid.*, 1978, vol. 2, part 2, p. 104, para. 17. これは因果関係の要件を示すものか明確でないとの指摘がある。Padelletti, *op.cit.*, pp. 74 and 96. Crawford は、援助が違法行為の不可欠の前提条件であることを要求するのは、他の偶然性に関する推測を招き同規則の適用に抜け道を作り出すとの立場を示した。Crawford, *Second report*, p. 50, para. 182. 最終草案コメントリーも、援助が違法行為の実行を促進すること、相当地に寄与することで十分であって、本質的である必要はないと述べている。*ILC Yearbook*, 2001, vol. 2, part 2, p. 66, para. 5.
- 10) 理由として次の点を挙げている。条約は締結した国の特定の政策を反映して個性が強く、国際法では条約当事国間の関係性が重視されている。国内法からの類推も、契約違反に対する契約外の第三者による援助に第三者の責任を認める一般原則を有する国とそうでない国がある。仮に類推が許されるとしても、国際法は契約の合法性をコントロールする国内法とは異なるという。Crawford, *Second report*, p. 50, paras. 183-186.
- 11) C. Dominicé, Attribution of Conduct of Multiple States and the Implication of a State in the Act of Another State, in J. Crawford, A. Pellet and S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility* (2010), p. 286.
- 12) もし16条の規則が現行法であるとしても、他国の違法行為に対する一国の援助を禁止する規則を、非国家主体の行為に対する援助に類推適用することが認められるかどうかはまた別の問題である。Cf. A. Cassese, On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide, *Journal of International Criminal Justice* (hereinafter *JICJ*), vol. 5 (2007), p. 881.
- 13) 犯罪への加担 (participation) の処罰は刑法の一般原則であると述べるものとして、Prosecutor v. Delalić *et al.* (Trial Judgment), Case No. IT-96-21-T (1998), para. 321. また、拷問禁止条約4条1項及びアバルトヘイト条約3条に言及するものとして、Prosecutor v. Tadić (Trial Judgment), Case No. IT-94-1-T (1997), para. 666.
- 14) United Kingdom v. Tesch and Two Others (1947), *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. I, p. 93.

- 15) ILC の「人類の平和及び安全に対する罪の法典案」(以下、罪の法典案) 2条3項(d)は「その実行のための手段の提供を含む、当該犯罪の実行を知りつつ直接かつ実質的に補助し (aid), 唆し (abet) または他の方法で支援する (assist)」個人は刑事責任を負うとしていた。 *ILC Yearbook*, 1996, vol. 2, part 2, p. 18. また、同項(b)は犯罪の実行を命令すること、(e)は犯罪実行の計画または共謀に加担すること、(f)は犯罪の実行を直接かつ公然に扇動することを犯罪としている。これらの形式間の関係（特に(c)の広義の補助は(f)の扇動を含む）が問題になりうる。 Cf. W.A. Schabas, *Genocide in International Law*, 2nd ed. (2009), p. 344. ICTR の Akayesu 事件判決は、犯罪への二次的加担の形式として、計画、教唆、命令及び補助の概念を検討した。 *Prosecutor v. Akayesu* (Trial Judgment), Case No. ICTR-96-4-T (1998), paras. 480-485. なお、ICTY 規程7条1項における加担者の刑事責任が国際慣習法であることを論証したものとして、 *Prosecutor v. Tadić* (Trial Judgment), para. 663.
- 16) UN Doc. E/447, p. 5.
- 17) UN Doc. E/794, p. 20.
- 18) UN Doc. A/C.6/236.
- 19) 起草過程についての詳細は、Schabas, *op.cit.*, p. 341.
- 20) E. van Sliedregt, *Complicity to Commit Genocide*, in *The UN Genocide Convention*, p. 164.
- 21) Milanović, *State Responsibility for Genocide*, p. 573. Krstić 事件上訴判決の Shahabudeen 裁判官の一部反対意見は、起草者が念頭に置いていたのは、集団絶滅のためガスを使用する者にその意図を知って売却する行為であったという。 *Prosecutor v. Krstić* (Appeal Judgment), Case No. IT-98-33-A (2004), Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabudeen, para. 67.
- なお、条約3条(b)の共謀及び3条(c)の直接かつ公然の扇動も、広い意味での共犯に含まれるが、これらは未完成犯罪 (inchoate crime) であって、正犯に対する従属性を持たず、その行為自体を処罰することに意義がある。 *Prosecutor v. Akayesu* (Trial Judgment), para. 561; *Prosecutor v. Musema* (Trial Judgment), Case No. ICTR-96-13-T (2000), para. 185. ゆえに、直接性や公然性を欠く扇動が刑事責任を生ぜしめないわけではないとされる。
- 22) 初期の ICTR の判例では aiding (狭義の補助) と abetting (唆し) は区別され、前者は犯罪を実行する他者を支援または助けることを意味し、後者は犯罪の実行を促進、奨励、助言または教唆することを意味するとされた。 *Prosecutor v. Semanza* (Trial Judgment), Case No. ICTR-97-20-T (2003), para. 384; *Prosecutor v. Kamuhanda* (Trial Judgment), Case No. ICTR-95-54A-T (2004), para. 596. 後者については、行為の実行に同情的であることによってそれを促進することという定義もある。 *Prosecutor v. Akayesu* (Trial Judgment), para. 484. しかし、ICTY においては、“aiding and abetting” を単一の概念として扱う傾向にある。例えば、 *Prosecutor v. Tadić* (Trial Judgment), para. 689; *Prosecutor v. Furundžija* (Trial Judgment), Case No. IT-95-17/1-T (1998), para. 249.
- アドホック裁判所の判例は、補助の構成要件を「一定の特定の犯罪の実行への支援、奨励または精神的支持の付与に特別に向けられた行為」であって、「当該支持が犯罪の実行に実質的効果を有する」ものと定義した。 *Prosecutor v. Vasiljević* (Appeal Judgment),

Case No. IT-98-32-A (2004), para. 102. ただし、「特別に向けられた (specifically directed)」の部分には必ずしも必要ないとされる。Prosecutor v. Blagojević and Jokić (Appeal Judgment), Case No. IT-02-60-A (2007), para. 189. 類似の定義を採用するものとして、Prosecutor v. Furundžija (Trial Judgment), para. 231. ジェノサイドの共犯に関してであるが、「ジェノサイド犯罪の完遂に寄与したまたは実質的效果を有する援助または奨励のあらゆる行為」との定義もある。Prosecutor v. Semanza (Trial Judgment), para. 395. 幫助と認定された例には、被害者の逃亡防止のため武器を持って被害者の側に立っていたこと (Prosecutor v. Vasiljević (Appeal Judgment), para. 134) のほか、ジェノサイドの幫助と認定された例として、主犯に武器を提供したこと (Prosecutor v. Rutaganda (Trial Judgment), Case No. ICTR-96-3-T (1999), para. 391; Prosecutor v. Elizaphan and Gérard Ntakirutimana (Appeal Judgment), Case Nos. ICTR-96-10-A and ICTR-96-17-A (2004), para. 530), 主犯を犯行現場に移送したこと及び殺害の被害者を指し示したこと (*ibid.*, para. 532), 並びにジェノサイドの計画の実施のため自己の部隊の資源の使用を許したこと (Prosecutor v. Krstić (Appeal Judgment), para. 137) などがある。幫助には精神的支持や奨励も含まれ、犯行現場における上官の存在が暗黙の承認として幫助が認定された例がある。Prosecutor v. Akayesu (Trial Judgment), para. 705; Prosecutor v. Aleksovski (Appeal Judgment), Case No. IT-95-14/1-A (2000), paras. 36-37; Prosecutor v. Brđanin (Appeal Judgment), Case No. IT-99-36-A (2000), para. 273; Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza and Ngeze (Appeal Judgment), ICTR-97-20-A (2007), para. 482. 不作為も犯罪を防止する義務がある場合には幫助と認定される。Prosecutor v. Blaškić (Appeal Judgment), Case No. IT-95-14-A (2004), para. 663; Prosecutor v. Orić (Appeal Judgment), Case No. IT-03-68-A (2008), para. 43. また、幫助の罪に問われた者の行為と主たる犯罪の間に「あれなければこれなし」の因果関係は不要であるが、幫助行為が主たる犯罪に実質的效果を有するものでなければならないとされている。Prosecutor v. Furundžija (Trial Judgment), para. 231; Prosecutor v. Blaškić (Appeal Judgment), para. 48.

さらに、共犯者が加担の程度により (共同または間接) 正犯として扱われるかはその論点である。Eichmann 事件 Jerusalem 地方裁判所判決は、被告人を他の者と共同して全体の犯罪を実行したとして正犯として扱った。Attorney General of Israel v. Eichmann (1961), *International Law Reports* (hereinafter *ILR*), vol. 36, pp. 234-235, para. 194. ICTY 第一審裁判部のいくつかの判決は、最高次のレベルでジェノサイドの計画を考案しそれを実施するための主要な処置を講じた者、すなわち「中心的な調整的役割 (key coordinating role)」を果たし、かつ「その加担が極端に重要な性質のものでありかつ指導者レベルにおけるものである」者は正犯または共同正犯であるとした。Prosecutor v. Krstić (Trial Judgment), IT-98-33-T (2001), para. 644; Prosecutor v. Stakić (Decision on Rule 98 bis Motion for Judgment of Acquittal), Case No. IT-97-24-T (2002), para. 50. しかし、上訴裁判部は、被告人をジェノサイドの正犯であるとの認定を覆し、幫助者として有罪認定を行った。Prosecutor v. Krstić (Appeal Judgment), para. 144. ICTR の Gacumbitsi 上訴判決は、ジェノサイドの文脈では正犯の要件である「犯罪への直接かつ物理的参加」は物理的殺害に限られず、被告人の役割は計画、命令及び教唆を超えており、ジェノサイドを

実行したと認定した。裁判官の間では正犯の要件の理解をめぐって議論がなされた。Prosecutor v. Gacumbitsi (Appeal Judgment), Case No. ICTR-2001-64-A (2006), paras. 60–61. やはり、ジェノサイドの正犯について同様の緩やかな解釈を示すものとして、Prosecutor v. Seromba (Appeal Judgment), Case No. ICTY-2001-66-A (2008), para. 161. 学説では、ジェノサイドの文脈では、ナチス・ドイツの Hitler のように共犯者こそが首魁であること、背後に知的主犯 (auctor intellectualis) が存在することがしばしばであり、二次的加担者であっても主犯としての責任を負わせるべきであるとの主張がある。Schabas, *op.cit.*, p. 286; van Sliedregt, *op.cit.*, p. 177. 他方で、国際刑事法は幫助の刑を正犯のより減輕する規則を持たないので、正犯に特徴づける必要はないとの見解もある。R. Cryer, H. Friman, D. Robinson and E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2nd ed. (2010), p. 364.

- 23) Prosecutor v. Akayesu (Trial Judgment), paras. 547–548.
- 24) Prosecutor v. Semanza (Trial Judgment), paras. 391–395.
- 25) Prosecutor v. Krstić (Trial Judgment), para. 640.
- 26) Prosecutor v. Stakić (Trial Judgment), Case No. IT-97-24-T (2003), para. 531. Cf. Prosecutor v. Stakić (Decision on Rule 98 bis Motion for Judgment of Acquittal), para. 50.
- 27) Prosecutor v. Krstić (Appeal Judgment), paras. 138–139.
- 28) Prosecutor v. Krnojelac (Appeal Judgment), Case No. 97-25-A (2003), para. 70. Akayesu 事件判決は、共犯の類型には、大陸法では教唆、幫助及び手段の供与の三つがあり、英米法においても異ならないとしている。Prosecutor v. Akayesu (Trial Judgment), paras. 533–535.
- 29) *Ibid.*, paras. 485, 540 and 547. 同様の判断を示すものとして、Prosecutor v. Musema (Trial Judgment), para. 168; Prosecutor v. Elizaphan and Gérard Ntakirutimana (Trial Judgment), Case Nos. ICTR-96-10-T and ICTR-96-17-T (2003), para. 787. なお、ICTY は共同正犯を肯定するが、実質はいわゆる犯罪集団 (joint criminal enterprise) に関するものである。Prosecutor v. Tadić (Appeal Judgment), Case No. IT-94-1-A (1999), paras. 190 and 192. 他方で本来のそれについて否定的なものもある。Prosecutor v. Stakić (Appeal Judgment), Case No. IT-97-24-A (2006), para. 62. 他方で、ICC は共同正犯の適用に積極的である。例えば、Prosecutor v. Lubanga Dyilo (Trial Judgment), Case No. ICC-01/04-01/06 (2012), para. 994. Cf. Prosecutor v. Lubanga Dyilo (Decision on the confirmation of charges), Case No. ICC-01/04-01/06 (2007), para. 322. ICTY と ICC の違いは、共同正犯の明文規定の有無や犯罪集団に参加した者が正犯として扱われるか否かの違いに起因するものと思われる。また、ICC では他人を用いて犯罪を実行した、間接正犯 (indirect perpetrator) の概念を認める決定がある。Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui (Decision on the confirmation of charges), Case No. ICC-01/04-01/07 (2007), para. 514.
- 30) Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana (Trial Judgment), Case No. ICTR-95-1-T (1999), para. 205.
- 31) Prosecutor v. Bagilishema (Trial Judgment), Case No. ICTR-95-1A-T (2001), paras. 36 and 71.

- 32) Furundžija 事件一審判決は、ツィクロンB事件などの第二次大戦後の戦犯裁判、及び「知りつつ」補助する行為に刑事責任を認めるILCの罪の法典案 2 条 3 項(d)の規定などからそのような結論を導いた。Prosecutor v. Furundžija (Trial Judgment), paras. 236-249. また参照、Prosecutor v. Tadić (Appeal Judgment), para. 229.
- 33) 被告人は VRS の主要参謀のジェノサイドを実行する意図を了知していたと認定した。Prosecutor v. Krstić (Appeal Judgment), paras. 138-142. なお、この問題に関する ICTY 及び ICTR の判例の展開について、C. Eboe-Osuji, 'Complicity in Genocide' versus 'Aiding and Abetting Genocide': Construing the Difference in the ICTR and ICTY Statutes, *JICJ*, vol. 3 (2005), p. 56; G. Dawson and R. Boynton, Reconciling Complicity in Genocide and Aiding and Abetting Genocide in the Jurisprudence of United Nations *Ad Hoc* Tribunals, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 21 (2008), p. 241.
- 34) Prosecutor v. Ntakirutimana (Appeal Judgment), paras. 499-501. この判決は ICTR の判例法と ICTY の判例法を調和させようとしたと評される。van Sliedregt, *op.cit.*, p. 170.
- 35) Schabas は、ジェノサイドの集団的性質を強調し、特別の意図を国家の計画または政策と捉える立場から、主犯であれ共犯であれ、計画または政策を了知していれば十分であるという。Schabas, *op.cit.*, p. 353.
- 36) Keith 裁判官宣言, paras. 2-7.
- 37) Bennouna 裁判官宣言。
- 38) Skotnikov 裁判官宣言。
- 39) M. Milanović, State Responsibility for Genocide: A Follow-Up (hereinafter Follow-up), *EJIL*, vol. 18 (2007), pp. 680-684. この見解とは逆に、Schabas は、共犯の形式によって精神的要素の要件が異なるとするアドホック裁判所のアプローチを批判している。Schabas, *op.cit.*, p. 353.
- 40) 英米法においては、第一級主犯（正犯）、第二級主犯及び事前従犯が区別された。第二級主犯と事前従犯は犯行現場に居合わせたか否かで区別された。精神的要素については、非難可能性の低い事前従犯には、より重い「目的的態度 (purposive attitude)」が必要とされ、第二級主犯は了知でよいとされていた。しかし、米国の判例では、必ずしも前記の区別は明確ではなく、この論者は、事前従犯に了知の基準を適用した判例は、政策的見地から犯罪の性質の重大性を考慮していると分析している。van Sliedregt, *op.cit.*, pp. 176 and 188. なお、ジェノサイドを含む国際法違反の犯罪を国内法上も犯罪化した各国の立法においては、その刑事責任の形式については規定を設けず自国刑法の一般原則に委ねるものが多い（フランス刑法典211-1条、ドイツ国際刑法典 2 条、英国2001年国際刑事裁判所法 6 条など）。国内裁判では、1997年のドイツの Bayern 州最高裁判所の Djajić 事件判決 (*Neue Juristische Wochenschrift*, 1998, p. 392), 2007年のオランダのハーグ控訴裁判所の Van Anraat 事件判決（紹介として、H.G. van der Wilt, Genocide v. War Crimes in the Van Anraat Appeal, *JICJ*, vol. 6 (2008), p. 557) がある。
- 41) Milanović, Follow-Up, p. 683.
- 42) なお、ジェノサイド条約 3 条(b)の共謀は ICC 規程に再掲されず、規程の共犯に関する規定では十分にカバーされないことからギャップがあるとされる。そして、それは

- Nuremberg 裁判における共謀の適用への批判によるものであるとの見解がある。A. Eser, *Individual Criminal Responsibility*, in A. Cassese, P. Gaeta and J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary* (2002), vol. 1, p. 802.
- 43) *Ibid.*, p. 801; van Sliedregt, *op.cit.*, p. 174. 規程における新たな基準が動機の探究という困難な問題を生じることになることを指摘するものとして, Cryer *et al.*, *op.cit.*, p. 377. なお, ICC 規程における精神的要素に関しては, K. Ambos, *Some Preliminary Reflections on the Mens Rea Requirements of the Crimes of the ICC Statute and of the Elements of Crimes*, in L.C. Vohrah (ed.), *Man's Inhumanity to Man* (2003), p. 11. 他方で, 幫助の構成要件について, 規程は寄与の実質性を明記していないが, そのことは重要な問題ではないとするものとして, Cryer *et al.*, *op.cit.*, p. 377. ICC 規程は25条3項(a)で正犯(共同正犯を含む), (b)で犯罪の実行を命令し, 教唆し(solicit)または勧誘する(induce)者の責任を規定している。
- 44) P. Palchetti, *State Responsibility for Complicity in Genocide*, in *The UN Genocide Convention*, p. 383.
- 45) Cassese, *op.cit.*, p. 882; Milanović, *Follow-up*, p. 680.
- 46) R. Ago, *Seventh report on State responsibility*, *ILC Yearbook*, 1978, vol. 2, part 1, p. 57, paras. 70-72. ただし, 扇動の事例は含まれないとしていた。*Ibid.*, p. 54, para. 62.
- 47) ただし, 3条は, 一国によるジェノサイドに対する他国の共犯が射程に含まれるか否かを特定していないと述べている。*Ibid.*, p. 58, n. 114.
- 48) 例えば, Reuter (*ILC Yearbook*, 1978, vol. 1, p. 229, para. 4), Castaneda (*ibid.*, p. 230, para. 9), Ushakov (*ibid.*, p. 232-233, para. 3), Sahović (*ibid.*, p. 234, para. 11), Quentin-Baxter (*ibid.*, p. 236, para. 31) 及び Schwebel (*ibid.*, p. 237, para. 35) の各委員の発言。
- 49) ただし, 人の集団に対する国の指示または命令は集団の行為を国に帰属させることになり, また他国への教唆が命令または強制を含む場合は, 他国の国際違法行為に対する指揮及びコントロールによる責任(国家責任条文17条)または他国の国際違法行為の強制による責任(同18条)に該当するという。Palchetti, *op.cit.*, p. 384.
- 50) 刑法概念の導入によって, 行為を実行した個人は免責事由を援用しうるのに対し, 国家に国際違法行為として責任が帰属するという矛盾した結果が生じるという。Cassese, *op.cit.*, p. 881.
- 51) Keith 裁判官宣言, paras. 8-16.
- 52) Bennouna 裁判官宣言。なお, 後の防止義務違反を検討した判示の部分で, 裁判所は, 共犯による責任はジェノサイドの実行の認識を要するのに対し, 防止義務違反による責任はジェノサイドが実行される危険を認識または認識すべきであったのであれば十分と述べているが, 共犯の重大性からいって正反対に考えるべきであると指摘するものとして, 木原正樹「個人の処罰と国家責任の賦課による「ジェノサイド罪」規定の履行——ICTY 判例とジェノサイド条約適用事件 ICJ 本案判決を素材として——」神戸学院法学38巻1号(2008年)283頁。
- 53) この点を判決より前に言明したものとして, Milanović, *State Responsibility for Genocide*, p. 571. なお, Milanović は, 領域外で発生したジェノサイドを防止する義務が

あるか否かについて実行はなく、実定法上なされるのは、消極的に何もしなかった国と、ジェノサイド実行者に武器を提供したり作戦基地として領域を使用することを認めたりするなど間接的に実行を支援する作為を行った国との間の区別であるという。

- 54) Judgment, para. 430. 相当の注意義務についての詳細は、拙稿「国際法上の国家責任における「過失」及び「相当の注意」に関する考察 (一) (二) (三) (四・完)」香川法学22巻2号(2002年)37頁, 23巻1・2号(2003年)49頁, 24巻3・4号(2005年)35頁, 26巻1・2号(2006年)31頁(以下「相当の注意」)参照。
- 55) 欧州人権裁判所の Osman 事件判決は、欧州人権条約における第三者から生命権を保護する積極的義務に締約国が違反したというためには、「第三者による犯罪行為から特定された一または複数の個人の生命への現実のかつ直接の危険の存在の時点で当局が知っていたまたは知るべきであったこと」及び「合理的に判断して、当該危険を除去するために期待しえたであろうその権限の範囲内での措置を当局がとらなかったこと」の2点の証明が必要であると述べ、主観的な了知の事実にとどまらず、客観的にみて国家が了知すべきであった場合、すなわち予見可能であった場合にも国家は義務を負うとの判断を示している。Osman v. United Kingdom, *Reports of the European Court of Human Rights* (hereinafter *ECHR Reports*), 1998-VIII, para. 116.
- 56) 参照, Ranjeva 裁判官補足意見, para. 2. 拙稿「相当の注意 (四)」85頁参照。
- 57) 義務の分類論については、拙稿「相当の注意 (二)」51頁参照。
- 58) 付言すれば、あらゆる利用可能な手段を用いたかどうかの認定は、1872年の Alabama 号事件仲裁判決 (J.B. Moore, *Histoty and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party*, vol. 1, p. 654) によれば、「善良に統治された国家」にとってのあらゆる利用可能な措置であって、国家の現実の能力を基準にして判断されるものではない(いわゆる国内標準主義の否定)。また、同判決が指摘しているように、義務の対象となる事態を防止するために義務国が国内法上の手段を持っていないという事実は、それ自体義務の不履行を正当化するものではない。もっとも判例の態度はそれほど単純ではない。この点について詳細は拙稿「相当の注意 (四・完)」101頁参照。いずれにせよ、本判決や Osman 事件判決が「合理的に」あるいは「合理的に判断して」という言葉を付け加えているように、単に国家が現実の有する手段を尽くせば義務を履行したことになるわけではない。
- 59) 越境環境損害を防止する義務についても同様の議論がある。すなわち、越境汚染防止義務は「相当な損害 (significant harm. 実質的な損害)」が発生して初めて違反があるとされる。実定法上は防止のために必要な措置または適切な措置をとる義務であって(例えば国連海洋法条約194条1項及び2項, 国際河川の非航行的利用の法に関する条約7条1項, または ILC の採択した高度に危険な活動から生じる越境損害に関する条文草案3条), 義務が要求しているのは措置をとることである。詳細は拙稿「相当の注意 (二)」82, 88頁, 「同 (四・完)」74頁参照。国際司法裁判所のバルブミル事件判決は、川の水環境を保護し汚染を防止するための適切な措置を講じる条約上の義務が相当の注意義務であり、環境影響評価の実施がなければ相当の注意義務の履行が判断されたとはいえないとした。*ICJ Reports 2010*, p. 205, para. 205.

- 60) *ICJ Reports 1993*, p. 25, para. 52A(1).
- 61) なお、Milanović は、現実のジェノサイドの発生があつて初めて防止義務の違反があるとした裁判所の言明について、Prijedor や Darfur の虐殺のように非人道的行為が行われたがジェノサイドの特別の意図を欠く状況において、国際司法裁判所の一応の管轄権さえ存在すれば、ジェノサイド発生重大な危険が存在する時点において、いかなる国も（ジェノサイド防止義務の対世的義務としての性質により）関係国を提訴し、仮保全措置を申請し指示を得られるという有用性があると指摘する。Milanović, Follow-Up, pp. 687-689. しかし、裁判所の判示内容を文字通りに受け取れば、現実にジェノサイドが発生しない限り防止義務の違反は存在しないのであるから、裁判所に提訴して事前に防止を義務づける命令は得られないことになる。
- 62) 拙稿「相当の注意（二）」61頁参照。また、Crawford, Second report, p. 26, paras. 77-80.
- 63) 拙稿「相当の注意（二）」65頁参照。また、Crawford, Second report, p. 29, para. 90. Cf. G. Hafner and I. Buffard, Obligations of Prevention and the Precautionary Principle, in Crawford *et al.*, *op. cit.*, p. 523.
- 64) Gattiniはこの認定が、1993年4月の仮保全措置命令で、ジェノサイドの実行を防止するため権限内のあらゆることを行うよう指示したことと両立しないと指摘する。A. Gattini, Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgment, *EJIL*, vol. 18 (2007), pp. 701-702.
- 65) Milanović も、人権条約の人権を確保する積極的義務が当事国の管轄権に付随するのに対し、本判決で示されたジェノサイド条約上の防止義務が黙示的にも管轄権を参照せず、当事国の能力及び影響力に比例する点に注目し、社会権規約上の義務に類似すると指摘している。Milanović, Follow-Up, pp. 685-686.
- 66) 拙稿「相当の注意（三）」46頁参照。といっても、領域国の管轄権との関係で、また執行の困難さのゆえに、域外の事態に対する、属人主義などの管轄権から生じる管理責任は限定されたものである。
- 67) Shi 裁判官及び Koroma 裁判官の共同宣言は Osman 事件判決を参照している。共同宣言, para. 6. 同様にジェノサイド防止義務を、人権条約における管轄下にある者に条約上の権利を確保する積極的義務と同様に考えることを示唆するものとして、Milanović, State Responsibility for Genocide, p. 600.
- 68) *ICJ Reports 1996*, p. 616, para. 31
- 69) Verbatim Record, CR2006/16, p. 15
- 70) *Ibid.*, CR2006/34, p. 13, para. 7.
- 71) *ILC Yearbook*, 1978, vol. 2, part 2, p. 85, para. 14. 防止すべき事態の発生はそれが義務の対象、すなわち防止すべき範囲内にあるかどうかという判断であつて、義務違反の条件として因果関係が問題になることはない。なお、筆者は相当の注意が問題となる違法行為の一類型として、国家が自身の行為の結果として発生した事態に対して責任を負う場合があることを述べたが、この場合、因果関係の存在が義務違反の前提となるが、注意義務の内容に包摂されるとみるべきである。拙稿「相当の注意（四・完）」56頁参照。
- 72) Gattini, *op. cit.*, p. 709.

- 73) Tomka 裁判官補足意見, paras. 62-68.
- 74) Skotnikov 裁判官によれば, 裁判所は防止義務を相当の注意義務(行為の義務)と同視しているが, 他方で, ジェノサイドが管轄権または管理の下で発生すれば, それが国際法上国家に帰属しなくても, あるいは国家が防止のための措置を尽くしたとしても, 国家は防止を怠ったとされるとしたので, ゆえに防止義務は結果の義務ということになり, 矛盾していると批判している。Skotnikov 裁判官宣言。
- 75) 拙稿「相当の注意(三)」64頁参照。国際司法裁判所のパレスチナ占領地における壁建設の法的効果事件勧告的意見も, ジュネーブ第4条約(文民条約)1条の規定により, 同条約当事国は条約の義務が履行されることを確保する義務を負い, このことはイスラエルの壁建設による文民条約の違反にも適用されることを認めた。ICJ Reports 2004, p. 199, paras. 158-159. また, 兼原敦子「国際義務の履行を「確保する」義務による国際規律の実現」立教法学70号(2006年)235頁参照。
- 76) Milanović, State Responsibility for Genocide, p. 570. Milanovićは, 本判決の解釈するところのジェノサイド防止義務を国家責任条文41条の義務に類似していると述べ, 国家の持つ能力に比例して, 大国ほどより積極的にならなければならないと述べている。Milanović, Follow-Up, p. 686.
- 77) ジェノサイド条約1条に規定される防止義務には, 本文で述べた義務以外に条約の他の条文に規定された措置を用いることも含まれるであろう。裁判所は, ジェノサイド防止義務が独立の義務であって, 処罰義務に吸収されるわけではないこと, 及び条約8条に規定する国連の権限ある機関による行動を超える射程を持つもので, 国連の防止行動を求めたとしても防止義務の履行を免れるわけではないことを指摘している。Judgment, paras. 426-427. 条約8条に規定する国連の権限ある機関の行動を求めることも防止義務の履行の一手段であることは否定されていないと考えられる。また, Schabasは, 国連機関(安保理, 総会, 各種の人権機関)による防止行動に加えて, 条約9条に基づいて(または強制管轄権受諾宣言に基づいて)国連の一機関である国際司法裁判所に提訴することも防止の一つとしている。Schabas, *op. cit.*, pp. 524-525 and 569-571.
- なお, Ranjeva 裁判官は, ジェノサイド条約の多国間のパースペクティブ及びジェノサイドという絶対的国際犯罪に目を向けるなら, 二国間関係の責任のパースペクティブによって条約における義務の関係全体を把握することは疑わしいという。防止義務の基礎にある国際的連帯を満足させるためには, ジェノサイド条約における義務の関係を単なる二国間関係の集積とみなすべきではなく, 条約の義務は対世的義務と解されるという。同裁判官によれば, ジェノサイドの危険の評価は各国の主観的裁量に属するが, それによってジェノサイドの予測が損なわれてはならず, 条約8条に規定する, 国連の権限ある機関に対する防止または抑圧のための措置の要求, 及び外交的過程が防止義務の内容を明らかにするものであるという。Ranjeva 裁判官補足意見, paras. 4-6.
- 78) ただし, 欧州人権裁判所の Ilaşcu 事件本判決は, モルドヴァ国内で分離独立を主張する「沿ドニエストル共和国」(MRT)による原告らの拘禁などの行為に関して, ロシア軍の駐留によりロシアの管轄下にあるとしてロシアの責任を認定しつつも, モルドヴァは第三国や国際組織を通じての法的及び外交的手段などにより権利の確保を試みる積極的義

務を負っていたとし、MRT及びロシアとの問題解決の合意への試みがなされなかったとして、金銭賠償の支払いを命じた。Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia, *ECHR Reports*, 2004-VII, para. 20.

- 79) 例えば、2005 World Summit Outcome (adopted by G.A Res.60/1), paras. 138-139.
- 80) Gattini, *op.cit.*, p. 701; Schabas, *op.cit.*, p. 426.
- 81) Srebrenica に駐屯していたオランダ軍部隊の責任の可能性に言及するものとして、Gattini, *op.cit.*, p. 705.
- 82) *Ibid.*
- 83) *ICJ Reports 1993*, p. 24, para. 52A(2).
- 84) *ICJ Reports 1980*, p. 32, para. 68.
- 85) UN Doc. A/54/549, p. 81, para. 372.
- 86) 共同宣言, paras. 5-6.
- 87) Prosecutor v. Krstić (Trial Judgment), para. 87.
- 88) Tomka 裁判官補足意見, para. 68.
- 89) Gattini, *op.cit.*, pp. 703-705.
- 90) 本稿(1)507頁注(49)の Böhler の見解参照。
- 91) O. Ben-Naftali and M. Sharon, What the ICJ did not say about the Duty to Punish Genocide: The Missing Pieces in a Puzzle, *JICJ*, vol. 5(2007), pp. 863-870. 協力義務は Dayton 協定にも由来するが、いずれにせよジェノサイド条約 6 条の問題ではないであろう。
- 92) ただし、判決主文ではセルビアはジェノサイドの容疑者を処罰するための実効的措置をとるものとされている。また、6 条に由来する協力義務は、領域内で逮捕されたジェノサイド容疑者を自国の裁判所で訴追しない場合は、国際刑事裁判所に引き渡すことを含んでいるという。Judgment, para. 443. 国家の管轄権が国際裁判所の管轄権に優先するかのような上記の判示部分を問題視するものとして、Cf. R. Roth, The Extradition of Génocidaires, in *UN Genocide Convention*, p. 307.
- 93) Judgment, para. 442.
- 94) N. Ruhashyankiko, Study on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/416 (1978), para. 211. しばしば領域国がジェノサイドに関与または支持していることがあり、政権交替がない限り、国の指導者が自らを処罰することは想定しがたいという。V. Thalmann, National Criminal Jurisdiction over Genocide, in *The UN Genocide Convention*, pp. 256-257. なお、普遍主義については以下の文献を参照。古谷修一「普遍的管轄権の法構造——刑事管轄権行使における普遍主義の国際法的考察（1）（2・完）」香川大学教育学部研究報告第 1 部 74 号 81 頁（1988 年）・75 号 79 頁（1989 年）、竹内真理「域外行為に対する刑事管轄権行使の国際法上の位置づけ——重大な人権侵害に関する分野の普遍管轄権行使を中心に」国際法外交雑誌 110 巻 2 号（2011 年）50 頁。
- 95) UN Doc. E/447, p. 8.
- 96) UN Doc. E/AC.25/SR.24, p. 10

- 97) UN Doc. A/C.6/218.
- 98) UN Doc. A/C.6/299.
- 99) UN Doc. A/C.6/SR.131.
- 100) UN Doc. A/760 and Corr.2, p. 500.
- 101) 起草過程についての詳細は、L.J. LeBlanc, *The United States and the Genocide Convention* (1991), p. 177; Schabas, *op.cit.*, p. 411. また、稲角光恵「ジェノサイド条約第六条の刑事裁判管轄権——同条約起草過程の議論を中心にして (一) (二・完)」法政論集 168号69頁・170号203頁 (1997年)。国連事務局の原案では、ジェノサイドに対する普遍主義は、当該犯罪が性質上、国際法上の犯罪であるとする国連総会決議96 (I) に合致するものと説明され、ジェノサイドが領域国政府の構成員によって行われる場合に他国による処罰を認める必要が指摘された。UN Doc. E/447, p. 18 and E/AC.25/8. 普遍主義管轄権を認める修正案を提案したイランは、海賊などの「一次的普遍的処罰 (primary universal punishment)」と、原則は引渡をしなければならず、それが要求されないか不可能な場合に抑留国が処罰する「補完的 (subsidiary) 普遍的処罰」の区別を提唱し、ジェノサイドは後者であると述べた。UN Doc. A/C.6/SR.100. レバノンやブラジルは普遍主義を支持したが、大多数が反対し、英国やエジプトは普遍主義は確立していないと主張し、フランスは、普遍主義に基づく訴追は国際的規模での敵意の表明を呼び起こすと表明した。UN Doc. E/AC.45/8, p. 7. フランスのほかインドやソ連は、海賊のような普遍主義が認められる犯罪は、公海のような属地主義でカバーできない区域で発生しているがゆえに認められるのであって、そうした犯罪からの類推は妥当ではないと主張した。UN Doc. A/C.6/SR.100. なお、ギリシアは、現在の6条は領域国に処罰義務を課すのみで、普遍主義の採用を妨げないと述べた。*Ibid.*
- 102) LeBlanc, *op.cit.*, p. 181.
- 103) 例えば、本事件の1993年9月13日の仮保全措置命令における Lauterpacht 特任裁判官の補足意見, *ICJ Reports 1993*, p. 443, para. 110.
- 104) また、国際法違反の犯罪に関する規則が強行規範の性質を有することから普遍的管轄権を導く見解がある (例えば、C. Bassiouni, *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*, *Virginia Journal of International Law* (hereinafter *VJIL*), vol. 42 (2001), p. 107) が、その問題性については、竹内・前掲論文57頁。
- 105) *PCIJ Series A*, No. 10, pp. 18-19. ただし、判決はトルコによる管轄権行使を適法と判断するために客観的属地主義に基づいて、換言すれば特定権限説の立場からの正当化も行っていることに注意が必要である。そして、判決は、問題となった公海上の船舶衝突に対して一方の旗国の排他的管轄権を認める解決が正義の要求をみたすものではないと付言していることにも注意しなければならない。*Ibid.*, pp. 25 and 30.
- 106) 条約6条は慣習法上の普遍主義管轄権を排除しないとするとするものとして、K.C. Randall, *Universal Jurisdiction under International Law*, *Texas Law Review*, vol. 66 (1988), pp. 836-837. 慣習法上ジェノサイドに対する普遍主義が承認されているとの見解として、American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United*

States (1987), vol. 1, p. 254, § 404 and reporter's note 1; G.M. Danilenko, ICC Statute and Third States, in *Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. 2, p. 1878. 万国国際法学会の2005年の決議「ジェノサイド、人道に対する罪及び戦争犯罪に関する普遍的刑事的管轄権」3項(a)は慣習法上存在することを認めているものと解される（2項参照）。*Annuaire de l'Institut de Droit international* (hereinafter *AIDI*), vol. 71, part 2 (2006), p. 296. 条約及び国家実行は存在しないけれどもジェノサイドに対する普遍主義が認められていると述べるものとして、Bassiouni, *Universal Jurisdiction*, p. 120. 他方で、国連差別防止少数者保護小委員会の特別報告者 Ruhashyankiko の研究は、条約6条は普遍主義管轄権を認めていないとして、その旨の追加議定書を提案した。Ruhashyankiko, *op.cit.*, para. 201.

なお、主権内在説については、一定の裁量が存在するのも事実であるが、国家の立法管轄権を無制限に認めるのは適切ではない（少なくとも他国の領域での行使の禁止という制約に服すであろうが）。他方、特定権限説については、実定法上、管轄権を許容する規則が存在してきたわけではなく、各国の刑法に共通する規則（法の一般原則）として認められてきたことに注意を要する。実際は、国家の要素といった国際法の規則を根拠としてそこから演繹されている。属地主義は国家の領域主権の、属人主義は国民に対する対人主権の帰結である。保護主義については国家の主権と独立、あるいは自己保存権に基づく説明がなされる。C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law* (2008), p. 96. ただし、保護主義の対象となる犯罪は、国家が行えば国内事項への干渉に該当する行為であって、刑事管轄権の行使に対して、行為者の国籍国が異議を唱えることは当該行為の支持となるので、結局、外交的保護を差し控えなければならなくなるとの説明が可能である（受動的属人主義も、国家は在留外国人の人身、生命または財産に対する侵害を防止し処罰する義務を負うので、行為がそのようなものである限り、同様の説明が可能である）。域外適用と外交的保護の関係について、小寺彰「国家管轄権の域外適用の概念分類」村瀬信也・奥脇直也編『国家管轄権——国際法と国内法』（勁草書房、1998年）343頁参照。

このように考えると、普遍主義について、その旨の明確な許容規則が確立されるのを待つ必要はないように思われる。国際法違反の犯罪が処罰されなければならないとの国際社会の認識が存在するならば、一国の処罰に対して、他国が処罰そのものを否定することはできないと思われる。普遍主義を基礎づけるものとしての国際社会の法益の観念の承認を指摘するものとして、古谷・前掲論文（2・完）98頁。重大な人権侵害の被害者の不処罰を人権条約上の義務の違反とする実行に言及するものとして、竹内・前掲論文72頁。ただし、普遍主義管轄権を肯定するとしても、どの国が行使用するのが適切なのかという問題が、欠席裁判の禁止（いわゆる不在型普遍的管轄権の問題）、領域国及び国籍国の管轄権（またそれらの国々の意思及び能力の有無）との関係、公正な裁判の権利、一事不再理などとの関係で解決されなければならないと思われる。Cf. C. Kreß, *Universal Jurisdiction over International Crimes and the Institut de Droit international, JICJ*, vol. 4 (2006), p. 561.

- 107) *Attorney General of Israel v. Eichmann*, pp. 26 and 35, paras. 12–13 and 22–25. ジェノサイド条約起草時にジェノサイドに対する普遍的管轄権を認める慣習法規則が確立していたことを疑問視する Schabas は、判決は慣習法の状態を誇張していると評している。Schabas, *op.cit.*, p. 429.

ほかに国際法上の普遍的管轄権の存在を肯定した国内判決として、ナチ戦犯容疑者のイスラエルへの引渡決定において、普遍主義が国際法によって承認されていると判示した米国連邦第 6 巡回区控訴裁判所の Demjanjuk 事件判決 (Demjanjuk v. Petrovsky (1985), 776 F.2d 57) や、カナダ最高裁の Finta 事件判決 (Regina v. Finta (1994), *ILLR*, vol. 104, p. 287) がある。Pinochet 事件スペイン国家裁判所刑事部判決は、予審裁判所によるチリの Pinochet 元大統領に対する訴追及び国際逮捕状発行についての決定を確認して、条約 6 条に関して Eichmann 事件判決と同様の解釈を示した。それによると、条約 6 条は属地主義以外の管轄権を排除しておらず、条約が管轄権の行使を制限していると考え、不処罰を避けるという条約の精神に反すると指摘した。6 条の規定は諸国間の妥協の産物であって、起草過程において普遍主義に関して合意しなかった事実は普遍主義管轄権の行使を排除しないと述べた。In re Pinochet (1998), Cases 19/97 and 1/98, *ILLR*, vol. 119, p. 335. Jorgić 事件における 1999 年のドイツ連邦通常裁判所判決は、普遍主義によるドイツ裁判所による被告人の有罪判決を禁止する国際法の規則はないこと、ジェノサイド条約 6 条は普遍主義を明示的に規定していないが、領域国以外の管轄権行使を禁止はしていないこと、異なる解釈は条約 1 条によって引き受けられた対外的義務と調和しないことを判示した。3 Str 215/98, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, vol. 45, p. 64.

- 108) 現在、普遍主義管轄権は国際犯罪の場合に認められていると述べるものとして、Prosecutor v. Tadić (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction), Case No. 94-1-AR72 (1995), para. 62. Eichmann 事件判決などに言及して、国際犯罪は発生した場所がどこであれ普遍的に非難されるので、すべての国が犯罪の行為者を訴追し及び処罰する権利を有することが判示されてきたと述べるものとして、Prosecutor v. Furudžija (Trial Judgment), para. 156. また、ジェノサイドを含む重大犯罪に対する普遍的管轄権の存在を肯定するものとして、Prosecutor v. Ntuyahaga (Decision on the Prosecution's Motion to Withdraw the Indictment), Case No. ICTR-90-40-T (1999).
- 109) 同決定は、関係者の恩赦を合意したシエラレオネの Romé 和平合意が裁判所の管轄権を制限するかに関して、恩赦は国家主権に含まれるが、普遍主義が認められる場合は恩赦は他国の管轄権を奪うものではないとする。国際法違反の犯罪は普遍主義管轄権に従う (Eichmann 事件判決などを参照する)。和平合意による恩赦はそれらの犯罪を対象にすることはできない。人間の尊重を保護する義務は強行規範であり対外的義務の性質を有する事実により、国際法違反の犯罪に恩赦を与えることはできず、恩赦は違法であると判示した。Prosecutor v. Kallon and Kamara (Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty), Case Nos. SCSL-2004-15-AR72(E) and SCSL-2004-16-AR72(E) (2004), paras. 67-73.
- 110) Jorgić v. Germany, *ECHR Reports*, 2007-III, para. 68.
- 111) *ICJ Reports 2002*, p. 69, paras. 19-52. また、Koroma 裁判官の補足意見は戦争犯罪、並びに奴隷取引及びジェノサイドを含む人道に対する罪に対する普遍的管轄権が認められているとする。*Ibid.*, p. 62, para. 9. 他方で、Guillaume 裁判官の補足意見は、公海上で行われるがゆえに認められる海賊以外の犯罪に普遍的管轄権は慣習法上確立していないとする。ローテュス号事件判決は管轄権の属地性を強調しており、トルコ領域内への効果ゆえに肯定したのだという。*Ibid.*, p. 37, paras. 4-16. ほかに普遍的管轄権を否定するものとし

て、Ranjeva 裁判官宣言, *ibid.*, p. 55, paras. 5-11; Rezek 裁判官補足意見, *ibid.*, p. 92, para. 1.

112) *ILC Yearbook*, 1996, vol. 2, part 2, p. 29, para. 8. コメントリーは、条約は管轄権を領域国に制限しつつ、ジェノサイド条約の非当事国で同6条の制限に服さない国々には、慣習法上の普遍主義が適用されるので、法典案によって管轄権を有する国の範囲を拡大することは正当化されると述べている。Schabas は、条約の締約国は属地主義以外の管轄権を行使できないと解釈しているようにみえるという。Schabas, *op.cit.*, p. 433.

113) Thalmann, *op.cit.*, p. 254. 国連総会決議3074 (XXVIII) (1973年)は、直ちにその内容が慣習法であるかどうかは検討を要するが、1項で戦争犯罪及び人道に対する罪が実行された場所を問わず刑事管轄権に服することを定めている。これも普遍主義を表明したものであるとの解釈がある。Schabas, *op.cit.*, p. 411.

なお、ジェノサイド条約における普遍主義管轄権の位置付けに関しては、条約6条の解釈として、領域国の管轄権が優先し、第三国の普遍主義管轄権はそれを補完するものとして認められるとの理論がみられる。例えば、1994年のオーストリア最高裁の Cvjetkovic 事件決定は、ジェノサイド条約6条は犯罪行為地国の刑事司法システムまたは国際刑事裁判所が機能していることを前提にしており、その前提がみたされない場合はオーストリア裁判所が管轄権を有するとした。参照、Thalmann, *op.cit.*, p. 254. Pinochet事件スペイン国家裁判所決定は、ジェノサイド条約6条は領域国の管轄権が他国の管轄権に優先することを規定していると判示した。*ILR*, vol. 119, p. 336. スペイン最高裁判所のグアテマラ・ジェノサイド事件決定（2003年）も領域国の管轄権と普遍主義管轄権が競合する場合には領域国が優先するとした。*International Legal Materials*, vol. 42, p. 686. しかし、同事件の憲法裁判所の決定（2005年）は、領域国での訴追が不可能であることを証明する必要はなく、条約6条は領域国に最小限の義務を課すもので、管轄権の優先を規定してはいないと判示した。N. Roht-Arriaza, Guatemala Genocide Case: Spanish Constitutional Tribunal decision on universal jurisdiction over genocide claims, *American Journal of International Law*, vol. 100 (2006), p. 210. 総会決議3074の5項も、容疑者が原則として領域国で裁判され処罰されなければならないとし、各国は引渡のために協力しなければならないとする。万国国際法学会の2005年の決議3項(c)及び(d)は、非拘束的な文言を用いて、普遍的管轄権を行使しようとする国は、領域国または国籍国に、訴追の意思または能力がない場合を別として、その用意があるかどうかを問うべきであり、また、それらの国からの引渡の要求を認めるべきであるとしている。*AIDI*, vol. 71, part 2, p. 296.

114) 条約の審議において、国連事務局は、領域外で行われたジェノサイドであっても、その実行者の訴追は締約国の義務として規定されるべきであるとの見解を示した。UN Doc. E/AC.25/3 and E/AC.25/8.

115) また、彼らの見解によれば、普遍主義は領域国の管轄権を補完するもので、容疑者所在地国はまず領域国に引渡さなければならないという。ジェノサイド禁止規範の強行規範としての性質から、条約の非締約国も訴追義務を負うことを指摘している。欠席裁判の禁止が普遍主義への制約となるという。本判決が、条約締約国が自国の裁判所で訴追しないのであれば国際刑事裁判所に引渡さなければならないと述べたことを捉えて、裁判所は事

実上普遍主義を認めたとも述べている。Ben-Naftali and Sharon, *op. cit.*, pp. 863-870 and 873-874. ジェノサイド条約 4 条が訴追義務を規定したもので、ジュネーブ諸条約、戦争犯罪時効不適用条約とともに条約上は訴追義務が存在するが、国家実行の乏しさから、慣習法上の訴追義務は生成途上にあると述べるものとして、J. Dugard, Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions, in *Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. 1, p. 695.

- 116) 本件においてセルビアに自国裁判所で処罰することを義務づけるのは、実効的処罰が期待できないという懸念があったのかもしれない(ただし、処罰義務があるとしても、国際刑事裁判所である ICTY の管轄権を受諾したとされることによってその管轄権が優先することになるとの解釈もありえた)。なお、ベルギーがセネガルを相手取って国際司法裁判所に付託した、引渡すまたは訴追する義務に関する問題事件で、ベルギーは、本判決を引用して、ジェノサイド条約上は処罰義務は領域国に限定されているが、慣習法上は普遍主義に基づいて処罰する義務がある(総会決議3074や ILC の罪の法典案などに言及している)と主張している。Memorial of Belgium, p. 67, paras. 4.63-4.78. 本年 7 月 20 日に下された判決は、拷問禁止条約に関してのみで、慣習法に関しては判断しなかった。
- 117) 引渡のために必要な立法その他の措置をとることを義務づける 1968 年戦争犯罪時効不適用条約 3 条参照。また、後の「引渡か訴追か」の原則を採用する条約にあるように、引渡条項を締約国間の引渡条約における引渡犯罪とみなす規定、条約の存在を引渡の条件とする国において条約を引渡の根拠とみなすことができる規定、及び当該条件を設けない国において国内法に従って対象犯罪を引渡犯罪と認める規定(例・ハイジャック防止条約 8 条)を欠いている。B. Swart, Arrest and Surrender, in *Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. 2, p. 1655.

ジェノサイド条約 7 条 2 項は、事務局原案においては引渡の一般的な誓約を規定しており、その覚書によれば、ジェノサイドが領域内または自国民により行われた場合は引渡を拒否できること、容疑者を抑留した国は領域国に引き渡すが、それがなされない場合は抑留国で普遍主義に基づいて裁判されるとし、先行する奴隷条約及び「偽造通貨防止のための国際条約」(1929 年)がこのような方式をとっていることを述べていた。UN Doc. E/447, pp. 5 and 39. 米国は、ジェノサイド条約に引渡条約の全体を含めることはできないという理由で、自国の「法律及び条約に従って」という文言を挿入し、これが現在の 7 条 2 項の元となった。UN Doc. E/AC.25/SR.24. 審議においては、自国民不引渡原則の採用の可否(ルクセンブルグなどの主張。UN Doc. A/C.6/SR.94)や死刑及び終身刑のある国への引渡を拒否できるか(ベネズエラの主張。UN Doc. E/623, p. 19)が議論され、前者については、国内法上自国民の引渡を認めていない国は引渡義務を負わないことを議長が表明した。UN Doc. A/C.6/SR.95. 第 6 委員会での投票の後、米国は議会による立法措置が行われるまで引渡義務を実施しないと表明し、ベルギーも国内法の改正まで現行の法及び条約の範囲内でのみ義務を履行すると表明した。UN Doc. A/C.6/SR.133. 準備作業の詳細については、Schabas, *op. cit.*, p. 472.

7 条が実施可能な義務を課したものの可否かについては議論がある。否定する見解として、B. Whitaker, Revised and Updated Report on the Question of the Prevention and

Punishment of the Crime of Genocide, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/6, para. 64. 他の現存または将来の国際文書で引き受けた以上の義務を負うものではない（ただし、戦争犯罪及び人道に対する罪を禁止する規則のユス・コーゲンスとしての性格から、国は引渡を拒否する権利を持たないとする）との見解として、Swart, *op. cit.*, p. 1655. 学説では肯定する説も有力である。7条において締約国は引渡を誓約したのであるから、準備作業において合意のあった自国民不引渡原則のほか、引渡先での死刑など非人道的待遇のおそれがあるなど、法的に承認された例外しか援用できないとする見解として、Schabas, *op. cit.*, p. 474. 7条1項で援用を禁止された政治犯不引渡原則以外の例外の援用は、条約の趣旨及び目的と両立する留保（ベネズエラがその国内法は自国民の引渡を許容していないとする宣言を付したほか、米国などは引渡が双方可罰性の原則に従うとの了解を付した）をしない限り、ジェノサイドを行った者を不処罰のままにしないという条約の目的、及び ICC 規程が引渡に一切の例外を認めなかった事実の考慮から認められないと述べるものとして、Roth, *op. cit.*, p. 287.

- 118) 国際法違反の犯罪については、ジュネーブ諸条約（傷病兵保護条約49条など）が、条文上は訴追と引渡が併記されるのみで、選択性が明示されていないが、このような義務を定めていると解されている。
- 119) M.C. Bassiouni and E.M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law* (1995), pp. 73 and 121.
- 120) L.A. Steven, Genocide and the Duty to Extradite or Prosecute: Why the United States is in Breach of Its International Obligation, *VJIL*, vol. 39 (1999), pp. 460-461. Gilbert は、条約はジュネーブ諸条約のような義務的な普遍主義を規定していないが、領域内で容疑者が発見された場合、引き渡さないのであれば訴追義務が生じるという。Gilbert は根拠としてジェノサイド条約5条に言及し、同4条が実行行為者が処罰されなければならないことを規定していること、及び慣習法はジェノサイドに対する普遍主義を認めていることに言及する。G. Gilbert, Extradition, in D. Shelton (ed.), *Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity* (2005), vol. 1, p. 339. Schabas (*Op. cit.*, p. 477) が条約1条の解釈から「引渡か訴追か」が導かれるとの見解を示しているとして引用する David は、明示的にそのような見解を示しているわけではないが、国際法の発展と条約1条から普遍主義管轄権が認められること、起草過程におけるイランの修正案に言及し、ジェノサイドが、各種の条約が普遍主義を認めているテロの大規模な形態であることを述べている。E. David, *Principes de droit des conflits armés* (1994), pp. 621-622. 逆に1条及び4条にもかかわらず、6条により訴追を義務づけられるのは領域国のみで、他の国は7条により要求があった場合引渡を認めなければならないとするものとして、C. Tomoschat, The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals, in H.-J. Cremer, T. Giegerich, D. Richter and A. Zimmermann (eds.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger* (2002), pp. 329-332.
- 121) ILC の1996年の罪の法典案9条は、法典に規定する犯罪の容疑者を領域内で発見した国は引き渡すか訴追するかしなければならないと規定するが、国家実行への言及はなく、漸進的発達の条文として提案しているように見える。*ILC Yearbook*, 1996, vol. 2, part 2, p. 30.

- なお、ILC では2005年に Galicki を特別報告者に指名して「引渡すか訴追するか義務」のトピックについて法典化の作業を行っているが、「引渡すか訴追か義務」が慣習法上存在するかが大きな論点となっている。Galicki の提案した条文草案4条は、ジェノサイドなどには当該義務が慣習法上存在するとの立場である。なお、2011年の状況については、ILC, *Report of the work in its sixty-third session*, UN Doc. A/66/10 and Add.1, para. 290. Bassiouni は、ジェノサイドや人道に対する罪、戦争犯罪などの「ユス・コーゲンス犯罪」については、ユス・コーゲンスにより「引渡すか訴追か」の義務が導かれるという。C. Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law* (2003), p.343. また参照、C. Enache-Brown and A. Fried, *Universal Crime, Jurisdiction and Duty: The Obligation of Aut Dedere Aut Judicare in International Law*, *McGill Law Journal*, vol 43 (1998), p. 613.
- 122) これに関連して興味深いのが Milanović の見解である。それによれば、処罰義務はいくつかのレベルで履行されるもので、第一のレベルは5条に基づく国内刑法への編入であり、第二のレベルは訴追義務である。これらの義務の不履行によって生じた責任に対する救済は、「引渡すか訴追か」の原則により、容疑者を訴追するか、または訴追の意思及び能力を有する国もしくは権限ある国際刑事裁判所に引き渡すことであるという。Milanović, *State Responsibility for Genocide*, p. 571.
- 123) *ILC Yearbook*, 1993, vol. 2, part 2, p. 68, paras. 6-11. 日本語訳は、植木俊哉・湯山智之・坂本一也「[国家責任]に関する条文草案註釈(一)——国際連合国際法委員会(ILC)暫定草案第二部第二章～第三章及び附属書」法学(東北大学)62巻2号(1998年)277頁。
- 124) A. Hauriou, *Les dommages indirects dans les arbitrages internationaux*, *Revue générale de droit international public* (hereinafter *RGDIP*), vol. 31 (1924), p. 209.
- 125) *Report of International Arbitral Awards* (hereinafter *RIAA*), vol. 2, p. 1031.
- 126) *Ibid.*, vol. 9, p. 121.
- 127) Gattini, *op. cit.*, p. 708. Gattini によると、学説には、ドイツ法に由来する、損害が侵害された規則の「目的の範囲」内か否かの基準もあるという。
- 128) *ILC Yearbook*, 1993, vol. 2, part 2, p. 68, paras. 6, 8 and 10-11. 同様のことは損害の「直接性」の基準についてもあてはまる。
- 129) 31条コメンタリー, *ibid.*, 2001, vol. 2, part 2, p. 92, para. 10.
- 130) Gattini, *op. cit.*, p. 709.
- 131) Milanović も「あれなければこれなし」の基準を適用したとみている。Milanović, *Follow-Up*, p. 689.
- 132) *Inter-Am Ct HR*, Series C, No. 4 (1989), paras. 166 and 172-177. ほかに Ilaşcu 事件判決も挙げている。
- 133) Millanović, *Follow-Up*, pp. 689-691. 4点目の因果関係は賠償のすべての形式において同じ判断であるべきであるとの主張については、むしろ因果関係は金銭賠償に特有の判断であって、31条で扱うことが妥当であったのかの問題である。また、このような高度な因果関係の基準が認められるならば完全な従属及び実効的コントロールという帰属の基準もみだされることになるので、帰属が認められない場合に問題となる防止義務違反による責任の場合に、高度の基準を適用することを疑問視する見解として、木原・前掲論文279-

280頁。さらに同論文は Milanović の指摘する 2 点目及び 4 点目と同じ内容を指摘している。

- 134) Gattini, *op.cit.*, p. 709.
- 135) 同旨, S. Forlati, *Violazione dell' obbligo di prevenire il genocidio e riparazione nell' affare Bosnia-Erzegovina c. Serbia*, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 90 (2007), p. 427. Forlati は, Ilaşcu 事件判決において, モルドバがその領域に対する実効的コントロールを有していなかったにもかかわらず責任を認定されたことを参照して, 本件でも, 領域の実効的コントロールを有していないセルビアの不作为から一定の賠償を認めるべきであったと主張する。
- 136) Gattini, *op.cit.*, p. 710. 同様に, Forlati は, 裁判所は併存原因の概念に基づいて責任を認定し, その結果関係国間に連帯責任の原則が適用される(国際司法裁判所のナウル燐鉱山事件などを例に挙げる)のか, それとも責任分配が行われる(Ilaşcu 事件判決を例に挙げる)のか, 明確にすべきであったことを主張する。Forlati, *op.cit.*, pp. 429-430.
- 137) G. Arangio-Ruiz, *Second report on State responsibility*, *ILC Yearbook*, 1989, vol. 2, part 1, p. 14, paras. 44-46.
- 138) *Ibid.*, 1993, vol. 2, part 2, p. 70, para. 13.
- 139) J. Crawford, *Third report on State responsibility*, *ibid.*, 2000, vol. 2, part 1, p. 19, paras. 31-37.
- 140) *ILC Yearbook*, 2001, vol. 2, part 2, p. 93, para. 12.
- 141) *Ibid.*, p. 93, paras. 12-13. Gattini はこのような立場は国家責任条文47条コメントリーで示された, 複数国家による違法行為について各違法行為国の寄与分に応じて責任が分割されるとの立場(*Ibid.*, p. 125, para. 8)と両立しないと指摘する。Gattini, *op.cit.*, pp. 710-711.
- 142) 国家責任法において因果関係は, 義務違反の要素としての因果関係の概念と, 責任の成立を前提として金銭賠償の範囲を画定するための因果関係の概念とに区別されなければならない。拙稿「相当の注意(四・完)」51頁参照。
- 143) これらの議論の詳細は拙稿「国家責任の救済手段の再構成——国際違法行為の中止とサティスファクション」東北法学14号(1996年)173頁(以下「救済手段の再構成」)参照。Barthe-Gay はサティスファクションの合法性回復の機能について詳細に論じている。C. Barthe-Gay, *Réflexions sur la satisfaction en droit international*, *Annuaire français de droit international*, 2003, p. 122.
- 144) *ILR*, vol. 82, p. 575, paras. 121-123.
- 145) 法的損害の難点については, 参照, Barthe-Gay, *op.cit.*, p. 108.
- 146) *ICJ Reports 2002*, p. 31, paras. 75-76. 裁判所は逮捕状取消が何の救済手段にあたるのかを明言していないが, ホルジョウ工場事件判決(*PCIJ Series A*, No. 17, p. 47)を引用して元の状況の回復であるとしているので, 原状回復とみなすことができる。共同補足意見はこのような救済は違法行為の中止であって, 本件の状況では中止の要件はみだされていないと主張し, 判決の逮捕状取消の主文に反対した。*ICJ Reports 2002*, p. 89, paras. 88-89. なお, 刑事事項における相互援助の問題に関する事件判決でも, サティスファクションとしての違法性の宣言がなされた。*ICJ Reports 2008*, p. 245, paras. 204 and 205(2)(a).

- 147) *ICJ Reports 2001*, p. 501 and 516, paras. 98-109 and 128(5);
- 148) *ICJ Reports 2005*, p. 258 and 281, paras. 262-265 and 345(7).
- 149) P.-M. Dupuy, *Crime sans châtimeut ou mission accomplie ?*, *RGDIP*, vol. 111(2007), p. 255.
- 150) *ILC Yearbook*, 1993, vol. 2, part 2, p. 76. 拙稿「救済手段の再構成」175頁。
- 151) *ILC Yearbook*, 2001, vol. 2, part 2, p. 106, para. 4. なお、特別報告者 Crawford は、国家の精神的損害の概念は明確ではなく、有形的損害を伴わない領空あるいは領海侵犯のような場合も含むように、国家の非有形的損害の語を用いて定式化するように提案していた。Crawford, Third report, pp. 54 and 56, paras. 181 and 194.
- 152) Application of Bosnia and Herzegovina, para. 135, submission (r); Reply of Bosnia and Herzegovina, p. 970, submission 7.
- 153) Reply of Bosnia and Herzegovina, p. 874, paras. 11-12.
- 154) Verbatim Record, CR 2006/11, p. 36, para. 20 (Pellet).
- 155) Milanović, Follow-Up, p. 692.
- 156) Verbatim Record, CR 2006/11, p. 35, para. 19.
- 157) *Ibid.*, p. 47, paras. 52-54.
- 158) 拙稿「救済手段の再構成」183頁参照。
- 159) C. Tomuschat, *Reparation in Cases of Genocide, IJCJ*, vol. 5 (2007), pp. 908-911. 参照されている判決は、*Baysayeva v. Russia*, Judgment to Application No. 74237/01 (2007), para. 179; *Tysiac v. Poland, ECHR Reports, 2007-I*, para. 153. 同様に、本判決の違法性の宣言を懲罰的なものと捉えつつ、抽象的賠償では不十分であるとの見解として、E. Wyler and A. Papaux, *The Different Forms of Reparation: Satisfaction*, in Crawford *et al.*, *op.cit.*, p. 632.
- 160) ただし、コメンタリーでは、「非金銭的被害に対する象徴的損害賠償」をサティスファクションの例としている。*ILC Yearbook*, 2001, vol. 2, part 2, p. 106, para. 5. 懲罰的損害賠償については、拙稿「救済手段の再構成」194頁参照。
- 161) Gattini, *op.cit.*, pp. 711-712. Gattini が参照している判決は、超法規的処刑が行われた場所での償いの公的式典の開催を裁定した *Montero-Aranguren et al. (Detention Center of Catia) v. Venezuela* (2006) (*Inter-Am Ct HR*, Series C, No. 150) や、近親者の心理的治療、記念碑の設置及び謝罪の式典などを指示した *Goiburú et al. v. Paraguay* (2006) (*Inter-Am Ct HR*, Series C, No. 153) である。
- 162) *Ferida Selimović et al. v. Republika Srpska (Srebrenica cases)*, Case No. CH/01/8365 (2003), paras. 214-219. 同裁判部は、Dayton 協定第 6 付属書により設立されたもので、協定当事者による欧州人権条約その他の国際条約に規定する人権の侵害についての苦情を取り扱う。裁判部は Srebrenica の虐殺自体には時間的管轄権を持たないが、その後の調査の欠如については管轄権を有するとされた。なお、Srpska 共和国は特別調査委員会を設置し、虐殺についての責任を認めた。
- 163) Milanović, Follow-Up, pp. 691-692.
- 164) Arangio-Ruiz, *op.cit.*, p. 43, para. 149.
- 165) 第 1 読草案 46 条 (第 2 部 10 条 bis) コメンタリー, *ILC Yearbook*, 1993, vol. 2, part 2, p.

- 81, para. 1.
- 166) 30条コメンタリー, *ILC Yearbook*, 2001, vol. 2, part 2, p. 90, para. 11.
- 167) *Ibid.*, p. 88, para. 1. 中止と同一の条文に置かれたのは Crawford の見解に基づく。Crawford, Third report, p. 23, para. 57. 再発防止の保障及び確約を検討したものととして, G. Palmisano, Les garanties de non-répétition entre codification et réalisation juridictionnelle du droit: à propos de l' affaire *LaGrand*, *RGDIP*, vol. 106 (2002), p. 4; S. Barbier, Assurances and Guarantees of Non-Repetition, in Crawford *et al.*, *op.cit.*, p. 551.
- 168) *ILC Yearbook*, 2000, vol. 2, part 2, p. 26, para. 87.
- 169) それ以前では, ガブチコボォ・ナジマロシ計画事件におけるハンガリーの申立 (*ICJ Reports 1997*, p. 15, para. 13) 及び漁業管轄権事件 (スペイン対カナダ) におけるスペインの申立 (*ICJ Reports 1998*, p. 437, para. 10) の例がある。
- 170) *ICJ Reports 2001*, p. 512, paras. 123-128. 再発防止の保障及び確約の外交実行及び裁判実行は乏しく, ラグラン事件判決とその後の裁判における当事国の請求をもって慣習法になったとみる見解として, Barbier, *op.cit.*, p. 555.
- 171) *ICJ Reports 2004*, pp. 67 and 73, paras. 144-150 and 153(9). Barbier は, ラグラン事件での再審査の義務は「元の義務を超えた」ものとみなしているが, アヴェナ事件判決は, 再審査を許さなかったことが領事関係条約36条2項の違反であると認定しており (*Ibid.*, p. 72, para. 153(8)), 裁判所の立場は不明確であるという。Barbier, *op.cit.*, p. 560. なお, 両事件における再発防止の保障及び確約を考察したものととして, L. Dubin, Les garanties de non-répétition à l'aune des affaires *LaGrand* et *Avena*: la révolution n'aura plus lieu, *RGDIP*, vol. 109 (2005), p. 859.
- 172) カメルーン・ナイジェリア間の領土及び海洋境界事件判決では, 再発防止の保障及び確約の請求は受理可能であるが, 両当事国が他方の領土から撤退した後にその領域主権を尊重しない状況は予想できないとして退けた。*ICJ Reports 2002*, p. 452, para. 318. 武力活動事件判決では, コンゴ民主共和国がウガンダに再発防止の保障及び確約を行わせるよう請求したが, 2004年のコンゴ・ルワンダ・ウガンダ間の協定において当事国は他の当事国の主権及び領域保全を尊重すると約束したことにより, 違法行為を再発させないとの法的に拘束力ある約束を表明したことになるとして請求を退けた。*ICJ Reports 2005*, p. 255, paras. 255-257. 航行及び関連する権利に関する紛争事件判決では, 裁判所は状況により必要な場合は再発防止の保障及び確約の付与を命令できるが, 誠実が推定されるので国が違法行為を繰り返すと考える理由はなく, 特別な状況がない限り命令はしないとした。*ICJ Reports 2009*, p. 267, para. 150. 裁判所の態度は, 責任国は違法行為を繰り返さないものと推定され, 再発の危険性の立証は容易ではないこと, つまりこの救済手段がきわめて例外的なものであることを示している。
- 173) *ILC Yearbook*, 1993, vol. 2, part 2, p. 83, para. 5.
- 174) *ICJ Reports 2001*, p. 509, para. 118.
- 175) Barbier, *op.cit.*, p. 557.
- 176) ILC での Crawford の説明, *ILC Yearbook*, 2000, vol. 1, p. 6, para. 25.
- 177) Palmisano は, 再発防止の保障及び確約を, 一方でサティスファクションに分類される

口頭による再発防止の約束と、他方で自立した違法行為の法的結果と位置づけられる、再発防止のためにとられる具体的措置とに区別している。Palmisano, *op.cit.*, pp. 781-783.

- 178) ただし、ラグラン事件判決で陳謝では不十分であると判示されたように、程度の違いは存在しうる。
- 179) 拙稿「救済手段の再構成」193頁。なお、裁判所が再発防止の確約を認めた事例では、訴訟手続中に当事国が行った言明の内容を採用している。これに関して、条文30条(b)は、責任国が再発防止の保障及び確約を提供 (offer) することを規定するが、責任国が提案をし、それが被害国にとって受け入れ可能か否かの問題であると指摘するものとして、Barbier, *op.cit.*, p. 558.
- 180) *Ibid.*
- 181) 刑事事項における相互援助の問題に関する事件においても、ジブチが請求した (*ICJ Reports 2008*, p 184, paras. 17-18) もの、裁判所は取り上げることはなかったが、それは再発防止の確約とサティスファクション (フランスの義務違反の宣言) が同一の機能を有するがゆえに重ねて裁定する必要がなかったからであると考えられる。
- 182) Tomuschat, *Reparation in Cases of Genocide*, pp. 911-912.

〔完〕