

# 武力紛争時における 「人道に対する罪」の成立要件としての 「広範な又は組織的な攻撃」

国際刑事裁判所規程の適用上「人道に対する罪」が  
「戦争犯罪」と重複する場合の検討を中心に

木 原 正 樹

はじめに

第一章 「人道に対する罪」と「戦争犯罪」の適用範囲の重複原因

第1節 ニュルンベルグ条例における「人道に対する罪」と「戦争犯罪」

第2節 国際刑事裁判所規程における「人道に対する罪」と「戦争犯罪」

第二章 国際刑事裁判所規程における「人道に対する罪」特有の成立要件

第1節 「人道に対する罪」の成立要件と「戦争犯罪」の成立要件との相異点

第2節 「人道に対する罪」の成立要件としての主観的要素

おわりに

## はじめに

1994年に国際刑事裁判所規程草案が起草され、1998年に「国際刑事裁判所規程に関するローマ条約」(以下、国際刑事裁判所規程とする)が結ばれ、2002年に発効した。その第5条<sup>1)</sup>1項には、常設国際刑事裁判所の対象犯罪として、次のように、「ジェノサイド罪」、「人道に対する罪」、「戦争犯罪」、および「侵略の罪」が規定されている。

国際刑事裁判所規程第5条(裁判所の管轄に属する犯罪)

- 1 裁判所の管轄は、国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪に限られる。裁判所は、この規程に従って、次の犯罪について管轄権を有

する。

- (a) ジェノサイド罪
- (b) 人道に対する罪
- (c) 戦争犯罪
- (d) 侵略の罪

但し、「侵略の罪」に対しては、その定義について合意が得られるまで、かつ「当該犯罪に対して裁判所が管轄権を行使する条件を定める規定が採択されるまで、常設国際刑事裁判所はその管轄権を行使できない(同規程第5条2項)。

他の三犯罪のうち、「人道に対する罪」については、国際刑事裁判所規程第7条上、「人道に対する罪」全般に共通する構成要件が次のように課されており、その要件をみたま「殺人」などが、同罪に該当する<sup>2)</sup>。

国際刑事裁判所規程第7条(人道に対する罪)

1 この規程の適用上、「人道に対する罪」とは、文民たる住民に対する広範な又は組織的な攻撃の一部として、当該攻撃の認識とともに行われた次のいずれかの行為をいう。

- (a) 殺人
- (b) 殲滅

(以下略)

2 1の規定の適用上、

- (a) 「文民たる住民に対する攻撃」とは、そのような攻撃を行う国家若しくは組織の政策に従って、又はそのような政策の助成の下に、いずれかの文民たる住民に対して行われる、1に規定された行為の多様な実行を伴う一連の行為をいう。

つまり、国際刑事裁判所規程上の「人道に対する罪」とは、「文民たる

武力紛争時における「人道に対する罪」の成立要件としての「広範な又は組織的な攻撃」(木原)

住民に対する広範な又は組織的な攻撃を行う国家若しくは組織の政策に従って、又はそのような政策の助成の下に、いずれかの文民たる住民に対して行われる」「殺人」などである。そのため、国際刑事裁判所規程上の「人道に対する罪」に該当するには、少なくとも、「広範な又は組織的な攻撃」の一部として行われた行為であることが必要であるといえる。

他方、国際刑事裁判所規程第8条上、「戦争犯罪」とは、「特に計画の一部として、又は戦争犯罪の大規模な実行の一部として行われた」(同条1項)、ジュネーブ諸条約の重大な違反または確立した国際法の枠内で武力紛争に適用可能な法規および慣例の重大な違反としての「殺人」などであり(同条2項)、少なくとも一般的には、組織性または大規模性を備えた一連の行為の一部として武力紛争中に行われた、武力紛争法違反の行為であると考えられる<sup>3)</sup>。ここで、「人道に対する罪」の成立要件としての「広範な又は組織的な攻撃」は、少なくとも、組織性または大規模性を備えた一連の行為であると解される。また、このような「攻撃」が武力紛争がおきていないときに行われたり、その一部として行われた行為が武力紛争法違反の行為でないことは、理論的にはありうるものの、実際にはまれであると考えられる。そのため、これらの「人道に対する罪」と「戦争犯罪」の構成要件からみて、両罪の適用範囲は大きく重複しているといえる。両罪は、国際刑事裁判所規程上あえて別個の犯罪として規定されているにもかかわらず、なぜ、両罪の適用範囲を大きく重複させてしまう「広範な又は組織的な攻撃」という要素が、「人道に対する罪」の要件とされたのだろうか。この点、「人道に対する罪」が初めて定義されたニュルンベルグ条令第6条(c)上は、「広範な又は組織的な攻撃」という要素は要件とされていなかったが、「平和に対する罪」または「戦争犯罪」に関連して行われたことが要件とされていた。この要件も、「戦争犯罪」の適用範囲と「人道に対する罪」の適用範囲を大きく重複させてしまったのではないかと考えられる。そこで、まず、このような問題点につき、本稿第一章で検討する。

そのうえ、近年の学説において、国際刑事裁判所規程の適用上、両罪が重複する場合、例えば、組織性または大規模性を備えた一連の行為の一部として武力紛争中に行われた「殺人」については、両方の犯罪に該当するのか、それとも、いずれかの犯罪に該当するのか、という両罪の区別の可否が問題となる、と主張されている<sup>4)</sup>。仮に、この区別が困難であるとすると、両罪は、大きく重複する適用範囲において明確に区別されずに適用されることになり、国際刑事裁判所規程上あえて両罪が別個の犯罪として規定されていることの意義がなお疑わしくなってしまう。また、例えば国際刑事裁判所規程第31条は、財産の防衛が違法性阻却事由を構成する余地を「戦争犯罪」に限って認めており、同規程第33条は、上官命令が犯罪の責任阻却事由となりうることを「戦争犯罪」に限って認めている。にもかかわらず、同規程適用上、両罪の区別が困難だとすると、「人道に対する罪」が成立する場合のみ第31条や第33条の適用を排除することが困難になる。そこで、本稿第二章では、両罪の区別の可否という問題を検討する。

但し、そのような主張は、国際刑事裁判所規程が採択されてから行われたわけではなく、既に同規程採択前から様々に行われていた。例えば、Erdemović 事件に関し、旧ユーゴ国際刑事裁判所上訴審裁判部の多数意見は、Erdemović の行為は「人道に対する罪」に区分されるとしたうえで、「人道に対する罪」を「戦争犯罪」よりも重大な犯罪であることを前提として刑を科した<sup>5)</sup>。この見解は、両罪が犯罪の重大性で区別できることを前提としている。しかし、同裁判部の Li 裁判官は、個別および反対意見において、「人道に対する罪」は「戦争犯罪」よりも必ずしも重大ではない、と主張した<sup>6)</sup>。また、Tadić 事件に関し、旧ユーゴ国際刑事裁判所上訴審裁判部の Robinson 裁判官は、当該事件における Tadić の行為が同一の事実を基礎として「人道に対する罪」の構成要件にも「戦争犯罪」の構成要件にも該当しうるとしたうえで、その場合には、「人道に対する罪」も「戦争犯罪」も成立すると主張した<sup>7)</sup>。これらの見解は、両罪が犯罪の重大性では区別できないことを前提として、同一の事実を基礎として

武力紛争時における「人道に対する罪」の成立要件としての「広範な又は組織的な攻撃」(木原)

いずれの構成要件にも該当する場合があります、その場合には、両罪とも成立することになると主張するものである。そのため、このような判例を基礎として、近年の学説において、同一の事実を基礎としていずれの構成要件にも該当する以上、両罪の区別は困難ではないか、という指摘が行われているのである<sup>8)</sup>。

これに対し、近年の判例や学説において、「ジェノサイド罪」と「人道に対する罪」または「ジェノサイド罪」と「戦争犯罪」の区別を主に問題とする主張はみられない。これは、国際刑事裁判所規程第6条上、「ジェノサイド罪」の構成要件には、「国民的、民族的、人種的又は宗教的な集団の全部又は一部を破壊する意図」という主観的要素が明示されており、「人道に対する罪」または「戦争犯罪」の適用範囲と重複する場合も、上記の「意図」を有するかどうかで「ジェノサイド罪」の成否は独自に決定される、と考えられているからであろう。

はたして、国際刑事裁判所規程上「人道に対する罪」と「戦争犯罪」の適用範囲が重複する場合には、両罪の区別は困難なのだろうか。ここで、国際刑事裁判所規程における「人道に対する罪」の成立要件としての「広範な又は組織的な攻撃」は、単に「組織性または大規模性を備えた一連の行為」の存在を要求するだけでなく、「国家若しくは組織の政策に従って、又はそのような政策の助成の下に行われる」ことも要求するうえに、これらの要件が存在することの「認識」も要求するものである。そのため、組織性または大規模性を備えた一連の行為の一部として行われた行為につき、「人道に対する罪」と「戦争犯罪」の区別が困難かどうかを明らかにするには、この「広範な又は組織的な攻撃」という要件が重要であると思われる。そこで本稿第二章では、本当に「人道に対する罪」と「戦争犯罪」の区別が困難なのか、という問題意識の下、両罪の適用範囲が重複する場合を中心に、国際刑事裁判所規程における「人道に対する罪」の成立要件としての「広範な又は組織的な攻撃」について検討する。

## 第一章 「人道に対する罪」と 「戦争犯罪」の適用範囲の重複原因

第1節 ニュルンベルグ条例における「人道に対する罪」と「戦争犯罪」  
国際刑事裁判所規程上の「人道に対する罪」の成立要件である「広範な又は組織的な攻撃」は、「人道に対する罪」が初めて定義されたニュルンベルグ条例第6条(c)の構成要件には、次のとおり規定されていない<sup>9)</sup>。

ニュルンベルグ条例第6条(c)

犯罪の行われた国の国内法に違反すると否とにかかわらず、本裁判所の管轄に属するいずれかの犯罪の遂行として、またはこれに関連して行われたところの、戦前または戦時中のあらゆる文民たる住民に対する殺人、殲滅、奴隷化、強制的移送その他の非人道的行為、もしくは政治的・人種的または宗教的理由に基づく迫害

この規定では、「人道に対する罪」の適用範囲と「戦争犯罪」の適用範囲の重複については、第一に、「戦前または戦時中の非人道的行為」という要素によって決まるのではないか、第二に、「本裁判所の管轄に属するいずれかの犯罪の遂行として、またはこれに関連して行われた」という要素によって決まるのではないか、が問題となる<sup>10)</sup>。はたして、これらの要素によって、「人道に対する罪」の適用範囲が「戦争犯罪」の適用範囲と重複するのだろうか。

この点、第一の「戦前または戦時中の非人道的行為」という要素からみると、理論上、非人道的行為は戦時においてのみならず、「戦争犯罪」の成立しえない平時においても「人道に対する罪」を構成する可能性があるといえる。このような要素が規定されたのは、第二次世界大戦前の1933年

武力紛争時における「人道に対する罪」の成立要件としての「広範な又は組織的な攻撃」(木原)

にヒトラーが権力を掌握して以来のナチス体制のもと、ドイツ国内で国民、特にユダヤ人に対する迫害が行われていたことを背景としている<sup>11)</sup>。つまり、この要素は、そのような迫害は「戦争犯罪」の適用範囲に含まれないため、これを「人道に対する罪」で処罰しようとしたことから入れられたのである。但し、平時における非人道的行為に対する「人道に対する罪」の適用範囲は、事実上、著しく減じられていた。その原因は、第二の「本裁判所の管轄に属するいずれかの犯罪の遂行として、またはこれに関連して行われた」という要素にある。というのも、「平和に対する罪」または「戦争犯罪」と関連して行われなければ、非人道的行為は「人道に対する罪」を構成しないところ、法的にそのような条件をみたま非人道的行為は、事実上、ほぼ戦時中の行為に限定されていたからである<sup>12)</sup>。つまり、ニュルンベルグ国際軍事裁判所の管轄権に含まれる「人道に対する罪」に該当する「非人道的行為」は、形式的には、「戦前または戦時中の非人道的行為」とされていたものの、事実上は、ほぼ戦時中の行為に限定されていたのである。

実際に、ニュルンベルグ国際軍事裁判所は、「一般的考察」のなかで、戦前および戦時中のドイツ国内での国民、特にユダヤ人に対する迫害に言及して、次のように判断した<sup>13)</sup>。

戦争勃発以前に行われた行為が「人道に対する罪」を成立させるには、本裁判所の管轄に属するいずれかの犯罪の遂行として、または、これと関連して行われなくてはならない。本裁判所の意見によれば、これらの犯罪の多くは忌まわしくかつ恐ろしいものであったけれども、それらの犯罪が本裁判所の管轄に属するいずれかの犯罪の遂行として、または、これと関連して行われたことは十分に証明されていない。従って裁判所は、1939年以前の行為が、ニュルンベルグ条例の意味で、「人道に対する罪」に該当するという一般的宣言(a general declaration)をすることはできない。これに対し、1939年における戦

争開始から、「戦争犯罪」は、大規模に行われ、それらは「人道に対する罪」でもあった。

この「一般的考察」からみても、ニュルンベルグ条例において「人道に対する罪」を構成しうる非人道的行為はほぼ戦時中の行為であったといえ、そのために、同条例においても、「人道に対する罪」の実行時期は「戦争犯罪」のそれと重複していたといえる。

言い換えると、「戦前または戦時中の非人道的行為」という要素は、實際上、ニュルンベルグ国際軍事裁判における「人道に対する罪」の特徴となりえなかったと考えられる。これは、同条例上非人道的行為が「平和に対する罪」または「戦争犯罪」と関連して行われなければ「人道に対する罪」を構成しないところ、實際上、そのような条件をみたま非人道的行為はほぼ戦時中の行為であったことにある。つまり、同条例上の「人道に対する罪」には、第二の「本裁判所の管轄に属するいずれかの犯罪の遂行として、またはこれに関連して行われた」という要素が含まれていたために、同条例上、同罪の適用範囲と「戦争犯罪」の適用範囲とは大きく重複していたといえよう。

このような重複は、実際のニュルンベルグ国際軍事裁判において「人道に対する罪」または「戦争犯罪」で有罪とされた十八名のうち、十四名までが両罪で有罪とされたことに表れている<sup>14)</sup>。そこでこれら十四名についてみると、「戦争犯罪」に「関連して」「人道に対する罪」に該当する非人道的行為を行ったために、両罪で同時に起訴され、有罪とされた。つまり、同裁判所では、このように大きな範囲で両罪は重複していたのである。このことから、ニュルンベルグ条例上「人道に対する罪」は「戦争犯罪」と類似していた、と主張する学説も多く、特に、Aroneanu は、「戦争犯罪とは、戦争中に、戦争法および戦争慣例の確立された法規に違反して実行された「人道に対する罪」にほかならない」と主張する<sup>15)</sup>。この主張は、戦争中に、戦争法および戦争慣例の確立された法規に違反して行なわれる

非人道的行為は、「戦争犯罪」に該当すると同時に、「戦争犯罪」に「関連して」行われる「人道に対する罪」にも該当し、両罪ともニュルンベルグ国際軍事裁判所の管轄権に含まれるという解釈を根拠として行われている<sup>16)</sup>。このような、両罪が同一性を有しているという主張まで行われたことからみても、少なくとも「戦争犯罪」に「関連して」行われる「人道に対する罪」については、ニュルンベルグ国際軍事裁判上「戦争犯罪」と別個の犯罪とされた意義は少なかったと考えられる。このように両罪が大きく重複した原因は、同裁判所条例第6条(c)が、「本裁判所の管轄に属するいずれかの犯罪の遂行として、またはこれに関連して行われた」ことを「人道に対する罪」の構成要件要素としたからにほかならないといえる。

もっとも、「人道に対する罪」または「戦争犯罪」で有罪とされた十八名のうち、四名は、どちらかの罪でしか有罪とされなかった。そのうち、Streicher と Schirach の二人は民間人であり、敵対行為には関与せずにユダヤ人に対する迫害などに関与したために、「戦争犯罪」では起訴されず、「平和に対する罪」と「人道に対する罪」で起訴され、「人道に対する罪」のみで有罪とされた<sup>17)</sup>。この点、一般に、「戦前または戦時中の非人道的行為」という要素は、實際上、ニュルンベルグ国際軍事裁判における「人道に対する罪」特徴となりえず、「あらゆる文民たる住民に対する」という要素が規定されたことこそが、その特徴であったといわれる。具体的には、加害者の属する枢軸国国民に対する殺人、殲滅、奴隷化、強制的移送もしくは迫害といった、「戦争犯罪」の適用範囲に含まれない非人道的行為を処罰できるようにしたことが、ニュルンベルグ条例上「人道に対する罪」が別個の犯罪とされたことの最大の意義である、といわれるのである<sup>18)</sup>。しかし、実際に、「戦争犯罪」の適用範囲に含まれない非人道的行為が「人道に対する罪」で処罰されたのは上記の二人だけであり、しかも、国際刑事裁判所規程の適用上は、むしろ「ジェノサイド罪」に該当する可能性の高い行為を行った事例だったといえる。その他の Donitz と Raeder の二人は海軍の司令官であり、戦争法に反する敵対行為を指揮したものの

ユダヤ人に対する迫害には関与しなかったために、「人道に対する罪」では起訴されず、「平和に対する罪」と「戦争犯罪」で起訴され、両罪で有罪とされた<sup>19)</sup>。つまり、これら二人だけが、例外的に、「人道に対する罪」に該当しうる非人道的行為は行わずに、「平和に対する罪」と「戦争犯罪」に該当する行為を行ったのである。このことからみても、やはり、原則的には、ニュルンベルグ国際軍事裁判所の管轄権に含まれる「人道に対する罪」は「戦争犯罪」に「関連して」行われたといえ、その場合には両罪は重複しており、同裁判条例上、両罪を別個の犯罪として規定した意義は限られていたといえよう。

## 第2節 国際刑事裁判所規程における「人道に対する罪」と「戦争犯罪」

ニュルンベルグ条例第6条(c)では、非人道的行為が「人道に対する罪」を構成するためには、「本裁判所の管轄に属するいずれかの犯罪の遂行として、またはこれに関連して行われた」ことが必要とされていた。しかし、このような関連性の要素は、その後の「人道に対する罪」に関する諸規定の構成要件には含まれなくなった。例えば、1954年の「人類の平和と安全に対する犯罪の法典案」上の「人道に対する罪」の構成要件にも関連性の要素は含まれなかったし<sup>20)</sup>、国際刑事裁判所規程上の「人道に対する罪」の構成要件にも含まれていない。この点、第一節で述べたように、ニュルンベルグ国際軍事裁判上「人道に対する罪」の適用範囲が「戦争犯罪」の適用範囲と重複した原因は、上記のような関連性の要素が同裁判所条例上の「人道に対する罪」の構成要件に含められたことにあった。そのため、従来の学説は、将来的に関連性の要素が「人道に対する罪」の構成要件に含められなくなることを前提として、一般国際法上の同罪を考える場合には、これを「戦争犯罪」と区別された概念として理解すべきであると主張してきた<sup>21)</sup>。ところが、関連性の要素を構成要件に含めない「人道に対する罪」を含む国際刑事裁判所規程が採択され、発効した現在でも、同罪の適用範囲と「戦争犯罪」の適用範囲とは大きく重複する

武力紛争時における「人道に対する罪」の成立要件としての「広範な又は組織的な攻撃」(木原)

のではないかということが問題とされている。そのような問題が生じるのは、同規程における「人道に対する罪」の構成要件に、関連性の要素に代わって含まれた「広範な又は組織的な攻撃」という要素が原因なのだろうか。

まず、「広範な又は組織的な攻撃」という要素が含まれていることによって、解釈上は、国際刑事裁判所規程においても、「人道に対する罪」には武力紛争との関連性の要件が課されているといえるのか、という点を検討する。この点、旧ユーゴ国際刑事裁判所規程第5条上の「人道に対する罪」については、未だ「武力紛争において (in armed conflict) 行われた」という要件が課されており、武力紛争との関連性の要件が課されていた。しかし、当該要件が課された理由は、実際に同裁判所の管轄下で処罰すべき行為が「武力紛争において行われた」ものであったからにすぎず、「人道に対する罪」が一般に武力紛争と関連していなければならないからではない、と考えられる<sup>22)</sup>。このことについて、事務総長は、旧ユーゴ国際刑事裁判所規程第5条が採択された際、同規程に関するコメントリーにおいて「第5条の「武力紛争において行われた」という要件は管轄権上のものであり、定義上のものではない」と述べている<sup>23)</sup>。これは、「武力紛争において行われた」という要件が課されたのは、実際に同裁判所の管轄下で処罰すべき「人道に対する罪」が「武力紛争において行われた」ものであったためにすぎず、「人道に対する罪」一般について武力紛争との関連性の要件が必要であることを示すためではない、ということを確認したものであると理解できる。この解釈は、Tadić 事件控訴審判決などにとり入れられている<sup>24)</sup>。また、アメリカ合衆国の法廷助言者は、Tadić 事件に関する意見のなかで、「「人道に対する罪」の禁止規範は、平和時でさえも (even in times of peace) 適用される」と述べている<sup>25)</sup>。そのうえ、ルワンダ国際刑事裁判所規程第3条上の「人道に対する罪」においては、もはや、武力紛争との関連性はその適用要件とされていない<sup>26)</sup>。これは、同裁判所の管轄下で処罰すべき行為が「武力紛争において行われた」ものに限られ

ないからにほかならない<sup>27)</sup>。

上記のような経緯を経たことからみても、国際刑事裁判所規程第7条上の「人道に対する罪」において「武力紛争において行われた」という要件が課されていないのは、武力紛争との関連性なしに同罪が成立しうる、ということを示しているといえる<sup>28)</sup>。言い換えると、同規程上の「人道に対する罪」は、ニュルンベルグ条例上の「人道に対する罪」とは異なって、「戦争犯罪」とは別個に独立して適用されるのであり、その適用範囲が「戦争犯罪」の適用範囲と重複するとしても、もはや当該重複は、武力紛争との関連性の要件とは異なる原因によって生じているのである。

ところが、フランス、イギリス、ロシアといった国々の代表は、旧ユーゴ国際刑事裁判所規程第5条が採択された際、同条の「武力紛争において行われた」という要件が管轄権上のものか、定義上のものかという点にはふれずに、武力紛争中に行われた場合にのみ、同条は適用されることを主張した<sup>29)</sup>。つまり、これらの国々は、実際に同裁判所の管轄下で処罰すべき「人道に対する罪」が「武力紛争において行われた」ものであったためではなく、「人道に対する罪」一般について武力紛争との関連性の要件が必要であると考えて、「武力紛争において行われた」という要件を課そうとしていたとも考えられるのである。これに対し、Tadić 事件控訴審判決は、「人道に対する罪」に該当する行為を武力紛争時に行われる行為に限定するが、その理由としては同罪に該当する行為が「広範な又は組織的な攻撃に関連して行われる」行為に限定されるべきである、ということを挙げている<sup>30)</sup>。この判決は、旧ユーゴスラビアにおいて行われた非人道的行為について、「人道に対する罪」に該当するためには「広範な又は組織的な攻撃に関連して行われ」ねばならない、という限定を加えれば、同罪に該当する行為が武力紛争時に行われる行為に限定されることになる、ということ为前提としていると理解できる。つまり、この判決は、非人道的行為について、「人道に対する罪」に該当するためには「広範な又は組織的な攻撃に関連して行われ」ねばならない、という限定を加えれば、武力紛

争との関連性の要件を課さなくても、同罪の適用範囲が武力紛争中に行われた行為以外について大きく広がることを防ぐことは可能であると考えていたのである。また、ルワンダ国際刑事裁判所規程第3条上の「人道に対する罪」においては、武力紛争との関連性がその適用要件とされなくなった代わりに、「広範な又は組織的な攻撃の一部として行われること」が要件とされるようになった<sup>31)</sup>。その適用の際にも、多くの場合は、武力紛争時に行われたことが認定されている<sup>32)</sup>。その結果、この要件は国際刑事裁判所規程第7条においても維持されている。このことからみて、国際刑事裁判所規程第7条上の「広範な又は組織的な攻撃の一部として行われること」という要件は、武力紛争との関連性の要件を課さずに、同罪の適用範囲が武力紛争中に行われた行為以外について大きく広がることを防ぐために課されたと考えられる。

もっとも、本来、「広範な又は組織的な攻撃」は武力紛争中のものに限られないことから、この要件のみで「人道に対する罪」の適用範囲が武力紛争中に行われた行為以外について大きく広がることを十分に防げるかどうかについて、次のように懸念が示されているといわれている。すなわち、国際刑事裁判所規程第7条上の「人道に対する罪」の要素 (elements) に関する議論においては<sup>33)</sup>、同条の適用範囲が広がり過ぎるのではないか、という懸念を示す国が多く、いくつかの国の代表は、もう一度、武力紛争との関連性をその構成要件にすることを主張しているといわれているのである<sup>34)</sup>。しかし、逆にいうと、そのような懸念が示されながら、なお、武力紛争との関連性の要件が課されていない以上、やはり、「広範な又は組織的な攻撃」が武力紛争中のもの以外には限定された範囲でしか広がらない、と一般的には解釈されているといえよう。つまり、「広範な又は組織的な攻撃の一部として行われること」という要件のために、「人道に対する罪」の適用範囲は武力紛争中に行われた行為以外には大きく広がらず、「戦争犯罪」の適用範囲と大きく重複している、と一般的には解釈されているのである。

一方、国際刑事裁判所規程第8条上、「戦争犯罪」とは、「特に計画の一部として、又は戦争犯罪の大規模な実行の一部として行われた」(同条1項)、ジュネーブ諸条約の重大な違反または確立した国際法の枠内で武力紛争に適用可能な法規および慣例の重大な違反としての「殺人」などである(同条2項)。この規定と「広範な又は組織的な攻撃」に該当しうるのは、事実上、大半が武力紛争時に行われる攻撃に限定されることからみて、そのような攻撃の一部として行われた非人道的行為について、国際刑事裁判所規程における「人道に対する罪」の適用範囲が「戦争犯罪」の適用範囲と重複する可能性は大きいといえよう<sup>35)</sup>。

そのうえ、これまで非国際的武力紛争では「戦争犯罪」は観念されていなかったから、非国際的武力紛争に関しては「人道に対する罪」の適用範囲が「戦争犯罪」の適用範囲と重複する可能性はなかったが、国際刑事裁判所規程第8条2項(c),(e)は「戦争犯罪」が非国際的武力紛争においても認められることを定めている<sup>36)</sup>。そのため、同裁判所においては、非国際的武力紛争と関連して行われた非人道的行為についても、事実上は、両罪の適用範囲が重複する可能性があるといえる。これは、まず、旧ユーゴ国際刑事裁判所判決において非国際的武力紛争に「戦争犯罪」の適用範囲が拡大され<sup>37)</sup>、次に、ルワンダ国際刑事裁判所規程第4条でも非国際的武力紛争に「戦争犯罪」の適用範囲が拡大された<sup>38)</sup>、という国際人道法の発展を引き継いだものであるといえる。これにより、国際的武力紛争のみならず、非国際的武力紛争においても、「戦争犯罪」の存在が認められるようになった<sup>39)</sup>。この点、「人道に対する罪」の適用範囲は、前述のように、武力紛争中の行為でなければならないという制限すらくなくっており、当然、非国際的武力紛争においては存在しないという制限も存在しない。そのため、非国際的武力紛争においても「戦争犯罪」が存在することが認められるようになったことも、「人道に対する罪」の適用範囲が武力紛争中に行われた「戦争犯罪」の適用範囲と重複する原因となるといえよう。

以上により、国際刑事裁判所規程における「人道に対する罪」は、もは

武力紛争時における「人道に対する罪」の成立要件としての「広範な又は組織的な攻撃」(木原)

や、「戦争犯罪」などの犯罪との関連性を要求されていないものの、武力紛争と関連して行われた非人道的行為について、同規程における「人道に対する罪」の適用範囲は、「戦争犯罪」の適用範囲と大きく重複しているといえる。それは、第一に、「人道に対する罪」において、武力紛争との関連性がその適用要件とされなくなった代わりに、「広範な又は組織的な攻撃の一部として行われること」が要件とされるようになったためであり、第二に、「戦争犯罪」が非国際的武力紛争においても認められるようになったためであった。その結果、国際刑事裁判所規程上も、両罪の適用範囲が重複する範囲内では、例えば、組織性または大規模性を備えた一連の行為の一部として武力紛争中に行われた「殺人」については、両罪の成立の可否をどのように決定するのかが問題となるのである<sup>40)</sup>。

## 第二章 国際刑事裁判所規程における 「人道に対する罪」特有の成立要件

### 第1節 「人道に対する罪」の成立要件と「戦争犯罪」の成立要件との 相異点

武力紛争と関連して行われた非人道的行為について、国際刑事裁判所規程における「人道に対する罪」の適用範囲は「戦争犯罪」の適用範囲と大きく重複している。その範囲内で、例えば、組織性または大規模性を備えた一連の行為の一部として武力紛争中に行われた「殺人」について両罪の成立の可否を決定するには、本当にその区別の困難さが問題となるのだろうか。以下、同規程第7条上の「人道に対する罪」の成立要件と第8条上の「戦争犯罪」の成立要件とを比較検討する。

この点、国際刑事裁判所規程採択前の旧ユーゴ国際刑事裁判所においては、「人道に対する罪」が「戦争犯罪」よりも重大かどうかの問題となった。例えば、Erdemović 事件上訴審裁判部の多数意見は「人道に対する罪」を「戦争犯罪」よりも重大であると判示したのだが<sup>41)</sup>、「人道に対す

る罪」の法的性質について、次のように述べている<sup>42)</sup>。

「人道に対する罪」は、それが広範な又は組織的な攻撃の一部として  
文民たる住民に向けられるものであり、かつ、そのことを犯罪の実行  
者が認識しているという点で、直接の被害者の利益以上に広範な利益、  
すなわち、人道性 (humaneness) それ自体を侵害するものである

そのうえで、「直接の被害者の利益以外に広範な利益を侵害する」点で  
「人道に対する罪」は「戦争犯罪」よりも重大であると判示したのである。

これに対し、同裁判部の Li 裁判官は、個別および反対意見において、  
次の四つの中心的理由から、「人道に対する罪」は「戦争犯罪」よりも必  
ずしも重大ではない、と主張した<sup>43)</sup>。

1. 犯罪の重大性は、犯罪行為の分類によってではなく、犯罪行為自体  
の本質的な性質により決定される
2. 無防備な都市へ Erdemović が行った爆撃行為が百万人もの人を  
死なせたように、「戦争犯罪」が「人道に対する罪」よりも重大な結  
果をもたらす場合もありうる
3. 「人道に対する罪」が初めて規定されたニュルンベルグ条例以降、  
同罪は必ずしも「戦争犯罪」よりも重大であるとはされてこなかった
4. 「人道に対する罪」の意味は、適切には、人類全体に対する罪では  
なく、むしろ、人道性の侵害、という性質の行為態様を有する犯罪で  
ある

つまり、「戦争犯罪」に該当する行為には「人道に対する罪」に該当する  
行為よりも重大なものもありえ、ニュルンベルグ条例以降そのことが認め  
られてきた以上、「人道に対する罪」は「戦争犯罪」よりも必ずしも重大  
ではない、と主張したのである。この主張の基礎となっているのは、上記  
4の理由であり、人道性を侵害する性質の行為態様を有するという点で、  
「人道に対する罪」は「戦争犯罪」とは共通していることを重視している

武力紛争時における「人道に対する罪」の成立要件としての「広範な又は組織的な攻撃」(木原)

と理解できる<sup>44)</sup>。

この Li 裁判官の見解は、Tadić 事件に関する、旧ユーゴ国際刑事裁判所上訴審裁判部の Robinson 裁判官の個別意見に受け継がれている。つまり、Robinson 裁判官は、上記の見解を引用したうえで、当該事件における Tadić の行為が同一の事実を基礎として「人道に対する罪」の構成要件にも「戦争犯罪」の構成要件にも該当しうるとしたのである<sup>45)</sup>。また、人道性を侵害する性質の行為態様を有するという点で、「人道に対する罪」は「戦争犯罪」と共通していることを重視する見解は学説上も主張されている。例えば、奥原は、「戦争法が軍事的必要性 (necessity) と人道の諸原則との調和を図るために設けられたことから、戦争法に違反する行為は、そのかなりの部分が非人道的行為としての性格をもっている」ことを重視している<sup>46)</sup>。ここでいう「戦争法に違反する行為」とは「戦争犯罪」のことをさしていると理解でき、要するに、奥原も、非人道的行為としての性質の行為態様を有することが「戦争犯罪」と「人道に対する罪」の共通点であると述べているのである。さらに、Fenrick は、このような両罪の共通点をより重視して、両罪は一定の範囲で同一性を有しているという前提にたち、その同一性を有している範囲では、将来的には「戦争犯罪」を「人道に対する罪」に取り替えるべきである、と主張している<sup>47)</sup>。

確かに、上記の判例は武力紛争との関連性を要件として判断されており、これだけで結論を出すのは困難な場合もあろう。しかし、国際刑事裁判所規定の解釈としても、やはり、組織性または大規模性を備えた一連の行為の一部として武力紛争中に行われた「殺人」の場合については、「人道に対する罪」としてそのような「殺人」が行われた場合の方が、「戦争犯罪」として行われた場合よりも必ずしも重大な結果をもたらすとは限らないといえよう。それは、そのような場合の「殺人」についてみると、「人道に対する罪」として行われても「戦争犯罪」として行われても、人道性を侵害する犯罪であるという点で、基本的には共通の性質を有しているからであると考えられる。この点、Erdemović 事件上訴審裁判部の多数意見は、

第一に、「人道に対する罪」が「広範な又は組織的な攻撃の一部として文民たる住民に向けられるものであること」に着目するが、実際には、「戦争犯罪」も「広範な又は組織的な攻撃の一部として文民たる住民に向けられる」ことがある。そのうえ、第二に、「人道に対する罪」の法的性質が「人道性それ自体を侵害する」ものであることにも着目するが、これも「戦争犯罪」と共通する性質にすぎないのである。このことからみても、「人道に対する罪」は必ずしも「戦争犯罪」よりも重大であるとはいえないといえよう。したがって、ある犯罪行為が重大な結果をもたらしたかどうかで、「人道に対する罪」で処罰されるか、「戦争犯罪」で処罰されるか、ということを決断することはできないといわざるをえない。

そこで、以下、Robinson 裁判官の「同一の事実を基礎として「人道に対する罪」の構成要件にも「戦争犯罪」の構成要件にも該当しうる」という主張、および、Fenrick の「両罪は一定の範囲で同一性を有している」という主張を考慮しつつ、両罪の適用範囲が重複している範囲内で、その成立の可否を決断するには、本当に両罪の区別の困難さが問題となるのか、という点を検討する。しかし、この検討においては、Robinson 裁判官の主張や、Fenrick の主張だけを考慮すれば良いのではなく、国際刑事裁判所規程第7条および第8条上、両罪の構成要件が異なっている点で、しかも、Erdemović 事件上訴審裁判部の多数意見も「人道に対する罪」の「戦争犯罪」との相異点として着目している点も考慮しなければならない。そのような点としては、第一に、「広範な又は組織的な攻撃」が「そのような攻撃を行う国家若しくは組織の政策に従って、又はそのような政策の助成の下に行われ」ねばならないこと（以下、この要素を「政策要素」とする）は、「人道に対する罪」の客観的要件ではあるが「戦争犯罪」の要件ではないことが挙げられ、第二に、そのような「政策要素」を「その実行者が認識していること」は、「人道に対する罪」の主観的要素（*Mens Rea*）ではあるが「戦争犯罪」の主観的要素ではないことが挙げられよう。但し、両罪の区別に関しては、これらの点は互いに関連させて考慮しな

なければならない。なぜなら、両罪の区別の困難さが主張されるのは、組織性または大規模性を備えた一連の行為の一部として武力紛争中に行われた「殺人」のように、客観的事実としては、「広範な又は組織的な攻撃の一部として文民たる住民に向けられるものであること」という要件も「武力紛争において行われること」という要件もみたす場合だからである。つまり、考慮しなくてはならないのは、客観的にそのような場合であり、かつそのことを認識していれば「戦争犯罪」の構成要件はみたしている一方で、「人道に対する罪」の構成要件をみたすためには、客観的に「政策要素」も必要であるうえに、主観的にそのような「政策要素」を「その実行者が認識していること」も必要ではないかということなのである。

これらの要素は、旧ユーゴ国際刑事裁判所規程第5条には規定されていない。にもかかわらず、これは、Erdemović 事件上訴審裁判部の多数意見において「人道に対する罪」の要件とされていると理解でき、Li 裁判官の反対意見もこれを要件とすること自体は否定していない。その後、Tadić 事件判決は、「基礎となる侵害 (offence) を行う意図 (intent)」に加えて、「広範な又は組織的な攻撃の広範な文脈で (of the broader context of) 行動していることの犯罪実行者の認識」も要件であると判示している<sup>48)</sup>。また、ルワンダ国際刑事裁判所規程第3条にもこれらの要素は規定されていないにもかかわらず、裁判所は、Kayishema and Ruzindana 事件において、Tadić 事件判決を引用しつつ、同様の認識が要件であると判示している<sup>49)</sup>。このような経緯からみて、国際刑事裁判所規程第7条において、「政策要素」およびその「認識」が要件とされているのは、上記の判例を確認するものといえる<sup>50)</sup>。

そのため、単なる武力紛争の一部として行われるのではなく「広範な又は組織的な攻撃の文脈で行われる」こと、という客観的要素、およびその「認識」という主観的要素が、「人道に対する罪」の要件とされたが「戦争犯罪」の要件とはされなかったことこそが、両罪の最も大きな相異点であると考えられる。この点について、「広範な又は組織的な攻撃の文脈で行

われる」という客観的要素が「人道に対する罪」の要件とされるべき理由について、Kayishema and Ruzindana 事件は、「純粹に個人的な理由から行われる、単発の非人道的な行為や非計画的な (random) 非人道的行為を排除するためである」と述べている<sup>51)</sup>。また、その具体的意味について、「広範な政策または計画の一部として行われていない行為を排除するためである」と述べている<sup>52)</sup>。そのうえで、「攻撃の大まかな文脈で行動していることの犯罪実行者の認識」が要件であるということの具体的意味は、「広範な又は組織的な攻撃の一部であり、一定の政策または計画に従っていることの犯罪実行者の認識」が要件であるということである」と述べているのである<sup>53)</sup>。この判例からみて、「広範な又は組織的な攻撃の文脈で行われる」という客観的要素とは「広範な政策または計画の一部として行われている行為」にほかならず、主観的要素はそのような「政策要素」の「認識」であるといえる。ここで、この趣旨は、次のような国際刑事裁判所規程第7条の規定にも反映されているはずである。

#### 国際刑事裁判所規程第7条（人道に対する罪）

- 1 この規程の適用上、「人道に対する罪」とは、文民たる住民に対する広範な又は組織的な攻撃の一部として、当該攻撃の認識とともに行われた次のいずれかの行為をいう。

（以下略）

- 2 1の規定の適用上、  
「文民たる住民に対する攻撃」とは、そのような攻撃を行う国家若しくは組織の政策に従って、又はそのような政策の助成の下に、いずれかの文民たる住民に対して行われる、1に規定された行為の多様な実行を伴う一連の行為をいう。

つまり、国際刑事裁判所規程上の「人道に対する罪」には「政策要素」およびその「認識」が必要とされており、これにより、同罪からは「広範な

政策または計画の一部として行われていない行為」が排除されている、と解されるといえよう<sup>54)</sup>。これに対し、「戦争犯罪」については、「武力紛争において行われる」行為であること、およびそのような行為であることの認識が要件とされているだけであり<sup>55)</sup>、これが両罪の根本的な相異点なのである。

例えば、組織性または大規模性を備えた一連の行為の一部として武力紛争中に行われた「殺人」についてみても、「広範な又は組織的な攻撃を行う国家若しくは組織の政策に従って、又はそのような政策の助成の下に行われる」行為であってかつ、そのような「政策要素」の「認識」のある行為のみが「人道に対する罪」に該当し、「武力紛争において行われる」行為であることしか認識しないで行われた行為が「戦争犯罪」に該当する。そのため、一見、「同一の事実を基礎として「人道に対する罪」の構成要件にも「戦争犯罪」の構成要件にも該当しうる」場合のようにみえても、実は「政策要素」またはその「認識」を欠いて「戦争犯罪」の構成要件にしか該当しない場合があり、さらには、「武力紛争において行われる」行為であることすら認識せずに行われて、いずれの構成要件にも該当しない場合もある。具体的には、上記のような「殺人」の場合、第一に、「広範な又は組織的な攻撃を行う国家若しくは組織の政策に従って、又はそのような政策の助成の下に行われる」行為であって、かつ、そのような「政策要素」の「認識」のある行為は、「人道に対する罪」にも「戦争犯罪」にも該当する。第二に、これらの「政策要素」またはその「認識」を欠く行為は、「戦争犯罪」にしか該当しない。第三に、「武力紛争において行われる」行為であることの認識すら欠く行為は、「人道に対する罪」または「戦争犯罪」のいずれにも該当しない。したがって、同一の事実を基礎としていずれの犯罪にも該当する場合もあるが、それは上記第一の場合に限られるといえよう。つまり、客観的には、同一の行為であるようにみえる場合でも、国際刑事裁判所規程上は、「人道に対する罪」特有の成立要件である「政策要素」とその「認識」の有無によって「戦争犯罪」のみなら

ず「人道に対する罪」にも該当する場合かどうかが決定され、この決定を前提として、同規程第31条や同規程第33条などの適用の有無が決せられることが予定されているのである。このことからみて、両罪の適用範囲が重複している範囲内でその成立の可否を決定するには、「人道に対する罪」特有の成立要件である「政策要素」とその「認識」の有無を立証すれば足りるところ、その立証が困難であるとしても、それは「人道に対する罪」特有の成立要件を立証することの困難さであって、「戦争犯罪」と区別することの困難さではないといえよう。

## 第2節 「人道に対する罪」の成立要件としての主観的要素

前節で述べたように、国際刑事裁判所規程上、「人道に対する罪」と「戦争犯罪」の適用範囲が重複している範囲内でその成立の可否を決定する際、「人道に対する罪」特有の成立要件を立証することの困難さは問題になるとしても<sup>56)</sup>、両罪の区別の困難さは問題とならないはずである。にもかかわらず、同罪と「戦争犯罪」との区別が困難であると主張される<sup>57)</sup>。これは、「人道に対する罪」特有の成立要件の内容が明確でないために、同罪の法的性質と「戦争犯罪」の法的性質の相違が不明確なためではないか、とも考えられる。この点、「人道に対する罪」特有の成立要件である「政策要素」の「認識」について、仮に、当該「政策」の「目的」の「認識」まで必要であるとすれば、「人道に対する罪」は国内刑法上の内乱罪のような目的犯であるといえ、「戦争犯罪」の法的性質とは明確に相違しているといえるはずである。ということは、この必要性について、未だ確定していないのだろうか。以下、この主観的要素の有無を立証することについてはどのような問題があるのかについて検討する。

ここで、「認識」に関する国際刑事裁判所規程第30条3項の規定は、次のとおりである。

本条の適用上、「認識」とは、ある状況が存在すること又はある結果

が自然の成り行きで生じることに気づいていることを意味する

つまり、一般に「認識」とは、「状況」または「結果」という有形の要素(material elements)に関して、「気づいていること」という心理的要素(mental elements)を備えていることである。これを、「人道に対する罪」に特有の主観的要素である「広範な又は組織的な攻撃を行う国家若しくは組織の政策に従って、又はそのような政策の助成の下に行われる行為であることの認識」についてみると、当該「認識」は、「状況」に関するものであって、「結果」に関するものではない。このことから、当該「認識」とは、自分の行為が「国家若しくは組織の政策に従って、又はそのような政策の助成の下に行われ」かつ「広範な又は組織的な攻撃の一部として行われる」という「状況」を意味し、「政策要素」が「存在することに気づいていること」が必要であると解される。これに対し、「戦争犯罪」の主観的要素である「武力紛争において行われる行為であることの認識」とは、自分の行為が「武力紛争において行われる」という「状況」が「存在することに気づいていること」を意味すると解される。

そこで、組織性または大規模性を備えた一連の行為の一部として武力紛争中に行われた「殺人」についてみると、客観的には「広範な又は組織的な攻撃の一部として行われ」かつ「武力紛争において行われ」た「状況」にある。このことから、当該「殺人」の「状況」が「存在することに気づいている」とすれば、「広範な又は組織的な攻撃の一部として行われる」という「状況」も、「武力紛争において行われる」という「状況」も、「存在することに気づいている」といえる。これに対し、当該「殺人」の「状況」が「存在することに気づいている」としても、当該「殺人」が「国家若しくは組織の政策に従って、又はそのような政策の助成の下に行われる」という「状況」すなわち「政策要素」の「存在」に気づいて行われたかどうかは、別途問題となる。つまり、当該「殺人」については、第一に、当該「殺人」が「広範な又は組織的な攻撃の一部として行われ」かつ「武

力紛争において行われ」たという「状況」が「存在することに気づいている」ことを立証できるかどうかで、「人道に対する罪」と「戦争犯罪」の両罪とも成立するかどうかが決せられる場合、第二に、そのことは立証できるが、当該「殺人」が「政策要素」の「存在に気づいて」行われたことは立証できず、「戦争犯罪」のみが成立する場合の二つの場合に分かれるのである。そのため、一方で、当該「殺人」が「広範な又は組織的な攻撃の一部として行われ」かつ「武力紛争において行われ」た「状況」が「存在することに気づいている」ことについて立証しなければならない範囲が広すぎたり狭すぎたりすれば、「人道に対する罪」と「戦争犯罪」の両罪とも該当範囲が狭くなりすぎたり、両罪とも該当範囲が広がりすぎたりするという問題が生じるといえる。他方、当該「殺人」が「政策要素」の「存在に気づいて」行われたことについて立証しなければならない範囲が狭すぎたり広すぎたりすれば、「戦争犯罪」のみにして該当し、「人道に対する罪」には該当しない範囲が狭くなりすぎたり広がりすぎたりするという問題が生じるといえよう。

このうち、特に、後者の「政策要素」が「存在することに気づいていること」という「認識」については、どこまで立証しなければ「人道に対する罪」が成立しないか、という点の合意が未だに得られていない点が問題であるといえる。なぜなら、「政策」の目的の「認識」まで立証しなければならないかどうかについても合意されていないために、「人道に対する罪」が国内刑法上の内乱罪のような目的犯なのかどうかをはっきりとしておらず、「戦争犯罪」の法的性質との相違も明確ではないからである。そのため、「戦争犯罪」のみに該当し「人道に対する罪」には該当しない範囲がどこまでなのか、が未だ確定していないまま、「戦争犯罪」のみに該当するとされたり、いずれの犯罪にも該当するとされるおそれが残っているのである。実際には、まず、国際刑事裁判所規程採択後、国際刑事裁判所準備委員会の犯罪の要素に関する作業部会において、ドイツとカナダの代表者達によって、この「認識」を不要とすべきことが提案された<sup>58)</sup>。こ

武力紛争時における「人道に対する罪」の成立要件としての「広範な又は組織的な攻撃」(木原)

の提案の根拠は、そのような「政策」が存在することを被告人が正確に推論していたことは、検察官が立証すべきではなく、裁判所が関連する事実と「状況」から判断すべきであるということであった。これに対し、他の国の代表者達は、Kayishema and Ruzindana 事件ルワンダ国際刑事裁判所判決が「一定の政策または計画に従っていることの犯罪実行者の認識」を要件としたことを引用しつつ<sup>59)</sup>、「広範な又は組織的な攻撃」を要件とする以上、やはり、この主観的要素も検察官が立証する要件とすべきであると主張した。その結果、国際刑事裁判所準備委員会の犯罪の要素に関する最終草案において、「政策」の「認識」は削除されず、ただ、被疑者が「政策」の精密な詳細を知る必要はないことのみが示された<sup>60)</sup>。つまり、現状では、検察官は、被疑者が「政策」についてどの程度「認識」していると立証しなければ、裁判で被疑者を有罪にしえないのか、例えば「政策」の目的の「認識」まで立証しなければならないかどうかといった点については未だ合意が形成されていないのである<sup>61)</sup>。このように、国際刑事裁判所規程における「人道に対する罪」の成立要件に関しては、「政策要素」が「存在することに気づいていること」という「認識」について、どこまで立証しなければ「人道に対する罪」に該当しないか、という点の合意が未だ得られておらず、そのために「戦争犯罪」のみに該当し、「人道に対する罪」には該当しない範囲の広狭は不明確である。したがって、この範囲といずれの犯罪にも該当する範囲との区別が困難である、という問題は残っているといえよう。その意味では、両罪が別個の犯罪とされた意義も未確定なのである。

## お わ り に

第二章第1節で述べたように、「人道に対する罪」と「戦争犯罪」の適用範囲が重複している範囲内でその成立の可否を決定するには、「人道に対する罪」特有の成立要件である「政策要素」とその「認識」の有無を立証す

れば足りるところ、その立証が困難であるとしても、それは「人道に対する罪」特有の成立要件を立証することの困難さであって、「戦争犯罪」と区別することの困難さではない。但し、第二章第2節で述べたように、国際刑事裁判所規程における「人道に対する罪」の成立要件に関しては、未だ、「政策要素」が「存在することに気づいていること」という「認識」について、どこまで立証しなければ「人道に対する罪」に該当しないか、という点の合意が得られておらず、そのために「戦争犯罪」にのみ該当し「人道に対する罪」には該当しない範囲の広狭が不明確である、という問題が残っているといえる。

このような問題点については、国際刑事裁判所規程が採択された直後にも、Cassese が「国際犯罪、特に「人道に対する罪」の主観的要素は正確に定義されていない」と指摘していたが<sup>62)</sup>、未だに解決されていないのである。確かに、このままでも、国際刑事裁判所規程上の明文に基づいて個人処罰が行われる以上、刑法不遯及の原則には反せず、形式的には、「法律がなければ犯罪はなく、法律がなければ刑罰はない (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*)」という原則に反してはいない。そのため、形式的には罪刑法定主義の原則に反するとはいえない。しかし、「人道に対する罪」が目的犯としての性質を有するかどうかという点まで合意されていないままでは、「人道に対する罪」が成立する場合かどうかの判断を個人が正確に行うことができず、個人の正当な敵対行為などの行動の自由を不当に抑制されかねない<sup>63)</sup>。つまり、刑法の明確性の原則に反し、実質的には罪刑法定主義の原則に反するのではないか、という問題が残るのである<sup>64)</sup>。したがって、今後の課題としては、まず、例えば「政策」の目的の「認識」を立証することは必要なのか、といった問題をはじめ、「人道に対する罪」に特有の要素の立証範囲について、できるだけ明確に合意することが挙げられよう。

さらに、この課題とならんで、「人道に対する罪」と「戦争犯罪」の成立範囲が広がりすぎたり狭くなりすぎたりしないように、両罪の要素につ

いて合意を形成することも今後の重要な課題であると考えられる。というのも、仮に両罪の要素が明確に合意されたとしても、両罪の成立範囲が広がりすぎると個人の正当な敵対行為についてまで行動の自由が不当に抑制されてしまうし、逆に、狭くなりすぎたのでは敵対行為における非人道的行為が十分に抑止できないからである。この点、ニュルンベルグ条例においては、個人の正当な敵対行為についてまで行動の自由が不当に抑制されてしまうことはなかった。なぜなら、第一に、「戦争犯罪」については、国際的武力紛争に、その適用範囲が限定されており、第二に、「人道に対する罪」については、その成立要件として「平和に対する罪」または「戦争犯罪」との関連性が要求されていたからである。ところが、国際刑事裁判所規程においては、第一に、非国際的武力紛争においても、「戦争犯罪」の存在が認められるようになった。そのうえ、第二に、「人道に対する罪」の成立要件として、他の犯罪との関連性も要求されなくなった。そのため、特に非国際的武力紛争において、個人の正当な敵対行為についてまで行動の自由を不当に抑制しないためには、「戦争犯罪」または「人道に対する罪」に該当する行為と正当な敵対行為の適正な区別がより一層必要になっているといえる。

この点に関連して、例えば、国際刑事裁判所準備委員会の犯罪の要素に関する作業部会においては、「一つの特定の行為が複数の犯罪に該当することはありうるのか」という問題として議論されたが結論は出ず<sup>65)</sup>、同委員会の犯罪の要素に関する最終草案においても、この問題は残された<sup>66)</sup>。これは、同委員会の多数が、実際の事件においてその問題が起きたときに裁判所が決定すべきであるという見解を有していたために結論が出なかったことを示している<sup>67)</sup>。その結果、「戦争犯罪」または「人道に対する罪」に該当する行為と正当な敵対行為との区別についても、実際の事件においてその問題が起きたときに裁判所が決定することとされた。そのため、両罪の区別の問題を指摘する学説が主張するように、一方で「戦争犯罪」が「人道に対する罪」の safety net となり、他方で「人道に対する罪」が

「戦争犯罪」の safety net となることで、「戦争犯罪」または「人道に対する罪」に該当する行為が個人の正当な敵対行為にまで広がりすぎるおそれが残っているといえる<sup>68)</sup>。つまり、このようなおそれを除去し、個人の行動の自由を不当に抑制しないようにしつつも、敵対行為における非人道的行為を十分に抑止するように「人道に対する罪」と「戦争犯罪」の要素について合意を形成するという問題も、重要な課題として今後に残されているのである。

- 1) *International Legal Materials* (hereinafter cited as *ILM*), Vol. 37, pp. 1003-1004 (1998).
- 2) *Id.*, pp. 1004-1005.
- 3) *Id.*, pp. 1006-1009. 1項の「特に」の解釈については争いがあり、国際刑事裁判所規程上の「戦争犯罪」に該当するには、少なくとも、組織性または大規模性を備えた一連の行為の一部として武力紛争中に行われた「殺人」などであることが必要であるという見解と、単発または散発の行為も排除はされないという見解とが対立している。真山全「国際刑事裁判所規定と戦争犯罪」『国際法外交雑誌』第98巻5号, 104-105頁(1999年)。
- 4) 真山全, 同上, 122-123頁。W. J. Fenrick, 'The Development of the Law of Armed Conflict through the Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia,' in, *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium*, pp. 113-114 (M. N. Schmitt and L. C. Green eds. 1998).
- 5) International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (hereinafter cited as ICTY): *Prosecutor v. Erdemović (Sentencing Appeal*, 7 October 1997), *Joint Separate Opinion of Judges McDonald and Vohrah*, *International Law Reports* (hereinafter cited as *ILR*), Vol. 111, pp. 327-328 (1998). 但し, Erdemović は, 「人道に対する罪」についての有罪を認めており, Erdemović の行為が「人道に対する罪」に該当することを前提として審議されたために, この事件では, 「戦争犯罪」との区別自体はこれ以上争われなかった。
- 6) *Id.*, *Separate and Dissenting Opinion of Judge Li*, p. 381 (1998).
- 7) ICTY: *Prosecutor v. Tadić (Sentencing Judgement*, 11 November 1999), *ILM*, Vol. 39, pp. 129-130 (2000).
- 8) M. Frulli, 'Are Crimes against Humanity More Serious than War Crimes?', *European Journal of International Law* (hereinafter cited as *EJIL*), Vol. 12, pp. 339-340 (2001). 真山全, 前掲注3, 122-123頁。但し, Frulli は, 第31条や第33条を根拠として, 「人道に対する罪」が「戦争犯罪」よりも重大な犯罪であることを認めていくべきである, と主張している。M. Frulli, *id.*, pp. 349-350.
- 9) R. Jackson, Report of Robert H. Jackson, U.S. Representative to the International Conference on Military Trials, London, 1945, p. 422 (1949).

武力紛争時における「人道に対する罪」の成立要件としての「広範な又は組織的な攻撃」(木原)

- 10) その他、「あらゆる文民たる住民に対する」という要素や、「犯罪の行われた国の国内法に違反すると否にかかわらず」という要素も、同規定上の「人道に対する罪」全般に共通するものとして挙げられる。Cf. H. Fujita, *Le crime contre l'humanité dans les procès Nuremberg et de Tokyo*, *Kobe University Law Review*, Vol. 34, pp. 6-8 (2000). 藤田久一『戦争犯罪とは何か』, 110-112頁(1995年), 参照。
- 11) The United Nations War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War*, p. 213(1948).
- 12) M. C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, pp. 189-191 (1992).
- 13) 'International Military Tribunal (Nuremberg), Judgement and Sentences', *American Journal of International Law* (hereinafter cited as *AJIL*), Vol. 41, pp. 172, 249 (1947).
- 14) R. K. Woetzel, *The Nuremberg Trials in International Law*, pp. 175-176 (1960).
- 15) Aroneanu, *Le crime contre l'humanité*, *Nouvelle Revue de Droit International privé*, Vol. 13, p. 389 (1946). R. S. Clark, 'Crimes against Humanity at Nuremberg', in *The Nuremberg Trial and International Law*, pp. 196-198 (G. Ginsburgs and V. N. Kudriavtsev eds., 1990). 岡田泉「「人道に対する罪」処罰の今日的展開」『世界法年報』第15号, 51-53頁(1996年)。
- 16) Aroneanu, id., pp. 389-390. この点, 関連性の要件が課されたために, 両罪がどの程度類似していたのか, また, 同一性まで有していたのか, という点も問題になると考えられるが, この問題は別項に譲る。
- 17) R. K. Woetzel, *supra* note 14, pp. 10, 12. 'International Military Tribunal (Nuremberg), Judgement and Sentences', *AJIL*, Vol. 41, pp. 293-296, 309-311 (1947). なお, Streicher は週刊紙の発行者として, Schirach はウィーンの大管区指導官として, ユダヤ人に対する迫害に関与した。
- 18) M. C. Bassiouni, *supra* note 12, pp. 179-182.
- 19) R. K. Woetzel, *supra* note 14, pp. 10, 14. 'International Military Tribunal (Nuremberg), Judgement and Sentences', *AJIL*, Vol. 41, pp. 302-309 (1947).
- 20) U. N. Doc. A/6/9 (1954), p. 11.
- 21) 奥原敏雄「現代国際法における人道に対する罪」『国士館大学政経論叢』第15号, 61頁(1971年), 参照。
- 22) S. R. Ratnar and J. S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, pp. 55-56 (2nd ed. 2001).
- 23) U. N. Doc. S/25704 (1993), 'Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993), May 3, 1993', p. 13.
- 24) ICTY: *Prosecutor v. Tadić (Appeals Chamber, 15 July 1999)*, *ILM*, Vol. 38, p. 1567 (1999).
- 25) ICTY: *Prosecutor v. Tadić (Amicus Curiae Brief Presented by the Government of the United States of America, 25 July, 1995)*, at 33 n. 53, in S. R. Ratner and J. S. Abrams, *supra* note 22, p. 55.

- 26) 'United Nations: Security Council Resolution 955 (1994) Establishing the International Tribunal for Rwanda', *ILM*, Vol. 33, p. 1603 (1994).
- 27) 実際に, Kayishema and Ruzindana 事件においては, 武力紛争との関連性が否定されたが, 「人道に対する罪」では有罪とされている。International Criminal Tribunal for Rwanda (hereinafter cited as ICTR): Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana (Judgement, 21 May, 1999), ICTR-95-1-T, paras. 580-624.
- 28) B. V. Schaack, 'The Definition of Crimes Against Humanity: Resolving the Incoherence,' *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 37, pp. 844-846 (1999).
- 29) U. N. Doc. S/PV. 3217 (1993), 'Provisional Verbatim Record of the Three Thousand Two Hundred and Seventeenth Meeting, May 25', pp. 11 (France), 19 (UK), 45 (Russia).
- 30) ICTY: *Prosecutor v. Tadić (Appeals Chamber*, 15 July, 1999), *ILM*, Vol. 38, p. 1572 (1999).
- 31) 'United Nations: Security Council Resolution 955 (1994) Establishing the International Tribunal for Rwanda', *ILM*, Vol. 33, p. 1603 (1994).
- 32) Cf. ICTR: *Prosecutor v. Akayesu (Judgement*, 2 September 1998), ICTR-96-4-T, paras. 601-610. *Prosecutor v. Rutanganda*, ICTR-96-3. *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13.
- 33) 国際刑事裁判所規程第九条, 参照。
- 34) D. Robinson, 'The Elements for Crimes against Humanity', in *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, pp. 58-59 (ed. by R. Lee, 2001).
- 35) W. J. Fenrick, 'Should Crimes Against Humanity Replace War Crimes?', *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 37, pp. 782-783 (1999).
- 36) Cf. H. Hebel and D. Robinson, 'Crimes within the jurisdiction of the court', in *The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Result*, pp. 120-129 (ed. by R. Lee, 1999).
- 37) この点例えば, *Tadić* 事件の管轄権判決において旧ユーゴ国際刑事裁判所上訴裁判部は, 「国際人道法の「基本的原則 (general essence)」は国際的と非国際的の武力紛争の区別なく適用され, したがって, 共通して「戦争犯罪」とされるものがある」としたうえで, 「内戦における戦闘の手段・方法に関する基本的原則および規則の違反ならびにジュネーブ諸条約共通第3条の重大な侵害に関しては, 慣習国際法上刑事責任が課せられている」と判示した。ICTY: *Prosecutor v. Tadić (Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Decision of 2 October 1995), *ILM*, Vol. 35, pp. 69-71 (1996).
- 38) 'United Nations: Security Council Resolution 955 (1994) Establishing the International Tribunal for Rwanda', *ILM*, Vol. 33, p. 1604 (1994).
- 39) 同規程第8条3項参照。
- 40) 真山全, 前掲注3, 122-123頁。W. J. Fenrick, *supra* note 4, pp. 113-114.
- 41) ICTY: *Prosecutor v. Eldemović (Sentencing Judgement*, 29 November 1996), *ILR*, Vol. 108, pp. 188-189, 193 (1997).

武力紛争時における「人道に対する罪」の成立要件としての「広範な又は組織的な攻撃」(木原)

- 42) ICTY: *Prosecutor v. Eldemovic* (Sentencing Appeal, 7 October, 1997), *Joint Separate Opinion of Judges McDonald and Vohrah, ILR*, Vol. 111, pp. 327-328 (1998).
- 43) *Id.*, *Separate and Dissenting Opinion of Judge Li*, pp. 381-386 (1998).
- 44) E. Schwelb, 'Crimes against Humanity', *British Year Book of International Law*, Vol. 23, p. 195 (1946).
- 45) ICTY: *Prosecutor v. Tadic* (Sentencing Judgement, 11 November 1999), *ILM*, Vol. 39, pp. 129-130 (2000).
- 46) 奥原敏雄, 前掲注21, 53頁。
- 47) W. J. Fenrick, *supra* note 35, pp. 784-785. 但し, 現時点では, 未だ「人道に対する罪」の構成要件が十分に明確になっていないので, まだ (not yet)「戦争犯罪」を「人道に対する罪」に取り替えるべきではない, とも述べている。
- 48) ICTY: *Prosecutor v. Tadic* (Judgement, 7 May 1997), *ILM*, Vol. 36, pp. 945-946 (1997).
- 49) ICTR: *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana* (Judgement, 21 May, 1999), ICTR-95-1-T, para.133.
- 50) 上記の判決も, このことに言及している。 *Id.*
- 51) *Id.*, para. 123.
- 52) *Id.*, para. 124.
- 53) *Id.*, para. 134. Cf. ICTY: *Prosecutor v. Tadic* (Judgement, 7 May 1997), *ILM*, Vol. 36, p. 946 (1997).
- 54) 「人類の平和と安全に対する罪」の法典草案のコメンタリー, 参照。 U. N. Doc. A/51/10, pp. 94-96 (1996). Cf. K. Kittichaisaree, *International Criminal Law*, pp. 91-93, 97-99. H. Hebel and D. Robinson, *supra* note 36, pp. 94-98.
- 55) M. Kelt and H. Hebel, 'General Principles of Criminal Law and the Elements of Crimes?', in *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence*, p. 28 (ed. by R. Lee, 2001). 但し, 武力紛争が国際的かどうかを認識する必要はないと解されている。 *Id.* p. 35.
- 56) D. Robinson, *supra* note 34, pp. 58-59.
- 57) M. Frulli, *supra* note 8, pp. 339-340. 真山全, 前掲注3, 122-123頁。
- 58) U. N. Doc. PCNICC/1999/WGEC/DP. 36.
- 59) ICTR: *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana* (Judgement, 21 May, 1999), ICTR-95-1-T, para. 134.
- 60) 'Finalized Draft Text of the Elements of Crimes: Article 7: Crimes against humanity', U. N. Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add. 2, para. 2.
- 61) Cf. D. Robinson, *supra* note 34, p. 73.
- 62) A. Cassese, 'The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections', *EJIL*, Vol. 10, No. 1, pp. 149-150 (1999).
- 63) Cf. W. J. Fenrick, *supra* note 35, p. 783.
- 64) Cf. A. Cassese, *supra* note 62, pp. 149-150. 鈴木茂嗣『刑法総論(犯罪論)』13 14頁(2001年), 参照。 但し, 国内刑法上の明確性の原則がどこまで国際刑法に妥当するかは,

別途問題となろう。

- 65) 'Outcome of the inter-sessional meeting held in Siracusa', U. N. Doc. PCNICC/2000/WGEC/INF/1, para. 9.
- 66) 'Finalized Draft Text of the Elements of Crimes: General introduction', U. N. Doc. PCNICC/2000/INF/3/Add. 2, para. 9.
- 67) Cf. M. Kelt and H. Hebel, *supra* note 55, pp. 39-40.
- 68) 真山全, 前掲注3, 122-123頁。Cf. W. J. Fenrick, *supra* note 35, p. 783. M. Frulli, *supra* note 8, pp. 339-340.