

判例研究

## 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)(1)

湯 山 智 之\*

### はじめに

本稿は、2007年2月26日に下された国際司法裁判所の「集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約の適用に関する事件」(以下ジェノサイド条約適用事件)判決<sup>1)</sup>の内容を紹介し若干の研究を行うものである。本判決は国家責任その他国際法の様々な分野に関係する興味深い論点を提起しており、検討に値すると思われる。

ユーゴスラビア社会主義共和国連邦(以下旧ユーゴ)の崩壊の過程で生じた旧ユーゴスラビア内戦の中で、1992年3月のボスニア・ヘルツェゴビナ(以下ボスニア)の独立宣言に端を発し、国内でムスリム、セルビア人、クロアチア人の3者で争われたボスニア内戦はもっとも凄惨な紛争となったが、1995年12月の Dayton 協定の締結をもって終結した。

本事件は、内戦中の1993年3月にボスニアがユーゴスラビア連邦共和国(以下、新ユーゴ。2003年2月からセルビア・モンテネグロに国名を変更し、さらに2006年にモンテネグロが分離独立してセルビア共和国となった)を相手取って国際司法裁判所に提訴したものである。原告は、請求訴

---

\* ゆやま・ともゆき 立命館大学法学部教授

状において、集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約（以下ジェノサイド条約）を管轄権の根拠としつつ、多岐にわたる被告の国際違法行為を申し立てた。裁判所は1996年の先決的抗弁判決においてジェノサイド条約に基づく管轄権を肯定した。原告はその後の手続では被告によるジェノサイド（集団殺害）行為に限定して責任を追及した（被告も反訴を提起したが後に取り下げた）。裁判所は本案判決において、1995年7月に起きたいわゆる Srebrenica の虐殺のみがジェノサイドを構成し、当該ジェノサイド行為は被告に帰属しないものの、それを防止及び処罰するジェノサイド条約上の義務に被告が違反したことを認定した。ただし、金銭賠償の請求は認めなかった。

## 手続の概要

1993年3月20日にボスニアは、新ユーゴを相手取って国際司法裁判所に提訴した。裁判所は、1993年4月8日と9月13日にそれぞれ仮保全措置を指示し、1996年7月11日に新ユーゴの提起した先決的抗弁を却下し、ジェノサイド条約9条に基づき両国間の紛争に対して管轄権を有すること、及びボスニアの請求が受理可能であることを認定する判決を下した。

その後両当事国から訴答書面が提出され、新ユーゴは反訴を提起し、裁判所は1997年12月17日の命令で反訴が受理可能であると認定した。それから口頭手続が行われるまでには時間がかかった。1999年6月にボスニアの大統領評議会（Presidency）議長により共同代理人として任命された者が、裁判所に訴訟を継続しないことを通告した。9月にボスニア閣僚評議会議長は、そのような決定はされておらずその者を共同代理人に指名していない旨を通告した。さらに、ボスニアを構成する Srpska 共和国（セルビア人からなる）はその議長の通告の有効性を争った。2000年10月の裁判所所長及び書記からの両当事国宛の書簡で、ボスニアが請求訴状を撤回する意思を有していないと裁判所が認定したことが通知された。

新ユーゴは、2001年4月に反訴を撤回するとともに、裁判所が新ユーゴに対する人的管轄権を持たないと主張して、国際司法裁判所規程61条に基づき先決的抗弁判決の再審を請求した。さらに翌月、「ユーゴスラビアに対する管轄権を職権で再検討することの提案」と題した文書を提出して同じ主張を行った。ボスニアは両者に反論する文書を提出した。

2003年2月3日の再審請求に関する判決(以下、再審請求判決)で裁判所は、新ユーゴの再審の請求は受理不可能であると認定した。セルビア・モンテネグロは同年4月の裁判所宛の書簡で、手続を中断して、前記「提案」が提起した管轄権の問題を審理するための追加的書面手続が必要であると主張し、裁判所所長と両当事国代理人との会合が行われた。2003年6月の裁判所書記の書簡で、前記のセルビア・モンテネグロの請求を裁判所は認めないとしたこと、及び同国が望むならば本案の口頭手続において管轄権の問題に関するさらなる主張を自由に提示することができることを通知した。

2004年10月の書簡で、裁判所は口頭弁論を2006年2月に行うことを通知した。2005年12月にボスニアは裁判所規程49条及び国際司法裁判所規則62条1項に基づきセルビア・モンテネグロに文書を提示することを求めるよう裁判所に要請した。2006年2月の裁判所書記から当事国に宛てた書簡で、裁判所は現段階では求めないことを決定したこと、ただし必要な場合には職権でセルビアに文書の提示を求める権利を留保することを通知した。

口頭弁論は2006年2月から5月に行われ、双方の弁論人の主張に加えて、双方が召喚した証人及び専門家が証言を行ったほか、ボスニアによってビデオの上映が行われた。

口頭弁論におけるボスニアの最終申立は次のようなものであった。

「ボスニア・ヘルツェゴビナは国際司法裁判所に以下のことを裁定しかつ宣言するよう請求する。

1. セルビア・モンテネグロは、その機関またはコントロールの下にあ

る実体を通して、以下の行為により、ボスニア領域内 それにとどまらない の特にムスリム住民を含む、非セルビア人の国家的、人種的または宗教的集団の一部を意図的に破壊することによって、集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約の下での義務に違反した。行為とは集団の構成員を殺害すること、集団の構成員の身体または精神に重大な害を与えること、集団の全部または一部に対し、身体的破壊をもたらすことを意図した生活条件を故意に課すること、集団内部の出生を妨げることを意図する措置をとること、及び集団の児童を他の集団に強制的に移すことである。

2. 補完的に、(i) セルビア・モンテネグロは、申立 1 項に定義されたジェノサイドの共犯 (complicity) により、集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約の下での義務に違反し、かつ/または、(ii) セルビア・モンテネグロは、申立 1 項に定義されたジェノサイド行為に従事した個人、集団及び実体を幫助したこと (aiding and abetting) により、集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約の下での義務に違反した。
3. セルビア・モンテネグロは、申立 1 項に定義されたジェノサイドの実行を共謀したこと及び教唆したことにより、集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約の下での義務に違反した。
4. セルビア・モンテネグロは、ジェノサイドを防止することを怠ったことにより、集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約の下での義務に違反した。
5. セルビア・モンテネグロは、ジェノサイド行為または集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約で禁止された他の行為を処罰しなかったこと及び処罰しないこと、並びにジェノサイド行為または条約で禁止された他の行為で訴追された (accused) 個人を旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所に移送すること及び同裁判所に十分に協力することを怠ったこと及び怠っていることにより、集団殺害犯罪の防止及び処罰

に関する条約の下での義務に違反した。

6. 申立1項から5項までに示された国際法の違反は、その国際責任を生ぜしめるところのセルビア・モンテネグロに帰属する国際違法行為を構成する。ゆえに、

- (a) セルビア・モンテネグロは、集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約の下での、ジェノサイド行為または条約によって禁止された他のいかなる行為を処罰し、並びにジェノサイド及び条約によって禁止された他のいかなる行為で訴追された個人を旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所に移送し及び同裁判所に十分に協力する義務の十分な履行を確保するため即時に実効的な措置を講じるものとする。
- (b) セルビア・モンテネグロは、その国際違法行為の結果を除去しなければならない、及び集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約の前記の違反によって負った国際責任の結果として、生じた損害及び損失に対して完全な金銭賠償を支払わなければならない。ボスニア・ヘルツェゴビナは自身の権利及びその市民の *parens patriae* として完全な賠償を受ける権利を有する。特に、金銭賠償は以下に対応する金銭的に評価可能な損害を含むものとする。(i) 被害者または生存する相続人及び家族の受けた非有形的損害を含む、条約3条に列挙された行為によって自然人に生じた損害、(ii) 条約3条に列挙された行為によって自然人または公的もしくは私的法人の財産に生じた有形的損害、(iii) 条約3条に列挙された行為に由来する損害を救済または緩和するために合理的に負担した支出に関する、ボスニア・ヘルツェゴビナが受けた有形的損害。
- (c) 金銭賠償の性質、形式及び金額は、裁判所の判決後1年の間に当事国間で合意が成立しない場合は裁判所によって決定されるものとする。裁判所はこのためその後の手続を留保するものとする。
- (d) セルビア・モンテネグロは、申し立てられた違法行為を繰り返さないことの具体的な確約及び保障を与えるものとする。確約及び保

障の形式は裁判所によって決定される。

7. 1993年4月8日及び1993年9月13日に裁判所によって言い渡された暫定措置の指示の命令を遵守しなかったことで、セルビア・モンテネグロは、国際義務に違反し、及び当該違反に対しボスニア・ヘルツェゴビナに象徴的金銭賠償を与える義務を負う。その金額は裁判所によって決定される。」

セルビア・モンテネグロの口頭弁論における最終申立は次のようなものであった。

「セルビア・モンテネグロは、裁判所に以下のことを裁定し宣言するよう求める。

関連する時点において被告が裁判所に対するアクセスを持っていなかったがゆえに、裁判所は管轄権を持たない。予備的に、

被告が集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約9条に拘束されたことはないがゆえに、及び被告に対する管轄権が基礎づけられる他のいかなる根拠も存在しないがゆえに、裁判所は管轄権を持たない。

裁判所が管轄権が存在すると決定した場合には、セルビア・モンテネグロは以下のことを裁定し宣言するよう求める。

集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約の下での義務の主張された違反に関するボスニア・ヘルツェゴビナの申立1項から6項までの請求は、法または事実において根拠を欠くものとして棄却される。

いずれにせよ、被告が責任があると主張されている作為及び/または不作為は被告国に帰属しない。帰属は本手続に適用可能な法の違反に当然に伴うものである。

前記のことを予断することなく、本手続において原告国に利用可能な救済は、集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約の適当な解釈に従って、宣言判決の言渡にとどまる。

さらに、前記のことを予断することなく、1993年4月8日及び1993年

9月13日に裁判所によって言い渡された暫定措置の指示の命令の主張された違反に対する法的責任のいかなる問題も、現在の手続の文脈において原告国に適当な救済を与える裁判所の権限の範囲に入らず、ゆえにボスニア・ヘルツェゴビナの申立7項の請求は棄却されるべきである。」

なお、ボスニアは特任裁判官として Mahiou (最初に選任された Lauterpacht が2002年2月に辞任した後、翌年4月に選任された)を、セルビア・モンテネグロは Kreća を選任していた。

## 判決要旨

### 1 訴訟手続(略)

### 2 被告当事国の同定

口頭手続終了後の2006年6月にセルビア共和国は、国連事務総長にモンテネグロ共和国の独立とセルビア・モンテネグロの国連加盟国の地位をセルビアが継続することを通告し、セルビア・モンテネグロの締結した国際条約の義務を遵守する旨表明した。モンテネグロはセルビア・モンテネグロの人格を継続せず、ゆえに本件の被告の地位を持ちえない。また、モンテネグロは本件について裁判所の管轄権に同意していない。ボスニアもモンテネグロが訴訟当事国であるとは主張していない。

ゆえにセルビア共和国が本件の唯一の被告である。したがって、本判決の主文において行う認定はセルビアに宛ててなされる ( paras. 67-79 )。

### 3 裁判所の管轄権

#### (1) セルビア・モンテネグロの管轄権に関する抗弁

2001年5月に提出した「ユーゴスラビアに対する管轄権を職権で再検討することの提案」において、被告は管轄権に関する問題を提起した。それによれば、セルビア・モンテネグロは旧ユーゴの継続国家ではないので、

ジェノサイド条約の当事国ではないだけでなく、国連の加盟国の地位を通じた裁判所規程の当事国でもない。ゆえに裁判所は被告に対する人的管轄権を持たないという。この主張の背景には、1992年の旧ユーゴ崩壊以降、被告は旧ユーゴの継続国家であると主張していたが、2000年に「安保理決議 777(1992年)の履行に照らして」国連への新規加盟の申請を行い、従前の主張を放棄したことがある。被告によれば、1992年から2000年まで国連の加盟国ではなく、ゆえに本件の提訴時に裁判所規程の当事国でもジェノサイド条約の締約国でもなかったことは明白であるという。

2004年の武力行使の合法性事件先決的抗弁判決は、セルビア・モンテネグロが2000年11月1日に国連への新規加盟を承認されたことに照らして、提訴時において国連加盟国でも裁判所規程の当事国でもなく、規程35条1項及び2項の下での裁判所へのアクセスを持たないと判断した。両当事国とも同判決が本件に既判力を持たないことを認めている。

ボスニアは、裁判所が手続の後の段階で被告の提起した問題を検討することを否定すべきであると主張し、その理由として、第一に被告が提訴時に国連加盟国であったか否かは先決的抗弁の手続の時点で提起すべきであり、そうしなかったがゆえに1996年の本件の先決的抗弁判決の既判力により提起することを妨げられること、第二に、裁判所自身、1996年判決で管轄権を有すると決定したので、異なる決定をすることは既判力の原則に違反することになることを挙げた。

## (2) 国連との関係での新ユーゴの地位の歴史（略）

### (3) ボスニアの応答

ボスニアの第一の主張に関して、先決的抗弁手続によって管轄権の問題を提起しないことを選択した訴訟当事国は、それによって本案手続中に提起することを当然に禁止されるわけではないことが留意されるべきである。ボスニアの主張は、被告はその行動によって管轄権を黙認したとされることがいうものと理解されなければならない。

しかし、本裁判所は被告の行動が管轄権への黙認を構成するか否かを検



討する必要はないと認定する。それは同意に基づく管轄権、特にジェノサイド条約9条の下での事項的管轄権に関係するかもしれないが、国が裁判所の手続の当事国となる資格を有する否かには関係しない。後者の問題は、人的管轄権のそれに先行する問題または人的管轄権の概念の構成要素である。武力行使の合法性事件判決が判示したように、当事国の同意の問題ではない。ゆえに、被告が管轄権を黙認したかどうかに関係なく、黙認は裁判所が前述の問題を検討することを妨げるものではない。したがって、ボスニアの第二の主張を検討する。

#### (4) 関連する過去の決定

1993年4月8日の本件での暫定措置を指示する命令は管轄権の問題を予断しないと判示しており、既判力の問題は生じない。1996年の先決的抗弁判決において、被告は旧ユーゴの継続国家であると主張していたので規程当事国ではないとの抗弁を提起せず、裁判所はジェノサイド条約9条に基づく管轄権を認定した。2003年の再審請求判決では、新ユーゴは2000年の国連加盟承認が規程61条にいう新事実であると主張したが、本裁判所は否定した。この判決は、武力行使の合法性事件判決が指摘するように、セルビア・モンテネグロが1996年に規程当事国またはジェノサイド条約締約国であるか否かについて何らの認定もしていない。

#### (5) 既判力の原則

既判力の原則は裁判所規程及び国連憲章の文言から生じる。同原則が意味するところは、裁判所の決定が当事国を拘束するだけでなく、決定された争点が当事国によって蒸し返されないという意味で最終的である(規程60条)。同原則は二つの目的を有する。第一は法的関係の安定性であり、第二は、自らに有利に裁定された争点が再び争われぬという各当事国の利益である。

被告は、既判力の適用は本案に関する決定と管轄権に関する決定では異なると主張する。しかし、規程36条6項に基づく管轄権に関する決定も判決によって与えられ、規程60条は管轄権及び受理可能性に関する判決と本

案に関する判決とを区別していない。規程は、裁判所の結論が不正確または不十分な事実に基づいていたことを示す要素が決定の後に明らかになったと信じる当事国に、61条の再審の手続を規定している。それは厳格な制限に従うものである。

#### （6）1996年判決に対する既判力原則の適用

1996年判決は国連との関係での新ユーゴの地位について述べていない。両当事国はこの問題について裁判所の判断を求めなかった。しかし、国が裁判所に出廷することができるかどうかは、それを手続の当事国となる資格と分類するか人的管轄権の側面と分類するかに関係なく、事項的管轄権に先行し、裁判所が職権で提起し検討し、それがみだされていなければ管轄権を持たないと判断しなければならない事項である。

判決の主文が既判力を有する。1996年判決の主文2項<sup>(a)</sup>において裁判所は「ジェノサイド条約9条に基づいて、裁判所は紛争に関して決定をする管轄権を有する」と認定した。1996年判決時において当事国の一方が裁判所に出廷する資格がなかったという理由で裁判所が判決を下す権限がなかったと主張することは、同判決の主文の既判力を問題にすることである。ゆえに、裁判所は被告の管轄権に対する抗弁を検討する必要はないようにみえる。

被告は1996年判決が決定的ではないことを示すためいくつかの主張を行った。被告は、既判力は特定の先決的抗弁を却下する決定に与えられると示唆し、裁判所規則79条7項を参照した。しかし、裁判所は、規則79条7項は既判力の範囲を限定する目的を持たないし、既判力が特定の抗弁を却下する判決理由に当然に限定されるとも考えない。管轄権または受理可能性に関する一般的認定を含む先決的抗弁に関する決定の多くの例がある。既判力をもって決定された事項、傍論及びまったく裁定されていない事項を区別することが必要である。ある事項が明示的または必要な推論によって決定されていないならば、既判力を持たない。

いくつかの先例で裁判所が管轄権に関する判決を下した後で管轄権の問

題を扱った事実は、すでに既判力をもって解決した争点の再検討のために判決が蒸し返されるとの主張を支持するものではない。後の段階で検討された管轄権の問題は、先行する判決の管轄権の認定と矛盾しないものであった。漁業管轄権事件本案判決(1974年)では、扱われたのはすでに決定された管轄権の範囲に関する争点であった。ニカラグア事件本案判決(1986年)では、管轄権の認定は米国の選択条項受諾宣言に対する留保には及んでいなかった。本件での被告の主張は1996年判決を覆すことを目的としている。

被告は、新ユーゴが裁判所へのアクセスを有していたか否かの問題は先行する判決で決定されていないので、裁判所が現段階でこの問題を検討することは既判力により妨げられないと主張する。被告は、武力行使の合法性事件判決が、1996年判決において規程35条に関する新ユーゴの地位が提起されたことはなく、裁判所が最終的な立場をとったことはないと判示したことに注意を促した。

しかし、このことは、旧ユーゴの国連加盟国の地位に関して国連において採用された解決が、「法的困難がないわけではない」(1993年4月8日の命令)事実を1996年判決が認識していなかったことを意味しない。この法的困難は、2000年に新ユーゴが継続国家の主張を放棄し国連加盟を申請したことで解消された。武力行使の合法性事件判決は、2000年のこの新たな発展により国連に対する新ユーゴの地位に関する法的状況が明確になり、セルビア・モンテネグロが国連加盟国及び規程当事国でなかったと結論づけた。関連する時点で被告が国連加盟国ではなかったことは2004年に認定したほど1999年には明確ではなかった。国連機関の表明したアプローチの非一貫性は明白である。

1996年判決では前記の問題は具体的には言及されていない。同判決はジェノサイド条約に基づいて管轄権を有することを認定した。手続の当事国となる資格の問題は事項的管轄権に先行し、必要であれば裁判所が職権で提起しなければならない問題であるから、この認定は、必要な推論によ

り、裁判所がその時点において被告が当事国となる立場にあるものと認識していたことを意味すると理解されなければならない。裁判所はこの認定の根拠を検討する必要はない。被告に当事国となる資格がなかったのであれば、裁判所は本案に進むことはできなかったであろう。裁判所は1996年判決において原告及び被告がジェノサイド条約に拘束されることを認定した。管轄権を有するとの決定は、両当事国の裁判所に出廷することに関する条件がすべて満たされているとの決定を含んでいる。

被告は、裁判所の管轄権の認定は新ユーゴと旧ユーゴの継続性の前提に基づいていると示唆し、2004年判決の前述の判示（1996年判決が新ユーゴの地位を扱っておらず、この問題で裁判所が最終的な立場をとったことはない）を参照した。しかし、新ユーゴが規程に従って出廷する資格を有することは、1996年判決の理由づけの要素であり、論理的推論の事項として読み込まれるものである。2004年判決は当事国が異なるため本件に既判力は及ばないし、当事国が異なる事件に関する判決の明示されていない根拠が何であるかを検討する必要はなかった。

被告は、裁判所へのアクセスの問題はきわめて重要であって、既判力の原則に優先すると主張し、たとえ1996年判決でアクセスの問題に関して裁判所が認定を行っていたとしても、後の再検討を禁止しないと主張した。裁判所には、この主張は既判力の原則の性質と両立しないように見える。この原則が意味するのは、本案であれ管轄権であれ、裁判所がいったん決定をしたならば、それは当事国だけでなく裁判所にとっても最終的である。また、被告は、本件の状況で既判力の原則に依拠することは、規程の義務的要件に反する司法機能の越権的行使を正当化することになると主張する。しかし、当該要件は裁判所によって決定される。管轄権を有すると決定したならば、裁判所が唯一決定する権限を有しているのであるから権限逾越の問題は生じない。

## (7) 結 論

提訴時において被告が規程の下で裁判所に出廷する資格がなかったとの

主張について、裁判所は、既判力の原則により、1996年判決に含まれた決定の再審理は禁止されると結論する。被告はまた、提訴時に新ユーゴはジェノサイド条約の締約国ではなかったと主張するが、1996年判決の管轄権の認定のために与えられた理由はこの主張にも適用される。ゆえに原告の禁反言または応訴管轄の主張は検討する必要はない。したがって、1996年判決で判示されたように、ジェノサイド条約9条の下で裁判所は管轄権を有する。ゆえに、裁判所は、提訴時における国連及び裁判所規程の下での被告の地位並びにジェノサイド条約における被告の立場の問題を検討する必要はないと認定する ( paras. 80-141 )。

#### 4 適用法規 ジェノサイド条約

##### (1) ジェノサイド条約の内容

本件における裁判所の管轄権はジェノサイド条約9条のみに基づく。裁判所は同条が参照する当事国間の紛争のみを裁定する。ジェノサイドにいたらない国際義務、特に武力紛争における人権を保護するその違反を裁定する権限を持たない。たとえそれが強行規範、または本質的な人間価値を保護し対世的に負う義務であってもそうである。裁判所は国際法上の義務の存在及び拘束力と、当該義務の不履行に関する紛争を解決する管轄権を有する裁判所の存在との違いを想起する。そのような裁判所が存在しない事実は義務が存在しないことを意味するものではない。

##### (2) 条約9条の射程及び意味に関する1996年判決

1996年判決において、条約9条が規定する責任の範囲について両当事国間で対立があった。特に国がその違反に責任を負う義務が立法及び追迫または引渡にとどまるのか、ジェノサイド及び3条に列挙された他の行為を実行しない義務にとどまるかについて紛争が存在した。この問題は後に検討する。

##### (3) 条約の領域的範囲に関する1996年判決

1996年判決は、ジェノサイド条約はジェノサイドを防止及び処罰する義

務を領域的に限定していないと判示した。これは義務が領域的に無制限に及ぶと述べたのではなく、また1条に関する判示である。1996年判決は条約から生じるそれぞれの義務の領域的範囲について裁定していないので、裁定する必要がある。

#### （4）条約が締約国に課す義務

原告は、条約9条は国にジェノサイド実行による責任を負わせており、被告によるジェノサイド実行の事実により条約1条のジェノサイド防止義務の違反があること、また当該責任は3条に列挙された行為に及ぶことを主張する。被告は、条約はジェノサイド行為に対する国の責任を規定しておらず、国の責任は個人によるジェノサイドの防止または処罰の欠如によるものに限られ、それに対する救済は宣言判決のみであると主張する。

条約がいかなる義務を締約国に課しているかは条約解釈の原則による。義務の内容を決定するためにまず1条の文言から始める。同条は二つの前提を含んでいる。第一に、ジェノサイドが国際法上の犯罪であるとの宣言であり、国際慣習法の要請を承認している。第二に防止及び処罰の約束（undertaking）である。「約束」は限定がなく、立法、訴追及び引渡の義務（5条から7条まで）の導入としてのみ読まれるべきではない。ゆえに1条、特に防止義務は後の条文の義務とは異なる義務を創設している。このことは条約の純粋に人道的な目的により支持され、条約の準備作業及び締結の際の事情により確認される。

条約がジェノサイドの実行を禁止する義務を当事国に課しているか否かについて、原告は9条を根拠として主張するが、同条は管轄権に関する規定であるので、他の条項にこの実質的義務が由来するかを検討する。1条は明示していないが、条約の目的を考慮すれば同条はジェノサイドの実行を国に禁止している。その理由は、第一に、1条がジェノサイドを「国際法上の犯罪」と位置づけた事実である。ジェノサイドが「国際法上の犯罪」であることに合意することで、国はそれを実行しない義務を約束したに違いないからである。第二に、ジェノサイドの実行を防止する明示的に

規定された義務である。国が一定の影響力の下にある者によるジェノサイドを防止する義務を負うのに、自身の機関またはその行為が国に帰属する者を通してジェノサイドを実行することが禁止されていないならば矛盾しているからである。ジェノサイドを防止する義務は当然に実行の禁止を含意している。

前記の結論は3条に列挙された行為に及ぶ。3条(b)から(e)までの概念は刑法上のものであり、個人の刑事処罰に適合していることは事実であるが、それらの行為に対して国の責任が生じることを否定するのは、条約の趣旨及び目的と両立しない。この結論は「集団殺害又は第3条に列挙された他の行為のいずれかに対する国の責任に関するもの〔紛争〕を含め」という9条の特異な文言からも確認される。責任はジェノサイドに対する責任であって、防止または処罰の欠如に対する責任だけではない。

被告は、前記の前提に矛盾しているようにみえる三つの主張をした。第一に、国際法は国家の刑事責任を承認していないこと、及びジェノサイド条約もそのための手段を提供していないことを主張した。裁判所は、本件で問題となっている条約の文言から生じる義務及び当該義務から生じる国の責任は国際法上のものであり、刑事的性質のものではないと考える。

第二に、ジェノサイド条約は本質的に個人の訴追及び処罰に焦点を置く国際刑事法の条約であり、条約の性質はその射程からジェノサイド及び他の行為に対する国家責任を排除していると主張する。裁判所は(国家と個人の)責任の二重性は国際法の一貫した特徴であると考えた。このことは国際刑事裁判所に関するローマ規程25条4項及び国家責任条文58条に反映されている。個人の刑事責任に関するジェノサイド条約の規定の文言または構造において、これらの規定が国家に義務を課す限りで、1条の意味を変えるものを見出せない。個人に焦点を当てる5条から7条までの規定も1条の前述の解釈を否定するものではない。

第三に、被告は、条約特に9条の準備作業(国連総会第6委員会における)はジェノサイド行為に対する国の直接の責任の問題はないことを示し

ていると主張する。しかし、起草過程からいえるのは、国家の刑事責任を支持する提案が採択されなかったこと、及び採択された修正は国家責任に関する管轄権についてのものであったことである。準備作業は前述の結論を支持するものである。

**(5) 権限ある裁判所によるジェノサイドでの個人の事前の有罪認定なしに国家によるジェノサイドを認定できるかどうかの問題**

裁判所は、国がジェノサイド実行による責任を負うならば、ジェノサイドが実行されたことが証明されなければならないと考える。このことは3条(b)の共同謀議及び3条(e)の共犯並びに防止義務違反についてもそうである。被告は、裁判所がジェノサイド及び3条に列挙された他の行為に対する責任を認定するためには、刑事裁判権を行使する裁判所によるジェノサイドの認定がなければならないと主張する。本裁判所と刑事裁判所の手続及び権限の差異は、本裁判所が認定を行うことに法的障害がないことを示している。裁判所は規程の下で任務を実行する権限を有し、条約9条に基づいて国の責任を認定する管轄権を有する。他の解釈をとるならば、ジェノサイドが一国内で指導者によって実行され、なお権力を保持して、国際的な刑事裁判所も存在しない状況では、条約の下で利用可能な法的手段が存在しないことになる。

**(6) 義務のありうる領域的制限**

条約1条及び3条の義務は文面上領域によって限定されない。防止義務に関しては法及び事実における能力の範囲が考慮される。ジェノサイド及び3条に列挙された他の行為の実行をしない義務に関しては、条件は帰属の規則である。6条の課す訴追義務は領域的制限に服することが明示されている。

**(7) 原告の領域の外でその国民でない者に対して実行されたとされるジェノサイドに関する請求**

原告は最終申立において、その領域の外で被告が「非セルビア人」に対して実行したとされるジェノサイド及び他の違法行為に関して裁定するよ



う裁判所に請求した。この請求がボスニア国民でない者に関する限りで、原告の法的利益及び原告適格並びに関連する規範の強行規範の性格及び関連する義務の対世的性格に関する問題を提起する。後述する理由でこれらの問題を取り扱う必要はない。

#### (8) ジェノサイドを実行する意図の問題

ジェノサイド条約2条に定義されたジェノサイドは行為と意図からなる。行為は同条(a)から(e)に規定されている。それ自体精神的要素を含んでいる。「殺害」(2条(a))及び「身体又は精神に重大な害を与えること」(2条(b))は意図的である。2条(c)及び(d)は「故意に」及び「意図する」の文言から精神的要素は明らかであり、強制的移送(2条(e))も意図的行為が必要である。

これらの精神的要素に加えて、2条は「集団の全部又は一部に対し、その集団自体を破壊する意図」という追加的意図を要求している。これはしばしば「特別の意図(dolus specialis)」と呼ばれる。集団の構成員が、集団に属するがゆえに、すなわち実行行為者が差別的意図を有していたがゆえに標的とされたのでは十分ではない。人道に対する罪としての「迫害」とジェノサイドとの類似性及び差異については旧ユーゴ国際刑事裁判所(ICTY)第一審裁判部の Kupreškić 事件判決(2000年)の判示が想起される。

#### (9) 意図と「民族浄化」

「民族浄化(ethnic cleansing)」はボスニアでの事態を示すものとして参照されてきた。1994年の国連専門家委員会の最終報告書では「地域から所与の集団の者を除くため実力または威嚇を用いて地域を民族的に単一のものにする」ことを意味するものとして用いられた。これはジェノサイド条約に見受けられるものではない。条約の準備作業において、集団の構成員に居住地の放棄を強制することを意図した措置を含める提案は受け入れられなかった。「民族浄化」の意図は集団を破壊する意図ではないし、構成員の追放が集団の破壊に相当するものではない。このことは「民族浄

化」の行為がまったくジェノサイドを構成しないというわけではなく、「民族浄化」が条約2条で禁止された行為の一つに該当した場合はジェノサイドとなりうる。例えば「集団の全部又は一部に対し、身体的破壊をもたらすことを意図した生活条件を故意に課すること」(条約2条(c))に該当し、特別の意図をもって実行されたならば構成しうる。「民族浄化」の行為は特別の意図の存在を示すことがある。

#### (10) 保護された集団の定義

ジェノサイドの実行の主張を検討するにあたって、ジェノサイドの対象となった集団のアイデンティティを考慮することが必要である。原告はムスリム住民を含む「非セルビア人の国民的、民族的、人種的または宗教的集団」を参照し、集団の定義において消極的アプローチをとった。

裁判所は、意図の本質は集団自体を全部または一部破壊することであることを想起する。集団は、国民的、民族的、人種的または宗教的という特定の積極的特徴を持たなければならない。意図は集団「自体 (as such)」に関わるものでなければならない。このことは、この犯罪が特定の集団のアイデンティティを持つ人の集合を破壊する意図を必要とすることを意味する。ジェノサイドの語の語源的意味、すなわち Lemkin の説明や Nuremberg 裁判の起訴状での用法も積極的定義を示している。ジェノサイド条約の起草者は、どの集団を含ませどの集団を排除するかを決定する際、特定の区別する特徴を有する集団という積極的同定を与えた。政治的集団及び文化的ジェノサイドを含ませる提案の否定もこのことを証明している。ICTY 上訴裁判部の Stakić 事件判決 (2006年) も積極的定義を採用している。

ゆえに集団は積極的に定義されなければならない。原告はクロアチア人などのムスリム以外のボスニアの非セルビア人住民には限られた言及しかしておらず、裁判所もこの点から事実を検討する。

集団に関する地理的基準の影響に関する問題も議論された。問題は、特に1995年7月に Srebrenica 周辺で行われた残虐行為において、「集団の全

部又は一部」の破壊の要件がみたされるかに関連する。裁判所は「集団」の「一部」に関連して三つの事項を参照する。第一に、意図は少なくとも集団の実質的部分を破壊するものでなければならない。これはジェノサイド犯罪の性質そのものから要請される。すなわち、ジェノサイド条約の趣旨及び目的は集団の破壊の防止であるから、標的とされた一部は、全体としての集団に影響を持つのに十分に相当なものでなければならない。この実質性の要件は ICTY 及びルワンダ国際刑事裁判所 (ICTR) の一貫した判例により支持されている。

第二に、裁判所は、意図が地理的に限定された地域内にある集団を破壊する場合にジェノサイドが認定されることが広く受け入れられてきたと考える。実行行為者の活動とコントロールの範囲が考慮されるべきである。ICTY 上訴裁判部の Krstić 事件判決 (2004年) が述べたように、実行行為者に利用可能な機会が重要である。機会が限定されていれば実質的基準はみたされない。

第三の基準は量的というより質的である。Krstić 事件判決は、集団における顕著性 (prominence) が有用であり、集団の一部が全体にとって象徴的であるまたは生存にとって本質的であれば当該一部を実質的であると認定できるとした。

これらの基準のリストは網羅的ではないが、実質性の基準が重要である。多くは裁判所の評価及び具体的事件におけるあらゆる他の関連するファクターに依存する (paras. 142-201)。

## 5 証拠の問題 証明責任、証明の基準、証明の方法

本件の事実の検討に先立って、証明責任、証明の基準及び証明の方法を検討する。

証明責任に関して、一般に原告が主張を証明しなければならないこと及び事実を主張する当事者がそれを証明しなければならないことは確立されている。しかし、原告は、被告が一定の文書の全文を提出することを拒否

したことにより、特にジェノサイドとして主張されている行為の帰属に関して証明責任が転換されるべきであると主張する。被告の最高防衛評議会の文書に秘匿された部分がある。被告の代理人によれば、軍事上の機密としてまたは国家安全保障の利益により秘匿されたという。原告は、被告による完全な文書の提出の拒否から裁判所は自身の結論を導くべきであることを主張し、規程49条の下での文書の提出を要請する権限に言及した。

この問題について、裁判所は、原告は文書及び他の証拠、特に ICTY の記録を利用できると考える。原告はそれを広く利用し、証人を召喚した。裁判所は原告による編集されていない文書の提出の要請の要求に応じなかったけれども、裁判所は自らの結論を自由に導くことができるとの原告の示唆に留意する。

次に、当事国は証明の基準について見解を異にした。原告は問題が刑法のそれではないことを強調し、基準は証拠の比較衡量であると主張した。被告は、証明は合理的疑いの余地のないものでなければならないと主張した。

裁判所は、例外的な重大性を持つ非難（charges）に関わる国家に対する請求は、十分に説得力ある証拠によって証明されなければならないことを認めてきた（コルフ海峡事件本案判決参照）。裁判所は、ジェノサイドまたは条約3条に列挙された他の行為が実行されたとの主張が明確に証明されたと十分に確信させるものであることを求める。同じ基準はそれらの行為の帰属の証明にも適用される。防止及び処罰の義務の違反の主張に関しては、主張の重大性に適した高度の確実性のレベルでの証明を求める。

第三の証明の方法に関して、両当事国は異なる情報源から膨大な資料を提出した。それらには、国連諸機関の報告書、決議及び認定、他の国際機関の文書、ICTY の文書、証拠及び決定、政府の出版物、非政府組織の文書、メディアの報道、記事並びに著書が含まれる。また両当事国は証人及び専門家を召喚した。

裁判所は事実の認定を自身で行わなければならない。しかし、本件は通

常ではない特徴を有する。本裁判所に提出された主張の多くはすでに ICTY の手続及び決定の対象となったものである。裁判所の証拠の重要性の評価には実行が存在する。ICTY の事実認定は、コンゴ領域における武力活動事件判決(2005年)が判示した、反対尋問によってテストされ、その信用性が後に争われなかったところの「直接関与した者の検討によって得られた証拠」に該当する。両当事国は ICTY の資料の意義について一致しているが、その範囲について見解は異なる。

上訴裁判部の判決に加えて、ICTY の次のような手続の様々な段階における行動及び決定が示された。起訴状は、一方の当事者のものであり、ジェノサイドの容疑が検察官によって撤回されるまたは裁判で棄却されることがある。起訴状にジェノサイドの容疑を含めたことではなく、含めなかったことまたは後に除外したことに意義がある。起訴状の確認及び逮捕状の発出の可否に関する決定、並びに第一審裁判部による国際逮捕状発出の決定は、裁判官の責任で行われるが一般に被疑者は関与していない。前者においては一応の証明がなされたこと、後者は容疑の合理的根拠が存在することが決定の根拠である。

検察官の主張の終了時においてなされる、被告人からの無罪放免判決の動議に関する第一審裁判部の決定は、被告人側が検察側の証人を反対尋問する機会を有し、検察側による事実の証明についてより緩やかな基準によってなされる。最終的な認定ではないので、本裁判所は重視することはできない。必要な証明基準をみたしていない。

完全な審理の後の第一審裁判部の判決は、手続が厳密であり、被告人は有罪と証明されるまで無罪を推定され、最低限の保障を認められる。裁判部は特に証言の録取及び証拠の提出に関して国連加盟国に協力を求める権限を有する。被告人は検察側に証拠の開示を求める権利を有する。本裁判所は、上訴によって覆されない限り、原則として第一審裁判部の事実認定を高度に説得力あるものとして受け入れるべきであると結論する。有罪答弁に基づいて下された量刑判決については、答弁にかかわらず第一

審裁判部が十分な事実の根拠と被告人の参加があることを確認しなければならないとされている。ゆえに一定の重みが与えられる。

他の証拠に関して、多くの報告書が提出されたが、特に1999年に国連事務総長が総会に提出した「Srebrenica の陥落」は、作成においてなされた注意、包括的な情報源、作成した者の独立性によってかなりの権威を有し、裁判所はこの報告書から実質的な援助を受けた（paras. 202-230）。

## 6 条約 2 条に関して原告の援用した事実

### (1) 背 景

ボスニア紛争の発生前にはボスニア内にムスリムが44%、セルビア人が31%、クロアチア人が17%存在した。1991年10月14日に採択された決議でボスニア議会は独立を宣言した。10月21日に議会のセルビア人構成員は別個の議会の設立を宣言し、翌年1月9日にボスニア・ヘルツェゴビナ・セルビア人民共和国（後に Srpska 共和国と改称）の独立を宣言した。同共和国は国家として国際的な承認を得られなかったが、事実上の独立を享有した。3月6日にボスニアが公式に独立を宣言し、欧州連合（EU）及び米国などから承認された。

### (2) 訴えられた事態に関与した実体

当事国はその活動が本件の事実問題の一部をなす多くの実体があることで一致している。敵対行為に関与した軍事的及び準軍事的部隊では1992年4月に以下のものが存在した。第一はユーゴスラビア人民軍（JNA）で、後にユーゴスラビア軍（VJ）となった。第二に JNA または VJ 及び新ユーゴの内務省に支援された志願兵部隊である。第三に地方のボスニア・セルビア領土防衛部隊の分隊であり、第四にボスニア・セルビア内務省の警察部隊である。ボスニア政府は以前の共和国防衛部隊を基礎として1992年4月にその軍隊を創設した。

旧ユーゴの軍である JNA は連邦の全構成国の出身者で構成されていた。1992年5月8日にボスニア出身ではない JNA の部隊はボスニアから撤退

した。しかし、ボスニア内で任務に就いていたボスニア・セルビア人の JNA 部隊すべては、5月12日に設立された Srpska 共和国軍 (VRS) に移行し及び参加した。ボスニア外の JNA のボスニア・セルビア人兵士もボスニアに移動し VRS に参加した。JNA の残りは新ユーゴの軍である VJ に移行した。原告は、被告政府と Srpska 共和国当局との政治的及び財政的性質の並びに VRS のコントロールに関する緊密な関係を主張した。

裁判所は、被告が Srpska 共和国に相当な軍事的及び財政的支援をしていたこと、ゆえに当該支援を撤回したならば Srpska 共和国当局に利用可能な選択肢は大きく制約されることが証明されたと認定する。

### (3) 事実に関する証拠の検討 インTRODクシヨN

裁判所は主張された残虐行為が起きたか否か、それがジェノサイド条約 2 条の射程に入るか否か、実行行為者に特別の意図があった否かを検討する。また残虐行為のパターンに被告の特別の意図を構成する説得的証拠があるかを検討する。すべての単一の事例を検討することや網羅的リストを作る必要はなく、パターンから特別の意図の存在を推論させるような事実を検討すれば十分である。提出された資料において「セルビア人」または「セルビア人部隊」の行動が参照されるが、それらと被告がどのような関係にあったかは明確ではない。帰属の問題は後に考察する。

### (4) 条約 2 条(a) 保護された集団の構成員の殺害

Sarajevo での砲撃、銃撃及び戦闘において殺害が行われたこと、Drina 川渓谷の複数の収容所における殺害、Prijedor における攻撃及び砲撃並びに同地の複数の収容所における殺害、並びに Banja Luka の収容所及び Brčko の収容所における殺害が、国連の専門家委員会の報告書及び ICTY のいくつかの判決において認定されている。また、ボスニア各地での文民の殺害を非難する国連決議がある。

裁判所は、ボスニア領域の特定の地域及び収容所において紛争中大量殺害が実行されたことを認定する。証拠は、被害者が保護された集団の構成員であることを示し、組織的に (systematically) 標的とされたことを示

唆する。条約 2 条<sup>(a)</sup>に定義された外形的要件（material element）がみたされたと認定する。しかし、保護された集団に対する大量殺害が実行行為者の側において特別の意図をもって実行されたことが説得的に証明されたとはいえない。ICTY において前述した事例で有罪宣告されたいずれの者も、特別の意図を認定されていない。殺害は戦争犯罪及び人道に対する罪に該当しうるが、裁判所はそれらを決定する管轄権を持たない。

#### （5）Srebrenica での虐殺

Srebrenica での虐殺は、Krstić 事件 ICTY 第一審裁判部判決（2001年）の要約によれば、国連安保理決議によって安全地帯と宣言された Srebrenica を1995年7月に VRS が奪取した後、25000人のムスリム女性、子供及び老人がムスリム支配地域との境界線に移送され、兵役年齢のムスリム男性7000人が拘束された後に処刑され、行方不明になった事件である。被告もこの事実は争っておらず、特別の意図があったか否か、当該行為が被告に帰属するか否かが問題である。

Blagojević 事件 ICTY 第一審裁判部判決（2005年）及び Krstić 事件一審判決などは、1995年5月の Karadžić 大統領の指令を含めて Srebrenica の奪取前に特別の意図はなかったと認定している。ボスニア・セルビア人勢力は7月2日の命令により Srebrenica の包囲された地域（飛び地）を都市部にまで狭めることを目的としていたが、7月9日または10日に奪取そのものに戦略を変更した。奪取後の7月12日に兵役年齢のムスリム男性とそれ以外のムスリムとの分離が始まり、男性は抑留され殺害された。また、「Scorpions（さそり）」などの準軍事的部隊の活動に言及がなされ、原告は虐殺への関与を主張し、そのことを示す文書及び映像を提出した。

両判決は、条約 2 条<sup>(a)</sup>の殺害の構成要件（actus reus）がみたされること、並びに処刑されようとしている者、強制移送によって分離された者及び生存者に対して、2 条<sup>(b)</sup>の身体または精神に重大な害を与えることの構成要件がみたされることを認定した。

特別の意図について、Krstić 事件一審判決は証拠からその存在を認定



した。同判決は、殺害の決定がなされた正確な日付を決定することはできないとしつつ、7月12日及び13日の殺害はそうではないが、13日以降に実行された大量処刑は殺害計画の一部であると認定した。同事件の上訴裁判部判決はこの認定を確認し、Srebrenica 社会の 1/5 にあたる数の男性の破壊は同地のムスリム人口の物理的消失をもたらし、女性及び子供の移送は、VRS の主要参謀 ( Main Staff ) の何人かの構成員が同地のムスリムを破壊することを意図した認定を支持するものであると判示した。Blagojević 事件判決も同様の認定を行った。

本裁判所の結論は、特別の意図は軍事目的の変更までは証明されず、Srebrenica の奪取後 7月12日または13日に証明されるというものである。裁判所はこの点に関する ICTY の認定から逸脱する理由はない。

次に保護された「集団」の全部または一部を破壊する意図の要件に進む。前述したように「一部」には三つの要素、すなわち実質性、地理的ファクター及び実行行為者にとって利用可能な機会、並びに象徴的または質的ファクターがある。Krstić 事件上訴裁判部判決は、第一審裁判部の認定、すなわちボスニアのムスリムを保護される国民的集団であると特定し、標的とされた一部は Srebrenica または東ボスニアのムスリムであるとの認定を支持した。そして、奪取時の Srebrenica のムスリムの人口 ( 約 5 万人。周辺地域からの難民を含む ) はボスニアの全ムスリムの小さな割合を占めるに過ぎないが、Srebrenica のムスリム社会にとっての重要性はその規模のみでは把握されないと判示した。

ゆえに、本裁判所は、1995年 7月13日頃に VRS の構成員によって、ボスニアのムスリムの一部を破壊する意図を伴って条約 2 条(a)及び(b)に該当するジェノサイド行為が実行されたことを認定する。

**(6) 条約 2 条(b) 保護された集団の構成員の身体または精神に重大な害を与えること**

原告は、組織的に重大な害が与えられたと主張し、苦痛を与えることや拷問に加えて、組織的強姦の問題を強調した。被告は、強姦がジェノサイ

ドを構成しうることを認めつつも、特別の意図を欠いているがゆえにボスニア紛争での強姦がそうであることを否定した。

裁判所は、ICTR 第一審裁判部の Akayesu 事件判決（1998年）が、強姦及び性的暴行が身体または精神に重大な害を与えることに該当すると認めたことに留意する。ICTY 第一審裁判部の Stakić 事件判決（2003年）は、拷問、非人道的または品位を傷つける取扱い、強姦を含む性的暴行、殴打と結びついた尋問、死の威嚇及び健康などに損害を与える害がジェノサイドを構成することを認めた。

ICTY の判決などから、Drina 川渓谷の各地及び収容所、Prijedor の各地及び収容所、Banja Luka の収容所並びに Brčko の収容所において、多数の虐待、殴打、強姦及び拷問が保護された集団の構成員に組織的に行われたことが認められる。しかし、これらの残虐行為が戦争犯罪及び人道に対する罪に該当するとしても、特別の意図をもって実行されたことは証明されなかったと認定する。

**(7) 条約2条(c) 集団の全部または一部に対し、身体的破壊をもたす  
らことを意図した生活条件を故意に課すること**

原告は、第一にボスニア・セルビア人の部隊が、村落、町または地域の文民を包囲し砲撃し住民を飢えさせるためあらゆる供給を断つ政策を採用したとされること、第二に占領下の地域から保護された集団を追放しようとしたこと、第三に歴史的、宗教的及び文化的財産の破壊を通して保護された集団の文化の形跡を根絶しようとしたことを主張した。被告は武力紛争において生活条件は悪化するものであると主張した。

包囲、砲撃及び飢餓の主張 証拠から Sarajevo その他の都市において、保護された集団に属する文民が意図的にセルビア人部隊によって標的とされたと結論する。しかし、それらの行為がジェノサイド条約2条(c)の範囲内に入るか否かは留保して、特別の意図をもって実行されたとの十分な証拠は存在しないと認定する。文民の攻撃の目的が住民に恐怖の状態におくことにあったことは、ICTY 第一審裁判部の Galić 事件判決（2003年）

でも認定されている。

追放 原告はボスニア全土で組織的に追放が行われたと主張した。報告書などにおいて Banja Luka, Bijeljina, 及び Zvornik などにおいて追放が行われたことが報告されている。裁判所は、ボスニアにおいて保護された集団の構成員の追放が行われたとの説得的証拠があると考え。しかし、追放が条約2条(c)に該当すると考えたとしても、追放が特別の意図を伴っていたことが証明されたと認定することはできない。

歴史的、宗教的及び文化的財産の破壊 ICTY 第一審裁判部の Tadić 事件判決(1997年)、Karadžić 及び Mladić 事件の起訴状、並びに原告が召喚した専門家の報告などは、ボスニアにおいてカトリック教会及びモスクなどが破壊されたほか、文書館及び図書館が攻撃の対象となったことを示している。本裁判所は保護された集団の歴史的、宗教的及び文化的財産の意図的破壊の証拠があると考え。それが「民族的純化の政策の本質的部分」であるとの原告の主張に留意する。しかし、裁判所の見解では、当該破壊は身体的破壊をもたらすことを意図した生活条件を故意に課することを構成するとはみなされえない。この点で文化的ジェノサイドを処罰すべき行為に含めなかったジェノサイド条約の準備作業、ジェノサイドを身体的または生物学的破壊に限定した ICTY の Krstić 事件一審判決を想起する。

収容所 Drina 川峡谷、Prijedor 及び Banja Luka にあったいくつかの収容所における過酷な条件(不十分な食糧、劣悪な衛生条件、暖房の欠如など)が ICTY のいくつかの判決において認定されている。本裁判所は、収容所の被拘禁者に対して過酷な条件が課せられたとの説得的証拠があると考え。しかし、提示された証拠からは、それらが保護された集団を破壊する意図を伴っていたと認定することはできない。

**(8) 条約2条(d) 保護された集団内部の出生を妨げることを意図する措置をとること**

原告は条約2条(d)に該当するものとしていくつかの主張を行った。第一

に、セルビア人部隊の占領した地域における男女の分離であり、それによって身体的接触がないために確実に出生率の低下を生じるというものであるが、そのいかなる証拠も提出されていない。

第二に、女性に対する強姦及び性的暴行が被害者の生殖機能に影響を与え、ある場合には不妊をもたらしたというものである。しかし、唯一の証拠が Gagović 事件の起訴状であり、その中で一人の証人が不妊になったと証言しているに過ぎない。起訴状は説得力ある証拠を構成せず、さらに事件は被疑者の死亡により裁判に進まなかった。

第三の主張は、男性への性的暴力で以後生殖が妨げられたというものである。原告は Tadić 事件一審判決、及び約5000人の非セルビア人男性が性的暴力の犠牲となったという Le Monde の記事を示したが、後者は二次的情報源からの証拠に過ぎない。

第四に、男性及び女性に対する強姦及び性的暴力が心理的外傷を与え、被害者が関係及び家族を形成することを妨げられるというものである。また第五に、性的暴力を受けた女性が夫から拒否されるかもしれないことまたは夫を見つけられないかもしれないことを主張した。どちらも証拠は示されなかった。

したがって、ボスニア・セルビア人部隊が2条(d)に該当する行為を行ったと結論づけることはできない。

#### (9) 条約2条(e) 保護された集団の児童を他の集団に強制的に移すこと

原告は、セルビア人男性によってムスリム女性を妊娠させるために強姦が用いられ、それが条約2条(e)に該当すると主張し、Gagović 事件の起訴状などを参照した。しかし、原告の提示した証拠は、強制妊娠の政策や保護された集団の児童を他の集団に移送する目的があったことを証明したとはいえない。

#### (10) ボスニア国外でのジェノサイドの主張

原告は抗弁書において、新ユーゴの領域内で、ボスニア領域で実行されたものと類似したジェノサイド行為が非セルビア人（アルバニア人、サン

ジャク・ムスリム、クロアチア人、ハンガリー人など)に対して実行されたと主張したが、口頭手続でこの問題は提起されなかった。最終申立にボスニア国外でのジェノサイドへの言及が維持されたので検討するが、この主張を支持する事実は証明されなかった。

原告は新ユーゴ領域で行われたと主張されたジェノサイドに特有の特別の意図を主張していないように見える。それは証明されなかった。ボスニアの主張は、ボスニアでのムスリムを破壊する特別の意図を証明する行為のパターンが存在し、同じパターンが新ユーゴに設立された収容所におけるボスニアのムスリムの待遇の背後に存在し、ゆえにこの待遇がパターンの命題を支持するというものである。ゆえに次の問題に移る。

(11) **ジェノサイドを実行する意図を証明するものとされる行為のパターンの問題**

原告は、特定された集団への所属に基づいてボスニアのあらゆる場所におけるジェノサイド行為のパターンによって示される、ジェノサイド実行の包括的計画の存在を主張し、その例として様々な収容所におけるセルビア人の行為を挙げた。クロアチア及びコソボにおいてセルビア人によって行われた行為との類似性を指摘して、それらが、全セルビア人による単一の国家樹立の妨げとなる非セルビア人集団の破壊を含む単一の計画の実施としてなされたと主張した。

原告は、個別の実行行為者よりも VRS もしくは Srpska 共和国または被告自身の意図を問題にしているが、特別の意図が行為のパターンから明白であると主張し、また包括的計画の公的声明に近いものとして、1992年5月の Srpska 共和国国民議会議長の「戦略的目標に関する決定」を挙げた。また原告は1994年の Karadžić 大統領の声明を参照した。しかし、それらはムスリム住民を破壊する意図ではなく追放することを示していると認められる。ICTY において検察官が前記の決定を問題にした事件において、それがジェノサイドであるとは認定されなかった。

残虐行為のパターンが特別の意図を示すとの主張について、裁判所はそ

のような広い前提に同意することはできない。必要な意図はそのような趣旨の一般的計画の存在が証明されない限り、特定の状況の参照によるのみ証明されなければならない。行為のパターンをその存在の証拠として認めるためには、それが特別の意図の存在にいたるようなものでなくてはならない。原告の主張は ICTY の認定にも合致しない（paras. 231-376）。

## 7 Srebrenica での事態に対するジェノサイド条約 3 条(a)の下での責任の問題

### (1) 承認 (admission) の主張

原告は、2005年6月15日の被告の閣僚評議会の公的宣言によって、被告が Srebrenica でジェノサイドが実行された事実を承認しその責任を受諾したと主張した。この宣言は、2005年6月2日に Belgrade のテレビ局が、Srebrenica 近郊での準軍事的部隊による6名のボスニア・ムスリムの殺害のビデオ録画を放送したことを受けてものである。

裁判所にはこの宣言は政治的性質のもののように見える。明確に承認を意図したものではない。ゆえに、この声明が争点を決定することに資するものとは認定しない。

### (2) 責任の基準

Srebrenica で実行されたジェノサイドに関して被告が責任を負うか否かの検討のために、次の三つの問題を検討することが必要である。第一にジェノサイド行為が国家責任の慣習法の下で被告に帰属するか否かである。第二に、条約 3 条(b)から(e)に列挙される種類の行為が、被告にその行為が帰属する者または機関によって実行されたか否かである。最後に、被告がジェノサイドを防止及び処罰する条約 1 条から生じる二つの義務を履行したか否かである。

この三つの問題は関連性を有するので、この順番に検討しなければならない。ジェノサイド行為が被告に帰属するとの結論にいたった場合、第二の問題の検討は不必要である。理論的には同一の行為がジェノサイド（3

条(a)), ジェノサイドの共謀(3条(b))及び扇動(3条(c))に該当しうるが, ジェノサイドの責任が認定されれば, 共謀及び扇動の責任はそれに吸収される。またジェノサイドの責任が認定されれば, 未遂(3条(d))及び共犯(3条(e))は成り立ちえない。他方でジェノサイドを構成する行為が被告に帰属しないと認定されたとしても, 3条(b)から(e)までの行為の責任の検討を排除しない。

第一及び第二の問題に消極的に回答した場合にのみ, 第三のジェノサイド及び条約3条に列挙された行為を防止する義務の問題が生じる。防止義務履行の問題がムートになることが当然に処罰義務履行の問題を不必要なものにするわけではない。被告がジェノサイドまたは3条に列挙された他の行為による責任を負う一方で, 実行行為者を処罰する義務の違反に責任を負うことも可能である。

### (3) その機関の行為に基づく Srebrenica のジェノサイドの被告への帰属の問題

いかなる国家機関の行為も国際法の下で国の行為とみなされ, 当該行為が国際義務の違反を構成する場合は国の責任を生じる。この規則は慣習法のものであり, 国際法委員会(ILC)の国家責任条文4条に反映されている。

この規則を本件に適用するにあたり, Srebrenica でのジェノサイド行為が新ユーゴの国内法上その機関の地位を有する者または実体によって実行されたか否かの決定が必要である。しかし, これを肯定するものは何もない。新ユーゴが虐殺に参加したことも, 新ユーゴの政治的指導者が虐殺の準備, 計画または実行に関与したことも, また新ユーゴの軍隊が(ボスニアの作戦に直接及び間接に参加した証拠はあるが)虐殺に参加していたことも証明されなかった。さらに, Srpska 共和国または VRS は, 新ユーゴの国内法上その機関の地位を有していなかったがゆえに, 新ユーゴの法律上の機関ではなかった。

原告は, Mladić 将軍を含む VRS の将校が Belgrade から給与の支払を

受け、その人事が Belgrade の第30要員センターで扱われ、ゆえに新ユーゴの法律上の機関であると主張した。しかし、これらの将校が被告の国内法上その軍の将校であるとの証拠は提出されなかった。Mladić 将軍が被告の将校の一人であるとは証明されなかったし、国家責任法の適用上、彼を新ユーゴの機関として扱わなければならない理由はない。新ユーゴが Srpska 共和国に実質的支援、特に財政的支援を行い、それには VRS 将校への給与の支払などが含まれるが、そのことが自動的に彼らを新ユーゴの機関にするわけではない。将校は Srpska 共和国の政治的指導者に従属していた。Mladić 将軍を含む VRS の将校はボスニア・セルビア人当局に代わって行為していたのであって、新ユーゴに代わってではない。

また被告が Srebrenica 地域における Scorpions の行為に責任を負うか否かの問題も提起された。Scorpions が被告の法律上の機関であるか否かを検討する。Scorpions がいつ被告の軍隊に編入されたかについて当事国間に争いがあるが、1995年中期における地位が問題である。原告は Scorpions をセルビア内務省の部隊として参照する通信を提出したが、これらは Belgrade に宛てられたものではない。裁判所は、1995年中期において Scorpions が被告の法律上の機関であったと認定することはできない。さらに、一国によって他の公権力の自由に置かれた機関の行為は、当該機関がその自由に置かれた公権力に代わって行為している場合、当該国の行為とはみなされない。

原告は、Srpska 共和国及び VRS、並びに Scorpions などの準軍事的民兵が新ユーゴの事実上の機関であり、それらのすべての行為が新ユーゴに帰属すると主張した。ニカラグア事件本案判決によれば、人、集団または実体は、国内法上機関の地位を持たなくても、事実上国に「完全な従属」をして行為し、究極的にはその道具であるならば、国際責任の目的において機関と同視される。しかし、国内法上機関の地位を持たない人または実体の国家機関への同視は例外的なものでなければならない。特に大きな程度のコントロールの証拠を必要とするからである。



1995年7月において Srpska 共和国も VRS も、新ユーゴがそれを通じて行為するところの単なる道具であるとはみなされない。政治的、軍事的及び補給に関する関係は強くかつ緊密であったが、それらはボスニア・セルビア人の組織を新ユーゴの機関と同視すべきものではなかった。新ユーゴ当局とボスニア・セルビア人の指導者の間には戦略的選択肢に関する相違が生じていた。後者は一定の幅の独立を有していた。新ユーゴの支援への依存は全面的な従属を意味しない。

Scorpions が事実上被告に完全に従属して行為していたことを示す資料は提示されなかった。それが Mladić 将軍及び VRS の指揮の下にあったとの証言がある。ICTY の Stanišić 及び Simatović 事件が参照され、Scorpions がセルビア内務省の地位を有するとされたが、まだ起訴状の段階である。裁判所は判決を下す時点で知らされた情報に基づいてその意見を形成する。

したがって、Srebrenica のジェノサイド行為は、被告の機関または被告に完全に従属する者もしくは実体によって実行されたものとしては被告に帰属しないと認定する。

#### (4) 指揮またはコントロールに基づく Srebrenica のジェノサイドの被告への帰属の問題

次に裁判所は、被告の機関の地位を持たないが、Srebrenica での事態を取り巻く具体的状況において、被告の指示または指揮もしくはコントロールの下で行為する者により虐殺が実行されたか否かを検討する。

適用可能な規則は慣習法としての国家責任条文 8 条に規定されている。同条は本裁判所の先例であるニカラグア事件本案判決に照らして理解されなければならない。同判決は、Contra が米国に完全に従属しているがゆえに米国の機関と同視されるとの主張を否定した後で、なお米国が違法行為の実行を命令または強制したならば米国の責任が生じると付け加え、米国の責任が生じるためには、その過程で違反が実行された作戦の実効的コントロールを米国が有したことが証明されなければならないと判示した。

この基準は、先に検討した、国内法上機関の地位を持たない者または実体が機関と同視される場合の基準とは二つの点で異なる。第一に、この基準は、国際法に違反する行為を実行した者が被告国に一般に完全に従属した関係にあることを証明する必要はなく、国の指示に従ってまたは国の実効的コントロールの下で行為したことが証明されなければならない。違法行為を行った者の全般的行動に関してではなく、違反の起きた各作戦に関して指示の付与または実効的コントロールの行使が証明されなければならない。

原告は、多数の分離した具体的行為からなるというジェノサイド犯罪の特別の性質のゆえに、実効的コントロールは具体的行為ではなく作戦全体に行使されれば十分であると主張した。しかし、帰属の規則は特別法がない限り違法行為の性質に応じて変化するものではない。

さらに原告は、ICTY 上訴裁判部の Tadić 事件判決（1999年）に依拠して、ニカラグア事件判決の基準の妥当性を問題にした。上訴裁判部は、武力紛争の性質決定及び国家責任の帰属の両方に適用可能な基準は、新ユーゴによる Srpska 共和国及び VRS への「全般的コントロール」であると判示した。本裁判所は上訴裁判部の見解に同意することはできない。ICTY は刑事裁判所であるので国家責任の問題について裁定することを求められていなかった。ICTY は管轄権の行使に不可欠ではない争点を扱った。「全般的コントロール」は、武力紛争が国際的であるか否かを決定するための基準として用いられる限りにおいて、適用可能であり適切である。しかし、国家責任法の下で適用可能な基準としての「全般的コントロール」の基準は以下の理由で説得力がない。

第一に、性質において異なる二つの争点を解決するのに同じ基準が採用される必要はない。紛争を国際的と性格づけるために必要な一国の他国領域における関与の程度及び性質は、紛争の過程で実行された具体的行為に対する国の責任を生じるために必要なそれらとは異なりうる。第二に、「全般的コントロール」基準は、国家責任法を律する基本原則、すなわち

国家は自身の行為にのみ責任を負うとの原則を超えて国家責任の範囲を広げるといふ大きな欠点がある。ゆえに、国家責任条文 8 条に規定された慣習法規則の下で被告が責任を負うか否かを決定することは、確立された判例に基づいているのである。

被告は、Srebrenica でのジェノサイドに関する ICTY の終局判決において、指導者のいずれも関与を認定されていないことを強調した。本裁判所は、ICTY が現在までは直接この問題を扱ってこなかったと考える。裁判所は、前述の国連事務総長の報告書が Milošević 大統領の直接の関与を証明していない事実に留意する。被告は、新ユーゴの関与を否定する二つの報告書を参照した。それらは、Belgrade が Srebrenica の攻撃を了知していたこと及び作戦に協働していたことを結論づけているが、新ユーゴの軍及び治安機関の要員が虐殺に関与した証拠はないとしている。他の証拠は Milošević 大統領の影響力の有無に関するものである。それは指揮またはコントロールに基づく被告の責任を認定する基礎を確立しない。

#### (5) 条約 3 条(a)の下での Srebrenica での事態に対する責任に関する結論

Srebrenica の虐殺が被告の機関の地位を有する者によって実行されたことも、被告の指示により、指揮の下でまたは実効的コントロールの下で実行されたことも証明されなかった。原告は、新ユーゴの当局から虐殺を実行する指示が出されたことも、またその指示が特別の意図をもって出されたことも証明しなかった。Srebrenica のムスリム社会の男性住民を殺害する決定は VRS の主要参謀の何人かの構成員によってなされたものである。帰属を扱う国家責任条文の 4 条及び 8 条以外の条文が慣習法を表明しているか否かを現段階で決定する必要はない。本件に適用されないからである。

以上から、裁判所は、Srebrenica でのジェノサイドを実行した者の行為は国家責任法の下で被告に帰属せず、ゆえにこのことに基づく被告の責任は生じないと結論する ( paras. 377-415 )。

## 8 Srebrenica に関して、条約 3 条(b)から(e)までに列挙された行為に対する責任の問題

条約 3 条に列挙された行為の中で、3 条(d)の未遂は主張されていない。3 条(b)の共謀及び 3 条(c)の扇動は、新ユーゴの機関またはその指示の下でもしくは実効的コントロールの下で行為する者によるそれらが証明されていないので、本件には関係しない。

3 条(e)の共犯が被告に帰属するかが問題となる。前提として、第一に共犯の問題は、ジェノサイドの実行行為者が指示によりまたは指揮もしくはコントロールの下で行為したか否かの問題とは異なる。一定の国の刑法では犯罪行為の指示または命令を共犯とみなしているが、ジェノサイドの分野における国家責任法の適用においては、国の指示によりまたは指揮の下で実行されたジェノサイド行為は国に帰属し、その直接の責任が生じる。条約 3 条(e)の意味での共犯は犯罪の実行を可能または容易にする手段の提供を含む。これは国家責任法における「援助」(国家責任条文16条)に類似している。両者を区別する理由はなく、「援助」と異ならない意味で、新ユーゴの機関またはそれに帰属する者によって虐殺の実行に援助が行われたかどうかを検討しなければならない。

さらに、共犯には、共犯者が主犯の特別の意図を共有していることを前提とするのかどうかの問題がある。少なくともジェノサイドの実行行為者に援助を供与する機関が主たる行為者の特別の意図を知りつつ行為したという条件がみたされなければ、共犯と扱うことはできない。まずこの問題を検討し、肯定されれば前述の問題を決定する。

原告の提出した証拠は前記の条件をみたしていることを証明するものではない。新ユーゴからの政治的、軍事的及び財政的性質の実質的援助が虐殺の前から Srpska 共和国及び VRS に供与され、援助の結果得た資源を用いて虐殺が実行されたことは疑いない。しかし、ジェノサイドが実行されようとしているまたはすでに進行していることを、新ユーゴ当局が認識して援助を供与したことは合理的疑いを超えて証明されていない。すでに

認定したように、ムスリム男性住民を殺害する決定は実行の直前になされた。決定的時点において、新ユーゴがジェノサイドの実行に用いられることを知りつつ援助を供与したことは証明されなかった。ゆえに被告の共犯の責任は生じないと結論する ( paras. 416-424 )。

## 9 防止及び処罰の義務の違反に対する責任の問題

防止義務と処罰義務は、関連するが別個の義務である。両者の関連性は1条の文言に現れており、また防止のもっとも実効的方法は処罰である。ジェノサイド条約は処罰については詳細な規定(3条から7条)を置くが防止については8条しか規定を置いていない。しかし、防止義務が独自性を持たないわけではない。また、8条の範囲を超えて独自の射程を持ち、国連の権限ある機関が行動することによって締約国が防止義務を免れるわけではない。

### (1) ジェノサイドを防止する義務

防止義務に関して考察及び明確化が必要である。第一に、ジェノサイド条約は、禁止された行為の防止のため国に一定の措置をとる義務を課す唯一の国際文書ではない。多くの文書に類似の規定がある。防止義務の内容は文書毎に異なる。本判決はあらゆる防止義務に適用可能な一般的判例を確立するつもりはなく、一般国際法上、防止の一般的義務があるか否かについて認定するつもりもない。裁判所はジェノサイド条約の防止義務に限定する。

第二に、問題となっている義務は、状況のいかんを問わず防止に成功する義務を負わないという意味で、行為の義務であって結果の義務ではない。防止のため可能な限り合理的に利用可能なあらゆる手段を用いる義務である。この分野では具体的な評価を要する「相当の注意」の概念が決定的に重要である。義務履行の評価にあたって様々なパラメーターが作用する。第一のそれはジェノサイドを実行しようとしている者の行動に実効的に影響を与える能力である。この能力は国と事態との地理的距離、政治的結び

つきの強さ及び他の種類の結びつきに依存する。国は国際法で許された限界内で行為することができる。国がその自由になるあらゆる手段を用いたとしても防止には十分ではなかったことは重要ではない。

第三に、ジェノサイドが現実に行われた場合にのみ国は防止義務違反の責任を負う。違反が発生するのは実行が開始された時点である（国家責任条文14条3項）。このことは、防止義務がジェノサイドの実行が開始された時に生じることを意味しない。防止義務は、国がジェノサイドが実行される重大な危険の存在を知るかまたは通常知るべきであった時点で生じる。しかし、ジェノサイドが実行されなければ、行為しなかった国は事後的に責任を負うものではない。

第四に、ジェノサイドを防止する義務の違反の要件とジェノサイドの共犯の要件は異なる。第一に、共犯は援助を供与する積極的な行動がなされることが必要なのに対し、防止義務の違反は防止のために適切な措置を実行することの欠如から生じる。第二に、共犯は、少なくとも国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進行中であること、及び援助が供与されれば実行を可能にしたりは容易にすることを了知していなければ認定されない。他方、防止義務は、ジェノサイドが実行される重大な危険を新ユーゴ当局が了知したかまたは通常了知すべきであったのであれば、違反を認定される。

以上に照らして本件の検討を行う。第一に、問題の期間において新ユーゴは、他のジェノサイド条約締約国と異なり、Srebrenica でのジェノサイドを計画し実施したボスニア・セルビア人勢力に対して、両者の政治的、軍事的及び財政的結びつきゆえに、影響力を有する立場にあったと認められる。

第二に、新ユーゴは、1993年の二つの暫定措置を指示する命令によって具体的義務に拘束されていた。特に1993年4月8日の命令は、新ユーゴに「それ〔新ユーゴ〕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……の実行をしないこと」を確保することを要求していた。

第三に、Belgradeの当局は、VRSがSrebrenicaを占領する決定をした後でジェノサイドの重大な危険を知らなかったとはいえない。国連事務総長の報告書に言及された、1995年7月14日のEUの交渉官とMilošević大統領との会談や、ICTYのMilošević裁判におけるClark将軍の証言など、事前に了知していたことを示す証拠がある。

その影響力とその手にある重大な憂慮を示す情報のゆえに、新ユーゴ当局は、その規模が確実に予見できなかったとしても、少なくとも推測しえた起こりつつある悲劇を防止するため、その能力(power)の範囲内で最善の努力をすべきであった。新ユーゴの指導者はSrebrenicaにおけるセルビア人とムスリムの間の根深い憎しみの状況を十分に認識していた。ムスリム成人男性住民を殺害する決定が新ユーゴの注意を引いたことは証明されなかったが、起こりそうなことについての国際的な憂慮、及びジェノサイドの実行の意図を示唆するような危険を了知したことを明らかにする、MladićについてのMiloševićの見解により、ジェノサイドの重大な危険があったことは明白であった。しかし、被告は、防止するためのいかなるイニシアチブ、または実行された残虐行為を回避するためのいかなる行動をとったことを証明せず、何もしなかったと結論しなければならない。

ゆえに、被告はSrebrenicaでのジェノサイドを防止する義務に違反し、その国際責任を生ぜしめたと認定する。

## (2) ジェノサイドを処罰する義務

原告は、被告がジェノサイドの罪に問われた個人をICTYに移送せず、ICTYに十分に協力しないことがジェノサイド条約に違反すると主張し、根拠として黙示的に条約6条に言及した。Srebrenicaでのジェノサイドは被告の領域内で起きたわけではない。ゆえに、当該ジェノサイドまたは条約3条に列挙された他の行為の罪に問われた者を自身の裁判所で訴追しなかったことで、被告を非難することはできない。条約6条は締約国に属

地主義管轄権を設定し行使するよう義務づけているに過ぎないからである。

裁判所が検討しなければならないのは6条に規定された「国際刑事裁判所」に協力する締約国の義務である。というのは、そのような裁判所が設立されれば、6条は「その管轄権を受諾する」締約国に協力する義務を課し、そのことは、たとえジェノサイドが領域外で実行されたものであっても、領域内に所在する告発された者を逮捕すること、及び自国の裁判所で訴追しない場合には、権限ある国際裁判所に引き渡すことを含意しているからである。

裁判所は二つの前提問題を検討する。第一に、ICTYが6条にいう「国際刑事裁判所」を構成するかである。第二に被告は同条の意味の範囲内においてその管轄権を受諾したとみなされるかである。

第一の問題に関して、6条の「国際刑事裁判所」の概念は、少なくとも条約採択後に設立された、ジェノサイド及び条約3条に列挙された他の行為を訴追する権限を有する、すべての国際刑事裁判所を含まなければならない。裁判所が設立された文書の性質は重要ではない。条約の起草者は、条約6条の「受諾した」の文言に示されるように、条約によって設立されることを考えていたのであろう。しかし、国連憲章第7章下の安保理決議に従って設立された裁判所を排除するように制限的に解釈することは条約の目的に反する。

第二の問題に関しては、新ユーゴは、遅くとも1995年12月14日のボスニア、クロアチア及び新ユーゴの間のDayton協定の署名及び発効の日からICTYに協力する義務を負っていた。同協定2条によって拘束力を有する附属書Aは、当事国が完全にICTYに協力しなければならないことを規定している。ゆえに、新ユーゴは少なくともDayton協定により、ジェノサイド条約6条の意味においてICTYの管轄権を受諾したとみなされなければならない。原告は1995年7月から12月までの被告の協力義務不履行を主張していない。2000年の新ユーゴの国連加盟はさらなる協力義務の根拠を提供したが、義務の射程を変更するものではない。ゆえに、被告の



条約6条履行の評価において国連加盟の前後を区別する必要はない。

本件の事実に移ると、まず口頭手続において、被告は2000年のBelgradeにおける政権交替以降、協力義務を履行してきたことを主張し、黙示的にそれ以前はそうではなかったことを認めた。さらに、裁判所は、Srebrenicaでの虐殺に主要な責任を負う者の一人としてICTYからジェノサイドで訴追されたMladić将軍が、最近数年間少なくとも数回被告の領域に所在し、セルビア当局が彼が住んでいる場所を確かめ逮捕のため合理的になしうることをしないであることを示唆する情報を重視する。口頭手続において原告は、最近、被告の情報部がMladićのセルビア国内の居所を知っているが、逮捕の権限を有する当局に情報を提供しないであると被告の外務大臣が表明した事実と言及し、被告はこのことを争わなかった。

したがって、被告がICTYに協力する義務を履行しなかったことは十分に証明されたと考える。この不履行はDayton協定当事国及び国連加盟国としての違反でありゆえにジェノサイド条約6条の違反である(paras. 425-450)。

#### 10 暫定措置を指示する裁判所の命令の違反に対する責任の問題

裁判所は、規程41条の下での暫定措置に関する命令が拘束力を持つ効果を有するとの見解を示した(LaGrand事件判決(2001年))。1993年4月8日及び9月13日の暫定措置を指示する裁判所の命令は、当事国が履行することを求められる法的義務を創設した。

1993年4月8日の命令における暫定措置は、その第52パラグラフA(1)で「ユーゴスラビア連邦共和国(セルビア・モンテネグロ)政府は、1948年12月9日の集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約の約束に従って、ジェノサイド犯罪の実行を防止するためその能力(power, 権限)の範囲内のあらゆる措置を即時にとるべきである」と指示し、同A(2)で「ユーゴスラビア連邦共和国(セルビア・モンテネグロ)政府は、特に、それ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、ボスニア・ヘルツェゴビナのムスリム住民に向けられたものであるか、または他の国民的、民族的、人種的または宗教的集団に向けられたものであるかを問わず、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同謀議、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を実行しないことを確保すべきである」と指示し、同Bで両当事国がジェノサイド防止に関する紛争を悪化させる行動をとらないことを確保するよう指示した。これらの措置は1993年9月13日の命令で再確認された。

原告は、被告による第52パラグラフBの不履行を申し立てておらず、同A(1)及び(2)の不履行を申し立てている。Srebrenicaの虐殺に関して、被告が同A(1)の「ジェノサイド犯罪の実行を防止するためその能力の範囲内のあらゆる措置をとる」義務の履行を怠り、同A(2)の「その……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……を実行しないことを確保する」措置を履行しなかったことは明白である（paras. 451-458）。

## 11 賠償の問題

裁判所は、ジェノサイドを防止する義務及び処罰する義務の違反に対する適切な賠償の形式について検討する。本件では原告も認めているように原状回復を認めることは適切ではなく、原状回復が不可能な限りで、被害国は金銭賠償を得る権利を有する（国家責任条文36条など）。

裁判所は被告のジェノサイド防止義務の違反を認定した。この認定をした際、裁判所は、たとえ被告が利用可能な手段を有しかつ用いたとしても虐殺が起きたかどうかを検討する必要はなかった。なぜなら、ジェノサイドを防止する義務が、その実行を防止することに成功することの確実性に依存しない義務だからである。

しかし、賠償の請求を裁定するにおいては、原告の主張する被害が被告

の違法行為の結果であるか否かを検討しなければならない。この文脈では、被告がその手にあるあらゆる手段を用いて防止を試みたとしても Srebrenica の虐殺が発生したか否かが関連する。この問題は、被告のジェノサイド防止義務の違反とジェノサイド行為によって原告の受けた被害との間に、十分に直接かつ確実な因果関係が存在するか否かの問題である。当該因果関係は、被告が義務を履行して行為したならばジェノサイドが避けられたことが十分な確実性の程度をもって結論づけられる場合、証明されたとみなされる。しかし、被告はボスニア・セルビア人の当局に影響を与える手段を有していたが、それが結果を達成するために十分であったことは証明されなかった。ゆえに、金銭賠償は防止義務違反に対する賠償の適切な形式であるとはいえない。

しかし、原告はサティスファクション（満足）の形式における賠償を得る権利を有する。それは、本判決における、被告がジェノサイドを防止する義務を履行しなかったことの宣言がもっとも適切な形式である。コルフ海峡事件本案判決と同様に、裁判所は主文にこの宣言を含める。原告は、被告の違反がもはや継続していないことを認めている。

次にジェノサイド行為を処罰する義務の違反に対する適切な賠償の問題に移る。原告は継続的違反の存在を主張し、ゆえにこの意味での宣言を請求した。裁判所は、被告がジェノサイド条約6条に違反していると認定した。この趣旨の宣言は、防止義務違反と同様に、サティスファクションの適切な形式である。原告はより具体的に決定することを求めた。被告がジェノサイド条約1条及び6条の下での義務を履行するために、ジェノサイドで訴追された者、特に Mladić 将軍を ICTY に移送する明白な義務を負っている。裁判所は主文においてこの旨の宣言を行い、それが適切なサティスファクションを構成する。

原告はまた最終申立において、被告が違法行為を繰り返さないとの具体的な確約及び保障を提供することを決定するよう請求した。ジェノサイドの防止義務及び処罰義務の違反との関係での再発防止の確約及び保障の問

題を検討しなければならない。口頭手続において原告の弁論人が提示した理由は「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」に関するものである。しかし、裁判所は、これらの兆候は再発防止の確約を請求する十分な理由を構成しないと考える。前述した宣言が処罰義務に関して十分であり、ゆえに再発防止の確約の指示は適切ではない。

最後に、原告は暫定措置を指示する命令の不遵守に対する賠償として、裁判所の決定する金額の象徴的金銭賠償を請求した。裁判所は、賠償の目的においては、被告の暫定措置の不遵守はジェノサイド条約によって課された防止及び処罰の実質的義務の違反の一側面であり、それに吸収されると考える。ゆえに、原告の象徴的金銭賠償の請求を認めることは適切ではない。しかし、サティスファクションとして、被告が暫定措置を指示する裁判所の命令を遵守しなかったとの宣言を主文に含める。

裁判所は、暫定措置を指示する命令は両当事国を名宛人としていることに留意する。被告の命令の不遵守に関する裁判所の認定は、原告が命令を遵守しなかったか否かの問題を予断するものではない（paras. 459-470）。

## 12 判決主文

以上の理由により、裁判所は、

- (1) 被告によってなされた最終申立に含まれる、裁判所が管轄権をもたないとの抗弁を却下する。ボスニア・ヘルツェゴビナ共和国によって1993年3月20日に裁判所に提訴された紛争を裁定する管轄権を、集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約9条に基づいて有することを確認する（10対5。賛成 = Higgins 所長, Al-Khasawneh 次長, 小和田, Simma, Tomka, Abraham, Keith, Sepúlveda-Amor, Bennouna 各裁判官, Mahiou 特任裁判官。反対 = Ranjeva, Shi, Koroma, Skotnikov 各裁判官, Kreća 特任裁判官）。
- (2) セルビアは、その行為が国際慣習法の下でその責任を生ぜしめるる

機関または者を通して、集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約の下でのその義務に違反するジェノサイドを実行しなかったと認定する(13対2。反対= Al-Khasawneh 次長, Mahiou 特任裁判官)。

- (3) セルビアは、集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約の下でのその義務に違反する、ジェノサイドの実行の共同謀議及びジェノサイドの実行の扇動を行わなかったと認定する(13対2。反対= Al-Khasawneh 次長, Mahiou 特任裁判官)。
- (4) セルビアは、集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約の下でのその義務に違反する、ジェノサイドの共犯を行わなかったと認定する(11対4。反対= Al-Khasawneh 次長, Keith, Bennouna 各裁判官, Mahiou 特任裁判官)。
- (5) セルビアは、1995年7月に Srebrenica で起きたジェノサイドに關して、集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約の下でのジェノサイドを防止する義務に違反したと認定する(12対3。反対= Tomka, Skotnikov 各裁判官, Kreća 特任裁判官)。
- (6) セルビアは、ジェノサイド及びジェノサイドの共犯で起訴された Ratko Mladić を旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所による刑事裁判のために移送せず、ゆえに同裁判所に十分に協力しなかったことにより、集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約の下でのその義務に違反したと認定する(14対1。反対= Kreća 特任裁判官)。
- (7) セルビアは、1995年7月の Srebrenica でのジェノサイドを防止するためその能力(権限)の範囲内のあらゆる措置をとらなかった限りで、本件において1993年4月8日及び9月13日に裁判所によって命令された暫定措置を遵守するその義務に違反したと認定する(13対2。反対= Skotnikov 裁判官, Kreća 特任裁判官)。
- (8) セルビアは、条約2条に定義されたジェノサイド行為または条約3条に列挙された他の行為のいずれかを処罰し、ジェノサイドまたは前記の他の行為のいずれかにより訴追された個人を旧ユーゴスラビア国

際刑事裁判所による刑事裁判のため移送し、及び同裁判所に十分に協力する、集団殺害犯罪の防止及び処罰に関する条約の下でのその義務の十分な履行を確保するため実効的な措置を即時に講じるものとする  
と決定する（14対1。反対 = Kreća 特任裁判官）。

- (9) 主文(5)項及び(7)項に言及された義務のセルビアによる違反に関して、これらの項における裁判所の認定は適切なサティスファクションを構成すること、及び本件は、金銭賠償の支払の命令、または主文(5)項に言及された違反に関して、再発防止の保障及び確約を提供することの指示が適切である事例ではないと認定する（13対2。反対 = Al-Khasawneh 次長, Mahiou 特任裁判官）( para. 471 )

## 研 究

### 1 新ユーゴの国連における地位と裁判所の当事者資格

#### (1) 裁判所の当事者資格の問題と先行判決との整合性

新ユーゴ（セルビア・モンテネグロ）は、裁判所に提出した「ユーゴスラビアに対する管轄権を職権で再検討することの提案」において、新ユーゴが本件の提訴時において国連加盟国ではなく、ゆえに国際司法裁判所規程当事国でもない（国連憲章93条1項により、国連加盟国は当然に規程当事国となる）ため、裁判所へのアクセス（裁判所の当事者資格）を持たなかったと主張した。本判決は、この問題はすでに1996年の先決的抗弁判決において管轄権の判断の要素として黙示的に裁判所が認定していた事項であり、既判力の原則によって審理することはできないと判示した。

しかし、新ユーゴが規程当事国であったとの認定は2004年の武力行使の合法性事件先決的抗弁判決の認定と明確に矛盾する。詳細は後述するが、武力行使の合法性事件判決は、新ユーゴが2000年11月に国連加盟を承認される前は国連加盟国ではなく裁判所へのアクセスを持たなかったと判示した。この判示と対比すれば、本判決において裁判所がセルビア・モンテネ

グロのいわば当事者資格を肯定したことは、(訴訟当事国が異なるとはいえず)同一の判断が要請される同一の事項について相互に矛盾する判断を下したことになるわけである<sup>2)</sup>。

裁判所はこの矛盾した判断に何ら説明を加えようとせず、既判力の原則を援用するのみであった<sup>3)</sup>。判決は、既判力の及ぶ範囲は判決の主文(operative paragraphs)であり、既判力は本案判決だけでなく管轄権に関する判決にも及ぶとした。しかし、裁判所の論理に従えば、(裁判所は新ユーゴのアクセスの問題は1996年判決において黙示に認定されたと述べているものの)いったん管轄権を肯定する判決が下されれば、その後に被告が最初の判決とは異なる根拠に基づいて管轄権に対する抗弁を提起することは実質的に不可能になる。ゆえに管轄権を肯定する判決の後においても管轄権に対する抗弁を提起しようとした判決の言明自体に矛盾するように見える。さらに、裁判所自身2003年に、被告が前記「提案」による本案審理手続の停止の申立に応じないことを決定した際、被告は希望すれば口頭審理において管轄権に関する問題を主張することができる旨通知したことも整合しない<sup>4)</sup>。

既判力の範囲は判決主文にとどまらず、それと不可分をなす理由の一部も参照されると理解されていた<sup>5)</sup>。反対意見及び学説では、判決の既判力の範囲に関する立場を問題にするものがある。

Ranjeva, Shi 及び Koroma 裁判官共同反対意見は、既判力は規程の文脈と当事国の申立の中で扱われてきたのであり、絶対的なものでなく、同一の事実であっても法的に異なる主張の提起を禁じるものではないし、管轄権に関する問題はいつでも取り上げられうると指摘する<sup>6)</sup>。Tomka 裁判官も、先決的抗弁判決の既判力の範囲を新ユーゴの提起した先決的抗弁との範囲で確定しようというアプローチをとっている<sup>7)</sup>。

Wittich は、既判力の及ぶ事項を主文だけとするのは、対象となった事実の状況及び主文の基礎となった理由付けと切り離すことはできないので適切ではないこと、また、判決の主文はしばしば裁判官の妥協の結果とし

て明確ではないことを指摘する。ゆえに既判力の及ぶのは当事国が現実に主張した争点についてのみであり、新たな抗弁の提起が既判力の原則により排除されることはないと主張している<sup>8)</sup>。

このような問題点に加えて、本判決が、1996年判決で被告セルビア・モンテネグロが規程の下で訴訟の当事国となる資格を有していたものと裁判所が認識していたことが、必要な推論により導かれると判示したことにも問題があるように思われる。一部の裁判官も指摘するように<sup>9)</sup>、先決的抗弁判決において、原告も被告も被告の当事者資格の問題を提起していないし、裁判所も取り上げていない<sup>10)</sup>。つまり、この問題について1996年判決は沈黙しているのであって、単なる沈黙から前記のような解釈を導くこと、そしてそれに既判力の原則を適用することには無理があるように思われる<sup>11)</sup>。ゆえに、どのような根拠で新ユーゴが裁判所にアクセスする資格を持つのか、提訴時において同国が国連加盟国であったからなのか、それともジェノサイド条約9条が規程35条2項にいう「現行諸条約の特別の規定」を構成するのか、裁判所は1996年判決がとった具体的な根拠を示す必要はないと述べて説明をしないので、不明なままである。

Wittich は、裁判所が判断していない事項は既判力の効果を持たないのであり、また1996年判決においてアクセスの問題が黙示的に認定されたという本判決の判示を受け入れるならば、判決にはその基礎となる理由を掲げなければならないと規定する規程56条に違反するという<sup>12)</sup>。

武力行使の合法性事件判決では、同事件と本件の再審請求判決（2003年）の関係について、「本件〔武力行使の合法性事件〕との関係で既判力のいかなる効果も有する当該判決〔再審請求判決〕の問題はない」と断りつつ検討した。同判決で裁判所は、再審請求判決がセルビア・モンテネグロの国連に対する地位及び規程に関する地位について何ら判示しなかったと述べ、また、1996年判決において規程35条との関係における新ユーゴの地位の問題は提起もされず裁判所が検討する理由もなかったと述べていた。ゆえに関連するいずれの判決及び命令においても新ユーゴの法的地位の問



題について最終的な立場を表明していないと結論づけていた<sup>13)</sup>。1996年判決において新ユーゴの地位を黙示に認定していたとの本判決の判断は、この判示とも矛盾している。

すなわち、1996年判決及び2003年判決が前記の争点について判断していないので、両判決がセルビア・モンテネグロが裁判所に対するアクセスを持たないと結論づけることに対して障害とならないことを2004年判決は確認しているのであり、このことは本判決における1996年判決の解釈とは整合しない<sup>14)</sup>。そして、判決間の不一致は、後述するクロアチア対セルビアのジェノサイド条約適用事件先決的抗弁判決(2008年)でさらに増大したようにみえる。

そのほかに、1996年判決がセルビア・モンテネグロの裁判所へのアクセスについて裁定していないことを前提に、アクセスの問題は裁判所が義務的に(当事国の申立が必要ならば職権で)裁定しなければならない事項であるとの指摘もある(被告も同種の主張をしていた)。武力行使の合法性事件判決において、裁判所は、管轄権の問題と裁判所へのアクセスの問題は、前者が当事国の同意に関するのに対して後者が同意に関係しない点で、そして後者が前者の前提となる根本的な問題である点で区別されること、及びアクセスの問題はそれに関する当事国の見解がたとえ一致していても受け入れる必要はなく、それを検討し自らの結論に達する任務は義務的であり、また判決を根拠づける基礎を選択する自由の例外であることを指摘していた<sup>15)</sup>。

共同反対意見は、規程34条及び35条の「人的管轄権」の問題のような憲章及び規程の要件(constitutional and statutory requirements)は当事国の合意や判決の終決性に優先するのであり、アクセスの問題に関する抗弁が提起されれば裁判所は検討しなければならないという<sup>16)</sup>。また、Tomka裁判官も、裁判所はつねに規程の要件がみたされていることを確信しなければならず、この要件は義務的であるという。そして、裁判所は新たに(de novo)管轄権を決定しなければならなかったと批判する<sup>17)</sup>。Wittech

も、訴訟当事国の同意に基づく管轄権と裁判所が義務的に裁定しなければならない「権限」の区別を提示し、後者の例として裁判所へのアクセスの問題、規程36条6項の管轄権決定権、及び規程41条の仮保全措置指示権を挙げている<sup>18)</sup>。

なお、提訴時に新ユーゴが国連加盟国であったか否かの問題は、さらに同国が本件の管轄権の根拠であるジェノサイド条約の締約国としての地位を有するか否かという問題に関連する。というのは、同条約11条が国連非加盟国の条約への加入には国連総会の招請が必要であると規定しているからである<sup>19)</sup>。被告が旧ユーゴの継続国家でないならば、被告は旧ユーゴが締結していた条約の承継国としての承継を表明していないので、条約承継に関する規則に従って自動的にジェノサイド条約を承継しているかどうかの問題となる。それが否定された場合に加入の問題が生じる。新ユーゴはジェノサイド条約を承継していないことを前提に、2001年3月12日に同条約9条に拘束されないとの留保を付して「加入」を行い、いくつかの締約国からの異議を受けた<sup>20)</sup>。

本件先決的抗弁判決では、新ユーゴの1992年4月の宣言（後述）において、同国がジェノサイド条約を含む、旧ユーゴが当事国であった条約に引き続き拘束される意思を表明したとして、継続国家として拘束されるのか、それとも承継国として拘束されるのかについて明確な回答を与えなかった<sup>21)</sup>。本判決はこの点についても説明する必要があったように思われる。

裁判所の新ユーゴの国連における地位と裁判所の当事者資格に関する判断は一貫したものとは言いがたい。時系列的に今一度整理すると次のようになる<sup>22)</sup>。

(a) 本件の仮保全措置の申請に関する命令（1993年4月）

裁判所は、新ユーゴにおける国連の地位に関して国連のとった解決に法的な困難がないわけではないが、現段階で新ユーゴが国連加盟国であるか否かを最終的に決定する必要はないと述べた。規程35条2項は、規程当事

国でない国でも、安保理の定める条件とは別に「現行諸条約の特別の規定」の当事国にアクセスを認めている。裁判条項であるジェノサイド条約 9 条が規程 35 条 2 項に規定する「現行諸条約の特別の規定」と一応 (prima facie) みなされるかもしれないと述べて、一応の人的管轄権を肯定した。また、新ユーゴについては 1992 年 4 月の樹立宣言を、ボスニアについては、同年 12 月のジェノサイド条約の寄託者 (国連事務総長) への承継の通告を引用して、両国が同条約の締約国であり管轄権の基礎が提供されているようにみえたとした<sup>23)</sup>。

(b) 本件先決的抗弁判決 (1996 年)

この判決において新ユーゴの国連における地位及び裁判所の当事者資格に関する問題は明示的には扱われなかった。ただし、新ユーゴから裁判所の管轄権についていくつかの抗弁が提起された。一つは、ボスニアによる 1992 年 12 月 29 日のジェノサイド条約の承継通告に関するものである。裁判所は、この通告が承継の通告であっても条約への加入であっても、提訴時にボスニアは同条約の締約国であったと判示し、また加入とみなした場合、条約 13 条に従いボスニアについて条約が発効するのが 1993 年 3 月 29 日となって、提訴 (3 月 20 日) の後となるが、このことはボスニアが新たに提訴することによって治癒することのできる手続的瑕疵であるから重大なものではないとした。

もう一つは、新ユーゴが、1995 年 12 月の Dayton-Paris 協定まで新ユーゴとボスニアが相互承認をしておらず合意管轄に必要な条件を欠いていると主張したことである。しかし、裁判所は同様に、常設国際司法裁判所のマヴロマティス・パレスチナ特許事件管轄権判決 (1924 年) 以来の先例を引用して、もし Dayton-Paris 協定の締結まで両国間でジェノサイド条約が効力を持たなかったと仮定しても、原告が容易に治癒させうる手続上の瑕疵を不利益に扱うことはしないとして、抗弁を退けた<sup>24)</sup>。

(c) 本件先決的抗弁判決の再審請求判決（2003年）

この事件は、新ユーゴが2000年の同国の国連加盟が本件先決的抗弁判決の人的管轄権の認定に影響する新たな事実であるとして、同判決の再審を請求したものである。裁判所は、新ユーゴの主張する事実は、1996年判決時点で知られておらずかつ後に発見された新事実であるとはいえないとして、請求を却下した。裁判所は、新ユーゴが国連に加盟申請をしなければならなかったことは国連総会決議 47/1 によるもので、1996年時点では知られていたことであると認定した<sup>25)</sup>。新ユーゴの加盟を認めた総会決議 55/12 は、新ユーゴの国連に対する1992年から2000年までの独特の（*sui generis*）地位や裁判所規程及びジェノサイド条約に関する地位を遡及的に変更するものではないとした<sup>26)</sup>。

(d) 武力行使の合法性事件先決的抗弁判決（2004年）

この事件は、コソボ紛争を理由とする北大西洋条約機構（NATO）諸国による新ユーゴ空爆に対して、新ユーゴがジェノサイド条約の裁判条項を採用して NATO 加盟諸国を提訴したものである<sup>27)</sup>。

この判決で裁判所は次のように判示した。被告によって提起された先決的抗弁の中で、セルビア・モンテネグロが規程当事国であるか否かの問題が重要である。規程36条及び37条の下で管轄権の根拠があることの前提として、原告が規程34条（訴訟当事者が国家であること）及び35条の求める条件をみたしていなければならない。問題は後者の条件、すなわちセルビア・モンテネグロが裁判所へのアクセスを有するか否かであり、それには規程35条 1 項によれば規程の当事国でなければならないとした。

続けて裁判所は、セルビア・モンテネグロが旧ユーゴ分裂後、国連において独特の地位を有していたことを認めつつ（詳細は後述）、独特の地位が何であったかの最終的な認定は避けた。しかし、この状況は同国の政治体制の変化に伴う国連への加盟の申請とその承認により終了し、この事実から加盟承認前の独特の地位は国連加盟国のそれではなかったとした。ゆ

えに、同事件の提訴時において国連加盟国ではなかったセルビア・モンテネグロが規程当事国であるわけではなく、ゆえに裁判所へのアクセスを持たないとした<sup>28)</sup>。

そして、裁判所は裁判所規程35条2項にいう「現行諸条約の特別の規定」の「現行(in force, 有効な)」は、規程発効時において有効なものを意味し、規程発効後に効力を生じたジェノサイド条約は裁判所へのアクセスの根拠を提供しないとした<sup>29)</sup>。

なお、前述したように、裁判所は、ジェノサイド条約適用事件先決的抗弁判決も同判決の再審請求判決も新ユーゴの地位について判断しなかったと述べた。さらに、1993年の仮保全措置に関する命令も、当時新ユーゴが国連加盟国(したがって規程当事国)であるか否かが不明確な状況での判断であり、また仮保全措置の申請という付随的手続における決定で、最終的な判断をしたものではないとした<sup>30)</sup>。

(e) 本判決(2007年)

(f) ジェノサイド条約適用事件(クロアチア対セルビア)先決的抗弁判決(2008年)

この判決は、武力行使の合法性事件判決の認定を踏襲して、新ユーゴが2000年11月の国連加盟承認までは国連加盟国すなわち規程当事国ではなく、裁判所へのアクセスを持たなかったと認定した。ゆえに、1999年7月のクロアチアの提訴時において裁判所は新ユーゴに対する管轄権を持たなかった。しかし、裁判所は、このことは手続的瑕疵であって事後の新ユーゴの国連加盟承認によって治癒されたと認定した<sup>31)</sup>。この問題については裁判官の間で再び意見が分かれている<sup>32)</sup>。

また、前述した新ユーゴがジェノサイド条約を承継していたか否かの問題についても、この判決で回答が示された。それによると、新ユーゴの1992年4月の宣言及び国連事務総長宛の書簡における、旧ユーゴが負っていた約束の継続の表明は、旧ユーゴが締結した条約の承継の通告であり、

通告に基づいて承継されたジェノサイド条約（旧ユーゴが1950年に留保なしに批准した）に基づき裁判所は管轄権を有するという。また、裁判所は新ユーゴが承継通告によって同条約を承継することを認定したので、自動的に承継するかどうかなどの条約承継のより一般的な問題は取り上げないとした<sup>33)</sup>。

クロアチア対セルビア事件判決で示された見解が裁判所の最終的な見解であるということが出来る。しかし、同判決のように考えるならば、武力行使の合法性事件においても、提訴時に新ユーゴが国連非加盟国かつ規程非当事国ではなく裁判所へのアクセスを持たなくとも、手続的瑕疵に過ぎず、国連加盟承認の後は治癒されたのではないかという疑問を禁じえない<sup>34)</sup>。

また、2000年の加盟承認以前において被告が国連加盟国でなかったとすると、この時期において、国連の非加盟国であった被告は、国連安保理の決定を受諾し履行する国連憲章25条の下での義務を引き受けておらず、安保理の強制措置の権限に同意していないので、強制措置を受忍する義務を負わなかったことになる（憲章以外にそれらの義務の根拠があれば別であるが）。国連の強制措置として設置された ICTY が、実行時に非加盟国であった新ユーゴの領域内で行われた犯罪に（少なくとも同国のそれに優越する）管轄権を有したのか、新ユーゴが国連加盟前において ICTY の発出する証拠提出または人の逮捕もしくは移送などの命令に従う義務を負っていたのかなどの問題が生じることになる。また、裁判所の立場は ICTY がとっている立場とも抵触する<sup>35)</sup>。本判決も、国連加盟前の被告の ICTY への協力義務の根拠を国連憲章以外のものに求めなければならなかった。

## （2）新ユーゴの国連における地位

このような裁判所の一貫しない判断の対象となったのは、旧ユーゴ崩壊から新ユーゴの国連加盟までの期間の国連における新ユーゴの不明確な地位である。以下参照する。

旧ユーゴ(ユーゴスラビア社会主義共和国連邦)の構成国であったスロベニア、クロアチア、ボスニア・ヘルツェゴビナ及びマケドニアの独立の後、残ったセルビア及びモンテネグロは、1992年4月27日に新たな憲法を制定し「ユーゴスラビア連邦共和国」を樹立した。同日付の宣言及びユーゴスラビア代表部から国連事務総長に発出された書簡において、新ユーゴは旧ユーゴの国際法人格を継続すること、国際機構における旧ユーゴの加盟国の地位を継続すること及び旧ユーゴの引き受けたあらゆる国際約束を遵守することを言明した<sup>36)</sup>。

これに対し国際社会は新ユーゴによる旧ユーゴの継続国家(continuator State)の主張を否定した<sup>37)</sup>。国連においては、まず1992年5月30日に採択された安保理決議757が、旧ユーゴの加盟国の地位を自動的に継続するとの新ユーゴの主張は一般的に受け入れられていないと述べた。その後同年9月19日に採択された安保理決議777が、前文で「以前にユーゴスラビア社会主義共和国連邦として知られた国家が存在しなくなった(has ceased to exist)とみなす」と述べ、本文で「ユーゴスラビア連邦共和国(セルビア・モンテネグロ)は国連における旧ユーゴスラビア社会主義共和国連邦の加盟国の地位(membership)を自動的に継続することはできないと考え、そしてゆえに国連総会に、ユーゴスラビア連邦共和国(セルビア・モンテネグロ)は国連において加盟を申請すべきであること及び総会の作業に参加してはならないことを決定するよう勧告」した<sup>38)</sup>。これを受けて、総会は、1992年9月22日に採択した決議47/1で、勧告された内容を決定した(ただし、総会決議には旧ユーゴが存在しなくなったとの認定はない)<sup>39)</sup>。

同年9月29日に国連法律顧問(事務次長)は、ボスニア及びクロアチアの要請に応じて前記総会決議の効果に関する書簡を発出した。その中で「決議〔総会決議47/1〕から引き出される唯一の実際効果は、ユーゴスラビア連邦共和国(セルビア・モンテネグロ)は、総会、その補助機関、並びに総会の招請する会議及び会合の作業に参加してはならないことであ

る」と述べ、「他方で機構におけるユーゴスラビアの加盟国の地位を終了も停止もしていない」（強調は原文）ことから、その結果として、総会における「ユーゴスラビア」の議席と名札は従前のままであるが、新ユーゴの代表はそこには座れないこと、国連本部における「ユーゴスラビア」の代表部は活動を継続でき文書を受領し配布できること、国連本部において以前のユーゴスラビアの国旗（事務局によって用いられていた最後のユーゴスラビアの国旗）を引き続き掲揚すること、同決議は「ユーゴスラビア」が総会以外の国連機関に参加する権利を奪っていないことを指摘した。そして、「憲章4条の下での新ユーゴスラビア（new Yugoslavia）の国連加盟の承認が決議47/1によって作り出された状況を終了させる」こと、決議47/1は国連にのみ適用され専門機関その他の機関を拘束しないことを述べた<sup>40)</sup>。

新ユーゴの経済社会理事会の作業への参加は、安保理決議821の勧告に基づき、総会決議47/229（1993年4月29日）によって禁止された<sup>41)</sup>。しかし、「ユーゴスラビア」は安保理の討議に招請されてまたは要請により参加が認められたとされ<sup>42)</sup>、また「ユーゴスラビア」に国連の分担金の割当が行われた<sup>43)</sup>。法律顧問の見解にあるように、新ユーゴは「ユーゴスラビア」の名前で国連代表部を維持し文書を配布することが認められた。このような状態は、新ユーゴが継続国家の主張を転換し、国連への新規加盟を申請して2000年11月1日に承認されたことにより終了した。

武力行使の合法性事件判決は新ユーゴの国連加盟の事実からそれ以前の独特の地位は国連加盟国の地位ではなかったと判断したが、本判決の個別意見及び反対意見の中にも、これに沿った見解を示すものがある。Ranjeva, Shi 及び Koroma 裁判官の共同反対意見は「セルビア・モンテネグロが1999年に国連の加盟国ではなかったのなら、同国が本件の請求訴状が提出された1993年3月28日においても加盟国でなかったに違いない」と述べている<sup>44)</sup>。Tomka 裁判官は、管轄権を新たに判断しなければならないとして、本件の提訴時にセルビア・モンテネグロは国連加盟国ではな



かったがゆえに、裁判所は同国に対する人的管轄権を持たなかったが、それはいわば手続上の瑕疵であって、国連加盟後は裁判所は人的管轄権を行使できるとした<sup>45)</sup>。この見解はクロアチア対セルビア事件先決的抗弁判決に採用されたように思われる。しかし、国連の加盟承認の事実から、それ以前は国連加盟国ではなかったと単純に反対解釈をしていいものかどうかは、慎重な検討が必要である。

裁判官の中には、2000年の加盟承認の前においても新ユーゴは国連加盟国の地位を有していたと考える裁判官もあった。Bennouna 裁判官は、新ユーゴの特別の状況は、新ユーゴに国連憲章4条のテスト（新規加盟の要件としての、憲章義務を受諾し、履行する能力及び意思を有する平和愛好国であること）を受けさせることを期待しつつ、その権利を削減して国連内部にとどめるといふ意思の表れであり、憲章第7章下の制裁とともに新ユーゴに国際義務を履行するよう圧力をかける手段であったという。ゆえに2000年の国連加盟は将来に向かってのみ効果を有すると述べている<sup>46)</sup>。

Al-Khasawneh 次長は、政治的な妥協の産物である安保理及び総会の決議の唯一の効果は（一種の制裁としての）総会の作業への新ユーゴの参加の禁止であって、ユーゴスラビアの加盟国の地位は終了も停止もされていないという。新ユーゴは旧ユーゴの継続国家であるとみなすべきであり、国連においてもそのように扱われてきた。2000年の国連加盟は遡及的效果を持たず、従前の加盟国の地位を放棄したに過ぎない。ゆえに「新ユーゴは1992年から2000年までは継続国家、2000年のその加盟承認の後は承継国であった」。逆に武力行使の合法性事件判決の方が誤りであるという<sup>47)</sup>。

過去の判決の中ではこれとは異なる個別意見も出されており<sup>48)</sup>、1992年から2000年までの国連における新ユーゴの地位がどういうものであったのかは、国連の政治的機関が明確な定義をしていないので不明なままである。具体的には、新ユーゴが旧ユーゴの国連加盟国の地位を「自動的に」継続しないとどういう意味なのか（旧ユーゴ諸国の合意といった一定の条件が満たされれば継続しうるとも解釈できる）、なぜ旧ユーゴの加盟国の地

位を消滅させないでおいたのか、新規加盟申請をしなければならないとされた新ユーゴが（非加盟国であれば禁止する必要がないにもかかわらず）総会及び経社理の作業への参加を禁止された（換言すれば総会及び経社理以外の作業には参加を禁止されなかった）のはどうしてなのか、一貫した説明は困難である<sup>49)</sup>。このような状況、そして新ユーゴが当初は旧ユーゴの継続国家であると表明しつつ2000年になって見解を変えたことが、裁判所の一貫しない態度の原因となっているように思われる<sup>50)</sup>。新規加盟申請が必要とされながらも国連において一定のプレゼンスを認められていた新ユーゴが、新規加盟の前は国連加盟国ではなかったと単純に認定してよかったものかどうかは疑問が残る。

## 2 ジェノサイドに対する国家の責任と国家によるジェノサイド

ジェノサイド条約は、1条でジェノサイドが個人の国際法上の犯罪であることを宣言しつつ、同時に締約国にジェノサイド犯罪を防止すること及び処罰することを義務づけている。ジェノサイドが実行された場合に国家がその責任を負うのか、また国家がどのような形式で責任を負うのか、ジェノサイド条約の性格をどのように見るか（ジェノサイドを行った個人の処罰を目的とする条約か否か）などの論点がある。

これらの点はすでに先決的抗弁判決でも議論になっていたところであった。新ユーゴは、ジェノサイド条約9条に規定する「国家の責任」は同条約5条、6条及び7条に具体化された防止及び処罰の義務の不履行によるもので、国家が行ったジェノサイド行為に対する国家の責任はジェノサイド条約の射程から除外されていると主張した。しかし、裁判所は、条約9条が「集団殺害又は第3条に列挙された他の行為のいずれかに対する国の責任」を排除しておらず、「統治者」または「公務員」によるジェノサイドの実行を想定している（条約4条）ことから、その機関の行為に対する国家の責任を排除するものではないと判示した<sup>51)</sup>。これに対して、一部の裁判官は、ジェノサイド条約はジェノサイドの実行行為者個人の刑事責任

を追及するものであって、国家の責任は条約の射程外であるとの指摘を行っていた<sup>52)</sup>。

本判決はジェノサイドに対する国家の責任について注目すべき判断を行った。その一つは、条約 1 条の防止義務は、国家がジェノサイドを実行しない義務を含んでいるというものである。ゆえに国家によるジェノサイド及び条約 3 条に列挙された行為の実行はその国家の責任を生ぜしめるといふ。裁判所は条約の目的を考慮して解釈するといういわば目的論的解釈を行ったといえる。

これに関連して、もう一つの注目すべき判断は、裁判所が「国家によるジェノサイド」の概念を認めた点である。ジェノサイド条約 2 条及び 3 条はジェノサイド及び関連する行為を個人の行為として定義しているが、判決は、国家がジェノサイド自体またはジェノサイドの共同謀議、教唆もしくは共犯を行いうることを示した。ただし、国家によるジェノサイドの概念の導入が国家の刑事責任を認めるものではないことを強調している。

裁判官の中には、このような判示に対して反対する見解も少なからず存在した。ジェノサイド条約に規定されていない義務を推論によって読み込むという解釈方法への批判、ジェノサイド条約は個人の刑事責任の追及を目的とした条約である、国家によるジェノサイドの実行を認めることは国家の刑事責任を認めることになるといった批判である。

例えば、Shi 及び Koroma 裁判官の共同宣言は、裁判所のとった解釈はジェノサイド条約の趣旨及び目的、文言並びに締結時の意図に合致しないという。条約は個人に刑事責任を課すことを意図したもので、国家に刑事責任を課すものではない。当時及び現行の国際法も国家の刑事責任の概念を認めていない。条約 1 条が国家に課している義務の具体的内容は条約 4 条から 8 条までに規定されているのであって、国内立法、引渡、刑事裁判及び処罰に関してのみ国家の責任が問われうるに過ぎない。条約 6 条の規定は、国家に代わって行為する者のジェノサイド行為が国家に帰属することを避けるための規定である。起草過程においても、国家にジェノサイド

の実行の責任を直接負わせる提案は否定された。そのような重要な義務が意図されていたならば、明示的に規定されたはずであり、推論によって導入することは恣意的な解釈であって裁判所の機能を越えているという<sup>53)</sup>。

Tomka 裁判官も、ジェノサイド条約は国際刑事法の文書であり、ジェノサイドを個人の行う犯罪として規定しているという。条約の準備作業もそのことを支持している。条約 4 条はジェノサイドを実行した個人が国家行為の抗弁を提起することを認めない趣旨である。条約 9 条は裁判条項であって実体的義務を創設するものではない。条約を起草した国連総会第 6 委員会での審議では、国家にジェノサイドの（刑事）責任を負わせる提案は否定された。多数意見の解釈は受け入れられない。国家間の訴訟を裁定する機関である国際司法裁判所は刑事裁判権を持たない。その手続は刑事裁判の要請に合致するように作られていないし、証拠規則を持っておらず、上訴が認められていないと述べている<sup>54)</sup>。

国家によるジェノサイドの実行が条約に違反することを認めるものの、国家がジェノサイド犯罪を実行することが禁止されているのではなく、一般国際法上の国家責任の帰属の原則によって国家に帰属する者の実行したジェノサイドに対して、国家は責任を負うという見解も主張された。

小和田裁判官は、ジェノサイド条約の規定の文言、趣旨及び目的並びに準備作業のいずれからも、条約はジェノサイドを個人の国際法上の犯罪として扱い、個人の刑事責任を問うことを目的にしたもので、国家に直接責任を課すことを目的にしたものではないと述べ、また条約は国家の犯罪という概念を認めたわけではないとする。同裁判官によれば、国家の責任は、ジェノサイド条約の射程の範囲外の問題である。すなわち、国家の機関としての資格で行為する個人によりジェノサイドが行われた場合に、一般国際法の国家責任の原則によって、被害を受けた者の国籍国が加害国に救済を請求する権利が認められる。条約 9 条に追加された「集団殺害又は第 3 条に列挙された他の行為のいずれかに対する国の責任」という文言は国家の刑事責任を意図したのではなく、国際司法裁判所の管轄権を一般国際

法上の国家責任の問題に拡張したものだといふ<sup>55)</sup>。

学説に移ると、Gaeta は、ジェノサイド条約が国家にもジェノサイドを実行しない義務を課しているとする裁判所の見解を次のように批判している。ジェノサイド条約は Nuremberg 裁判の伝統に従うもので、個人が犯罪を犯すことを想定し、ジェノサイドを個人が行うものとして定義している。国家がジェノサイド犯罪を実行し刑事責任に問われることを想定していない。公務員がジェノサイドを実行した場合、国家が責任を負うのではなく、当該公務員が刑事責任を負うに過ぎない。国家がジェノサイドの組織的パターンを組織し容認または黙認した場合にのみ補完的に国家が責任を負うという。

さらに Gaeta は、ジェノサイドを防止する義務はジェノサイドの実行をしない義務とは異なる義務で、前者から後者が生じるわけではないと主張する。防止する義務は「行為の義務」(注意義務)であって、ジェノサイドの実行またはその危険を知りつつまたは知るべきであったのに行動しなかったならば責任を負うのに対し、ジェノサイドの実行をしない義務は「結果の義務」であり、性質が異なるという。「結果の義務」であれば、個人の行為が国に帰属すれば当該国の責任となる。国連の平和維持活動に参加した兵士が派遣された地域でジェノサイドを実行したからといって、所属国が責任を負うのはばかげているという。

Gaeta によれば、ジェノサイドの実行をしない国家の義務はジェノサイド条約にではなく、国際慣習法上の(なおかつユス・コーゲンスである)義務に由来するという。慣習法上のジェノサイドは、広範または組織的行為として、あるいは政府の計画または政策を追求して行われる組織的攻撃として定義されているが、この定義は ICTY の判決では採用されていない。ジェノサイド条約とジェノサイドの実行を禁止する慣習法上の規則は、同じ価値を保護することを目的にしているが内容が異なると述べている<sup>56)</sup>。

ジェノサイドに対する国家の責任については、Milanović が詳細に論じている。それによると、単一のジェノサイド行為に対して個人の刑事責任

と条約違反による締約国の国家責任の両者が競合的に成立するという。前者は処罰、抑止及び防止を目的とし、後者は救済及び賠償を行うことを目的とする点で異なる。そして、後者の責任には、国家責任の特別のレジームである「一般国際法上の強行規範の下で生じる義務の重大な違反」に対する加重された責任（国家責任条文40条及び41条）が適用される。国際責任のメカニズムはジェノサイドが自国民に対する場合や違反国の領域内で行われる場合は有用ではない。ジェノサイド条約の義務の受益者は個人であるが、義務は国家間に妥当するもので、直接被害を受けていない国も援用することができる。ただし、違法行為の中止と特定履行しか請求することができないという。

なお、Milanovićによると、ジェノサイドの特別の意図は、ジェノサイドを実行した個人について証明する必要があり、その行為が国家に帰属する個人が特別の意図を有する場合は、国家がジェノサイドの実行に対して直接責任を負うという。ジェノサイドに対する国家責任として、直接の実行、防止義務または処罰義務の違反、ジェノサイドの共犯による責任があるという<sup>57)</sup>。

この問題については次のように考えられる。

第一に、条約が国にジェノサイドの実行をしない義務を創設しているか否かである。ジェノサイド条約1条により国家はジェノサイドを防止することを義務づけられているので、国家の機関その他帰属する者がジェノサイドを行えば、帰属の規則に基づいて国家がジェノサイドを実行したことになり、防止を怠ったものとして条約1条違反の国家責任を負うであろう。個人によるジェノサイドを防止する義務が性質上注意義務であるからといって、国家自身が積極的に実行することが義務の射程外であると解すべきではない。ただし、本判決が国家によるジェノサイドの実行の禁止という、明示的に規定されていない義務を独自の義務として創設したことは不必要であったように思われる。

第二に、条約9条の「集団殺害又は第3条に列挙された他の行為のいず

れかに対する国の責任」から、国家がジェノサイドまたは3条に列挙した行為を実行することを条約が想定していたと解釈することは妥当ではないように思われる。裁判条項である9条は実質的義務を創設しないことに加えて、ジェノサイド及び3条に列挙された諸行為は自然人によって行われるもので、国家がそれを実行すると考えるのは適当ではない。抽象的実体であり組織体である国家が、心理的要素であるジェノサイドの特別の意図を有していると観念することはきわめて困難である<sup>58)</sup>。

本判決も、自然人の実行したジェノサイド行為が新ユーゴに帰属すればジェノサイド実行避止義務に違反するとして、国家としての新ユーゴがジェノサイドの特別の意図を持つことを求めている。「国家によるジェノサイドの実行」という語を用いることができるとしても、その行為が国家に帰属する者が特別の意図を併ってジェノサイドを実行した場合をいうべきで、国家が一個の人格としてジェノサイドを実行することを観念する必要はない<sup>59)</sup>。同じことは、後述するように、3条に列挙された他の行為についてもいえる。ジェノサイドの「共犯」や「共同謀議」を国家が実行したと考えることも、国家の「共犯」や「共同謀議」の主観的要素(mens rea)の特定という困難な問題を生じる。9条で想定された国家の責任も、国に帰属する者によるジェノサイドの共犯などの実行に対する責任と考えるべきである。

第三に、ジェノサイドによる国家の責任の内容である。ジェノサイドが実行された場合に、伝統的な狭い意味での国家責任を国が追及できるのは、ジェノサイドの被害者が当該国の国民である場合(外交的保護)に限られる。それはジェノサイドとして想定される状況としては例外的なものと思われる。この場合において、国際違法行為の結果は、ジェノサイドを実行した国による被害者の国籍国への金銭賠償になる。

他方、ジェノサイドが実行される場合、その対象はその国の国民であることが多いと考えられる。この場合、ジェノサイド条約1条の防止義務(状況に応じて処罰義務その他の義務)の違反による責任が生じる。本件

先決的抗弁判決がジェノサイド条約の確立した権利義務は対世的な権利義務であると判示した<sup>60)</sup>ことからいって、条約の他の締約国が（自国が何ら物理的損害を被っていないくても）他国の義務の遵守に法的利益を有し、この種の責任を追及でき、「集団殺害又は第3条に列挙された他の行為のいずれかに対する国の責任」として訴訟を提起することができると思われる。国家責任条文48条2項も、直接の被害国以外に責任を追及する法的利益を認めていると考えられる<sup>61)</sup>。ただし、本判決で裁判所は、ボスニアの提起したボスニア国外でのジェノサイドの主張に関して、関連規範の対世的性格並びに原告適格の問題があると指摘したものの、それらの問題について裁判所の立場を明らかにしなかった<sup>62)</sup>。

当該義務違反の結果に対する責任の内容として、責任を追及する国は金銭賠償を得ることはできない。金銭賠償は性質上当該国が有形的（物理的）損害を被っていることを条件とするからである。当該国際違法行為が継続している限りは、違法行為の中止としての（違反された）義務の特定履行を要求することができる。国家責任条文48条2項も、国際社会全体に対する義務の違反の結果として、「被害国以外のいかなる国」が違法行為の中止及び再発防止の保障を違法行為国に請求することを認めている。違法行為が終了している場合にはサティスファクションの適用をみることになると思われる。

これらの責任とは別に（いわばそれと並行して）、ジェノサイドを実行した国家は、いわゆる強行規範の重大な違反に対する責任の枠組の中で責任を追及されることになるように思われる。この枠組は国家責任条文40条及び41条に規定されているが、慣習法を反映したものであるかは別途検討が必要である。そして、ジェノサイドの禁止が強行規範に該当することは裁判所も認めている<sup>63)</sup>。ただし、当該枠組の適用の条件が国家責任法の帰属の適用で十分なのか、それとも、Gaetaの主張するように、単に行為が帰属することに加えて国家によるジェノサイドの組織、容認または黙認まで必要なのかはここでは結論することはできない<sup>64)</sup>。



いずれにせよこの種の責任は、かつて国家責任条文の第1読草案19条において「国家の国際犯罪」と呼ばれたものであるが、性質上国家の刑事責任の概念を導入するものではない<sup>65)</sup>。強行規範から生じる義務の重大な違反の結果は必ずしもその内容が明確になっているとはいえず、国家責任条文の規定がどこまで慣習法の内容を反映しているかも不明確である<sup>66)</sup>。条文48条2項は違反国に義務の受益者に対する賠償の義務を負わせており、さらに41条は、重大な違反の結果として、すべての国に当該ジェノサイドを適法なものとして承認しない義務などを負わせている<sup>67)</sup>。

ゆえに、国家がジェノサイドの「実行」に対して負う責任は国家責任法の枠組の中で扱われる(国内法の民事責任に類似した)国家間の責任であって、国家のいわば刑事責任を認めるものではない。ジェノサイド条約もそのような責任を認めていないと解される。個人の国際刑事責任に関する概念を国家のジェノサイド実行の責任に適用することは妥当ではないし、同一の行為が両方の責任を発生させるとしても、責任の峻別を厳格に行うべきであろう。

註

- 1) Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Judgment (26 February 2007) (hereinafter Judgment).
- 2) Skotnikov 裁判官は、裁判所は「並行現実 (parallel realities)」を作り出したと批判している。Skotnikov 裁判官宣言。
- 3) 本判決を含めて、既判力を詳細に考察したものとして、玉田大「国際裁判における既判力原則」国際法外交雑誌106巻4号(2008年)20頁。同論文は、既判力原則の適用によって判決の正しさが確保されるわけではないことを指摘している。
- 4) Tomka 裁判官個別意見, para. 23.
- 5) 玉田・前掲論文29頁。また、杉原高嶺『国際司法裁判制度』(有斐閣, 1996年)348頁参照。
- 6) Ranjeva, Shi 及び Koroma 裁判官共同反対意見, paras. 4-5.
- 7) Tomka 裁判官個別意見, paras. 11-13.
- 8) S. Wittich, Permissible Derogation from Mandatory Rules? The Problem of Party Status in the Genocide Case, *European Journal of International Law* (hereinafter *EJIL*), vol. 18 (2007), pp. 601-604.
- 9) 共同反対意見, para. 7; Tomka 裁判官個別意見, paras. 16-17. Tomka 裁判官は、む

しる先決的抗弁判決における裁判所の態度は、新ユーゴの地位について国連安保理及び総会がとるかもしれない立場の先取りをしないようにしていたのだという。

- 10) この点について、国際司法裁判所判例研究会（酒井啓巨執筆）「ジェノサイド条約適用事件 先決的抗弁」国際法外交雑誌98巻3号（1999年）93-94頁参照。
- 11) Tomka 裁判官個別意見，para. 21.
- 12) Wittich, *op. cit.*, pp. 605-606.
- 13) *ICJ Reports 2004*, pp. 309 and 311-314, paras. 74 and 80-90.
- 14) 共同反対意見，para. 7; Tomka 裁判官個別意見，para. 20.
- 15) *ICJ Reports 2004*, pp. 295 and 298-299, paras. 36 and 46. なお、アクセスの問題の位置づけについて、クロアチア対セルビアのジェノサイド条約適用事件先決的抗弁判決（2008年）は、規程35条の条件をみたしているか否かの問題は、人的管轄権の問題でもあり管轄権に対する前提条件でもあり、どちらであるかは裁定する必要がないとした。条件がみたされなければ裁判所は管轄権を持たないことになるので、この問題に関する抗弁は管轄権に対する抗弁として扱われるという。ただし、アクセスの問題を裁定しなければ管轄権を裁定できないとして、先に前者を検討した。Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment (18 November 2008) (hereinafter Croatia v. Serbia case), paras. 66-67.
- 16) 共同反対意見，paras. 10, 14 and 17.
- 17) Tomka 裁判官個別意見，paras. 24 and 26.
- 18) Wittich は、このような「権限」の裁定が義務的であるのは、裁判所が訴訟当事国の合意にかかわらず規程から逸脱できないことによるものであり、そのことの直接の根拠として条約法条約41条 1項(b)(ii)（条約の趣旨及び目的と両立しない多数国間条約の一部の当事国による修正の禁止）に、理論的な根拠を規程が国際組織の設立文書であること、民事手続法が公法的性質を持つこと、及び裁判所の司法機能遂行の必要性に求めている。Wittich, *op. cit.*, pp. 610-614.
- 19) 国際司法裁判所判例研究会・前掲論文92-93頁参照。
- 20) Croatia v. Serbia case, para. 94. なお、新ユーゴは同日国連事務総長が寄託者となっている多くの多数国間条約を承継する旨の宣言を事務総長に寄託した。*Ibid.*, para. 116.
- 21) *ICJ Reports 1996*, p. 610, para. 17. 先決的抗弁判決では新ユーゴの継続国家の主張ゆえに条約の承継の問題は争点とされなかったと指摘するものとして、M.C.R. Craven, The Genocide Case, the Law of Treaties and State Succession, *British Yearbook of International Law*, 1997, p. 139. Craven は、同判決がボスニアのジェノサイド条約の承継については、条約寄託者である国連事務総長の実行に依拠しながら、新ユーゴに関しては寄託者の実行（新ユーゴを旧ユーゴの継続国家とみなし、条約締約国として記録していた）を度外視したことを指摘している。また、新ユーゴのジェノサイド条約の承継の問題に関しては、V.-D. Degan, La succession d'Etats en matière de traités et les Etats nouveaux (issus de l'ex-Yougoslavie), *Annuaire française de droit international*, 1996, p. 206.
- 22) 杉原高嶺「国際司法裁判所における jura novit curia 原則 近年の裁判例を顧みて

」国際法外交雑誌109巻3号(2010年)12頁も参照。

- 23) *ICJ Reports 1993*, pp. 12-16, paras. 15-26.
- 24) *ICJ Reports 1996*, pp. 610-614, paras. 17-26. また、裁判所の時間的管轄権に関しては、ジェノサイド条約は時間的管轄権を制限する目的または効果を持たず、条約に対してまたは Dayton-Paris 協定締結の際に当事国がその旨の留保を付しているわけでもないので、両国間の紛争開始以来の事態に管轄権を有するとした。
- 25) 判決は、総会決議 47/1 は新ユーゴの提訴する権利に影響するものではなく、同決議の効果は総会への参加や経社理への参加などケース・バイ・ケースに決定されてきたことも指摘している。
- 26) *ICJ Reports 2003*, pp. 30-32, paras. 65-73.
- 27) ただし、米国とスペインに対する提訴は仮保全措置の段階で管轄権の根拠が存在しないことから総件名簿から削除された。*ICJ Reports 1999*, pp. 761 and 916.
- 28) *Serbia and Montenegro v. Belgium case, ICJ Reports 2004*, pp. 298-315, paras. 45-91. 管轄権否定の結論については全員一致であったが、Ranjeva 次長、並びに Guillaume, Higgins, Kooijmans, Al-Khasawneh, Buergerthal 及び Elaraby 裁判官の共同宣言は、判決の理由付けに反対して次のように論じている。すなわち、管轄権を否定する根拠が複数ある場合は、過去の判決との一貫性の確保、法的確実性及び係属中の他の事件への含意という基準に従って根拠を選択すべきである。同事件の仮保全措置の申請に関する命令(1999年)は新ユーゴの選択条項受諾宣言の署名がユーゴ空爆の開始後であるという時間的管轄権の一応の不存在、及び空爆がジェノサイドの意図を欠いているという事項的管轄権の一応の不存在という根拠により措置の申請を却下したのであり、判決はこの立場と整合しない。前記の命令及びボスニア対新ユーゴのジェノサイド条約適用事件の仮保全措置の申請に関する命令(1993年4月)も、新ユーゴの国連加盟国すなわち規程当事国の地位の有無の問題を裁定することを回避し、2003年の再審請求判決は、新ユーゴの国連加盟承認はそれまでの新ユーゴの独特の地位に影響しないと述べたのであり、判決の解釈はこれらと両立しない。また、判決は新ユーゴの国連加盟承認によってそれ以前の独特の地位は国連加盟国のそれではないことが明らかになったというが、この理由付けは自明ではなく法的確実性を欠く。最後に、判決の立場は、新ユーゴが1992年から2000年までの間ジェノサイド条約の当事国であったかどうかに関して疑義を生ぜしめ、ボスニア対新ユーゴの事件において裁判所がとってきた解決を問題にすることから、司法機能の適切な役割を果たしているとはいえないと述べている。*Ibid.*, p. 330, para. 1. また参照、Kooijmans 裁判官個別意見, *Ibid.*, p. 343, para. 1.
- 29) 同判決によると、「現行諸条約の特別の規定」は規程の発効時において有効であるもの、及び訴訟の提訴時において有効であるものの二つの解釈がありうるが、35条2項の趣旨及び目的は規程非当事国の裁判所へのアクセスを規制することにあり、単に規程の発効後に特別の条約を締結して将来の裁判所へのアクセスを可能にすることは、この趣旨及び目的に合致しない。この結論は、現規程の前身である常設国際司法裁判所規程の起草作業において、「現行諸条約」として当時すでに有効であった第一次大戦後の平和条約が念頭に置かれていたことから裏付けられるという。*Ibid.*, pp. 315-324, paras. 92-114.

- 30) *Ibid.*, pp. 317-318, paras. 98-99.
- 31) Croatia v. Serbia case, paras. 74-85. この判断は、本件先決的抗弁判決と同様に、先例に従って、管轄権の条件の充足後に原告に新たな提訴を求めるのは司法の運営の利益にならないことを理由としている。なお、この点につき、玉田大「国際司法裁判所における瑕疵治愈原則」『法学と政治学の新たな展開 岡山大学創立60周年記念論文集』（有斐閣、2010年）275頁参照。
- 32) すなわち、Ranjeva, Shi, Koroma 及び Parra-Aranguren 裁判官の共同宣言は、管轄権は提訴時点において評価されなければならないと、判決は武力行使の合法性事件判決と一貫しないと批判した。小和田裁判官反対意見は、武力行使の合法性事件判決の明確な認定を尊重すべきであり、先決的抗弁判決の既判力に従って新ユーゴのアクセスを認定した本判決とは区別されなければならないとした。ほかに Skotnikov 裁判官が反対意見を付している。Al-Khasawneh 次長は、新ユーゴは旧ユーゴの継続国家であり武力行使の合法性事件判決が誤りであったと再説した。Abraham 裁判官は、規程の解釈として35条1項及び2項の条件は原告にのみ適用され、被告の場合は裁判条項の受諾のみで管轄権が肯定されるとして、当該事件及び本件を武力行使の合法性事件判決から区別した。
- 33) Croatia v. Serbia case, paras. 104-117. なお、同判決の詳細な検討として、玉田大「判例研究 国際司法裁判所 ジェノサイド条約適用事件（先決的抗弁判決 2008年11月18日）」岡山大学法学会雑誌58巻4号（2009年）529頁。
- 34) 裁判所は、武力行使の合法性事件では、新ユーゴが2001年3月にジェノサイド条約への「加入」を行いそれ以前は同条約に拘束されなかったと主張したことから、事後に新たな提訴を行う意図はなかったと述べて、本事件とは事案を区別した。Croatia v. Serbia case, para. 89.
- 35) ICTY 第一審裁判部の Milutinović 事件管轄権決定（2003年）では、被告人の一人が、ICTY 設立時及び起訴された行為の実行時において新ユーゴは国連非加盟国であったがゆえに、ICTY はその領域内で行われた犯罪に管轄権を持たないと主張した。裁判部は、国連法律顧問の見解に同意するとして、国連総会決議 47/1 が新ユーゴから加盟国の地位を奪うものではないと述べ、一定の目的で新ユーゴが加盟国として扱われていることを支持する事実（総会の議席や代表部の維持など）に留意した。ゆえに、新ユーゴは憲章第7章下の安保理の権限に従うのに十分な加盟国の特徴を有していると結論づけた。また、再審請求判決に依拠して、2000年の新ユーゴの国連加盟は前記の結論に影響するものではないと判示した。他方で、もし新ユーゴが国連加盟国でなかったとしても、安保理の憲章第7章下の権限は「制度的実効性の原則」により非加盟国にも及ぶとした（被告人は普遍主義管轄権を否定する主張もしていたが、裁判部は取り扱わなかった）。Prosecutor v. Milutinović *et al.* (Decision on Motion Challenging Jurisdiction), Case No. IT-99-37-PT, para. 39. 同決定に対する上訴は却下されたが、上訴裁判部はこの問題を検討していない。Prosecutor v. Milutinović *et al.* (Decisions Dismissing Interlocutory Appeal Concerning Jurisdiction over the Territory of Kosovo), Case No. IT-99-37-AR72.2 (2004). なお、玉田大「判例研究 国際司法裁判所 武力行使の合法性事件（先決的抗弁判決 2004年12月15日）」岡山大学法学会雑誌55巻1号（2005年）214頁参照。

- 36) UN Doc. A/46/915 (1992), Annex I and II.
- 37) 例えば、ユーゴスラビア国際平和会議仲裁委員会の見解第8号(1992年), *International Law Reports*, vol. 92, pp. 201-202, para. 3.
- 38) 表決は賛成12, 反対なし, 棄権3(中国, インド, ジンバブエ)であった。同決議は「総会第47会期の主要部分の終了の前に再びこの事項を検討することを決定する」としていた。米国の提示した決議案は、旧ユーゴが消滅しゆえに加盟国の地位も消滅するというものであったが、ロシアの支持を得るため修正された。安保理での審議において、米国は、旧ユーゴ諸国間に旧ユーゴの加盟国の地位について合意がないため新ユーゴの継続国家の主張は認められず、旧ユーゴは消滅し加盟国の地位も消滅したので、新ユーゴは非加盟国であるから総会の作業に参加できないことを同決議は意味すると主張した(オーストリア、ハンガリーも同様の主張を行った)。ロシアは、新ユーゴが新規加盟を申請しなければならぬことは認めるが、新ユーゴから国連加盟国の地位を奪う案には同意できなかったと説明し、決議は新ユーゴの総会以外の機関(特に安保理)への参加、代表部の維持及び総会での議席の保持を否定しておらず、新ユーゴの国連からの追放を意味するものではないとの見解をとった。中国もロシアと同じ見解を表明し、決議は「移行措置(transitory arrangements)」であると指摘した。フランスは、総会からの排除であれば、新ユーゴの代表の国連でのプレゼンスを維持することになり、新ユーゴとの対話の継続に支障とならないと述べた。英国は、同決議が定める新ユーゴの総会の作業への参加の禁止は新ユーゴの代表が旧ユーゴの議席に座ることができないことを意味すること、新規加盟の必要がある点で新ユーゴは他の旧ユーゴ諸国と同じ立場に置かれること、同決議は新ユーゴの旧ユーゴの継続国家という不当な主張に対するもので、懲罰的な措置ではないことを表明した。インド及びジンバブエは同決議が国連憲章の規定、特に5条及び6条に合致しないと主張した。M.P. Scharf, *Musical Chairs: The Dissolution of States and Membership in the United Nations*, *Cornell International Law Journal*, vol. 28 (1995), p. 52; K. Bühler, *State Succession and Membership in International Organizations: Legal Theories Versus Political Pragmatism* (2001), pp. 187-203.
- 39) 表決は賛成127, 反対6, 棄権26であった。総会での審議において、同決議を提案した国の多くは、旧ユーゴは存在しないものになりその結果として加盟国の地位も終了すると考えていたものの、それに同意しない加盟国も数多く存在し、一部の加盟国は新ユーゴが国連加盟国であることを前提にこの決議を一種の制裁とみなしたほか、旧ユーゴ諸国間に旧ユーゴの加盟国の地位についての合意が存在していないことを指摘する加盟国もあった。Bühler, *op.cit.*, pp. 195-199. また、関連決議の詳細については、山田哲也「ユーゴスラヴィアの国際連合における地位について」法政研究67巻2号(2000年)459頁参照。
- 40) UN Doc. A/47/485 (1992). 1996年に国連法務部条約局が作成した「多数国間条約寄託者としての国連事務総長の実行の要約」(UN Doc. ST/LEG/8)では、新ユーゴは国家の分離の場合の条約承継における先行国(旧ユーゴ)の地位にあり、総会決議47/1は国連の枠内及び憲章の文脈におけるもので、前記の地位に影響しないとした。が、その後加盟国の異議を受けてこの記述は削除された。*ICJ Reports 2003*, pp. 18-20, paras. 38-39.

なお、専門機関の大半は、国連総会の決定にならって、新ユーゴは旧ユーゴの加盟国の

地位を自動的に継続せず新規加盟を申請すべきであるとし、機構の活動の一部または全部への新ユーゴの参加を禁止する決定を行った（国連教育科学文化機関は、新ユーゴの参加を禁止しつつ加盟国としての旧ユーゴの名称を「ユーゴスラビア連邦共和国」に変更したほか、万国郵便連合の事務局は新ユーゴが継続国家であるとして加盟国として扱った）。他方で、世界気象機関は新ユーゴが旧ユーゴの加盟国の地位を継続することを認めた。国際通貨基金と世界銀行グループは、旧ユーゴの消滅と加盟国の地位の終了を決定し、新ユーゴを含む旧ユーゴ5カ国による当該地位の承継を決定した。さらに国際原子力機関では、事務局長は（総会及び理事会への参加を禁止された）新ユーゴを旧ユーゴが加盟した時点からの加盟国並びに旧ユーゴの受諾時からの核不拡散条約及び保障措置協定の当事国として扱い、他の旧ユーゴ諸国の抗議にかかわらずその立場を維持した。Craven, *op. cit.*, p. 132; Bühler, *op. cit.*, pp. 203-213.

自由権規約について、自由権規約の締約国の会合は第18回（1994年）及び第19回（1995年）の会合から新ユーゴを排除する決定を行った（UN Doc. CCPR/SP/SR. 18 and CCPR/SP/SR. 19）。EU 諸国及び北欧諸国は、当該決定は規約に対する新ユーゴの地位を予断するものではなく、同国は引き続き規約の義務に拘束されるとの意見を表明した。ICJ Reports 2003 p. 18, para. 36. 新ユーゴは、会合への参加の権利が否定されたことを理由に、自由権規約委員会に対する第4回政府報告の提出を拒否した。委員長は、委員会がすでに採択した決定及び所見を想起して新ユーゴに再考を促す書簡を送付した。UN Doc. A/50/40 (1995), p. 13, paras. 53-54 and p. 139, Annex VIII. この点に関して、M. T. Kamminga, *State Succession in Respect of Human Rights Treaties*, *EJIL*, vol. 7 (1996), pp. 476-478. 委員長が想起した委員会の決定とは、1992年10月に採択された委員会の決定で、「旧ユーゴ領域内のすべての人が規約の保障を受ける権利を有することに留意して」規約40条1項(b)に基づく報告書の提出を新ユーゴに要請したものである。UN Doc. A/48/10 (1993), p. 213, Annex VII. また、所見とは、決定を受けて提出された新ユーゴの報告書に対する委員会の所見で、委員会が「当該政府による報告書の提出及び代表の存在を、ユーゴスラビア連邦共和国が旧ユーゴスラビア社会主義共和国連邦によって引き受けられた市民的及び政治的権利に関する国際規約の下での義務をその領域に関して承継したことの確認とみなした」と述べた。*Ibid.*, pp. 86-87, para. 384. この点について、森川俊孝「国家の継続性と国家承継 東欧の連邦国家の解体と条約の承継」横浜国際経済法学4巻2号（1996年）201頁参照。

- 41) さらに、国連総会決議 48/88（1993年12月20日採択）は、本文19項において「1992年9月22日の決議 47/1 を再確認し、そして加盟国及び事務局に、同決議の精神を実施するにあたり、セルビア・モンテネグロの事実上活動する地位（*de facto working status*）を終わらせるよう勧め（*urges*）」たが、国連事務局の1993年1月7日付の事務総長宛報告書は、「事実上活動する地位」が総会により定義されておらず、権限ある機関の適切な決定がないので同決議を実施することはできないとの立場を表明した。UN Doc. A/48/847, para. 16. Cf. Y.Z. Blum, *Was Yugoslavia a Member of the United Nations in the Years 1992-2000?*, *American Journal of International Law* (hereinafter *AJIL*), vol. 101 (2007), p. 802, n. 8.

42) Benouna 裁判官宣言。

43) 詳細は *ICJ Reports 2003*, pp. 22-23, paras. 45-47.

国連総会決議 49/19B (1994年) は、「ユーゴスラビア」の1995年、1996年及び1997年の分担率をそれぞれ0.11%、0.1025%及び0.1%と定め、決議 52/215 (1998年) は、1998年、1999年及び2000年の「ユーゴスラビア」の分担率をそれぞれ0.06%、0.034%及び0.026%と決定した。なお、1991年12月、すなわちスロベニア、ボスニア及びクロアチアの国連加盟(1992年5月)の前に採択された決議 46/221A は、旧ユーゴの1992年から1994年までの各年の分担率を0.42%と決定していた。旧ユーゴから独立した加盟国の分担金に関して、1992年12月の総会の決定 47/456 は新規加盟国の分担率に関する分担金委員会の勧告を採択した。当該勧告は、ボスニア(0.04%)、クロアチア(0.13%)及びスロベニア(0.09%)の分担率を勧告し、それらの分担率をユーゴスラビアの分担率から差し引くことを勧告していた。UN Doc. A/47/11, para. 64. 総会決議 48/223A (1993年) は、マケドニアの1993年の分担率を決定した上で、当該分担率を1994年のユーゴスラビアの分担率から差し引くことを決定した。

なお、このように分担金を割り当てられながら、新ユーゴの国連加盟後、未払いのまま残ったユーゴの分担金(約1600万米ドル)の扱いが問題となった。事務総長は2001年12月の総会議長宛書簡で、旧ユーゴからの徴収は不可能であるので償却すること、または旧ユーゴ諸国に支払いを求めることを提案した。UN Doc. A/56/767. 総会決議 57/4B (2002年)、58/1B (2003年)及び59/1B (2004年)はこの問題の検討を先送りした。

44) 共同反対意見, para. 13.

45) Tomka 裁判官個別意見, paras. 24-36.

46) Benouna 裁判官宣言。

47) Al-Khasawneh 次長反対意見, paras. 4-12. 同反対意見によれば、旧ユーゴが国連の原加盟国である事実が想起されるべきであり、また新ユーゴと旧ユーゴの首都の同一性やセルビア・モンテネグロが旧ユーゴの中核であった事実、国連の実行(インドからのパキスタンの独立やソ連の崩壊など)、総会の第46会期(新ユーゴの総会への作業への参加を禁止した決議 47/1が採択される前)において旧ユーゴの分裂にかかわらず旧ユーゴの加盟国の地位が維持された事実が考慮されるべきであるという。また、武力行使の合法性事件判決の Elaraby 裁判官個別意見参照, *ICJ Reports 2004*, pp. 353-358 paras. 1-13.

48) 再審請求判決において Rezek 裁判官は、2000年に国連に加盟したユーゴスラビアは、1996年の先決的抗弁判決で裁判所が管轄権を行使した旧ユーゴの一部をなす実体とは異なる実体であり、適切な時期に被告の不存在による紛争の不存在を検討すべきであるとの見解を表明した。Rezek 裁判官宣言, *ICJ Reports 2003*, p. 51, para. 6.

49) 新ユーゴが旧ユーゴの加盟国の地位を継続したと考えることも、決議が明示的にそれを否定し新ユーゴに加盟申請を義務づけていることと整合しない。

Blum は、新ユーゴは旧ユーゴの継続国家であり、国連の先例からみても旧ユーゴの加盟国の地位を承継し、決議 47/1 は新ユーゴの権利を停止する効果を持つに過ぎないとした。Y. Z. Blum, UN Membership or the "New" Yugoslavia: Continuity or Break?, *AJIL*, vol. 86 (1992), pp. 830-833. その後の Blum の論文では、新ユーゴは1992年から2000年ま

で国連加盟国の地位にあり、総会への参加を禁止し新規加盟を強制する総会決議 47/1 などは法的妥当性を持たないと主張する。そして本件の扱いについては再審請求判決の Rezek 裁判官の見解に同意している。Blum, Was Yugoslavia a Member, pp. 811-818. 1992年の Blum のコメントに対し、旧ユーゴは消滅しその国連の加盟国の地位も消滅したのであって、新ユーゴは、国連によりオブザーバーのような形で (Bring の見解) または特殊な加盟国 (*sui generis membership*) として (Malone の見解) その存在を認められているとの反論が寄せられた。Letters by V.-D. Degan, O. E. Bring and M. K. Malone, in Correspondents' Agora: UN Membership of the Former Yugoslavia, AJIL, vol. 87 (1993), pp. 240, 244 and 246.

Bühler は、一連の決議は、政治的妥協の産物 (旧ユーゴの消滅について加盟国間に合意がない) 及び実際の解決 (新ユーゴを国連内にとどめておく) を志向したものであり、整合的に説明することは困難であるとして、実態、特に国連法律顧問の見解が加盟国に一般に受け入れられている事実に即して説明されなければならないという。その上で、国連の実行は、(1) 「ユーゴスラビア」(旧ユーゴ) の加盟国の地位の継続を認めた、(2) 新ユーゴは非加盟国でありユーゴスラビアの加盟国の地位を自動的にには継続できないものの、限定された範囲で新ユーゴの代表が「ユーゴスラビア」を代表すること及び国連内において限定された権利 (総会と経社理以外の機関への参加の権利) を持つことを認めた、(3) 新ユーゴが完全な参加の権利を獲得するためには新規加盟を申請しなければならないとしたと指摘している。Bühler, *op. cit.*, pp. 248-273. ほかにこの問題に関するものとして、R. Mullerson, The Continuity and Succession of States by Reference to the Former USSR and Yugoslavia, *International and Comparative Law Quarterly* (hereinafter *ICLQ*), vol. 42 (1993), p. 473; D. O. Lloyd, Succession, Secession and State Membership in the United Nations, *Journal of International Law and Politics*, vol. 26 (1994), p. 761; T. Treves, The Expansion of the World Community and Membership of the United Nations, *Finch Yearbook of International Law*, vol. 6 (1995), p. 248; M. C. Wood, Participation of Former Yugoslav States in the United Nations and in Multilateral Treaties, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 1 (1997), p. 231.

また、山田・前掲論文484頁は、「ユーゴスラビア」は引き続き国連加盟国であり、国連の一連の諸決議による措置はいわゆる黙示的権能に基づく「代表権の否認」または「権利の停止」であるとしている。ほかに邦語文献でこの問題を扱ったものとして、中村義博「ユーゴスラヴィア問題の法的側面について」外務省調査月報1994年2号21頁、森川・前掲論文171頁。

- 50) 本判決は、国連のとったアプローチの非一貫性を強調し、新ユーゴの地位が1999年においては2004年ほど明確ではなかったと述べて、一貫しない結論を正当化しようとしているようにも見受けられるが、再審請求判決が2000年の新ユーゴの国連加盟が総会決議 47/1 で予定されていたことであって新たな事実ではないと述べたように、国連の実行は時間的に一貫しなかったのではない。

なお、南西アフリカ事件判決 (1962年及び1966年) のような、裁判所における裁判官の構成の変更も立場の非一貫性の原因として考えられるが、明確にそのように結論づける



ことはできない。武力行使の合法性事件判決の理由付けに賛成したとみられる裁判官は8人(Shi, Koroma, Vereshchetin, Parra-Aranguren, Rezek, 小和田, 及び Tomka 裁判官, 並びに Kreća 特任裁判官)で, その中で本件判決時において在職し判決に参加したのは5人である(Shi, Koroma, 小和田, 及び Tomka 裁判官, 並びに Kreća 特任裁判官)。本件判決で新ユーゴの裁判所の当事者資格を否定したのは Shi 及び Koroma 裁判官, 並びに特任裁判官 Kreća の3人であり, 小和田及び Tomka 裁判官は武力行使の合法性事件と本件とを区別する立場をとった。なお, 武力行使の合法性事件判決の理由付けに反対した7裁判官のうち本件判決時に在職し判決に参加したのは3人であった(Al-Khasawneh 次長並びに Ranjeva 及び Higgins 裁判官)。

- 51) *ICJ Reports 1996*, p. 616, para. 32.
- 52) 例えば, Shi 及び Vereshchetin 裁判官の共同宣言, *ibid.*, pp. 631-632. 小田裁判官の宣言も, ジェノサイド条約は国家の権利義務ではなく個人及び人の集団の保護に向けられたものであり, 締約国による防止及び処罰の欠如は, 同条約8条に規定する国連の権限ある機関の行動または6条に規定する国際刑事裁判所によって是正されるのであり, 国家間の裁判による国家責任の追及によるのではないとした。*Ibid.*, pp. 626-627, para. 4. この点に関して, 国際司法裁判所判例研究会・前掲論文98-99頁参照。
- 53) Shi 及び Koroma 裁判官共同宣言, paras. 1-4.
- 54) Tomka 裁判官個別意見, paras. 37-60.
- 55) 通常の多数国間条約の裁判条項では, 文言上その条約の解釈及び適用に関する紛争が裁判所に付託されるが, 一般国際法上の問題は管轄権の射程の範囲外であるという。小和田裁判官個別意見, paras. 38-73. 同様に, Tomka 裁判官も, ジェノサイドに対する国家の責任として, ジェノサイド条約の実体規定の違反に対する責任以外には, 国家責任法の帰属の規則の適用により個人の行ったジェノサイドに国家が責任を負う場合があるのみで, 条約9条の「集団殺害……に対する国の責任」もこのような場合を想定しているという。Tomka 裁判官個別意見, paras. 53-61.
- 56) P. Gaeta, On What Conditions Can Be a State Held Responsible for Genocide?, *EJIL*, vol. 18, (2007), pp. 633-644. なお, 広汎性または組織性の要件の根拠として, 国家責任条文草案(第1読草案)19条コメンタリー(*Yearbook of the International Law Commission*, 1976, vol. 2, part 2, p. 121, para. 70)を引用している。なお, 多数説は国家によるジェノサイドの責任が慣習法上のものであると述べるものとして, A. Seibert-Fohr, State Responsibility for Genocide under the Genocide Convention, in P. Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention: A Commentary* (2009), p. 354. なおこの論者は, 慣習法違反の責任をジェノサイド条約9条に基づく裁判で問うことに否定的である。
- 57) M. Milanović, State Responsibility for Genocide, *EJIL*, vol. 17 (2006), pp. 561-574.
- 58) 他方で, 国内法の企業の刑事責任を類推して, 国の指導者のレベルでのジェノサイドの意図をもって国家の意図とすることができるとの見解を示すものとして, W. A. Schabas, *Genocide in International Law*, 2nd ed. (2000), p. 517. 同旨, P. M. Dupuy, International Criminal Responsibility of the Individual and International Responsibility of the State, in A. Cassese et al. (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A*

*Commentary*, vol. 2 (2002), p. 1096. 後述の国連 Darfur 委員会もスーダンの中央政府における特別の意図の存在を調査の対象とした。

- 59) 国家の機構の末端にある一公務員または兵士が（その任務において）ジェノサイドを実行しても、国家がジェノサイドを実行したことになる。
- 60) *ICJ Reports 1996*, p. 616, para. 31.
- 61) なお、有形的損害を受けていない国が違法行為国に対抗措置をすることができるか否かは一つの論点である。それが集団的な制裁を帰結し、濫用の危険性が存在するからである。ILC の国家責任条文はこの問題について結論を回避し54条を置くにとどめた。54条は「合法的な措置」としての対抗措置を認めているとの解釈も存在するほか、1980年代の西側諸国によるソ連のアフガニスタン侵攻やポーランドの人権侵害などへの制裁を前例とみるかどうかが議論となっている。例えば、C. J. Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law* (2005), p. 198; S. Villalpando, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats* (2005), p. 365.
- 62) Verdirame も、ジェノサイド条約の下での義務の対世的性質及び直接被害を受けていない国の出訴の権利を認めるが、条約9条を根拠とする訴訟の実効性について懐疑的である。その理由として、第一に、多くの締約国が9条に留保を付していること、第二に、ジェノサイドを実行または容認する国が裁判所の仮保全措置を遵守することはほとんど考えられないこと、第三に、裁判所による責任の認定までには時間がかかり、カンボジア及びルワンダのように、その間にジェノサイドを実行した政権が新政権に交替してしまうであろうことを挙げている。G. Verdirame, *The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals*, *ICLQ*, vol. 49 (2000), p. 582. また、Kolb は、条約義務の対世的性格を肯定し、そのことはジェノサイド条約の締約国が条約の目的の達成に共通の利益を有することを意味するという。そしてすべての締約国が条約の適切な適用に利益を有するとみなされるがゆえに、自国の法的に保護された利益の侵害の証明という要件（原告適格）は不要であると述べる。R. Kolb, *The Compromissory Clause of the Convention, in The UN Genocide Convention*, pp. 428-429.
- 63) コンゴ領域における武力活動事件（コンゴ民主共和国対ルワンダ）管轄権及び受理可能性判決（2006年）、*ICJ Reports 2006*, pp. 52-53, para. 64. 「対世的義務」の概念を初めて言明したバルセロナ・トラクション事件判決（第2段階）もその例としてジェノサイドの禁止を挙げていた。*ICJ Reports 1970*, p. 33, para. 34.
- 64) 少なくとも国家責任条文41条2項は、違反が大規模（gross）または組織的であることを要求しているが、ジェノサイドは性質上みたまのと思われる。この点について詳細は、Seibert-Fohr, *op. cit.*, p. 366.
- 65) Milanović, *op. cit.*, p. 562.
- 66) 国家責任条文の第1読草案では、過重な負担を伴う原状回復や違反国の威嚇を損なうサティスファクションの適用が想定されたほか、懲罰的損害賠償の適用を主張する議論があったが、最終草案には採用されなかった。
- 67) Milanović によれば、この種の責任制度の目的は、義務が普遍的及び共同体的価値を有するがゆえに基本的であることを表明することにあるという。また義務の受益者、すなわ

ちジェノサイドの被害者である自国民に賠償する義務は漸進的発達であることに留意すべきであることを指摘し、また、ジェノサイドは国際社会全体に対する義務（対世的義務）であるがゆえに、直接損害を受けていない国も責任を援用することができ、管轄権の基礎が存在すれば国際司法裁判所に訴えを提起できることを述べている。Milanović, *op. cit.*, pp. 563-564. もし慣習法として確立しているのであれば、義務の受益者への賠償義務の履行の請求も、ジェノサイド条約 9 条の国の責任として裁判所の管轄権の対象となる余地があろう。

(未完)