

翻 訳

ヘルムート・ザッツガー著
『国際・ヨーロッパ刑法 —— 刑法適用法,
ヨーロッパ刑法・刑事手続法, 国際刑法』(8)

国際・ヨーロッパ刑法研究会 [訳] (監訳・加藤克佳)
加藤克佳=辻本典央=佐川友佳子=金子 博=松倉治代 [共訳]

Helmut Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht : Strafanwendungsrecht/Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht/Völkerstrafrecht, 6. Auflage (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2013) (8)

(ins Japanische übersetzt von der Forschungsgruppe über Internationales und Europäisches Strafrecht, geleitet von *Katsuyoshi Kato*)

Katsuyoshi KATO/Norio TSUJIMOTO/
Yukako SAGAWA/Hiroshi KANEKO/
Haruyo MATSUKURA

目 次 [訳注：概略のみ]

第6版はしがき (本誌) / 第5版はしがき / 第1版はしがき / 略 語

A. はじめに

§ 1 国際的な文脈における刑法

§ 2 「国際刑法 (Internationales Strafrecht)」における概念の多様性

I. 処罰権限

II. 国際刑法

III. 超国家的刑法, 特にヨーロッパ刑法 (欧州刑法)

IV. 刑法適用法

V. 司法共助法

復習・深化のための問題 (以上, 名城法学62巻1号)

B. 「刑法適用法 (Strafanwendungsrecht)」としての国際刑法

§ 3 刑法適用法の機能

- I. 刑罰権限
- II. 適用可能な刑法
- III. 数度の刑事訴追の危険
- IV. 個々の構成要件の保護領域と刑法適用法との関係
復習・深化のための問題

§ 4 連結モデル

- I. 諸国家の管轄を指定する管轄
- II. 一般に認められた原理
復習・深化のための問題 (以上, 名城法学62巻2号)

§ 5 刑法典 (StGB) の刑法適用法

- I. 成立史
- II. 刑法典3条以下の指導的な基本原理
- III. 刑法3条以下の解釈学的分類
- IV. 刑法3条以下の意味における「行為 (Tat)」と「行為者 (Täter)」
- V. 国内犯に対するドイツ刑法の適用 (1. a) aa) まで, 名城法学62巻4号)
復習・深化のための問題
- VI. 外国での行為へのドイツ刑法の適用

§ 6 ドイツ犯罪構成要件の保護範囲の国内法益への限定
復習・深化のための問題 (以上, 名城法学63巻1号)

C. ヨーロッパ刑法

§ 7 欧州刑法の基礎と基本的問題

- I. 「欧州刑法 (Europäisches Strafrecht)」概念の意義
- II. 刑法に対する欧州連合法の影響
復習・深化のための問題

§ 8 超国家的な欧州刑法

- I. 連合レベルの既存の制裁
- II. 欧州刑事法
- III. 「欧州刑法」に関する将来の計画
復習・深化のための問題

§ 9 国内の実体刑法と欧州法の展開

- I. 総論
- II. 国内刑法に対する第1次法上の諸条件（以上，名城法学63巻4号）
- III. 国内刑法に対する第2次法の有効範囲——特に運営条約83条の指令によるもの
- IV. 国内刑法規定における参照による欧州法規定の組入れ
- V. 国内刑法適用の際の欧州連合法の考慮
復習・深化のための問題（以上，近畿大学法学61巻4号）
- § 10 欧州における刑事訴追
 - I. EU レベルでの刑事訴追機関
 - II. 相互承認原則に基づいた刑事事件における司法上の協働
 - III. 刑事手続法の領域における法の調整
 - IV. 一事不再理
復習・深化のための問題
- § 11 欧州人権条約
 - I. 欧州理事会（Europarat）
 - II. 欧州人権条約（EMRK）
復習・深化のための問題（以上，名城法学63巻3号）
- D. 国際刑法
 - § 12 国際刑法の基礎
 - I. 国際刑法の概念
 - II. 国際法上の刑罰請求権の実現
 - III. 国際刑法と国際法上の犯罪法
 - IV. 国際法に基づく刑法——いわゆる「条約犯罪」
復習・深化のための問題
 - § 13 国際刑法の歴史的展開
 - I. 1919年までの展開
 - II. ヴェルサイユおよびライプツィヒ戦争犯罪手続
 - III. ニュルンベルク軍事裁判所
 - IV. 東京・極東国際軍事裁判所（IMGFO）
 - V. 冷戦と「転機」
 - VI. 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所（ICTY）
 - VII. ルワンダ国際刑事裁判所（ICTR）
復習・深化のための問題

§ 14 国際刑事裁判所 (IStGH)

- I. 規程の構造
- II. 裁判所の機能
- III. 管轄
- IV. 裁判所の活動の開始 (「開始要件」)
- V. 補完性原則
- VI. 組織
- VII. 手続
- VIII. 刑罰およびその執行
- IX. 時効および裁判の確定
復習・深化のための問題

§ 15 国際刑法の総論

- I. 適用可能な法
- II. 解釈のルールと「法律なくして犯罪なし, 法律なくして刑罰なし」
原則
- III. 個人の責任
- IV. 国際犯罪の構造
- V. 正犯と共犯
- VI. 上官の責任
- VII. 未遂と中止
- VIII. 不作為
復習・深化のための問題 (以上, 本号 [近畿大学法学62巻1号])

§ 16 国際刑法の各論

§ 17 国際刑法とドイツ法へのその変換

文 献 / 索 引

[訳注: 本翻訳 (6) までは名城法学に, (7) (8) は本誌 [近畿大学法学] に掲載されている。]

D. 国際刑法*

§ 12 国際刑法の基礎

I. 国際刑法の概念

1 国際刑法は、国際法と刑法の要素を1つにまとめたものである。国際刑法は、刑法である。なぜなら、それは、個人の行動に刑罰を科するものだからである。国際刑法は、国際法の一部である。なぜなら、その法源は国際法だからである。したがって、国際刑法は、国際共同体の刑法と呼ぶことができよう。

国際刑法は、国際法上直接的な可罰性を基礎づける、全ての規範を含んでいる⁽¹⁾。すなわち、国際刑法の内容および射程は、国際法のみによって決定される⁽²⁾。もっとも、「国際刑法」という概念は、誤解されてはならない。つまり、本来の国際法主体としての諸国家の可罰性が問題なのではない⁽³⁾。むしろ、国際刑法上の規範から、直接、自然人である個人の刑法上の答責性が導き出される。国際刑事裁判所にとって、国際刑法上の規範は、その国際法の性質に基づいて直接に適用できるものである。これに対して、国内裁判所にとって、国際法上の刑法典は、原則として直接に適用できるものではない。ただし、各々の国内憲法が別途規定している場合は別である。

* 本教科書に引用されている重要判例、法文書およびその他の文書全ては、インターネットサイト <http://www.lehrbuch-satzger.de> で検索することができる。

(1) *Triffterer* in: *Gössel* (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, 1999, S. 500.

(2) *Eisele*, JA 2000, 424 ff. によると、国内法秩序も顧慮され(国際刑事裁判所規程21条1項c号参照)、かつ、これは国際犯罪の処罰を定めることができる。後述 § 17 参照。

(3) *Safferling*, *Int. Strafrecht*, § 4 Rn. 1 参照。

2 ドイツの視点からは、国際刑法には、——刑法総論のように——法益保護機能が認められる⁽⁴⁾。それによると、このような国際刑法の正統性および必要性は、個人あるいは国家だけでなく、国家共同体全体に属する特定の法益の存在から導き出される。そうであるなら、この超国家的な法益の保護は、単独国家の法のみ委ねられるものではない。確かに、国内の法秩序がこの法益を同様に保護することは、排除されるものではない。しかし、決定的であるのは、この法益保護が最終的に国家共同体の法によっても、つまり国際法それ自体によっても保障される、ということである。その際、国際刑法という考えは、とりわけ、その政治的特徴および公然あるいは秘密裏の国家権力の関与によって特徴づけられる犯罪において、重要なものとなる。すなわち、このような場合、当該国自身がその犯罪行為に関与していることにより、犯罪を訴追するというその国際法上の義務を履行しない、という危険性が特に大きい。したがって、実体的な国際刑法は、とりわけ——それだけではないが——いわゆる「マクロ犯罪 (Makro-kriminalität)」を捕捉するのである⁽⁵⁾。

マクロ犯罪とは、組織構造、権力機構またはその他の集団的な行動関係内での、制度および状況に乗じた犯罪行為、と理解されている⁽⁶⁾。それは、本質的に、国家が関与する犯罪行為、あるいは「国家によって増強された犯罪行為」である⁽⁷⁾。

(4) 例えば、*Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 93 ff.; *Ambos, Int. Strafrecht*, § 5 Rn. 3を見よ。ただし、*Bassiouni, Introduction*, S. 31 ff. も見よ。その法益概念は、他の法秩序、特に英米法には確かになじみのないものである。*Bantekas/Nash, Int. Criminal Law*, S. 6; *Safferling, Int. Strafrecht*, § 4 Rn. 66を参照。概念的に類似するものとして、*Cassese, Int. Criminal Law*, S. 11は、国際社会の保護にとって重要な価値に言及している。

(5) *Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 88.

(6) *Jäger in: Lüderssen (Hrsg.), Kriminalpolitik III*, S. 122 f. を見よ。

(7) *Naucke, Die Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, 1996; *Kreß, NStZ* 2000, 617, 620 f.

3 [各国の] 国内刑法秩序の多様性を顧慮するならば、国際刑法によって保護される法益を精確に決めるにあたり、国際刑法上の犯罪構成要件がそれに方向づけられた唯一の文化圏の価値的合意のみを前提とすることはできない⁽⁸⁾。したがって、国際刑法の構成要件は、世界的に承認された最低基準に適合した犯罪（いわゆる「コア・クライム (core crime)」）に限定される。

その例として、ニュルンベルク国際軍事裁判所 (IMG) が、ナチス犯罪の主たる行為者に対する有罪判決の基礎とした、以下の犯罪構成要件が挙げられる⁽⁹⁾。

- 戦争犯罪
- 人道に対する罪
- 平和に対する罪

これらは、すでに構成要件の名称が示すように、極めて重大な犯罪であり、その当罰性については異論のないものである。しかし、——後述のとおり——合意がみられるのは、基本的な当罰性に関してのみであり、その一方で、例えば平和（侵略）に対する犯罪の定義に関しては、国際刑法の持続的発展にとって基本となる常設の国際刑事裁判所の規程（国際刑事裁判所規程あるいはローマ規程⁽¹⁰⁾、後述 § 14 Rn. 2 参照。）について討議された、1998年ローマ会議では、まだ合意に至らなかった。確かに、その諸国会議は、カンパラにおける再審査会議（2010年5月31日から2010年6月11日まで）の際、この犯罪の定義について合意に至ったが、これは、早くて2017年1月2日にようやく発効する（後述 § 16 Rn. 80以下参照）。しかし、

(8) *Ambos/Steiner*, JuS 2001, 9, 10; 謀議の例として, *Cassese*, Int. Criminal Law, S. 227.

(9) 「謀議」の構成要件に関しては、後述 § 13 Rn. 6 参照。

(10) BGBl. 2000 II, S. 1394 f. (信頼できる言語である英語とフランス語でも); ドイツ語に翻訳されたものとして Sartorius II, Nr. 35.

すでに1948年国連ジェノサイド条約の採択以降⁽¹⁾、前述の犯罪と並んで、大量殺戮（ジェノサイド）も、独自の「コア・クライム」に数えられている。これは、以前——ニュルンベルク国際軍事裁判所手続において——、人道に対する罪の下位事例として取り扱われていたものである⁽²⁾。

4 国際刑法は、——国際刑事裁判所規程の前文第3項に書き記されているように——「世界の平和、安全そして繁栄」を国際共同体の最上位の（法）益として保護している⁽³⁾。その際、個別の構成要件は、複数の攻撃方向を捕捉している。すなわち、ジェノサイドは、特定の集団の意図的な壊滅を通じて世界平和に対しても向けられており⁽⁴⁾、人道に対する罪は、世界の平和、安全そして繁栄を、一般市民の基本的人権に対する支配的かつ大量の侵害によって脅かす。戦争犯罪は、暴力の増大や武力による紛争の一般市民への影響によって、平和を危うくするのである⁽⁵⁾。

5 国際刑法の基本原則による処罰は、国際刑法の明文または不文の規範によって行為の可罰性が定められているときに、行われる。これに関して、国際司法裁判所規程（IGH-Statut）38条1項⁽⁶⁾の意味での国際法の全ての法源が問題になる⁽⁷⁾。特に次のものが挙げられる：

(1) 国連総会決議 3/260。

(2) *Cassese*, Int. Criminal Law, S. 127参照。

(3) 集団的法益と並んで、個人的法益も、国際刑法によって保護される。*Ambos*, Int. Strafrecht, § 5 Rn. 3 も見よ。〔これに対して、〕その保護を、集団的、超国家的法益に対してのみ認める *Safferling*, Int. Strafrecht, § 4 Rn. 65 f. は狭きに失する。

(4) *MK-Kreß*, § 220a StGB/ § 6 VStGB Rn. 4 f.

(5) 国際刑法による平定というテーマについては、*Safferling*, Politische Studien 2008, S. 82 ff. を見よ。

(6) BGBl. 1973 II, S. 505（信頼できる言語である英語とフランス語でも）；ドイツ語で翻訳されたものとして *Sartorius II*, Nr. 2.

(7) *Eisele*, JA 2000, 424；*Engelhart*, Jura 2004, 734, 735；*Damgaard*, Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes, 2008, S. 30；*Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurt*, Introduction, S. 9. 国際刑法が国際法の法源を用い

- 国際法上の条約⁽¹⁸⁾, すなわち, 特定の国際法上の法律効果について, 国際法主体(特に国家)間の意思表示の一致によって得られた合意
- 「法として承認された一般的慣習の表出」としての国際慣習法⁽¹⁹⁾
- (文化国民によって承認された)法の一般原則, すなわち, 国内法秩序により一致して承認された原則

6 慣習法に基づく可罰性の基礎づけは, さしあたり, ドイツの法律家にとって意外に思われるかもしれない。しかし, 後述のとおり, 国際刑法の発展は, 国際慣習法に立ち戻ることなしに考えることはおよそできない(後述 § 15 Rn. 13参照)。

II. 国際法上の刑罰請求権の実現

7 国際法自体に由来する刑罰要求の実現について, 2つの途がありうる。すなわち, 「間接強制モデル」と「直接強制モデル」である⁽²⁰⁾。

8 「間接強制モデル」によると, 国際刑法の実現は, その刑事訴追権限をしかるべき国内法の形で明確にしている国家の国内機関によって行われる。

このような間接的な実現の枠内で, 有罪判決は, 常に国内の犯罪構成要件に基づいて行われる。それは, それぞれの国内の刑事立法者が, これによって国際法上の犯罪の不法を捕捉するよう試みたものである。間接強制モデルの欠点は, 国際法上の犯罪が——国ごとに——様々な実体法規定お

↓でもよく, かつ用いるべきであるということは, 一般に認められている。旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「*Kupreškić et al.* 事件」(公判部)2000年1月14日「判決」, Rn. 539 f. のみを参照。

(18) ここで国際刑事裁判所規程は, 格別重要である。その21条は適用可能な法に順位を付ける。;これにつき詳しくは, *Safferling*, Int. Srafrecht, § 4 Rn. 86 ff.

(19) これに関しては, *Schweitzer*, Staatsrecht III, Rn. 109, 236, 258を参照。

(20) これらの概念に関して詳しくは, *Bassiouni*, Introduction, S. 333 ff., 387 ff. を参照。

よび訴訟規定の下に置かれるという点にある⁽²¹⁾。そうなると、世界的に均等な処罰は達成できない。さらに、間接的な実現によっては、国際犯罪の行為者がそもそも訴追されず、罰せられない、という事態を阻止できない。当該国が国際刑法の犯罪構成要件を国内法秩序に定める意思がない、または、別の理由で国際法犯罪の刑事訴追を行える状況にない、という可能性が常に存在するのである。

国際刑法の間接的実現についての例：*Adolf Eichmann* は、ナチス国家保安本部の指揮官として活動したことを理由に、エルサレムにある地方裁判所に、特に人道に対する罪および戦争犯罪の罪で訴追され、有罪判決を受けた⁽²²⁾。イスラエルの最高裁判所は、その判決を支持した⁽²³⁾。同様に、かつてのリヨンの親衛隊隊長であった *Klaus Barbie* は、人道に対する罪で、フランスの「デュ・ローヌ県の重罪院」に訴追され、有罪判決を受けた。この判決も——「破棄院」⁽²⁴⁾によって——支持された⁽²⁵⁾。1994年2月、*Duško Tadić* は、1992年6月にプリエドルでのボスニア人イスラム教徒に対する拷問とジェノサイドに関与した罪で、連邦検事総長の申立てに基づいて逮捕され、彼に追及された犯罪は、ドイツで起訴された⁽²⁶⁾。もっとも、彼は、1995年に、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所 (ICTY) の申立てによって同裁判所に移送され、最終的に、そこで長期自由刑に処せられた⁽²⁷⁾。オ

(21) *Seidel/Stahn*, Jura 1999, 14.

(22) *Eichmann* に対する手続に関して詳しくは、*Arendt*, *Eichmann in Jerusalem. Ein Bericht von der Banalität des Bösen*, 2011を参照。

(23) ILR 36, 277 ff.

(24) JCP 1988 II Nr. 21149; 英語版は ILR 100, 330 ff. にある。

(25) *Ambos*, *Völkerstrafrecht* AT, S. 190 ff. も参照。

(26) *Wilkitzki*, *Erläuterungen zum Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien*, Einl. Nr. 2.

(27) 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「*Tadić* 事件」(上訴部) 2000年1月26日「量刑に対する上訴への判決」Rn. 76.

ランダでは、2005年に、2人の元アフガン人陸将が、アフガンの内戦中の拷問を理由に、長期拘禁の有罪判決を受けた。上告裁判所は、2007年に、この有罪判決を支持した⁽²⁸⁾。2人の男性が、*John Demjanjuk* と *Heinrich Boere* と共に、2009年、ナチ時代に行った犯罪を理由としてドイツの裁判所に起訴された。*Demjanjuk* は、2011年5月、ミュンヘン地方裁判所で5年の自由刑に処せられた。*Demjanjuk* が2012年3月17日に死亡したため、上告審の裁判には至らなかった⁽²⁹⁾。*Boere* は、2010年3月に、殺人罪を理由に、終身刑に処せられた⁽³⁰⁾。2011年1月には、ルワンダ人の *Onesphone R.* が、特に1994年にルワンダで行われたジェノサイドを理由に、フランクフルト高等裁判所に訴追されている⁽³¹⁾。起訴された犯罪は国際刑法典の発効前に（これについては後述§17を見よ）なされたものであるために、この手続は、旧法に基づいて行われている。国際刑法典に基づく最初の訴訟は、2011年5月より、シュトゥットガルト高等裁判所で行われている。ルワンダ人の *Ignace M.* と *Stratom M.* が、コンゴ民主共和国において人道に対する罪ならびに戦争犯罪をいわゆる上使責任の範囲で行ったとして、追及を受けている⁽³²⁾。

(28) この事案、および、オランダの裁判所における他の国際刑法に関する事案に関して、*van Sliedregt*, LJIL 2007, 895 ff. を見よ。

(29) これについては、http://www.spiegel.de/thema/john_demjanjuk/ (2013年2月時点)にある情報を見よ。この事案におけるドイツ刑法の適用可能性の問題に関して詳しくは、*Burchard*, HRRS 2010, 132 ff. を見よ。

(30) LG Aachen, v. 23.3.2010, 52 Ks 45 Js 18/83-10/09; 詳細は *Swoboda*, JICJ 2011, 243 ff. にある。ヨーロッパ法における「一事不再理」の射程に関する議論におけるその事案の意義について、§10 Rn. 65および *Burchard/Brodowski*, StraFo 2010, 179 ff. を見よ。

(31) これにつき、http://www.hmdj.hessen.de/irj/OLG_Frankfurt_am_Main_Internet?rid=HMdJ_15/OOL_Frankfurt_amMain_Internet/sub/317/317501b4-d258-9d21-f012-f31e2389e481,,,11111111-2222-3333-4444-100000005003%26overview=true.htm (2013年3月時点)にある情報を見よ。

(32) これについて、*Safferling/Kirsch*, JA 2012, 481, 485 f. を見よ。

9 「直接強制モデル」によると、前述の旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所による *Tadić* 事例のように、刑事訴追は、国際機関によって直接引き受けられる。この場合、行為者の有罪判決は、国内法ではなく、国際法上の犯罪構成要件それ自体に基づく。

常設の国際刑事裁判所が設置されたとはいえ、直接的実現は、むしろ依然として例外のままである³³⁾。これまでに、例えば以下の裁判所が刑事訴追を引き受けてきた：

- ニュルンベルク国際軍事裁判所 (IMG, 1945/1946)。第2次世界大戦後、ドイツによる主要な戦争犯罪について戦勝国側から訴えが提起された。
- 東京・極東国際軍事裁判所 (IMGFO, 1946-1948)。——日本人軍幹部と政治家に対する——第2の戦争犯罪訴訟が行われた。
- デン・ハーグにあるユーゴスラビア刑事裁判所（「旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所」=ICTY）(1993年から)³⁴⁾。1991年以降、旧ユーゴスラビアの領域で行われた国際法違反の犯罪に取り組んだ。
- アルーシャにあるルワンダ刑事裁判所（「ルワンダ国際刑事裁判所」=ICTR）(1995年から)³⁵⁾。旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所を模範にして設置されたもので、1994年に行われた集団虐殺に関する国際法上の犯罪を審判するものとされた。
- 国際刑事裁判所 (IStGH)。2011年にはじめて、1人の被告人に有罪判決を下した（「*Lubanga* 事件」³⁶⁾。国際刑事裁判所について詳しくは §

³³⁾ *Ferdinandusse*, *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*, 2006, S. 1.

³⁴⁾ 国連安全保障理事会決議第808号 (1993年)、国連安全保障理事会決議第827号 (1993年)。

³⁵⁾ 国連安全保障理事会決議第955号 (1994年)。

³⁶⁾ 国際刑事裁判所「*Lubanga* 事件」(第1公判部) 2002年3月14日「規程74条による判決」と、国際刑事裁判所「*Lubanga* 事件」(第1公判部) 2012年7月10日

14を見よ)。

アドホック(非常設ないしその事件限りの)裁判所(Ad-hoc-Gerichtshof)の「解消戦略」の過程で(§13 Rn. 19と30を見よ), 国際刑法の間接的実現は, 遅くとも2010年以降は, 軽微な事件を国内裁判所へ差し戻すことによって, より重要となっている³⁷⁾。他方で, 「混合」裁判所の設置が増えることにより(§13 Rn. 31を見よ), 「直接的強制」モデルと「間接的強制」モデルとの境界線がますます曖昧になっていくことであろう。

III. 国際刑法と国際法上の犯罪法

10 国際刑法は, ——前述のとおり——自然人の可罰性を基礎づける³⁸⁾。しかし, 国際法に反する行為が個人に対する直接的な法的帰結をもちうるという考えは, 伝統的な国際法にはない³⁹⁾。それによると, 国際法の法的主体(いわゆる国際法主体)は, 国家または国際機関だけである。これらの主体は, いわゆる国際法上の犯罪法によって責任を問われ, ——自然人によって行われたときでも——国際法違反の責任を問われうる。この古典的な概念によると, 行為をした人間自身は, 国際法のレベルに登場しない。

↳「規程74条による量刑決定」。

³⁷⁾ 国内裁判所への国際裁判所の委譲に関しては, *Norris*, *Minnesota Journal of International Law* 2010, 201 ff. ならびに *Lindemann*, *Referral of Cases from International to National Criminal Jurisdictions*, 2013も参照。

³⁸⁾ ニュルンベルクにおいて同様に訴追された組織犯罪, すなわち, 国際軍事裁判所によって犯罪にグループ分けする国際軍事裁判所規程10条の団体構成員の処罰は, 将来的にないことが明らかにされた。*Werle*, *Völkerstrafrecht*, Rn. 20 参照。後述§14 Rn. 6も見よ。

³⁹⁾ ニュルンベルクにおいて同様に訴追された組織犯罪, すなわち, 国際軍事裁判所によって犯罪にグループ分けする国際軍事裁判所規程10条の団体構成員の処罰は, 将来的にないことが明らかにされた。*Werle*, *Völkerstrafrecht*, Rn. 20 参照。後述§14 Rn. 6も見よ。

³⁹⁾ *Werle*, *Völkerstrafrecht*, Rn. 119のみを見よ。

その者は、その本国を通じて「処断される」⁽⁴⁰⁾。これによって、国家責任と個人の刑法上の責任は、2つの異なる次元にあり、部分的にのみ重なるに過ぎない⁽⁴¹⁾。

11 すなわち、国際法上の犯罪法は、そこに帰責できる国際法違反に対する国際法主体の答責性 (Verantwortlichkeit) のみを基礎づける。ここでは、責任 (Schuld) は重要ではない。その場合、(国際法上の) 答責性によって、国際法に合致する状況が回復されなければならない⁽⁴²⁾。これに対して、国際刑法は、国際法上の犯罪を直接行った者に対する、個人の刑法上の答責性を構成する。刑法上の制裁は、その者に向けられる。1個かつ同一の行為が、——少なくとも理論上は——個人としての行為者に対する(国際) 刑法上の制裁をもたらし、また、その行為者がそのために活動した国家の国際法上の責任も導くことがある⁽⁴³⁾。それは、例えば、侵略罪の構成要件において考えられる⁽⁴⁴⁾。

IV. 国際法に基づく刑法——いわゆる「条約犯罪」

12 いわゆる「条約犯罪」も、同様に国際刑法と区別しなければならない。これは、「条約に基づく犯罪」あるいは「国際的関心事の犯罪」とも呼ばれる⁽⁴⁵⁾。もっとも、「条約犯罪」の概念は、誤解を招きやすい。なぜなら、特定の行為の可罰性は、ここでは、直接に国際法上の条約によって決定されるのではないからである。むしろ、これは、実際には、国内法の犯罪構

(40) *Schweitzer*, Staatsrecht III, Rn. 533.

(41) *Bianchi* in: *Cassese* (Hrsg.), Companion, S. 18; *Werle*, Völkerstrafrecht, Rn. 121.

(42) *Ipsen* in: *Ipsen* (Hrsg.), Völkerrecht, § 39 Rn 14.

(43) これについては、*Cassese*, Int. Criminal Law, S. 7 f. を参照。

(44) 後述 § 16 Rn. 76 ff. を見よ。

(45) 用語法に関しては、*Werle*, Völkerstrafrecht, Rn. 130を見よ。

成要件であり、単に、しかるべき国際法上の義務に起因したものであるに過ぎない⁽⁴⁶⁾。したがって、可罰性と刑事訴追は、そのつどの国内法規定によるのである。例としては、テロ⁽⁴⁷⁾、麻薬売買や海賊行為⁽⁴⁸⁾などが挙げられる⁽⁴⁹⁾。

「条約犯罪」は、第一義的には、国境を越える犯罪行為を効果的に撲滅し、処罰することができる、という点に向けられている⁽⁵⁰⁾。その際、基礎となる国際法上の条約は、しばしば、しかるべき犯罪構成要件を創り出すことへの条約国家への義務づけに限定されない。効果的な刑事訴追に向けて、例えば、司法共助と共同の予防措置についての取決めも対象になる⁽⁵¹⁾。

「条約犯罪」が国家共同社会の共通利益の保護に役立ち、しかも、それに関して条約国家間の十分な合意があるとき、「条約犯罪」から国際慣習法が生まれることもある。このようにして、「条約犯罪」は、(真の)国際刑法上の構成要件が誕生するための出発点となりうるのである⁽⁵²⁾。

13 復習・深化のための問題

- 国際刑法とは何か？ (§ 12 Rn. 1)
- 国際刑法は、どのような法源に基づくか？ (§ 12 Rn. 5)

(46) *Boister in: Cassese (Hrsg.), Companion, S. 540 ff.*

(47) 2011年2月16日 STL-11-01/I/AC/R176bis 決定の中で、「レバノン特別裁判所」の抗告部は、テロの「構成要件」を慣習法上可罰的な国際法犯罪と判断した。これに批判的なものとして、*Ambos, LJIL 2011, 655 ff.*; *Kirsch/Oehmichen, ZIS 2011, 800 ff.*; *Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 126 ff.* がある。

(48) 海賊行為に関して、*Safferling, Int. Strafrecht, § 4 Rn. 9 f.* を参照。

(49) 証拠とまた別の例は、*Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 123と129*にある。

(50) *Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 124.*

(51) *Boister in: Cassese (Hrsg.), Companion, S. 541.*

(52) 例えば、慣習法上承認され、かつ国際刑事裁判所規程に規定されたジェノサイド犯罪が、同様に、国際法上の条約においてその最初に置かれた。*Boister in: Cassese (Hrsg.), Companion, S. 540.*

- 国際刑法の実現に関する様々なモデルには、どのようなものがあるか？ (§ 12 Rn. 7 以下)
- 国際刑法と国際法上の犯罪法とは、どのように区別されるか？ (§ 12 Rn. 10および11)
- いわゆる「条約犯罪」とは何か？ また、それは、国際刑法とどのように区別されるか？ (§ 12 Rn. 12)

近時の文献：*Ambos*, Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon : Is There a Crime of Terrorism under International Law ?, *Leiden Journal of International Law* 2011, 665 ff. ; *Boister*, Treaty-based Crimes, in : *Cassese*, Companion. S. 540 ff. ; *Cassese*, The Rationale for International Criminal Justice, in : *Cassese*, Companion, S. 123 ff. ; *Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 2010, S. 1 ff. ; *Damaska*, The Henry Morris Lecture : What Is The Point of International Criminal Justice ?, *Chicago-Kent Law Review* 2008, 329 ff. ; *Gaeta*, International Criminal Law, in : *Cali*, International Law for International Relations, 2010, S. 258 ff. ; *Lindemann*, Referral of Cases from International to National Criminal Jurisdictions, 2013 ; *Kirsch/Oehmichen*, Die Erfindung von „Terrorismus“ als Völkerrechtsverbrechen durch den Sondergerichtshof für den Libanon, *ZIS* 2011, 800 ff. ; *Ku/Nzelibe*, Do International Criminal Tribunals Deter or Exacerbate Humanitarian Atrocities ?, *Washington University Law Review* 2006, 777 ff. ; *Murphy*, Political Reconciliation and International Criminal Trials, in : *May/Hoskins* (Hrsg.), International Criminal Law and Philosophy, 2009, S. 224 ff. ; *Neubacher*, Strafzwecke und Völkerstrafrecht, *NJW* 2006, 966 ff. ; *Safferling*, Möglichkeiten der Befriedung durch Völkerstrafrecht,

ヘルムート・ザッツガー著『国際・ヨーロッパ刑法』（8）

Politische Studien 2008, S. 82 ff. ; *Sarkin*, The Origins of **International Criminal Law** : Its Connection to and Convergence with Other Branches of **International Law**, Hague Justice Journal 2009, 5 ff.

§ 13 国際刑法の歴史的展開

I. 1919年までの展開

1 国際刑法は、国際法の「遅くに生まれた子（末っ子）」と呼ばれることがある。19世紀末まで、国際刑法は、ごくわずかな形式において国際法上の条約および慣習の対象にされるにとどまり、それに応じて、新たに構築されることはほとんどなかった⁽¹⁾。それは、特に適用可能性を欠いていた。すなわち、武装紛争において〔も〕、戦争終結後に、平和条約における特赦条項または事実上の特赦に基づき、刑事訴追に至ることはなかった——少なくとも、国際法上あるいは超国家的な規範に基づく訴追はなかったのである。

2 国際刑事裁判に向けた最初の試みは、赤十字国際委員会（IKRK）の *Gustave Moynier* 委員長の提案に見られる。*Moynier* は、1870年-1871年の独仏戦争に関して、両者の戦争犯罪について審判すべき国際刑事裁判所の設置を要求した。この裁判所の権限は、1864年8月22日のジュネーブ条約で定められた、戦場における負傷者保護に関する原則違反の訴追に及ぶべきものとされた。*Moynier* は、単なる道義的制裁——両戦争当事者が、戦時国際法違反を相互に非難した——では不十分であるとみていた。国際刑事裁判所によって、非難を客観的に審査する可能性が開かれ、中立的な裁判所による行為者の処罰が図られたのである⁽²⁾。もっとも、——厳密に詰められてはいなかった——*Moynier* の提案は、政治的レベルでしかるべき反響を呼ばなかった。民族国家の時代には、主権国家の行為が刑法レベルで

(1) これについては *Meron*, AJIL 2006, 551 ff. を見よ。

(2) *Däubler-Gmelin* in : *Arnold* u. a. (Hrsg.), Festschrift für Albin Eser, 2005, S. 718 f. を参照。

裁かれるなどとは、まだ考えられていなかったのであろう。とはいえ、*Moynier*の主張は、国際刑事裁判所の設置に向けた赤十字国際委員会の長く厳しい活動の始まりである。時を経て、多くの非政府組織（いわゆるNGO＝「非政府組織」）がそれに同調した⁽³⁾。国際刑法に関するこの活動の大きな意味は、軽視されるべきではない。

II. ヴェルサイユおよびライプツィヒ戦争犯罪手続

1. ヴェルサイユ講和条約

3 第1次世界大戦の恐ろしい出来事と、特に1899年および1907年のハーグ地上戦規則に定められた戦時国際法に対する重大な違反は、戦争終結後、*Moynier*によって示された国際刑事裁判所の考え方を改めて活性化させることとなった。1919年6月28日に調印されたヴェルサイユ講和条約227条によると⁽⁴⁾、ドイツ皇帝 *Wilhelm 2^世* は、第1次世界大戦を引き起こしたことにつき、戦争犯罪を理由に、国際裁判所において責任を問われるべきものとされた⁽⁵⁾。もっとも、その際、その裁判所は、(戦争)国際法ではなく、ヴェルサイユ講和条約227条3項により、国際政治の最上位の原則によるものとされた。したがって、これは、司法機関ではなく、どちらかといえば政治機関と位置づけられた。*Wilhelm 2^世* はオランダへ逃亡し、そこで政治的亡命と認められたのであるが、オランダが裁判の目的で彼を引

(3) 多くの重要なNGO（例えば「アムネスティ・インターナショナル」、「ヒューマン・ライツ・ウォッチ」）は、1995年に創設された「国際刑事裁判所を求める連合」で連携し、今日、150か国約2,500もの組織が属している。

<http://www.coalitionfortheicc.org> (2013年3月時点)を見よ。

(4) RGBL. 1919, S. 981-983; これについて *Ambos, Int. Strafrecht, 1. Aufl., § 6 Rn. 1 ff.*。限界については *Engelhart, Jura 2004, 734 ff.* を参照。

(5) 彼に対して「……国際人道法および条約の神聖さに対する重大な違反……」を非難するなら、その手続がより道徳的、すなわち刑法的判決を目指すということが明らかである。

き渡すのを拒否したことは、このような試みの終わりを意味した⁽⁶⁾。

それと並んで、ヴェルサイユ講和条約228条以下は、「戦争の法律および慣習」違反により訴追されたドイツ国民をその軍事裁判所で審判するという、連合国および加盟国の権限も定めていた。それに応じて、ヴェルサイユ講和条約228条2項は、引渡義務を認めていた。ヴェルサイユ講和条約228条以下の適用は、實際上、ドイツにおいて政治的立場のいかんを問わないすべての社会的階層からの激しい抵抗により、不成功に終わった。連合国は、ヴェルサイユ講和条約228条2項に基づき、約900名の引渡しを要求した。ドイツ政府は、この要求に対して、拘束および引渡しができる機関がないとの理由で、何度も拒絶した。それは、事実でもあった。なぜなら、ドイツにおける自由主義勢力でさえ、少なくとも国際裁判所または外国の裁判所によるドイツ人戦争犯罪者の審判には強く反対していたからである⁽⁷⁾。もっとも、その拒絶について、ライヒ政府は、司法的理由も援用していた。すなわち、(1871年の)ライヒ刑法典9条によると、ドイツ人は、訴追あるいは処罰のために外国政府に引き渡されてはならない、とされていたのである⁽⁸⁾。

連合国は、最終的に、強い抵抗に譲歩した。——特に、ライヒ政府が、戦争犯罪被疑者に対する手続をライヒ裁判所で行う準備があると、明らかにしたためである。ただし、この譲歩には、訴訟が不十分なものである場合には、ヴェルサイユ講和条約228条以下に基づく権限を行使する、とい

(6) その背景に関しては *Bantekas/Nash*, Int. Criminal Law, S. 496も見よ。

(7) これにつき詳細は、*von Selle*, ZNR 1997, 193, 194にある。

(8) 当時の規範序列におけるライヒ刑法典9条の位置づけに関する法学的論拠の妥当性 (Tragfähigkeit) について、*Hankel*, Die Leipziger Prozesse, 2003, S. 51f.を参照せよ。ドイツ法を国際刑事裁判所規程に適合させる趨勢の中で、ドイツ国民引渡しの一般的禁止が緩和されるまでに、80年以上も要した。これについて、後述 § 17 Rn. 3 と 4 を見よ。

う留保が付されていた。これによって、戦争との関係で国際刑事裁判所を設置するという最初の重要な試みは、失敗に終わった。

2. ライプツィヒ戦争犯罪訴訟

4 すでに連合国がドイツの戦争犯罪者の刑事訴追を断念する前に、ライヒ議会は、1919年12月18日に1つの法律を議決した。その1条は、第1次世界大戦で犯された行為に対してドイツの戦争犯罪者を審判する、ライヒ裁判所の第1審かつ終審の権限を定めた⁽⁹⁾。もっとも、その際、この法律の2条によると、ドイツ法によって可罰的であった行為のみが訴追されるものとされた。

1921年初め、ライプツィヒにおいて、最初の45件の手続が開始された。連合国は、それをもとにして、刑事訴追に関するドイツ司法の意思を審査しようとした⁽¹⁰⁾。それに引き続き、連合国から送られた896名のリストに基づいて追加の手続が起訴された。ライヒ裁判所検察官は、さらに837件の手続を任意に開始した⁽¹¹⁾。しかし、かなりの数の捜査手続が打ち切れ、公判に至ったのは13件のみであった。そこからさらに、判決が下されたのは9件のみであり、その中で6名の被告人が無罪判決を下され、6名が有罪判決を受けた⁽¹²⁾。もっとも、そのうちで、実際に刑罰を執行されたのは、一部のみであり、全く執行されない者もいた。

ライヒ裁判所がしかるべき刑事手続を行わないという明らかな意思を示

(9) 戦争犯罪訴追法=RGBl. 1919, S. 2125 f.

(10) 敗者司法の問題について、多くの文献を代表して、Müller, Oktroyierte Verliererjustiz nach dem 1. Weltkrieg, AVR 2001, 202 ff. を見よ。

(11) 限界について、Ahlbrecht, Geschichte, S. 42; Hankel, Die Leipziger Prozesse, 2003; Wiggenhorn, Verliererjustiz. Die Leipziger Kriegsverbrecherprozesse nach dem Ersten Weltkrieg, 2005がある。

(12) Ahlbrecht, Geschichte, S. 43; von Selle, ZNR 1997, 193, 196 ff.

したため⁽¹³⁾、それが、連合国の新たな引渡し要求へとつながった。しかし、ドイツは、これにも再び頑なに拒絶した。連合国は、そこで対象者の引渡しを軍事的に行うということはずに、その手続を停止した——もっとも、引渡しを公式に断念したわけではなかった。フランスおよびベルギーの裁判所では、しばしば、ドイツ人の被告人が欠席する中で有罪判決が下された。しかし、この判決の執行は、ライヒ政府が引渡しを拒絶したために不可能であったことから、世界大戦の司法的な処理に向けた試みも、徐々に弱まっていった。

Ⅲ. ニュルンベルク軍事裁判所

5 規模と激しさの点で第1次世界大戦をはるかに超える、ナチズム支配のもとで第2次世界大戦中になされた残虐行為——および特にホロコースト——が、はじめて、国際刑事裁判権に急進的な変化をもたらしたと言われる。すでに戦時中から、連合国にとって、ナチ政権のもとで行われた犯罪の責任をどのように扱うべきかが問題となっていた。1943年11月1日のいわゆる「モスクワ宣言」の中で、アメリカ合衆国、イギリスおよびソビエト連邦は、基本的に司法的解決の方針に合意した。この宣言は、この間に *Winston Churchill* より提示されていた、ドイツの政治的、軍事的振舞いに対する「略式での死刑執行」の要求を押しつけるものとなった。1945年8月8日に、「欧州枢軸国による主要戦争犯罪者の訴追・処罰およびその国際軍事裁判所規程に関する」「ロンドン4か国協定」の調印が行われた⁽¹⁴⁾。

(13) 当時のフランス大統領 *Briand* は、「喜劇、司法パロディーかつスキャンダル」と呼んだ (*von Selle* ZNR 1997, 193, 198による引用)。

(14) この手続の資料に関しては、ニュルンベルク高等裁判所のウェブサイト <http://www.justiz.bayern.de/gericht/olg/n/imt/> (2013年3月時点)、ならびに、イェール・ロースクールの *Avalon* 計画 http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/imt.asp (2013年3月時点) を参照。

1. 国際軍事裁判所 (IMG) の構造

a) 管轄

6 国際軍事裁判所規程 6 条により、欧州枢軸国の「主要戦争犯罪者」⁽¹⁵⁾は、国際軍事法廷で審判されるものとされた。「主要戦争犯罪者」は、とりわけ、地理的に犯罪地を特定できない行為者であった。なぜなら、ロンドン協定は、それ以外の〔犯罪地が特定可能な〕行為者の刑事訴追を、属地主義によって（前述 § 4 Rn. 5 と 6 を見よ）権限を有する国家に割り当てたからである。時間上の管轄は、規程には明示されなかった。しかし、構成要件上常に戦争との関連性が要求されているために、実際には、1939年から1945年の間の行為のみが審判された⁽¹⁶⁾。事物管轄は、平和に対する罪、戦争犯罪および人道に対する罪という 3 つの構成要件を含んでいた。現在の国際裁判所規程と異なり、「コモン・ロー」によって形成された国際軍事裁判所規程は、固有の構成要件として侵略戦争に関する陰謀も含んでいた⁽¹⁷⁾。

b) 裁判所の構成

7 国際軍事裁判所は、戦勝国であるイギリス、アメリカ合衆国、フランス、ソビエト連邦によって共同で作られ、他の連合国は、1945年8月以降に、その規程に加わった。4つの戦勝国すべてが、裁判官、代理人〔弁護人〕、訴追機関の構成員〔検察官〕を裁判所に派遣した（国際軍事裁判所

(15) 「戦争犯罪」の概念は、この関係で非専門的に理解されうる。むしろ、国際軍事裁判所規程の他の構成要件を充足した行為者も、「戦争犯罪者」の概念に含まれるであろう。

(16) *Safferling*, Int. Strafrecht, § 4 Rn. 30 参照。 *Ahlbrecht*, Geschichte, S. 69 は、時間的限界を、1945年5月8日ドイツ帝国の降伏とみなす。

(17) 現代の諸規程の枠内での陰謀の意味について、 *Werle*, Völkerstrafrecht, Rn. 671 f. ; *Safferling*, KritV 2010, 65 ff. を参照。

規程2条および14条)。

2. 手続法

8 国際軍事裁判所の手続法は、アングロ・アメリカの刑事訴訟法の基本的特質に依拠したが、欧州大陸の法秩序からの影響も強く受けていた。特に、アングロ・アメリカ手続法の多くの規定は、——陪審を欠くために——無意味となった。すなわち、裁判所は、全証人を自ら聴聞する必要はなく、証人および回答者の尋問に関する訴追機関による調書を用いることもできた。国際軍事裁判所規程24条によると、裁判所は、証拠方法の許容性について自由に決定することができた。そのようにして、裁判所は、「とるに足りない資料」の証拠申請であるとして、これを却下することができた。それに加え、裁判所は、国際軍事裁判所規程19条によると、アングロ・アメリカ制度の厳格な証拠法則に拘束されなかった。国際軍事裁判所規程18条によると、国際軍事裁判所は、その手続を、簡易迅速な審理に限定するものとされた。被告人は、その弁護人を自由に選任することを許された⁽¹⁸⁾。

3. 判決

9 10か月間の審理期間の後、1946年9月30日と1946年10月1日に判決が宣告された。規程は、その27条において、法律効果として、死刑あるいはその他の裁判所が適切と判断する刑罰を予定していた。裁判所は、3名の被告人に無罪判決を言い渡し⁽¹⁹⁾、それ以外の者に次のとおりの刑罰を科した：

(18) その限界について、*Bárd in Bárd/Soyer* (Hrsg.), *Internationale Strafgerichtsbarkeit*, 2005, S. 53がある。

(19) *Fritzsche*, *Schacht und von Papen*.

■ 死刑12名⁽²⁰⁾

■ 終身刑3名⁽²¹⁾

■ 長期自由刑4名⁽²²⁾

10 判決を言い渡した後、裁判所は、「活動を停止した」。冷戦の結果として、もはや、国際的に設置された裁判所でそれ以上の手続が行われることはなかった。

12件のいわゆるニュルンベルク後継裁判は、アメリカ合衆国軍事裁判所で行われた。それは、国際裁判所と理解されたが、もはや国際軍事裁判所規程に基づくのではなく、連合国管理委員会によって制定された法律第10号に基づいて審判された。類似の手続は、——やはりこの法的根拠に基づいて——ラシュタットにあるフランスの占領地区、リュネブルクにあるイギリスの占領地区、ソビエトの占領地区で行われた。最終的に、ヴァルトハイム裁判⁽²³⁾の中で、当時のドイツ民主共和国によって、1950年4月末から7月中旬の間に、3,300名以上の者が、迅速手続により長期間の禁錮に処された。その目的は、国際軍事裁判所規程の意味での戦争犯罪および他の犯罪についての責任を問うものではなく、新たなドイツ民主共和国に反ナチスの証言をさせることにあったため、この手続は、国際刑事裁判権に進展するものではなかった⁽²⁴⁾。

(20) 反対するのは、*Bormann, Frank, Frick, Göring, Jodl, Kaltenbrunner, Keitel, Rosenberg, Sauckel, Seyß-Inquart, Streicher* および *von Ribbentrop* である。

(21) 反対するのは、*Funk, Heß* および *Raeder* である。

(22) 反対するのは、*Dönitz, Speer, von Neurath* および *von Schirach* である。

(23) ヴァルトハイム裁判について、*Burchard*, JICJ 2006, 800, 818 f. およびそこに挙げられている文献を見よ。

(24) 批判的なものとして、*Werle*, JZ 2012, 373, 374もある。

4. ニュルンベルク裁判に対する批判

11 「戦勝国司法」と呼ぶことで、国際軍事裁判所の道義的・法的正当性を否定しようとする試みが、たびたびみられた。特に、連合国側の戦争犯罪——例えば、(おそらく)軍事的必要性が全くないのに行われたドレスデン爆撃に関して——を理由とする刑事手続が行われなかったという事実は、当時の厳しい批判の対象とされた⁽²⁵⁾。この関係で、連合国側だけで国際軍事裁判所の裁判官席が占められた点も批判された。それに加えて、大半の裁判官は、国際軍事裁判所規程を制定するための会議に深く参加していた。これによって、裁判官の中立性および独立性を疑問視する者もいた。その上、予断〔忌避〕の申立てを行うことができなかった⁽²⁶⁾。それに加えて、しばしば——例えば「昨日適法あったことが、今日違法にはなるものではない」というスローガンによって——刑法上の遡及禁止違反である、という批判もなされた⁽²⁷⁾。

5. まとめ

12 国際軍事裁判所における手続の表向きの目的は、第1に、ナチズム犯罪の見せしめ的な審判を行うことにあった。第2に、一般的に拘束力をもつ国際刑法の適用によって、ドイツ、フランス、アメリカ合衆国あるいは他の国内法に代わって、将来国際的に承認される刑法体系が構築されるも

(25) この「tu quoque (お前も同じ罪を犯しているのではないかという逆ねじ)」抗弁の原則としての非許容性について、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「*Kupreškić et al.* 事件」(公判部)1999年2月17日「被告人と tu quoque の弁護人の善性格の証拠に関する決定」検討理由4を参照。

(26) 批判点について、*Burchard*, JICJ 2006, 800 ff.; *Tomuschat*, JICJ 2006, 830 ff. の表現を参照。国際軍事裁判所への批判とその反駁の明快な構成について、*Ipsen in: Ipsen* (Hrsg.), *Völkerrecht*, § 42 Rn. 22 ff. を参照。

(27) 国際刑法との関連で〔法律なければ〕刑罰なし原則 (Nullum-crimen-Grundsatz) の特色に関して、後述 § 15 Rn. 13を見よ。

のとされた。それは、すべての者が、すなわち、あらゆる政府も含めて、同様の犯罪を繰り返すことを抑止するためのものであった⁽²⁸⁾。ニュルンベルク国際軍事裁判所規程が国際刑法の成立の出発点を形成したということは、確認しておかなければならない。したがって、それは、その「出生証明書」といえるであろう⁽²⁹⁾。

IV. 東京・極東国際軍事裁判所 (IMGFO)

13 国際軍事裁判所を模範にして、東京で、極東国際軍事裁判所が設置された。同裁判所は、日本の主要な戦争犯罪者に対する審判を行った。極東国際軍事裁判所の設置は、連合軍総司令部最高司令官 *MacArthur* の「特別声明」によって行われた。確かに、このような「国際法上重要と位置づけられるべき一方的な行為」⁽³⁰⁾は、極東国際軍事裁判所を正当化する根拠としては十分であったが、学説上は不十分であると過去に批判され、また現在でも批判されている⁽³¹⁾。

14 極東国際軍事裁判所規程は、広く、ニュルンベルク国際軍事裁判所規程と一致している。そのため、ここでは、詳細な叙述は割愛する。ただし、その判決は、——ニュルンベルクと比較して——厳格なものであったことは、確認しておかなければならない。そこでは、すべての被告人が有罪判決を受けた⁽³²⁾。

(28) *Ostendorf* in : *Lüderssen* (Hrsg.), *Kriminalpolitik* III, S. 185.

(29) *Werle*, *ZStW* 109 (1997), 808, 809.

(30) *Ahlbrecht*, *Geschichte*, S. 105はそのようにいう。

(31) *Ahlbrecht*, *Geschichte*, S. 105 ff. のみを参照。

(32) 裁判所は、7名に死刑、16名に終身刑、2名に比較的短期の自由刑(20年または7年)を科した。*Werle*, *Völkerstrafrecht*, Rn. 33.

V. 冷戦と「転機」

15 国際軍事裁判所規程の原則と、1946年10月1日に出されたニュルンベルク裁判所の判決は、1946年12月11日の第1回国連総会において、全員一致で承認された³³⁾。もっとも、この承認の効果は、戦勝国の措置を認めるにとどまった。総会は、拘束力ある国際法を制定することができず、また制定しようとしなかった³⁴⁾。1948年12月9日に、国連総会は、新たに制定されたジェノサイド条約を採択し、それは、1951年初頭に発効された。そこでは、ジェノサイドが国際法上犯罪であるということが、拘束力をもって確認された。すべての条約批准国は、その予防と処罰を義務づけられた。ドイツ連邦共和国も条約に調印し、条約5条に書かれた国内法化の義務は、刑法(旧)220a条の創設によって履行された³⁵⁾。

それに引き続き、国連総会は、「国際法委員会(ILC)」に、ニュルンベルク国際軍事裁判所の判例の基本原則を整理し、これに基づいて世界平和と国際安全保障のための刑法典を作るように依頼した。このような「ニュルンベルク原則」の法典編纂は、1950年に完了した³⁶⁾。それに加え、総会の特別委員会は、すでに国際刑事裁判所規程の草案を仕上げている。さらに1954年には、求められていた総会国際刑法典草案が提案された³⁷⁾。

16 しかし、冷戦の利害駆引きは、その後、そのような裁判所の設置に向けた前進を本質的に妨げた。なぜなら、多くの国は、この時代、国際裁判所のためにその主権の一部を放棄するつもりがなかったからである。この

33) 国連総会決議第1/95。

34) *Jeschek*, GA 1981, 49, 52.

35) BGBl. 1954 II, S. 729. これは今やジェノサイド刑法6条に規定されている。
——これについては、後述§17 Rn. 15を見よ。

36) http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_1_1950.pdf (2013年3月時点), UN Doc. A/CN.4/22, 12.4.1950.

37) http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_3_1954.pdf (2013年3月時点).

ような主権の「ドグマ」は、特に、国際連合の最初の仕事に関与もしなかった社会主義国から主張された³⁸⁾。

17 その後、国家共同社会は、——増加する国際的薬物犯罪、湾岸戦争、ロッカビーテロ事件ならびに旧ユーゴスラビアおよびルワンダにおける戦争事件によって次第に強く——国際刑事裁判所の不存在という不利益を、はっきりと意識するようになった。転機となった1989年、当時のトリニダード・トバゴの首相 *Robinson* が、国連総会において、国際薬物売買の封じ込めへの援助を求めた。これに対応して、総会は、——多くの観察者が驚いたことに——国際法委員会に、国際刑事裁判所の創設についての問題を取り上げるよう委託した³⁹⁾。確かに、決議は、さしあたり、国際薬物売買の問題に限定されたものであったが⁴⁰⁾、その委託は、全く独自の発展を見せた。それは、1990年の国際法委員会報告書に表れている。そして、1994年、国際法委員会は、さらに、総会に、国際刑事裁判所規程草案(「国際法委員会草案規程」)を提案した。その管轄は、ニュルンベルクの構成要件を超えており、テロや薬物犯罪も捕捉するものであった⁴¹⁾。確かに、そのような委員会が、ゆっくりかつ粘り強く、しかし確実に前進する一方で、ルワンダおよび旧ユーゴスラビアにおける現下の出来事が、その準備作業を追い越し、国家共同社会の迅速な対応を求めたのであった⁴²⁾。

VI. 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所 (ICTY)

18 ▶事例29：Tは、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所に、特に戦争犯罪

³⁸⁾ *Grebing*, GA 1976, 97, 107.

³⁹⁾ 国連総会決議44/39.

⁴⁰⁾ 国連総会決議44/39, Nr.1.

⁴¹⁾ http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/7_4_1994.pdf (2013年3月時点).

⁴²⁾ これにつき、*Bantekas/Nash*, *International Criminal Law*, S. 535 f. もある。

を理由に起訴された。Tは、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所の管轄について争った。裁判所は、国際法上の条約に基づくものではなかった。また、国連憲章も、国際刑事裁判所の設置のための法的根拠を有さない。Tの異議申立ては、認められるか？（これについて § 13 Rn. 27以下）◀

19 国連安全保障理事会は、旧ユーゴスラビアにおける内戦、および、それと結びついた一般市民の大量殺人への対応として、特にボスニアのイスラム教徒の飛び領地であったスレブレニツァでの出来事に強く影響を受けて、国連憲章第7章に基づき⁽⁴³⁾（これについて後述 § 13 Rn. 28を見よ）、決議第808号（1993年）をもって、その附属機関として旧ユーゴスラビアにおける重大戦争犯罪の訴追のための国際戦争裁判所（ICTY）の設置を決議した。それに引き続き、決議第827号（1993年）をもって、裁判所規程が採択された⁽⁴⁴⁾。国連安全保障理事会による国際裁判所の設置は、当時、法律上の新たな領域であった。安全保障理事会は、固有の司法機能をはじめて用いることによって、政治体制および制度の点で、その独自の権限を、国連システムの枠内でさらに拡張した⁽⁴⁵⁾。1993年11月17日、裁判所は、その最初の審理をデン・ハーグで開き、それ以降多くの事件を審理した⁽⁴⁶⁾。しかし、旧ユーゴスラビアの共和国がこの間に再び機能的な司法システムを回復したことから、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所の裁判官は、その

(43) Sartorius II, Nr. 1.

(44) http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/827 (1993) (2013年3月時点)で閲覧することができる。

(45) *Hollweg*, JZ 1993, 980, 981.

(46) *Ambos*, *Völkerstrafrecht AT*, S. 259 ff. による優れた概観も参照せよ。さらに、*Ambos*, *NStZ-RR* 2001, 225 ff. の判例一覧；*Ambos/Wenning*, *NStZ-RR* 2002, 289 ff.；*Klip/Sluiter* (Hrsg.), *Annotated Leading Cases of International Tribunals* における判例評釈；国際司法裁判所の「アドホック国際刑事裁判所における現在の展開」という表題の判例評釈ならびに旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所のホームページ <http://www.icty.org/action/cases/4> (2013年3月時点)のものがある。

いわゆる「完了戦略」をもって、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所の活動を終了することを発議した。国連安全保障理事会は、これを、決議第1503号(2003年)と第1534号(2004年)によって取り上げた⁽⁴⁷⁾。そういうわけで、2004年末以降、もはや新たな審理は開始されていない。新たな手続は、むしろ、旧ユーゴスラビア連邦共和国にある相応の裁判所で行われた。当初、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所のすべての第1審手続が2008年末までに、すべての上訴手続が2010年までに完了されるはずであったが、これらの期限は遵守されなかった——特に、セルビア共和国元大統領 *Radovan Karadžićs* の逮捕が2008年に、セルビア共和国元軍参謀総長 *Ratko Mladićs* の逮捕が2011年5月に、さらに *Goran Hadžić* の逮捕が2011年7月によく行われるなど、それぞれの手続が遅延したためである⁽⁴⁸⁾。最終的に、2013年7月1日に安全保障理事会決議第1966号(2010年)⁽⁴⁹⁾に基づいて設置された「非常設裁判所のための残務機構」(国際刑事裁判所機構, MICT)が、後継機関としてその任務を引き受けることになった⁽⁵⁰⁾。その任務は、未処理事案を片付けることであるが、被告人の逮捕がすでに任務開始の12か月以上前である事案は除かれる。非常設裁判所のための残務機構への新たな

(47) http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_1503_2003_en.pdf (2013年3月時点)とhttp://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_1534_2004_en.pdf (2013年3月)で閲覧することができる。

(48) <http://www.icty.org/sid/10016> (2013年3月時点)。「完了戦略」全体について、*Dieckmann*, ICLR 2008, 87 ff.を見よ。国内裁判所の参照については、*William*, CLF 2007, 177 ff.; *Schabas*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 2009, 29 ff., *Riznik*, AVR 2009, 220 ff. ならびに *Lindemann*, Referral of Cases from International to National Criminal Jurisdictions, 2013がある。

(49) http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1966 (2010) (2013年3月時点)。

(50) レバノン国際刑事裁判所に関して、その任務は、すでに2012年7月1日に開始された。旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所とレバノン国際刑事裁判所は、国際刑事裁判所機構の中に組織的に集約されるが、機能的に広範に分割されたままである。

訴追は、禁じられている⁶¹⁾。

1. 裁判所の構造

a) 管轄

20 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所は、限定的な管轄についてのみ権限をもっていた。その限界は、時間的性質、人的性質、場所的性質および実体法的性質のものである。

管轄は、時間的には、1991年以降——人的観点で自然人の行為に限定して——行われた犯罪行為のみを捕捉していた。管轄は、場所的には、旧ユーゴスラビア社会主義連邦共和国の領土で行われた行為に限定されていた。裁判所の管轄は、物的には、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所規程2条～5条に規定された犯罪行為、特にジュネーブ諸条約の「重大な違反」⁶²⁾、戦争犯罪、ジェノサイドおよび人道に対する罪に限られる。

21 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所は、国内の刑事裁判権と競合して管轄を有する。もっとも、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所は、このように権限が競合するにもかかわらず、国内の手続を、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所規程9条に従って、いつでも自ら引き取り、続けて自ら訴追することができる⁶³⁾。旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所は、その活動の開始と同時に初めにこの権限を行使した。同裁判所は、すでにバイエルン高等裁判所に起訴されていたボスニア・セルビア人の *Duško Tadić* を引き渡させ、自ら手続を行ったのである⁶⁴⁾。

61) 残された機構に関して、*Acquaviva*, JICJ 2011, 789 ff. を見よ。

62) これについて、後述 § 16 Rn. 55 も見よ。

63) これについて、*BayObLG NJW 1998, 395* 参照。

64) 前述 § 12 Rn. 8 を見よ。

b) 裁判所の構成と構造

22 裁判所は、独立の裁判官団からなるが、これは、16名の常任裁判官と9名までの追加の、いわゆる訴訟のための裁判官で構成される。彼らは、世界の主要な法システムを代表するかたちで選ばれている。それと並んで、独立した訴追機関が存在するが、これは、国際的勾留や引渡命令を請求し、また、起訴の権限を有する。

23 訴訟は、3つの部(「事実審」, TC)において公開で審理される。これらの部は、基本的に、それぞれ3名の常任裁判官と6名までの追加の訴訟のための裁判官で占められる。もっとも、部は、3名の裁判官による小部(セクションà)に分割することができ、それが通例となっている。それと並んで、5名の(常任の)裁判官で構成される控訴部および上告部(「上訴審」, AC)が存在する。

旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所の裁判長は、現在⁵⁵⁾、アメリカ合衆国の *Theodor Meron* であり、検察局長は、ベルギーの *Serge Brammertz* である。

刑事訴訟上の観点で、21条以下の規程は、人権に関する国際法の制度によって知られている一般的な基準に合致する⁵⁶⁾。

c) 法律効果

24 規程は、法定刑として、自由刑のみ定め、死刑を定めてはいなかった(旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所規程24条1項)。

⁵⁵⁾ 2013年3月時点。

⁵⁶⁾ 規程21条と22条は、公平な手続の最低基準を規定する、市民的及び政治的権利に関する国際規約14条とほぼ同じ文言である(Sartorius II, Nr. 20)。*Bair, The International Covenant on Civil and Political Rights and its (First) Optional Protocol*, 2005, S. 56を参照。

2. 旧ユーゴスラビア国際軍事裁判所によって適用されるべき犯罪構成要件の概観

25 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所の設置の時点では、まだ、一般的に承認された、国際的に通用する刑法典はなかった。つまり、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所の裁判権の下に置かれるべき犯罪構成要件の選択は、国際刑法においても要求される「法律がなければ、犯罪も刑罰もない」という原則に違反しないためには、確立した国際慣習法によらなければならなかった⁵⁷⁾ (後述 § 15 Rn. 13以下を見よ)。この時点で、国際慣習法上承認されているとみなされていたのは、すでに基本的にニュルンベルク国際刑事裁判所規程に基づいて認められた、以下の犯罪構成要件であった：

- 戦争法および慣習違反
- 人道に対する罪
- ジェノサイド
- 1949年ジュネーブ条約の重大な違反

26 最後のものは、当然ながら、ニュルンベルクではまだ考慮されうるものではなかった。平和に対する罪の構成要件を欠いていることは、国際共同社会がまだ侵略戦争の定義について合意に至っていなかった、ということから説明される⁵⁸⁾。ジェノサイド条約——ユーゴスラビアは、それに最初に加盟した国の1つである——以降、ジェノサイドは、慣習法上の効力を有する独自の構成要件として承認された。つまり、ニュルンベルクとは対照的に、ジェノサイドは、もはや、人道に対する罪の下位事例として取り扱われるものではなくなったのである。

⁵⁷⁾ それに応じて、国連事務総長は、自らの依頼において、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所規程を起草することになっている作業グループに、あらゆる疑念なく国際慣習法の一部となっている構成要件のみが取り上げられてもよい、と要請した。

⁵⁸⁾ 侵略の構成要件については、§ 16 Rn. 76 ff. を見よ。

3. 裁判所の法的許容性

27 安全保障理事会は、決議第808号(1993年)と第827号(1993年)をもって、国際裁判所の設置のためには国際法上の条約が必須であるとしていた伝統的見解から離れた。この要件は、これまで、刑事訴追を行うという独自の主権の割譲は、基本的に当該国の同意なしには行うことができない、ということから導かれていた。それに応じて、一部では、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所の法的許容性に対する疑問が寄せられた⁵⁹⁾。

しかし、このような批判に対しては、正当にも、対象国の刑罰権は、国際法上の犯罪構成要件においては、本来的には所与の国際的刑罰権を代理するものでしかない、と反論されている。すなわち、国内裁判所は、国際法上の裁判所を欠いているという理由だけで、国際法上の刑罰要求の貫徹を引き受けるのである。しかし、国際法上の裁判所——旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所のような——が創設されるならば、その許容性は、国家主権に介入することなく認められる。それゆえ、国際条約上の主権放棄は不要である⁶⁰⁾。

28 第2の批判も、非常設裁判所の法的根拠に関わるものであった。国連安全保障理事会は、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所の設置につき、国連憲章VII章、精確には国連憲章41条および42条にその根拠を求めた。その理由は、——裁判所の設置が明確に許されているわけではないにもかかわらず——人道的国際法違反に対して刑事訴追をもって現実的に威迫することが、「世界平和の回復」につながる、というのである。しかし、国連憲章VII章は、厳密には、そのような措置を許容している。国連憲章VII章による

⁵⁹⁾ 例えば *Graefrath*, NJ 1993, 433参照。

⁶⁰⁾ 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「*Tadić* 事件」(公判部)1995年10月2日「管轄に関する中間上訴のための弁護側の申立てに関する裁判」Rn. 28 ff., 50 ff.のみを見よ。この問題につき詳しくは、*König*, *Die völkerrechtliche Legitimation der Straf Gewalt internationaler Strafjustiz*, 2002, S. 28 ff.を見よ。

と「世界平和の回復」のための軍事的強制手段も可能であると考えるとき、アドホック裁判所の設置は、軍事的行動に対して「マイナス」であるように思われる。*Tadić* 判決において、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所は、国連憲章41条は限定列挙されたものではない、と判示した。しかし、その他の点で、その設置は、国連安全保障理事会の政治的決定であり、裁判上審査できないものであったという。したがって、裁判所は、自身の裁判権限をおよそ疑わなかった⁽⁶¹⁾。

これにより、事例29において、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所は、Tの国際法犯罪について審判する権限を有する。国連安全保障理事会によって設置された非常設裁判所の法的許容性に対して示されたTの異議には、理由がない。旧ユーゴスラビアにおける国際法犯罪に対する旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所の管轄は、この間に承認されている。

VII. ルワンダ国際刑事裁判所 (ICTR)

29 国連安全保障理事会は、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所をモデルにして、1994年11月8日、決議第955号(1994年)をもって、「1994年1月1日から同年12月31日の間にルワンダ領土内あるいは隣国でルワンダ国籍を有する者によって犯された国際人道法の重大な違反に対して責任を有する者の訴追のための国際刑事裁判所」(ICTR)の設置を決定した⁽⁶²⁾。これに

(61) 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「*Tadić* 事件」(公判部)1995年10月2日「管轄に関する中間上訴のための弁護側の申立てに関する裁判」Rn. 28ff.

(62) <http://www.unictr.org/Portals/0/English/Legal/Resolutions/English/955e.pdf> (2013年3月時点)。判例について、*Schabas*, *Northwestern University Journal of International Human Rights* 6 (2008), 382 ff.; *Mugwanya*, *Northwestern University Journal of International Human Rights* 6(2008), 415 ff.; *Klip/Sluiters* (Hrsg.), *Annotated Leading Cases of International Tribunals*, ならびに die Rubrik „Current developments at the ad hoc International Criminal Tribunals“ des JICJ を見よ。

よって、安全保障理事会は、フツ族による少数民族であるツチ族への残忍な大量殺戮に対応したのである。ここでは、短期間に80万人を超える者が被害者になった。ルワンダ国際刑事裁判所は、1995年2月22日の決議第977号により、タンザニアのアルーシャに設置された。

30 ルワンダ国際刑事裁判所と旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所は、相互に広く共通している。ルワンダ国際刑事裁判所の創設の法的根拠も、同様に、国連憲章VII章から導き出される。もっとも、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所設置の際とは異なり、ルワンダ政府は、明確にルワンダ国際刑事裁判所の設立を求め、安全保障理事会加盟国として積極的に決議第955号(1994年)の採択に参加した。旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所とは対照的に、事物管轄の範囲から戦争犯罪が除外されている。これは、本件が国内紛争に関わる問題であり、国内の(つまり、国際的ではない)紛争に対して戦争犯罪の構成要件が国際慣習法上有効であるかという点は、この時点でまだ明らかではなかった、ということによって説明される(これについて後述 § 16 Rn. 56, 58以下)。前述した「完了戦略」は、ルワンダ国際刑事裁判所にも関係する。そこでも、個々の手続段階に対して本来予定されていた期限が遵守されなかった。国際残務機構(MICT)は、すでに2012年7月1日に、ルワンダ国際刑事裁判所の後継機関として、その活動を始めている(すでに前述 § 13 Rn. 19を見よ)。

VIII. 複合型(ハイブリッド)裁判所

31 両非常設刑事裁判所と並んで、非常に重大な犯罪の訴追がますます国際化することは、裁判所数が増加している点にも表れている。この裁判所は、国内の法的根拠にも、また国際的な法的根拠にも基づいており、裁判体および訴追官は、国内および国際的な法律家によって占められる。このような人的関係と適用可能な法律に関して、国内的要素と国際的要素との

新たな結合は、「複合型（ハイブリッド）裁判所」という名称に表れている⁶³。

例：国連暫定行政機構による東ティモールにおける司法再建の枠内で、「陪審団」が創設された。これは、首都の地方裁判所の所管内で、ジェノサイド、戦争犯罪、人道に対する罪、殺人、拷問等のような重大犯罪について審判する⁶⁴。この間に、陪審団は、その活動を停止した。

「シエラレオネ特別裁判所」（SCSL）は、国連とシエラレオネ政府との間の国際条約に基づいて⁶⁵、1996年11月30日以降の国際人道法およびシエラレオネ法に対する違反について特別に責任を問われる者（シエラレオネ特別裁判所規程1条）の刑法上の訴追および審判に務めるものである。4件の事案が、今までシエラレオネ特別裁判所によって審理され、そのうち3件が終了した。リベリア国民愛国戦線の指導者であった *Charles Taylor* に対する手続は、当時、デン・ハーグにある国際刑事裁判所の敷地で行われたが、これは、非常に注目を受けた——被告人が元大統領であるという事実と、ここで *Taylor* と一緒に隣国であるリベリア国籍の者に対して訴訟が行われるという理由からである。*Taylor* は、2012年4月26日、11の犯罪すべてについて有罪と認定され、2012年5月30日に、50年の禁錮刑を言い

⁶³ この「複合型」の裁判所に関して詳しくは、*Linton*, CLF 2001, 185 ff. ; *Dickinson*, AJIL 2003, 295 ff. ; *Romano u. a.* (Hrsg.), *Internationalized Criminal Courts : Sierra Leone, East Timor, Kosovo and Cambodia*, 2004 ; *von Braun*, *Internationalisierte Strafgerichte. Eine Analyse der Strafverfolgung schwerer Menschenrechtsverletzungen in Osttimor, Sierra Leone und Bosnien-Herzegowina*, 2008 ; *Ruhs*, *Hybride Gerichte*, rescriptum 2012, 46 ff. を参照。

⁶⁴ 判例に関して、*Klip/Sluiters* (Hrsg.), *Annotated Leading Cases of International Tribunals* を見よ。

⁶⁵ <http://www.sc-sl.org/> (2013年3月時点)。このようなやり方の許容性の問題に関して、シエラレオネ特別裁判所「*Fofana* 事件」(上訴部) 2004年5月25日「事項的管轄権の欠如に関する準備申立てへの決定：国際連合による権限の違法な委任」Rn. 12 ff. 参照。判例について、*Klip/Sluiters* (Hrsg.), *Annotated Leading Cases of International Tribunals* を見よ。

渡された。訴追側と弁護側双方が控訴した⁽⁶⁶⁾。

カンボジアでは、2006年以降、「カンボジア特別裁判所」(ECCC)が、国内裁判所の構成要素として、クメール・ルージュ時代の間(1975年4月17日から1979年1月6日まで)に犯された行為に対する刑法上の処理に取り組んでいる。それに先駆けて、国連との相互協定が結ばれた⁽⁶⁷⁾。国内法違反も国際法違反も、〔そこで〕罰せられる。2010年7月26日に、*Kaing Guek Eav* (“*Duch*”)と一緒に、最初の被告人が、禁錮35年の刑に処せられた。検察側および弁護側双方が上訴したが、〔そこでは〕量刑が終身刑に引き上げられるという結果になった。2012年7月、クメール・ルージュの4名の被告人に対する公判が開始された⁽⁶⁸⁾。

アメリカ合衆国占領機関によって設置され、2003年12月10日に参事官によって承認された「イラク高等裁判所」も、複合型(ハイブリッド)裁判所に分類することができる。すなわち、これは、組織的にはイラクの司法体系から独立して、1968年7月17日から2003年5月1日の間にイラク人によって犯された行為を審判する権限を有している；イラクの裁判官は、国際手続法に依拠する。本裁判所は、*Saddam Hussein*とともに、主たる被告人らを死刑に処した。その判決は、2006年12月30日に執行されている⁽⁶⁹⁾。

その他の複合型裁判所として、ボスニア＝ヘルツェゴビナにおける「戦争犯罪裁判所」(WCC)⁽⁷⁰⁾が、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所の活動を承継するものとされている。これまでに言及した裁判所と異なり、戦争犯罪

(66) 詳細は、<http://www.sc-sl.org/CASES/ProsecutorvsCharlesTaylor/tabid/107/Default.aspx> (2013年3月時点)。

(67) http://www.unakrt-online.org/Docs/Court%20Documents/Agreement_between_UN_and_RGC.pdf (2013年3月時点)。

(68) これ以上の情報は、<http://www.eccc.gov.kh/en> (2013年3月時点) を見よ。

(69) イラク人の観点によるイラク高等裁判所に関しては、*Al-Ani, The Trial of Saddam Hussein*, 2008を参照。

(70) <http://www.sudbih.gov.ba/?jezik=e> (2013年3月時点)。

裁判所は、完全に国内司法に統合されたものとなっている。なぜなら、同裁判所は、ボスニア＝ヘルツェゴビナにおける法治国家を支えるべきものともされているからである⁽⁷¹⁾。この機能は、国際裁判官と国内裁判官との関係がその設置以降は逆転している、という点においても示されている。当初、国内の裁判官は、3名からなる部では少数派であったところ、今日では、ボスニアの裁判官が多数を占めている。これによって、戦争犯罪裁判所は、その複合型の性質を次第に失いつつある。

最後に、これら一連の複合型裁判所のうち最も新しい制度である「レバノン特別裁判所」(STL)⁽⁷²⁾も、国連とレバノンとの間の協定によって設立されたという。この協定とその基礎にあったレバノン議会の規定が批准されないため、国連安全保障理事会は、決議第1757号(2007年)をもって⁽⁷³⁾、憲章第七章による措置として、双方を2007年6月10日に発効させた。本裁判所の主たる対象は、2005年2月14日のレバノン元首相 *Hariri* を殺害した襲撃事件である。しかし、その管轄は、2005年2月14日の襲撃事件と関係あるかぎり、2004年10月1日から2005年12月31日までの間に行われた犯罪行為にも及ぶ。これによって、レバノン特別裁判所は、テロ襲撃事件を審判するために設置された、最初の裁判所である。

複合型裁判所は、その混合的な構造に加えて、——非常設裁判所とは対照的に——基本的に当該犯罪が実行された国に設置されている点で共通している⁽⁷⁴⁾。この裁判所は、国内司法体系の一部として、あるいはこれと結

(71) *von Braun*, Internationalisierte Strafgerichte. Eine Analyse der Strafverfolgung schwerer Menschenrechtsverletzungen in Osttimor, Sierra Leone und Bosnien-Herzegowina, 2008, S. 341 f. を参照。

(72) <http://www.stl-tsl.org/> (2013年3月時点)。レバノン高等裁判所につき、*Mettraux*, JICJ 2009, 911 ff.; *Kirsch/Oehmichen*, ZIS 2011, 800 f. 参照。

(73) http://www.un.org/Depts/german/sr/sr_07/sr1757.pdf (2013年3月時点)。

(74) この点で、安全上の理由からオランダのライツヘンダムにおかれたレバノン高等裁判所は、例外である。それは、デン・ハーグにおいて行われたシエラレ

びついた特別裁判所として、具体的には国際刑事裁判所規程によって方向づけられた国際刑法上の「コア・クライム」と並んで、それぞれの国内刑法も適用する⁽⁷⁵⁾。

32 復習・深化のための問題

- ニュルンベルク国際軍事裁判所は、どのような批判にさらされていたか？ (§ 13 Rn. 11)
- ニュルンベルクにおける国際軍事裁判所規程は、どの点で、「国際刑法の出生証明書」と呼ばれうるか？ (§ 13 Rn. 12)
- 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所とルワンダ国際刑事裁判所の設置は、どのような法的根拠に基づくのか？ (§ 13 Rn. 19, 28以下)
- 国内裁判権と国際裁判権との関係は、国際軍事裁判所、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所ならびにルワンダ国際刑事裁判所の事案において、どのようなものとなっているか？ (§ 13 Rn. 6, 21, 30)
- 複合型裁判所の特徴は何か、また、非常設裁判所とは何が違うのか？「レバノン特別法廷」は、この点に関してどのような意味があるのか？ (§ 13 Rn. 31)

近時の文献： *Acquaviva*, Was a Residual Mechanism for International Criminal Tribunals Really Necessary ?, JICJ 2011, 789 ff. ; *Boister/Cryer*, The Tokyo International Military Tribunal, 2008 ; *Engelhart*, Der Weg zum Völkerstrafgesetzbuch — eine kurze Geschichte des Völkerstrafrechts, Jura 2004, 734 ff. ; *Griech-Poelle*, The Nuremberg War Crimes Trial and

↘ オネ特別裁判所における *Charles Taylor* に対する手続である。

(75) どの程度、複合型裁判所が国際刑法の目標にとって成功が見込まれるかという問題に関しては、 *Mendez*, CLF 2009, 53 ff. を参照。

its policy consequences today, 2009 ; *Jones*, The Courts of Genocide, 2010 ; *Hassel*, *Kriegsverbrechen vor Gericht. Die Kriegsverbrecherprozesse vor Militärgerichten in der britischen Besatzungszone unter dem Royal Warrant vom 18. Juni 1945 (1945–1949)*, 2009 ; *Jones/Carlton-Hanciles/Kah-Jallow/Scratch/Yillah*, The Special Court for Sierra Leone, JICJ 2004, 211 ff. ; *Kaufmann/Marschner*, Eine kritische Bestandsaufnahme aktueller Entwicklungen der Außerordentlichen Kammern an den Gerichten von Kambodscha, ZIS 2011, 811 ff. ; *Knowles*, The Power to Prosecute : The Special Court for Sierra Leone from a Defence Perspective, ICLR 2006, 387 ff. ; *Magnarella*, The Background and Causes of the Genocide in Rwanda, JICJ 2005, 801 ff. ; *Margetts/Hayden*, Current Developments at the “Ad hoc” International Criminal Tribunals, JICJ 2012, 447 ff. ; *McDonald*, Problems, Obstacles and Achievements of the ICTY, JICJ 2004, 558 ff. ; *Mendez*, The New Wave of Hybrid Tribunals : A Sophisticated Approach to Enforcing International Humanitarian Law or an Idealistic Solution with Empty Promises ?, CLF 2009, 52 ff. ; *Meron*, Centennial Essay : Reflections on the Prosecution of War Crimes by International Tribunals, AJIL 2006, 551 ff. ; *Mettraux*, The Internationalization of Domestic Jurisdictions by International Tribunals : The Special Tribunal for Lebanon Renders Its First Decisions, JICJ 2009, 911 ff. ; *Møse*, Main Achievements of the ICTR, JICJ 2005, 920 ff. ; *Rautenberg*, In Memoriam Nürnberger Juristenprozess : Die Auseinandersetzung mit dem NS-Justizunrecht in den beiden deutschen Teilstaaten, GA 2012, 33 ff. ; *Riznik*, Die voraussichtliche Schließung des ICTY im Jahre 2013—Ein Freibrief für flüchtige Kriegsverbrecher ?, AVR 2009, 220 ff. ; *Ruhs*, *Hybride Gerichte, rescriptum* 2012, 46 ff. ; *Scharf*, The Iraqi High Tribunal : A Viable

Experiment in International Justice ?, JICJ 2007, 258 ff. ; *Schomburg*, Die Ad-hoc-Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda-Ihre immanenten Grenzen auf der Suche nach der Wahrheit, *Betrifft Justiz* 2009, 108 ff. ; *Swoboda*, Didaktische Dimensionen internationaler Strafverfahren-dargestellt am Beispiel der UN ad hoc-Tribunale, *ZIS* 2010, 100 ff. ; *Warburton/Culp*, Can Domestically Seated War Crimes Tribunals Generate Positive Externalities ? A Case Study of the Special Court for Sierra Leone, in : *Anderopoulos et al.*, International Criminal Justice : Critical Perspectives and New Challenges, 2011, 169 ff. ; *von Selle*, Prolog zu Nürnberg-Die Leipziger Kriegsverbrecherprozesse vor dem Reichsgericht, *ZNR* 1997, 193 ff.

§ 14 国際刑事裁判所 (IStGH)

1 ▶事例30：G将軍は、国際刑事裁判所規程の条約加盟国であるM国で強い政治的影響力をもつが、2003年に同国で実行したとされる、人道に対する犯罪に関与したことに(共同)責任があるとの疑いをかけられた。

a) Gに対して、M国の刑事訴追機関が——極めてためらいがちに——捜査を開始した。5年を経たが、その手続では、いまなお具体的な裁判には至っていない。

b) 短い刑事手続を経て、Gは、M国の刑事裁判所より、前述の事実に基づいて、傷害罪および過失致死罪の幫助犯を理由に有罪判決を受けた。Gは、1年の自由刑に処せられたが、保護観察のためにその執行が猶予された。

国際刑事裁判所の主任検察官は、最初の捜査をふまえて、Gは(双方いずれの事例も)国際刑事裁判所に訴追されるべきであるとの見解に至った。検察官は捜査を続行したいと考えているが、それは可能であるか？(この点について § 14 Rn. 23, 28) ◀

2 ニュルンベルクと東京の軍事裁判は、しばしば、「戦勝国司法」であるとの批判にさらされた。近年、国連安全保障理事会より「アドホックに(非常設ないしその問題限りで)」設立された臨時戦犯法廷(ICTY, ICTR)も、やはり批判を免れない。この点で、国連安全保障理事会はアドホック(非常設)戦犯法廷を設置することにより自身の権限を越えている、との指摘もある。また、国際的なその問題限りの刑事裁判管轄により国際法上の犯罪について極めて選別的な刑事訴追が行われているという点は、以前から批判があり、今もそのようにいわれている⁽¹⁾。特にこういった批判へ

(1) 全体について、*Ahlbrecht, Geschichte*, S. 73 ff., 330 ff.

の対応として、常設の国際刑事裁判所 (IStGH) をデン・ハーグに創設する手続が急がれた。国際刑事裁判所によって、国内の刑事訴追は、国際レベルにおいて、実効的かつ中立の裁判所によって補完されるべきものとされた。それに応じて、準備委員会(「特別委員会」,「設置準備委員会」)が設置され、1994年の「国連国際法委員会草案規程」に基づいて、国際刑事裁判所設立草案が起案された⁽²⁾。国連委員会におけるこのようないくつかの準備を経て、国連総会は、1997年12月に、1998年6月15日から7月17日まで外交上の全権会議をローマで開催することを決議した⁽³⁾。この会議には、160の国、17の中間国家組織、250の非政府団体(NGO)が参加した。粘り強く長い議論を経て、1998年7月17日、まさに最後の瞬間に、国際刑事裁判所ローマ規程(ローマ規程または国際刑事裁判所規程)⁽⁴⁾が採択され、国際社会で最初の中立かつ常設の刑事裁判所に向けた基盤ができた。120の国が規程の文言を承認し、7の国が反対し、21の国が棄権した⁽⁵⁾。本規程は、珍しい「グループ(連立)」(アメリカ、中国、イラク、イスラエル、イエメン、カタール、リビア)より反対された。

ドイツは、1998年12月10日に本ローマ規程に署名し、2000年12月11日には締約国として25番目に批准している(§17 Rn. 1 以下も見よ)。

3 ローマ規程が発効するための条件は、少なくとも60の国による国際法上拘束力のある承認であった(国際刑事裁判所規程126条)。この数は、予想よりもかなり早く、すでに2002年4月11日に満たされている。これにより、ローマ規程は、2002年7月1日に発効した。締約国会議は、現在122

(2) 国際刑事裁判所設立起案 UN Doc./A/CONF.183/2/Add.1. この点について、§13 Rn. 17を見よ。

(3) 国連総会決議52/160.

(4) Sartorius II, Nr. 35.

(5) そのようにして、条約に関するウィーン条約9条2項(Sartorius II, Nr. 320)により要求される3分の2の多数が得られた。

の国から構成されている⁽⁶⁾。チェコが、2009年7月に、欧州連合加盟国として最後にローマ規程に加わった。

I. 規程の構造

4 本規程は、前文と13の章とで構成され、全部で128条からなる。以下のリストは、その構造を概観したものである：

第1部：裁判所の設立	(1～4条)
第2部：管轄権、受理許容性及び適用される法	(5～21条)
第3部：刑法の一般原則	(22～33条)
第4部：裁判所の構成及び運営	(34～52条)
第5部：捜査及び刑事訴追	(53～61条)
第6部：公判	(62～76条)
第7部：刑罰	(77～80条)
第8部：上訴及び再審	(81～85条)
第9部：国際協力及び司法上の援助	(86～102条)
第10部：刑の執行	(103～111条)
第11部：締約国会議	(112条)
第12部：財政	(113～118条)
第13部：最終規定	(119～128条)

II. 裁判所の機能

5 国際刑事裁判所の裁判機能は、個人に対して、〔事件が〕重大であるために——そして、その実行が広範な犯罪複合の範囲でなされたものであるために——直接の被害者だけでなく、**国際社会自体**にかかわるような犯

(6) 条約締約国のリストは、下記URLから閲覧することができる。<http://www2.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/> (2013年3月現在)。

罪に関してその責任を問う、という点にある⁽⁷⁾。

個人の国家間領域におけるある行為が、国際法違反として、そしてこれによって国際法上の犯罪(前述§12 Rn.10以下)としてどの範囲まで国家にも帰属されうるかは、国際刑事裁判所の管轄となる問題ではない⁽⁸⁾。国家の責任という観点での国際法上の紛争に関しては、——国際刑事裁判所とは厳格に区別される——デン・ハーグに所在する国際司法裁判所(IGH)の管轄となりうる。

III. 管轄

1. 人的管轄

6 本規程は、自然人の可罰性のみを規定する(国際刑事裁判所規程25条1項参照)(「人的」管轄)⁽⁹⁾。フランスは、私法上の法人や団体も取り込むことを提案したが、これは受け入れられなかった。もっとも、前述したとおり、国家の答責性には無関係である(国際刑事裁判所規程25条4項)。刑事成人は、本規程26条1項で、18歳と定められている。ただし、これによって、国際法上の刑事成人が基本的に確定されたわけではなく、むしろ、18歳という年齢で区別したことは、短期間で少年国際刑法に関する会議参加者の合意が得られることは幻想にすぎないだろうという、およそ実務的な背景をもっていた⁽¹⁰⁾。本規程は、そういった中で、未成年者の可罰性を排除するのではなく、単に国際刑事裁判所の裁判権を18歳以上に限定するというかたちで、「すっきりとした」解決を追求したわけである⁽¹¹⁾。

(7) 国際刑事裁判所規程前文第4段参照。この点について詳細は、Triffterer-Triffterer, Rome Statute, preamble Rn. 12 ff.

(8) Seidel/Stahn, Jura 1999, 14, 15.

(9) この点および「責任原則」の概念について、Gless, Int. Strafrecht, Rn. 689 ff.

(10) Kreß, Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften 1999, 4, 5.

(11) これに対して、例えば、シェラレオネ臨時裁判所規程7条により15歳から18歳

7 国内法上の特権（例えば、ドイツでは連邦下院議員など。基本法46条2項参照）は、国際刑事裁判所にとって、その裁判権の行使を妨げない。そのような特権は、本規程27条により、考慮されないものとなっている。これによると、国家元首や政府の長の公的資格も、ある人を刑法上の責任から解放するものではなく、また減刑事由にもならない。この点は、本規程27条1項が明示しているところである⁽¹²⁾。

2. 事物管轄

8 国際刑事裁判所の事物管轄は、すべての国家共同体を対象とした、4つの特に重大な犯罪に限定されている：

- 集団虐殺（ジェノサイド）
- 人道に対する犯罪
- 戦争犯罪
- 侵略の犯罪

国際刑事裁判所規程は、これらの犯罪要素を、およそ70の個別の可罰的行為に解消している。ここで注目すべきなのは、犯罪構成要件の規律が管轄規定の形式で行われていることである。このことは、特に国際刑事裁判所規程5条1項2文から導かれる。同条項は、国際刑事裁判所の管轄（「司法権」）は前述した犯罪構成要件に及ぶとしている⁽¹³⁾。

侵略の犯罪について、国際刑事裁判所は、その裁判権をまだ行使してい

12 歳までの少年を「シェラレオネ臨時裁判所」へ起訴することはできる。しかし、実務でそのような訴追は行われていない。

(12) 特権について、後述 § 15 Rn. 45以下参照。

(13) 異なる見解として、管轄の評価に際して実体的に比較的高度の基準が立てられなければならないとするのは、国際刑事裁判所「*Ruto, Kosgey, Sang* 事件」（第2予審部＝*Kaul* 判事）2011年3月15日「訴追側からの出頭命令の申立てに関する決定」Rn. 7である。

ない。〔これは、〕1998年のローマ会議で、構成要件の定式化が合意に至らなかったためである。締約国会議は、確かに、2010年夏に、カンパラ、ウガンダに関する「事後的審査権限」に基づいて、犯罪の定義および裁判所が活動するための条件に関して妥結している。しかし、この決議は、申合せにより、早くても2017年1月2日にならないと発効しない（詳細は後述 § 16 Rn. 76以下を見よ）。したがって、国際刑事裁判所の裁判管轄は、当面の間、集団虐殺、人道に対する罪、戦争犯罪の構成要件に限定される。

3. 場所的管轄ないし「結合点」

9 前述した犯罪構成要件はすべての国家共同体に帰属する全体の法益を保護するものと理解するならば、事物管轄に関する論理的結合点は、普遍主義・世界主義⁽¹⁴⁾となるべきはずである。もっとも、そのような理解は、国際刑事裁判所は非締約国の領域において非締約国の国民が非締約国の国民に対して実行した行為についても関与できる、ということの意味する。しかし、それ自体としては一貫する普遍主義の取込みは、主権との比較衡量に劣らざるをえない。

したがって、国際刑事裁判所規程12条2項により、国際刑事裁判所は、締約国の主権領域内で起こった事件（属地主義）、または締約国の国民が実行した行為（積極的属人主義）にのみ管轄を有する。個人保護主義の補完は、世界保護主義と同様に、締約国会議において妥当しえないものであった。それでもなお、属地主義の取込みによって、基本的に、非締約国の国民も国際刑事裁判所の裁判管轄下に置かれることとなった——〔これは〕アメリカ代表の議長がローマ会議で激しく争った点である。しかし、結合点を積極的属人主義と属地主義に限定したことは、結果として、非締

(14) この点および以下で述べる原理について、§ 4 Rn. 3以下ならびに § 17 Rn. 38以下を見よ。

約国の政府機関が自国の国民に対して実行したというような、国際法上特に重要な犯罪が捕捉されない、という事態を導いたのである。

10 もっとも、国際刑事裁判所規程12条3項によると、国家は、国際刑事裁判所の管轄をその問題限りで承認することができ、その際同時に条約締約国となる必要はない（いわゆる「選択」条項）。国際刑事裁判所規程12条3項による事件限りの承認は、それまでローマ規程の締約国ではなかった国にも、個別の事例を国際刑事裁判所に提訴する機会を与える。これは特に、人道を無視する指導者に率いられてきた国が、その支配者が規程への参加を拒否してきたときに、その指導者を国際刑事裁判所に提訴したいと考える場合に重要である⁽¹⁵⁾。ここで、国際刑事裁判所の管轄が認められるためには、対象となる国家の簡単な意思表示で足りる。

4. 時間的管轄

11 時間的観点において、管轄は、国際刑事裁判所規程11条により、本規程が発効（2002年7月1日）した後に実行された、または現に実行されている犯罪に限定される（「時間的」管轄）。そこから一貫して、国家がその時点以後に条約締約国となった場合、国際刑事裁判所は、本規程が発効した後に当該国に関して実行された犯罪にのみ、その裁判権を行使できる。

ただし、締約国が国際刑事裁判所の長に対して国際刑事裁判所は自国との関係でそれ以前の犯罪にも裁判権行使を許されると意思表示した場合に限り、前述と異なる扱いがなされる（国際刑事裁判所規程11条2項、12条3項）。

IV. 裁判所の活動の開始（「開始要件」）

12 裁判所の活動は、単にその裁判管轄に該当するというだけで自動的に

(15) この点について、*Ntanda Nsereko*, CLF 1999, 87, 106参照。

開始されるわけではない。むしろ、国際刑事裁判所規程13条に列挙された3つの開始要件のうち1つでも確証されることが必要である(いわゆる「引き金装置(trigger mechanism)」〔=開始要件〕)⁽¹⁶⁾。

国際刑事裁判所は、ドイツの刑事訴訟の場合と異なり、始めから1個または複数の特定の犯罪または事件だけを究明するわけではない。むしろ、「開始要件」は、常に事態(Situation)に関係づけられている。事態とは、国際刑事裁判所の関与が求められる人に対して、国際刑事裁判所規程の意味での犯罪が実行されたことの嫌疑が基礎づけられる国において生じたとされる、法律上および事実上の全事情であると理解される。国際刑事裁判所がその捜査を開始したときは、この事象が、地理的、時間的、人的に、すなわち潜在的な加害者および被害者に関して、包括的に調査される。そこから、1個または複数の具体的な事件(Fall)が判明したときは、各々区別して起訴し、個別に手続の対象となる⁽¹⁷⁾。

1. 国家提訴

13 国家提訴の場合、条約締約国は、検察官に対して、一定の事態を示し、国際刑事裁判所の管轄に該当する犯罪が特定の人によって実行されたことを調査するように依頼する(国際刑事裁判所規程13条a号, 14条)。この手続には外交上の相当な難問が伴う危険性があるために、国家提訴は国際刑事裁判所の実務においてあまり使用されないであろうと予測された。このことは、特に、欧州連合(欧州連合運営条約259条参照)または欧州人権条約(欧州人権条約33条参照)における類似制度に際して、締約国から

(16) テーマ全体について詳細は、Olásolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, 2005参照。

(17) Olásolo, ICLR 2005, 121, 125 f ; Rastan, CLF 2008, 435 ff. を参照。「事態」と「事件」との区別について、国際刑事裁判所規程13条および17条も見よ。

はほとんど提訴されないという経験が示すところである⁽¹⁸⁾。国家提訴が重要性をもつのは、ある国が自身の領土を対象とする事態を調査のため検察官に提示する場合だけであろう、というのである。〔そのため、〕このいわゆる「自己付託」は、規程に関する審議において重要とはされなかった⁽¹⁹⁾；しかし、現実には、これが、国際刑事裁判所の関与を求めるための中心的な方法となっている⁽²⁰⁾。

例：これまでに、4つの事態が、自己付託に基づいて国際刑事裁判所に提訴された⁽²¹⁾。ウガンダの大統領 *Museveni* は、2003年12月に、1個または複数の——国際刑事裁判所の管轄に該当する——犯罪が実行されたことを示す国内の事態を、調査のため検察官に提出した⁽²²⁾。2004年3月には、コンゴ民主共和国が、同様の事態を検察官に提出した。これを背景に、2004年6月には、最初の捜査手続が開始されることになった。*Thomas Lubanga Dyilo* に対する初回の公判は、2009年1月に始まり、2012年に14年の自由刑を科す有罪判決で1審が終了した⁽²³⁾。最後に、中央アフリカ共和国が2005

(18) *Hoffmeister/Knoke*, ZaöRV 1999, 785, 793. 欧州連合構成国より発議された条約違反手続 (259 AEUV) の見落とされがちな実践的意義については, *Streinz-Ehricke*, Art. 259 AEUV Rn. 3 があり, 個人提訴とならんで定められる国家提訴 (欧州人権条約33条) の意義が小さい点は, § 11 Rn. 101 ff. ならびに *Peters/Altwickler*, EMRK, § 36 Rn. 1 がある。

(19) もっとも、「自己付託」は、すでにローマ会議でも議論されていた。*Robinson*, JICJ 2011, 355, 361 ff. を参照。

(20) 「自己付託」のテーマについて, *Kreß*, JICJ 2004, 944 ff.; *Schabas*, Introduction, S. 164 f. を見よ。

(21) 事態およびそこから導かれる事案の詳細は, 国際刑事裁判所のホームページで閲覧することができる。http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations_and_cases/situations/Pages/situations_index.aspx (2013年3月現在)。

(22) ウガンダの事態について, *Apuuli*, CLF 2004, 391 ff.; *Zeidy*, ICLR 2005, 83 ff. 参照。

(23) 国際刑事裁判所「*Lubanga* 事件」(第1公判部) 2012年3月14日「罪責判決」は, 規程74条による裁判であり, 国際刑事裁判所「*Lubanga* 事件」(第1公判部) ↗

年1月に、そしてマリ共和国が2012年7月に、それぞれ領土内の事態を国際刑事裁判所に付託した。

14 国際刑事裁判所規程は自己付託を明示には定めていないため、そのような方法がそもそも本規程13条a号で捕捉されたものであるかについては、争いがある⁽²⁴⁾。これに反対する根拠としては、少なくとも付託した国の法システムが損なわれていないという場合には、国内レベルでの再生がその強化につながる、という点が挙げられよう。また、「自己付託」は、対象国に、自身の義務からの安易かつ簡単な抜け道を可能にさせる⁽²⁵⁾。他方、このような状況は、国際刑事裁判所規程17条の補完性ルールに匹敵している。したがって、刑事訴追を国内レベルで真摯に実施することの意思ないし機会が欠ける場合には、国際刑事裁判所の裁判権の行使が許容される⁽²⁶⁾。この間に、予審部は、「自己付託」を、国際刑事裁判所規程に適合するものと判断している⁽²⁷⁾。

2. 主任検察官の独自捜査

15 主任検察官は、独自に職権で、捜査を開始することができる（いわゆ

↘ 2012年7月10日「量刑判決」は、規程76条による裁判である。この点について、*Barthe*, JZ 2013, 88 ff.

(24) *Robinson*, JICJ 2011, 355 ff. を参照。

(25) *Burke-White*, Harv. Int. LJ 2008, 53, 62 f ; *Jurdi*, ICLR 2010, 73, 95 f.

(26) *Schabas*, Introduction, S. 164. しかし、少なくとも意思が欠ける事案（国際刑事裁判所規程17条では「意思がない」と規定される）では、一定の問題が残される。ある国家が自ら事態を国際刑事裁判所へ付託する場合、これによって、同国が問題の収集を希望することが明らかにされるからである。*Jurdi*, ICLR 2010, 73, 78 ff.

(27) 国際刑事裁判所「*Lubanga*事件」（第1予審部）2006年2月「決定に関連する判断」、および、2006年2月24日付け事件記録中にある設立文書 Rn. 35. *Werle*, Völkerstrafrecht, Rn. 295 ; krit. zur rechtlichen Zulässigkeit und der extensiven Anwendung des Instituts der „self referrals“ *Müller/Stegmiller*, JICJ 2010, 1267 ff. も見よ。

る「自発的捜査 (proprio-motu-Ermittlung)」。国際刑事裁判所規程13条c号, 15条1項)。この権限の導入は, ローマ会議の中ではじめて, 裁判所設置に批判的な国からの部分的に激しい反対を押し切って議決された。これに対して, 検察官独自の捜査の開始は, 国際刑事裁判所の予審手続を担当する法廷の承認に結びつけられている。予審部は, 国際刑事裁判所規程15条4項により, 捜査を開始するための十分な理由があるか, そして, その事件は国際刑事裁判所の管轄に該当するか, という点を審査する。

例: 当時の主任検察官 *Luis Moreno Ocampo* は, 2009年11月26日, ケニアの事態について, 第2予審部に, 捜査の開始を申し立てた。この事態は, ケニアで2007年から2008年にかけての年末年始に起きた暴動を対象としている。この暴動は, 2007年12月の大統領選挙をきっかけとして起きたものであった。資料は, 2009年7月に, 国際的に構成された *Waki* 委員会 (ケニアで調査を行った) から検察官に交付された。第2予審部は, 2010年2月18日, 積極判断の条件として, 事態についての付加的情報を起訴において示すべきことを判示した。最終的には2010年3月31日に, 捜査の開始が承認された⁽²⁸⁾。

さらに, 当時の主任検察官 *Ocampo* は, コートジボワール共和国で2010年末の大統領選挙の後に起きた暴力紛争に関して自発的捜査を申し立て, 第2予審部より承認された⁽²⁹⁾。この事態に関して, 同国は当時規程の加盟国ではなく, 政府が2003年4月18日に国際刑事裁判所規程12条3項により「加盟」を表明していた点は, 注目される。コートジボワールは, 2013年2月15日に, 122番目の国として本規定を批准した。

検察官は, 当初から, 多くの「情報」, つまり捜査開始をもくろむ事態

(28) 国際刑事裁判所 (第2予審部) 2010年3月31日「ローマ規程15条による, ケニア共和国の事態に対する捜査権限に関する決定」。

(29) 国際刑事裁判所 (第3予審部) 2011年10月3日「ローマ規程15条による, コートジボワール共和国の事態に対する捜査権限に関する決定」。

についての私人の信書をもっていた(例えば、イラクおよびパレスチナの事態に関して)。しかし、検察局は、そのような捜査開始の措置を採らなかった⁽³⁰⁾。

3. 国連安全保障理事会の決議

16 最後に、国連安全保障理事会は、国連憲章第7章の決議により、一定の「事態」を調査するために国際刑事裁判所に付託することができる(国際刑事裁判所規程13条b号)。その際、対象国がローマ規程の締約国であるか否かは、重要ではない。したがって、この規定は、国際刑事裁判所の実効性に大きな意味をもつ⁽³¹⁾。しかし、その際、従来から特に安全保障理事会の常任理事国であるアメリカが国際刑事裁判所に対して懐疑的であったことは、見落としてはならない⁽³²⁾。それゆえ、この理論的には非常に重要である「開始手段」は、国連安全保障理事会の常任理事国による拒否権発動⁽³³⁾により、実践的には相対化される。

それでも、ダルフル(スーダン)における事態は、2005年3月31日の国連安全保障理事会決議第1593号(2005年)⁽³⁴⁾によって、国際刑事裁判所に付託された。その際、アメリカは、投票を見送った⁽³⁵⁾。もっとも、アメリカの投票行動にとって決定的であったのは、本決議が留保を伴うものだったことである。これは、ローマ規程の非締約国(特にアメリカ)が、国際

(30) 批判的見解として、Schabas, CLF 2011, 493, 506がある。

(31) Kaul, Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften 1998, 138, 139も見よ。

(32) 国際刑事裁判所に対するアメリカの態度について、Kindt, KritJ 2002, 427 ff. ならびに Ipsen in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, § 42 Rn. 29.

(33) 国連安全保障理事会の常任理事国の拒否権について、国連憲章27条3項を参照。

(34) 国連安全保障理事会決議1593(2005)、および下記URLを見よ。<http://www.iccnw.org/documents/SC1593.31March05.Fr.pdf> (2013年3月現在)。

(35) Bassiouni, JICJ 2006, 421, 425参照。

刑事裁判所による自国民の刑事訴追を危惧する必要がないというものである³⁶⁾。この制限は、必要な政治的妥協に負うものであるが、しかし本来的には、国際刑事裁判規程13条b号の条理および国際刑事裁判所の全体的な考え方に反する。検察官の行動は、政治的に世界から注目された。検察官は、2008年7月に、在職中のスーダン大統領 *Omar Al Bashir* に対する勾留命令を申し立て、2009年3月にその発令を受けた³⁷⁾。この間に、第2の勾留が2010年7月12日に発令されたが、これは、集団虐殺（ジェノサイド）の被疑事実に基づくものであった³⁸⁾。しかしながら、*Al Bashir* は、釈放され、スーダン大統領としてのその職務を遂行している³⁹⁾。

安全保障理事会は、2011年2月26日、新たに国際刑事裁判所規程13条b号の権限を行使し、国連安全保障理事会決議第1970号（2011年）⁴⁰⁾により、リビアにおける事態を、国際刑事裁判所に付託した。付託の対象は、2011年2月15日以来続いていた民主化運動に対する帰結としての、リビアにおける一般市民への不当な介入である。ここで注目されるのは、国際刑事裁判所への付託がはじめて全員一致で決議されたことである⁴¹⁾。リビアの現

36) *Kurth*, Das Verhältnis des Internationalen Strafgerichtshofs zum UN-Sicherheitsrat, 2006, S. 73 f.

37) 戦争犯罪および人道に対する犯罪を理由とする勾留命令は、下記 URL で閲覧することができる。http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf (2013年3月現在)。批判的見解について、*Nauyen*, HRRS 2008, 368 ff.

38) 国際刑事裁判所（第1予審部）2010年7月12日「*Omar Hassan Ahmad Al Bashir* に対する2度目の逮捕令状」。下記 URL を見よ。http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc907140.pdf (2013年3月現在)。

39) *Al Bashir* の拘束は、彼がまだ公職にあった限りにおいて、この勾留命令に基づいて許容されるものであったかは、争いがある。*Blommestijn/Ryngaert*, ZIS 2010, 428 ff.; *Hoven*, ZIS 2011, 230, 232 f. 参照。

40) 国連安全保障理事会決議1970 (2011) は、下記 URL を見よ。http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1970 (2011) (2013年3月現在)。

41) 詳細につき、*Frau*, AVR 2011, 276 ff. ならびに *ders.*, ZIS 2011, 784 ff. を見よ。↗

職大統領 *Muammar Gaddafi*, その息子 *Saif Al-Islam Gaddafi* および諜報部長官 *Abdullah Al-Senussi* に対する相当の勾留命令は, 検察官の申立てに基づき, 2011年6月27日に第1予審部より発付されている⁽⁴²⁾。 *Muammar Gaddafi* に対する手続は, 彼の死亡により, 2011年11月22日に打ち切られた。現在まで, 新リビア政府は, 残り2人の被疑者を国際刑事裁判所へ移送することを拒否している⁽⁴³⁾。

一部では疑問も述べられるが, 国際刑事裁判所規程13条b号は, 安全保障理事会の権限拡張を意味するものではない。そのような権限拡張は, 場合によっては, 国連憲章の改正を要するだろう。むしろ, 安全保障理事会は, 事件限りの法廷と同様に国連憲章第7章に基づいて介入できるのであり, これと同じ根拠で, 国際刑事裁判所へ事態を付託することができる⁽⁴⁴⁾。この機会があることによって, 問題を伴う新たな非常設法廷(前述 § 13 Rn. 27以下を見よ)を国際刑事裁判所と並んで設置しなければならないという状況が, 回避されることになる。

↘(国際慣習法を超える, 個人に対する安保理の刑法適用権限に関する興味深い問題についても論じている)。

(42) 国際刑事裁判所(第1予審部)2011年6月27日「*Muammar Mohammad Abu Minya Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi* に対する検察官申請に対する決定」。下記URLで閲覧することができる。<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1099314.pdf> (2013年3月現在)。

(43) この点について, 国際刑事裁判所とリビア政府との間で争いが生じた。この争いは, 2012年6月, リビア当局による国際刑事裁判所職員4名の短期間の拘束において頂点となった。2013年2月6日, 第1予審部は, *Al-Senussis* を国際刑事裁判所へ即時移送するよう命じた。国際刑事裁判所(予審部)2013年2月6日「*Abdullah Al-Senussi* に関する予審部からリビア政府に対する義務づけ及び国際刑事裁判所の指示としての緊急命令」。リビアの事態について, *Stahn, JICJ* 2012, 325, 332 ff.; *Redlefsen, JR* 2012, 497 ff. も見よ。

(44) *Hoffmeister/Knoke, ZaöRV* 1999, 785, 790.

V. 補完性原則

17 ローマ規程では、国内刑事裁判所の国際刑事裁判所に対する裁判権の優越が定められている。これによると、国内の刑事手続が行われている場合、またはすでに行われた場合には、国際刑事裁判所は、重大犯罪にあたる場合でさえ、基本的に自身の裁判権を行使することができない。しかし、この原則には、2つの例外がある。国内刑事手続が優先するとはいえ、対象国が、刑事訴追を真摯に遂行することの「意思がないもしくはその状況にない」場合（国際刑事裁判所規程17条）、または何も活動しないままである場合には、国際刑事裁判所は、その裁判権を行使することができる。これを、補完性原則という⁽⁴⁵⁾。

補完性ルールは、国際刑事裁判所の事物管轄（国際刑事裁判所規程5条）とその裁判権行使（国際刑事裁判所規程12条）との区別に際して、適用される。具体的事実に関して国内裁判所と国際刑事裁判所の双方が事物管轄を有するとき、補完性原則は、双方事物管轄を有するうちでいずれの裁判所が優先するのか、ないしは司法権の行使が認められるのか、という問題を決定する。この場合、国際刑事裁判所は、あらゆる手続状況において、自身の裁判権を（なおも）行使することができるかという点を確認しなければならない。国際刑事裁判所は、当該国がその国内刑法に基づいて管轄を有し、刑事訴追を真摯に遂行している、ないしはそれが終結されたと判断するときは、自身の手続の打切りを決定しなければならない（国際刑事裁判所規程18条）。

国際刑事裁判所の裁判権行使はどのような場合に許されるかという問題

(45) 補完性原則につき包括的に論ずるものとして、*Lafleur, Der Grundsatz der Komplementarität - Der Internationale Strafgerichtshof im Spannungsfeld zwischen Effektivität und Staatensouveränität*, 2011; ならびに *Ratzesberger, The International Criminal Court. The Principle of Complementarity*, 2006 がある。

は、裁判所にとって、重要な意義をもつ。実務にとっての法的な難題は、将来において、条約締約国が刑事訴追を真摯に遂行する「意思がないまたはその事態にない」とはどのような場合かを判断しなければならない点にある。

18 当該国が手続を見かけ上だけ遂行しているという場合には、国際刑事裁判所規程17条の意味での、真摯に刑事訴追を行う意思が欠けている（いわゆる「でっちあげの手続」）。すなわち、このような場合、実際には、国内刑事訴追機関にとって重要な関心は、有罪判決ではなく、対象者を国際刑事裁判所の訴追から守ることにある。このような真摯に刑事訴追を行う意思が欠けているということについて証明が容易には行いがたいということは、この基準の主観的な形態を考えると、明白であろう。不十分な処罰という問題も、考察に取り込まれなければならない。しかし、最終的には、各々の国に「どのような」処罰を行うかに関して一定の評価裁量が与えられることは、避けられない。したがって、国際刑法典(VStGB)⁽⁴⁶⁾の草案理由で述べられた見解は、合理的であると思われる。これによると、国際法上の犯罪に対して国内法に定められた刑の範囲は、処罰が軽いために明らかに不相当なものであるとはいえない限りにおいて、国際刑事裁判所規程に適合するものである⁽⁴⁷⁾。

19 刑事訴追の能力が欠けるという要素は、確かに、基本的には当該国において犯人と推定される者を裁判に付する意思はあるが、しかし、事実上、客観的な理由から最終的にそれが不可能であるという場合には、認められなければならない。例えば、国内の司法システムが、内戦等によって壊滅してしまったという場合である。

例：戦争犯罪および人道に対する犯罪で起訴された *Jean-Pierre Bemba Gombo*

(46) この点について詳細は、後述 § 17 Rn. 6 ff.

(47) 連邦政府法律案の理由は、BR-Drucks. 29/02, S. 38.

(中央アフリカ共和国の事態)は、国際刑事裁判所規程17条を援用して、手続の打切りを求めた。その理由は、国内レベルでの彼に対する刑事手続がいったん打ち切れ、それが再開されたにもかかわらず、事態がすでに国際刑事裁判所に付託されている、という点にあった。公判部は、2010年6月24日、国際刑事裁判所規程17条のすべての類型によりこの手続が許容されると判断した。なぜなら、現在のところ刑事訴追は行われておらず、中央アフリカ共和国には自ら捜査および刑事訴追を行う能力もなく、終局的な判決は実際に国内レベルで下されず、事件を解決することができないからである⁴⁸⁾。

基本的に司法システムは損なわれていないが、国際法上の犯罪を捕捉するための国内刑法が欠けているという場合も、刑事訴追を行うための能力は、否定されなければならない。この場合には特に、ある国がローマ規程の国際法上の構成要件を——国際刑法典をもつドイツとは異なり——国内法に具体化しておらず、それゆえ、これらの犯罪を単に「通常の犯罪」(例えば、謀殺罪、強姦罪、傷害罪など)として評価するしかない場合、その国は補完性条項の要件を満たしているかという点が問題となる。不法な行為に相当な刑罰が科されたときに国際刑事裁判所の管轄を否定する根拠として、ローマ規程は、その具体化義務を定めるものではなく⁴⁹⁾、逆に結果として国内法を尊重するものである、ということが挙げられる。これに対する重要な反論として、強姦行為によるなど、人道に対する犯罪の評価によっては、普遍的法益の侵害から生じる特別の不法内容が明らかにはされない、という点が挙げられる。つまり、その場合、相応の処罰が行われたとしても、不法の内容が明確にはされないということである⁵⁰⁾。

(48) 国際刑事裁判所「Bemba事件」(第3公判部)2010年6月24日「訴訟打切申立ての許否に関する決定」。

(49) この点での批判的見解として、Akhavan, JICJ 2010, 1245 ff.

(50) 異なる見解として、Lafleur, Der Grundsatz der Komplementarität - Der In-

例：この論拠によって、特に大量虐殺により起訴された当時ルワンダ紅茶産業監視委員会の総裁であった *Bagaragaza* の、ルワンダ国際戦犯法廷 (ICTR) からノルウェー裁判所への送致に対して、2006年に却下が言い渡された。なぜなら、ノルウェー法は、当時、ジェノサイドの犯罪構成要件を定めておらず (この間に、その構成要件は創設されているが)、当該行為は単に謀殺罪として起訴されるにすぎなかったからである⁵¹⁾。

20 国際刑事裁判所がその裁判権を行使しないことについての別の根拠は、国際刑事裁判所規程17条1項d号のいわゆる「最小限条項」である。これによると、事件がどれほど重大なものであるかが重要となる。当初、この基準は、国際刑事裁判所によって非常に限定的に解釈されていた。したがって、本条項の適用によって、政治的または軍事的な序列の頂点に立つ者 (「裁判所の司法権の範囲内で当該犯罪に対して最も責任があることの嫌疑を受けた最上位の地位にある者」) に対してしか捜査することができなかった⁵²⁾。しかし、この間に、予審部は、例外的にこの障害を越えないことにつき根拠があるか否かというかたちで、消極的にしか審査しないようになっている⁵³⁾。この新たな解釈は、支持されるべきである。この見解

↘ internationale Strafgerichtshof im Spannungsfeld zwischen Effektivität und Staatensouveränität, 2011, S. 254 f. がある。国際刑事裁判所規程17条とほぼ一致する同規程20条の文言により、この問題は、二重処罰禁止の問題とも関連する。Liu, Chinese Journal of International Law 2007, 789 ff. を見よ。

(51) 国際刑事裁判所「*Bagaragaza* 事件」(公判部) 2006年5月19日「ノルウェー王国への回付を求める検察側申立てに対する決定」Rn. 16.

(52) 国際刑事裁判所「*Lubanga* 事件」(第1予審部) 2006年2月24日「2006年2月第1予審部決定に関する決定」および「事件記録に含まれた設立文書」Rn. 35, Rn. 50.

(53) 最初のものとして、国際刑事裁判所「*Lubanga* 事件」(上訴部) 2006年7月13日「第1予審部の第58条による逮捕状を求める検察官の申立てに対する決定に対する検察官上訴に関する裁判」。最終のものとして、国際刑事裁判所「*Al Bashir* 事件」(第2予審部) 2009年3月4日「逮捕状に関する決定」。

の方が、国際刑事裁判所規程の目的についての条約締約国の理解に適合するものであろう。

21 補完性原則は、国際刑事裁判所による刑事訴追の構造を、国際裁判管轄の従来の試みからはっきりと区別するものである。ニュルンベルク裁判および東京裁判では、主たる戦争犯罪者に関して、対象国に対し、自ら司法上の活動を行う機会をそもそも与えていなかったし、アドホック戦犯法廷も、国内裁判権に対する優越を定めていたが、国際刑事裁判所の役割は、特に「最終手段としての裁判所」ということにある⁶⁴。

22 国際刑事裁判所規程17条の基準に該当するか否かの判断は、国際刑事裁判所自身に委ねられるので（国際刑事裁判所規程18条、19条参照）、この裁判所の役割は、過小評価されてはならない。この点で、国際刑事裁判所は、権限を決める権限（Kompetenz-Kompetenz）を有する。また、補完性原則からは、重要な法政策的影響が生じる。それは、締約国は自国の刑事法制度を自国民の犯罪ないし自国内で実行された犯罪を自国の裁判所で審判できるように形成するという方向で、各国に政治的な圧力を与えるものとなる。すなわち、国際刑事裁判所での訴訟は、国際的な刑法原則によると管轄をもつ国に対する「非難」という意味も常に含んでいるのである。当該国は、国際法上の犯罪を審判する能力がない、または意思がないとみなされるからである。

補完性原則が安全保障理事会による付託の事案（この点について前述 § 14 Rn. 16）にも適用されるかという問題は、まだ解明されていない⁶⁵。いずれにせよ、国際刑事裁判所規程53条2項からは、この場合も補完性原則

⁶⁴ Philips, CLF 1999, 61, 64.

⁶⁵ この点で否定的な見解として、Philips, CLF 1999, 61, 65 ; Safferling, Int. Strafrecht, § 7 Rn. 26があり、支持する見解として、Cassese, Int. Criminal Law, S. 344 ; Politi in : Politi/Nesi (Hrsg.), Rome Statute, S. 13 ; Ambos, Int. Strafrecht, § 8 Rn. 10 m.w.N. がある。

を考慮すべきことが想起される。これによると、検察官は、安全保障理事会に対しても、どのような理由で、国際刑事裁判所規程17条によって、つまり補完性原則から、付託された事態に関する刑事訴追を不許容であると判断したのかを、示さなければならない⁶⁶⁾。

23 事例30のaでは、主任検察官は、主導権を発動した(いわゆる「自発的」捜査)。その捜査が継続されうるためには、予審部が、国際刑事裁判所規程15条4項により承諾を与えなければならない。その際には、国際刑事裁判所の管轄ならびに裁判権行使のための条件も審査されることになる。この点で、補完性の問題が生じる(国際刑事裁判所規程17条)。M国が犯罪を真摯に訴追することの能力がないまたはその意思がないということが示される場合に限り、国際刑事裁判所の裁判権が認められる。捜査手続が5年を超えてもまだ具体的な結論に至っていないという場合、これは明らかに、対象者を国際刑事裁判所の介入から守るためだけの手続である(いわゆるでっちあげ手続)。これにより、その国は、国際法上の犯罪を行ったと推定されるGに対して真摯な訴追を行う意思がないものとみなされる。したがって、国際刑事裁判所の裁判権が認められることから、主任検察官の以後の捜査は、基本的に承認されうることとなる。

VI. 組織

24 国際刑事裁判所は、常設の(ständig)国際機関として、デン・ハーグ⁶⁷⁾に設置されている。これは、条約上定められたその任務を遂行するために、国際刑事裁判所規程4条1項により、国際法上の主体性を備えてい

⁶⁶⁾ Kurth, Das Verhältnis des Internationalen Strafgerichtshofs zum UN-Sicherheitsrat, 2006, S. 62.

⁶⁷⁾ ニュルンベルク市も、国際刑事裁判所の設置に関心を示していたが、「世界裁判所都市」デン・ハーグが、最終的に指名された。

る。これにより、国際刑事裁判所は、その任務遂行と目的達成のために必要な国際法上の行為能力を与えられる。この点および常設性の点において、国際刑事裁判所は、はっきりとユーゴおよびルワンダのアドホック戦犯法廷とは区別される。これらは、単に安全保障理事会の補助機関であり、一定の（時間的に限定された）原因に関してのみ活動を求められるものであった。国際刑事裁判所と国際連合との関係は、相応の特別協定によって定められる。これによると、裁判所の権威および普遍的な性質が強調されている⁶⁸。裁判所の構成は、デン・ハーグおよびアルーシャに設置された双方のアドホック戦犯法廷の構造に強く依拠している。国際刑事裁判所規程34条によると、裁判所は、次のような構成となっている。

- 裁判所長会議（3人の所長判事から構成）
- 予審裁判部〔以下、「予審部」とする〕 („pre-trial division“), (6人の裁判官から構成)
- 第1審裁判部〔以下、「公判部」とする〕 („trial division“), (6人の裁判官から構成)
- 上訴裁判部〔以下、「上訴部」とする〕 („appeals division“), (5人の裁判官から構成)
- 検察局 („office of the prosecutor“)
- 書記局 („registry“)

1. 裁判官

25 国際刑事裁判所には、18人の裁判官が所属している。その資格を得るためには、各々の母国で裁判官としての資格を有していなければならない。裁判官は、締約国からの推薦を受け、締約国会議により秘密選挙によって

⁶⁸ Seidel/Stahn, Jura 1999, 15.

選ばれる。刑法と国際法のバランス(国際刑事裁判所規程36条3項b号)に注意されなければならない。既存法システム相互の反映と、地理的な均衡も、同様である(国際刑事裁判所規程36条8項)⁽⁵⁹⁾。裁判官と検察官は、国際刑事裁判所規程40条、42条により、相互に独立であり、各々の指示に拘束されない。また、彼らは、その公的な活動に関して、国家の裁判権に対する特権を与えられる(国際刑事裁判所規程48条2項)。カナダ人であった初代 *Philippe Kirsch* の後任者として、2009年3月以後、国際刑事裁判所の第2代裁判所長には、韓国人である *Sang-Hyun Song* が就任している。裁判官の任期は、9年である。国際刑事裁判所規程36条9項は、独立性を確保するために、基本的に再任を排除している⁽⁶⁰⁾。

2. 書記局

26 国際刑事裁判所の書記局は、国際刑事裁判所の活動のなかで非裁判部門を担当する。すなわち、主として、裁判所の管理行政を行う(国際刑事裁判所規程43条参照)。国際刑事裁判所書記局は、5年の任期で、1回の再任が可能であり、裁判官の中から選定される。書記局には、被害者および証人のための部局が設置されており、この部局が、保護措置、助言、支援を担当する(国際刑事裁判所規程43条6項)(被害者の権利について後述 § 14 Rn. 35参照)。

3. 検察官

27 国際刑事裁判所は、独自の検察局を有する。検察局は、特に、独自に捜査を開始する権限をもつ(国際刑事裁判所規程13条c号、15条)⁽⁶¹⁾。締約

(59) 手続について、*Ambos*, Int. Strafrecht, § 6 Rn. 25などを見よ。

(60) 全体について、*Cassese/Gaeta/Jones-Jones*, Rome Statute, S. 246.

(61) 主任検察官の役割について詳細は、*Rost/Ruegenberg*, ZStW 111 (1999), 297 ff.

国会議は、2003年4月21日、国際刑事裁判所の初代主任検察官に、アルゼンチン人の *Luis Moreno Ocampo* を選任した。また、2011年12月12日には、その後任者として、ガンビア人の *Fatou Bensouda* が選ばれている。その任期は、9年である。

4. 財政

28 国際刑事裁判所規程115条により、裁判所は、国際連合および締約国から、財政的な資金を受ける。その際、日本とドイツは、財政上の主たる負担を担っている⁶²⁾。また、政府、国際組織、私人、その他の組織からの任意の寄付も可能である（国際刑事裁判所規程116条参照）。

VII. 手続

29 国際刑事裁判所規程は、国際法上の条約としては非常に詳細に、刑事手続について規定している⁶³⁾。しかし、国際刑事裁判所規程51条によると、締約国会議は、さらに付加的な、独自の、そして内容的には国際刑事裁判所規程を上回る手続規定を定めている。いわゆる、「訴訟と証拠に関する規則」(RPE)である。

1. 捜査手続

30 国際刑事裁判所規程13条により「事態」が付託されると、検察官は、捜査手続を開始するための十分な根拠（「合理的な理由」）があるか否かを審査する（国際刑事裁判所規程53条）。その際、検察官は、提示された情報は犯罪を認める上でどれほど十分なものであるか、また手続を行うこと

⁶²⁾ *Ambos*, Int. Strafrecht § 6 Rn. 29 ; *Schabas*, ICC, S. 1153も見よ。

⁶³⁾ 手続法について基本的なものとして、*Safferling*, *Towards an International Criminal Procedure*, 2. Aufl., 2003がある。

は補完性原則または正義に基づく衡量に反するものではないか、という点を検討する。国際刑事裁判所での手続を正義の利益において見送ることは、特に、事実調査委員会のような代替的な紛争解決モデルの観点から想定することができる⁽⁶⁴⁾。検察官が自主的に、つまり職権によって(国際刑事裁判所規程13条c号, 15条1項)主導権を発動する場合、前述のとおり(§ 14 Rn. 15), 捜査の正式な開始について、予審部から承認を得なければならない(国際刑事裁判所規程15条3項参照)。このような検察官の独立性に対する制限は、ローマ会議の最後まで「自発的」捜査および検察官の広範な独立性に対して反対の意思を表明していた国への譲歩である。

検察官は、客観的な捜査を行う義務を負う。つまり、検察官は、実体的真実の究明に努めなければならない(国際刑事裁判所規程54条1項a号)。このようなことは、ドイツの刑事訴訟法からみれば当然のことであるといえるが(刑訴法160条2項参照)、しかし、「コモン・ロー」の対審型訴訟における訴追官の片面的な捜査義務とは対立するものである⁽⁶⁵⁾。

31 勾留または搜索命令などの介入的性質をもつ強制処分、ならびに容疑者の引致については、国際刑事裁判所規程58条1項により、予審部のみが命令することができる。これに対して、国際刑事裁判所規程54条3項によると、検察官は、介入的性質をもたない処分(証拠の収集、国家への協力要請、証人の尋問など)を、独自に行うことができる。こうして、予審部は、多くの点で、ドイツの刑事手続における捜査判事に類似する。

(64) この困難な識別問題について、*Maged*, ICLR 2006, 419, 424 f.; *Rodman*, LJIL 2009, 96, 99 ff. ならびに国際刑事裁判所検察局による司法の利益に関する政策的提言2007年9月 (ICC-OTP-2007), S. 7 f. を参照。しかし、同文書は、このような構造は補完的なものであるとみている。

(65) *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 9 Rn. 10 f. のみは見よ。詳細なものとして、例えば *Sprack*, *Emmins on Criminal Procedure*, 2002, S. 278 ff.; *Kirsch*, ICLR 2006, 275, 285 f.

2. 中間手続

32 ある人が国際刑事裁判所へ送致されるか、または任意で出頭した場合、国際刑事裁判所規程61条により、予審部は、「確認的審問」と呼ばれる口頭弁論を開き、訴追された人に対する被疑事実を審査する⁽⁶⁶⁾。この場で、立会検察官と被疑者は、証拠を提出し、弾劾まで行うことができる。予審部は、自身の裁量により、起訴された点は確証されたとして、公判のために被疑者を公判部へ送致するか、または、十分な証明が欠けるため訴追を棄却するかを判断する。検察官は、棄却の場合、さらなる証拠を提出することによって、あらためて訴追の確証を申し立てることができる（国際刑事裁判所規程61条8項）。また、予審部の裁判に対し、上訴の形式で不服を申し立てることもできる（国際刑事裁判所規程82条1項a号）。予審部は、審理を継続し、検察官に新たな証拠の提出または被疑事実の変更を求めることもできる。これにより、「確認的審問」は、ドイツの中間手続と類似の機能を持つ⁽⁶⁷⁾。しかし、両者の本質的な違いは、ここでは予審部であって公判の裁判体ではなく、「確認的審問」に基づいて裁判するという点にある。この点で、この手続段階が規程上はまだ捜査手続に含められているということも、一貫している⁽⁶⁸⁾。

例：*Thomas Lubanga*の事件（コンゴ民主共和国の事態）では、中間手続は、2007年1月29日に終了した。同年の夏に、刑事部（第1法廷）は、予審部の管轄を引き継いだ。*Germain Katanga*と*Mathieu Ngudjolo Chui*の事件（コンゴ民主共和国の事態）でも、2009年11月24日以来、公判が「第2法廷」で開かれている。しかし、予審部は、*Callixte Mbarushimana*事件（コンゴ共和国の事態）において、起訴事実の承認をしなかった⁽⁶⁹⁾。同人は、

(66) 中間手続について批判的なものとして、Schabas, CLF 2011, 493, 497 ff.

(67) Beulke, StPO, Rn. 352 ff. 参照。

(68) そのような見解として、Gless, Int. Strafrecht, Rn. 891.

(69) 国際刑事裁判所「*Mbarushimana*事件」（第1予審部）2011年12月16日「訴追」

2011年12月23日、勾留を解かれた。*Bemba* 事件(中央アフリカ共和国の事態)では、2009年6月15日に、中間手続が終了した。しかし、いくつかの起訴事実は、承認されなかった⁽⁷⁰⁾。さしあたり、予審部は、2010年2月8日、*Bahar Idriss Abu Garda* に対する被疑事実(スーダンのダルフルの事態)を、証明不十分として差し戻した。この裁判に対する検察官の抗告は許可されず⁽⁷¹⁾、これによって、事件は確定した。

3. 公判

33 予審部より起訴が確証されると、国際刑事裁判所規程61条11項により、国際刑事裁判所内部での管轄が刑事部に移る⁽⁷²⁾。国際刑事裁判所規程64条7項によると、刑事部での審理は公開で行われる。刑事部は、自身が真実の探究に必要と考えるすべての証拠の提出を求めることができる。これまでは、その手続は、全体としてみれば、「コモン・ロー」というよりも、大陸法系の訴訟法に合致するものであった。もっとも、国際刑事裁判所規程65条5項は、含意的に、弁護側と検察側との合意の可能性を認めている。これは、アングロ・アメリカ法上の「有罪答弁」を想起させるものである⁽⁷³⁾。しかし、同じ規定の中で、刑事部は、そのような合意を無視する権限を認められている。これは、やはり、大陸法系の伝統に方向づけられるものである⁽⁷⁴⁾。また、刑事部は、証拠調べに際して、積極的な役割を担う。

↓承認に関する決定」。

(70) 2010年11月22日、*Bemba* に対する公判が開かれた。

(71) 国際刑事裁判所「*Bahar Idriss Abu Garda* 事件」(第1予審部)2010年4月23日「『訴追の承認に関する決定に対する上訴の許可に向けた検察側申立て』に対する決定」。

(72) *Thomas Lubanga Dyilo* に対する最初の公判は、2009年はじめに開かれたが、この間に、すでに終結している (§ 14 Rn. 13参照)。

(73) 国際刑法における合意手続について、*Bulaty*, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* 2008, 214 ff. を見よ。

(74) ドイツにおける合意手続についての概観は、*Satzger* in: *Bockemühl* (Hrsg.), ↗

これにより、ユーゴやルワンダの臨時戦犯法廷とは異なり、国際刑事裁判所での手続は、全体としてみれば、大陸法系に特徴づけられる職権探知主義が妥当しており、アングロ・アメリカ的な処分権主義は妥当しない⁽⁷⁵⁾。

4. 上訴と再審

34 国際刑事裁判所規程81条によると、上訴 (Rechtsmittel ; Appeal) 手続は、検察官および刑を宣告された者に、すでに下された刑事部の裁判に対して不服を申し立てることを可能にする。終局判決に対する上訴は (国際刑事裁判所規程81条1項)、手続上の瑕疵、事実認定の誤り、法適用の誤りによって基礎づけることができる (国際刑事裁判所規程81条1項)。さらに、有罪判決を受けた者および (もっぱら彼の利益のために=これは、コモン・ローに影響を受けている) 検察官は、「手続または判決の公正性または信頼性を脅かすその他あらゆる理由」を、上訴理由として主張することができる (国際刑事裁判所規程81条1項b号)。

また、国際刑事裁判所規程84条には、再審 (Wiederaufnahme ; Revision) 手続が定められている。例えば、後に新たな (審理の時点では用いることができなかつた) 証拠が判明した、という場合についてである。

5. 特論：被害者の権利

35 国際刑事裁判所での手続において、被害者およびその家族の権利は、特に注目され、重要なものとなっている⁽⁷⁶⁾。積極的に手続へ関与すること

∨ Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 5. Aufl., 2011, 8. Teil Kapitel 3 にある。

(75) Lagodny, ZStW 113 (2001), 800, 811参照。

(76) 国際刑事裁判所での被害者の状況について, *Abo Youssef*, Die Stellung des Opfers im Völkerstrafrecht, 2008, S. 103 ff. ; *Bock*, ZStW 119 (2007), 664 ff. ; *ders.*, Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof, 2010がある。

の彼らの機会、アドホック法廷の頃よりも著しく拡充された。被害者は、国際刑事裁判所の手続の範囲で、単なる証人としてのその役割にとどまらず、書記局での被害者として許可されることの申立てに相応する限りで、その「意向および所見」を手続のあらゆる段階で述べることができる(被害者関与。国際刑事裁判所規程68条3項)⁽⁷⁷⁾。申立人は、自然人であり、国際刑事裁判所の管轄にあたる犯罪によって被害を受けた場合、管轄の部により、「被害者」として認められる⁽⁷⁸⁾。被害者は、自分の弁護士により弁護を受けることができる。その関与機会、基本的に、すべての手続段階に及ぶ。例えば、国際刑事裁判所規程15条3項、4項によると、被害者は、すでに事前手続に関与することができる⁽⁷⁹⁾。本規程19条3項および68条3項は、被害者に、公判に積極的に関与することを許可する。被害者は、とりわけ、証拠を提出する、証人に質問する、自ら証人として供述する、証拠の許容性に異議を述べる、などを行うことができる⁽⁸⁰⁾。上訴手続への積極的な関与についても、これを肯定する判断がすでに下されている⁽⁸¹⁾。

このようなかたちでの被害者権利の承認は、決して自明のことではない⁽⁸²⁾。

(77) 訴訟と証拠に関する規則89条1項。

(78) 法人は、例外的にしか(訴訟と証拠に関する規則89条1項の条件において)、被害者として許可されない。

(79) 国際刑事裁判所は、「Lubanga 事件」(上訴部)「第1被害者参加及び賠償課(VPRS1)の手続における関与に関する上訴についての決定」において、被害者に対し、勾留の申立ての前であっても関与することを許可した。「Lubanga」手続における被害者関与全体について、Ambos, ZIS 2012, 313 ff.; Ehlers/Markard, KritJ 2012, 273 ff. を見よ。

(80) 国際刑事裁判所(第2公判部)2010年1月22日「公判への被害者関与の態様に関する決定」。負罪的証拠を提出することへの被害者の利益と、公正な裁判を求める被告人の権利との葛藤について、国際刑事裁判所「Katanga 事件」(第2公判部)2010年7月16日「2010年1月22日第2公判部決定『公判への被害者関与の態様に関する決定』に対する Katanga 氏の上訴に関する裁判」を見よ。

(81) 国際刑事裁判所「Lubanga 事件」(上訴部)2009年10月20日「上訴審における被害者関与に関する決定」。

(82) 幅広い被害者関与に対する批判的見解として、Safferling, ZStW 2010, 113 ff. ↗

アングロ・アメリカの訴訟法を広く指向する場合——例えば、アドホック戦争法廷でそうであったように——、被害者には、基本的には、単に証人としての役割しか与えられない。検察官の利益と被害者の利益とは基本的に一致する、つまり、後者の利益は前者によって代理されている、ということが前提とされる⁸³⁾。

被害者関与から生じる、被害回復を求める被害者の利益と迅速な手続を求める被告人の利益との間での緊張関係は、国際刑事裁判所規程68条3項でも認識されている。この緊張関係は、個別事例における被害者関与の具体的範囲に関する裁判所の裁判によって、解消されるであろう⁸⁴⁾。

被害者関与と並んで、国際刑事裁判所での被害者保護も重要である。なぜなら、特に国際法上よくみられる加害者の類型を考えると、被害者が証人として国際刑事裁判所で供述する場合、一定の共犯者から報復を受ける危険は、純粋な国内手続における場合よりも一層強いものだからである⁸⁵⁾。証人保護の規定は、国際刑事裁判所規程68条および訴訟と証拠に関する規則に置かれている。例えば、被害者保護のため、証人尋問に際して非公開とすること、または、証拠調べに際して電子的な技術手段を使用することの機会がある（国際刑事裁判所規程68条2項⁸⁶⁾）。

国際刑事裁判所規程75条には、被害者への賠償が定められている⁸⁷⁾。この点で、被害者の中心的な役割の顕著な象徴は、「被害者のための信託財団」(TFV)である。これは、裁判所に設置されているが、その機関では

ゝがある。

⁸³⁾ *De Hemptinne* in : Cassese (Hrsg.), *Companion*, Teil B, S. 562 f.

⁸⁴⁾ この葛藤について詳細は, *Zappalà*, JICJ 2010, 137 ff.

⁸⁵⁾ *Bock*, ZStW 119 (2007), 664, 676 f.; *Safferling*, ZStW 122 (2010), 87, 105.

⁸⁶⁾ 証人保護について詳細は, *Bock*, ZStW 119 (2007), 664, 678 f.

⁸⁷⁾ 国際刑事裁判所規程75条による損害回復のいくつかの機会について詳細は, *Bock*, ZStW 119 (2007), 664, 678 f.

ない。この財団を通じて、賠償金が支払われる。賠償および補償基金は、国際法に結びついた利益（すなわち、応報と回復）の相殺に寄与する。これによって、国際刑事裁判所は、個人に対し、別の個人への賠償金の支払いを命じることのできる、最初の国際裁判所となっている。被害者団体も、受取人となることができる。個人の過去に関連した刑法上の答責性を認定することと、将来を見据えた被害者への賠償という、2つの極めて異なる目標が、なぜ国際刑事裁判所のレベルで調和しうるのかが、示されなければならないであろう⁸⁸⁾。

6. 小括

36 全体として、国際刑事裁判所規程の訴訟法は、広い範囲で大陸法系の刑事手続から影響を受けているが、アングロ・アメリカの「コモン・ロー」の要素も備えていることが確認された。これにより、国際刑事裁判所規程は、はっきりと、ユーゴおよびルワンダの臨時戦犯法廷の手続規則から区別される。双方は、広くアングロ・アメリカの訴訟法を指向していた⁸⁹⁾。しかし、実務を見てはじめて、「活きた訴訟法」はどのように形成されているかが判明するのである。

VIII. 刑罰およびその執行

37 規程の犯罪構成要件には、刑の重さに関する記述がなく、むしろ、国際刑事裁判所規程77条に、一般的な刑の範囲が定められている。同条は、犯罪の異常な重さおよび行為者の人的関係からそれが正当化されるという場合には、終身自由刑が科されることを定める。そうでない場合には、国際刑事裁判所は、最長30年までの自由刑を科することができる。死刑は定

⁸⁸⁾ この葛藤について詳細は、Zegveld, JICJ 2010, 79 ff.

⁸⁹⁾ この点について、Kirsch, ICLR 2006, 275 ff.

められていない。自由刑と並んで、罰金刑を科することもできる（国際刑事裁判所規程77条2項a号）。さらに、国際刑事裁判所規程77条2項b号によると、国際刑事裁判所は、実行された犯罪から直接または間接に生じた収益、財産、資産の「没収」を命じることもできる。国際刑事裁判所規程75条によると、刑事部は、刑事判決と並んで、賠償目的、弁済、被害回復のために加害者に対して被害者またはその家族に支払いを命じることもできる⁹⁰。

国際刑事裁判所規程106条によると、自由刑は、国際刑事裁判所の監視の下で、その準備がある国において執行される。

IX. 時効および裁判の確定

38 国際刑事裁判規程29条によると、本規定に反する犯罪については時効がない。

国際刑事裁判所の判決の確定は、国内裁判所による同一犯罪を理由とする新たな刑事訴追を妨げる（「一事不再理」）。国内刑事裁判所の裁判の確定は、基本的に、やはり国際刑事裁判所による同一事実を理由とする処罰を妨げる。もっとも、「補完性原則」の論理からは、2つの例外が認められる。

- 国内刑事手続が、対象者を国際刑事裁判所による刑事訴追から守る目的をもっていった場合、または、
- 国内刑事手続が、適切な裁判手続に向けた国際法上承認された原則に従い、独立または中立的に遂行されるのでない場合

には、国際刑事裁判所は、国内裁判の確定にもかかわらず、自身の裁判権を行使することができる（国際刑事裁判規程20条）。

⁹⁰ この点について詳細は、*Safferling*, ZStW 115 (2003), 352, 379 ff.; *Henzelin/Heiskanen/Mettraux*, CLF 2006, 317 ff. を参照。

事例30のbでは、国際刑事裁判所の管轄が肯定されなければならない。また、国際刑事裁判所の裁判権も認められる。M国におけるGに対する極めて軽い有罪判決は、補完性原則により、国際刑事裁判所での新たな手続を妨げるものとはならない。ここでも(事例30のaの場合と同じく)、刑事訴追機関の活動は、Gを国際刑事裁判権から守ることに向けられていたと、考えざるをえないからである(国際刑事裁判所規程20条3項a号)。この場合、予審部による以後の捜査の承認(国際刑事裁判所規程15条4項)について、何ら妨げとなるものはない。

X. 法政策的評価

39 国際社会は、国際刑事裁判所の設立によって、世界で起こっている重大な犯罪にこれ以上手をこまねているのではないということの、明白かつ強く支持されるべき徴表を示した。しかし、そのような裁判所の設置から(も)生じるとされる意図された予防的効果⁹¹⁾は、その実効的な活動を条件とする。その際、国際刑事裁判所は多くの点で国家の協働を必要としていることには、注意が必要である(例えば、勾留の執行、証拠の提出、国内での捜査の許可などにおいて)⁹²⁾。その際、特に微妙な問題として、裁判所は、刑事訴追を自ら行うことの意味がないまたは能力がない国の協力も必要とする、という点が挙げられる。なぜなら、補完性原則は、当該国がそのような状況にある場合に限り、国際刑事裁判所にその裁判権を開くものだからである。これによって、証明問題が提示される。この事情の下で国際刑事裁判権が中期または長期にわたり実際どれほど実効的に活動で

91) 国際刑事裁判所規程前文第5段参照。この点について、Triffterer-Triffterer/*Bergsmo*, Rome Statute, preamble Rn. 15.

92) これは、例えば、ウガンダの事態における *Joseph Kony* に対して、またスーダンの事態における *Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman* および *Ahmad Muhammad Harun* に対して、それぞれ勾留の執行が行われなかった点に示される。

きるのかという点は、今後の展開を見なければならぬが、国際刑事裁判所が誕生してからの10年間からは、裁判所は——その明らかに重要である象徴的效果を超えて——少なくとも国際レベルでの実効的な刑事訴追を行う状況にあり、それゆえ、その設立は、疑いもなく正しい方向に向けた力強い一歩であることが示されている。

もっとも、検察官ないし裁判所の精力的な介入——例えば、スーダンの現職大統領 *Al Bashir* に対する勾留の事案のような（前述 § 14 Rn. 16）——は、紛争地域において苦境に置かれた人の状況の改善に向けた外交上の解決を必然的に促進するというものではなく、むしろ、これを困難にすることもあるということも判明している。すなわち、裁判所の活動の政治的な影響は、過小評価されてはならない。したがって、検察官および国際刑事裁判所には、すでに開始されている、または将来行われる手続において、自身の法的権限を効果的に、しかし（政治的な）マイナス面にも配慮しつつ行使すべきことが義務づけられる。このようにして〔はじめて〕、常設国際刑事裁判所のおよそ疑うことのない利点を、はっきりと立証することができるであろう。

最後に、国際刑事裁判所の設立に関して当初は多々みられた疑念には理由がないことがはっきりしたと確認することができる。特に、今日——国際刑事裁判所の活動が始まった頃と異なり——、国連安全保障理事会のすべての常任理事国との提携はもはや排斥された。〔それは、〕特に、リビアにおける事態の付託に関して一致して議決された決議1970号（2011年）が示すとおりである。また、規程の批准が順調に進んでいることも、国際刑事裁判所が世界的に承認される方向を示している。

それでもなお、高まる批判を無視することはできない。その批判とは、国際刑事裁判所は、いわば「アフリカのための裁判所」としか見られないというものである。確かに、国際刑事裁判所がアフリカからの多くの事態

に取り組んでいることは、否定できない。ともかくも、これらの事態の(ほとんど)すべては、「自己回付」または国連安全保障理事会の決議に基づくものである⁹³⁾。しかし、アフリカ以外での潜在的な状況に関して、訴追機関が自発的捜査の開始に際して抑制的であることは問題である⁹⁴⁾。したがって、そこから、中長期的には、正統化問題・承認問題が生じうるであろう。

40 復習・深化のための問題

- 国際刑事裁判所の管轄について述べよ。(§ 14 Rn. 6以下)
- 国際刑事裁判所の管轄と、その裁判権行使のための根拠とを区別することは、どのような点で重要であるか?(§ 14 Rn. 17)
- 国際刑事裁判所の裁判権は、どのような条件によって開かれるか? その条件のうちで、実務上最も大きな意義を有するものは何か?(§ 14 Rn. 12以下)
- 補完性原則とは、どのようなものか?(§ 14 Rn. 17)
- 制度的観点において、国際刑事裁判所とユーゴおよびルワンダの臨時戦犯法廷との共通点および相違点は何か?(§ 14 Rn. 24)
- 国際刑事裁判所での手続について、概説せよ!(§ 14 Rn. 29以下)
- 国際刑事裁判所での手続において、被害者の地位についてはどのような特殊性があるか?(§ 14 Rn. 35)

近時の文献: *Abass*, The International Criminal Court and Universal Jurisdiction, ICLR 2006, 349 ff.; *Ambos*, Das erste Urteil des Internationalen

⁹³⁾ *Ntanda Nsereko*, CLF 2011, 511, 517 f. を見よ。

⁹⁴⁾ 事態の選択につき批判的なものとして, *Schabas*, CLF 2011, 493, 501 ff. がある。

Strafgerichtshofs (Prosecutor v. Lubanga)— Eine kritische Analyse der Rechtsfragen, ZIS 2012, 313 ff. ; *Bitti*, Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC, in : Stahn/Sluiter (Hrsg.), The emerging practice of the International Criminal Court, 2009, S. 285 ff. ; *Bulaty*, Plea-Bargaining-Tendenzen im Völkerstrafrecht : ist eine fünfjährige Freiheitsstrafe für 70-fachen Mord angemessen ?, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 2008, 214 ff. ; *Cárdenas Aravena*, Wann darf der Internationale Strafgerichtshof ermitteln oder verfolgen ? Das Verhältnis der internationalen Strafgerichtsbarkeit zu nationalen Gerichten, in : Hankel (Hrsg.), Die Macht und das Recht : Beiträge zum Völkerrecht und Völkerstrafrecht am Beginn des 21. Jahrhunderts, 2008, S. 127 ff. ; *Conso*, The Basic Reasons for US Hostility to the ICC in Light of the Negotiating History of the Rome Statute, JICJ 2005, 314 ff. ; *Ferstmann/Goetz*, Reparations before the International Criminal Court : the Early Jurisprudence on Victim Participation and its Impact on Future Reparations Proceedings, in : dies. (Hrsg.), Reparations for victims of genocide, war crimes and crimes against humanity : Systems in place and systems in the making, 2009, S. 313 ff. ; *Frau*, Das Völkerstrafrecht in der jüngsten Praxis des VN-Sicherheitsrates, ZIS 2011, 784 ff. ; *Gropengießer/Meißner*, Amnesties and the Rome Statute of the International Criminal Court, ICLR 2005, 267 ff. ; *Hoven*, Frieden versus Gerechtigkeit ? Zur Aussetzung der Ermittlungen gegen Omar Hassan al-Bashir nach Art. 16 IStGH-Statut ; ZIS 2011, 230 ff. ; *Kirsch*, The Trial Proceedings Before the ICC, ICLR 2006, 275 ff. ; *ders.*, The Role of the International Criminal Court in Enforcing Criminal Law, American University

International Law Review 2007, 539 ff. ; *Kreß*, 'Self-referrals' and 'Waivers of Complementarity' : Some Considerations in Law and Policy, JICJ 2004, 944 ff. ; *Nirmal*, Material, Personal and Temporal Jurisdiction of the International Criminal Court revisited, in : Dixit (Hrsg.), International Law : Issues and Challenges, 2009, S. 399 ff. ; *Olásolo*, The Triggering Procedure of the International Criminal Court, Procedural Treatment of the Principle of Complementarity, and the Role of Office of the Prosecutor, ICLR 2005, 121 ff. ; *Robinson*, The Controversy over Territorial State Referrals and Reflections on ICL Discourse, JICJ 2011, 355 ff. ; *SàCouto/Cleary*, The Gravity Threshold of the International Criminal Court, American University International Law Review 2008, 807 ff. ; *Schabas*, Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court, JICJ 2008, 731 ff. ; *ders.*, The International Criminal Court at Ten, CLF 2011, 493 ff. ; *Stahn*, Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice : Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court, JICJ 2005, 695 ff. ; *ders.*, How is The Water ? Light and Shadow in The First Years of The ICC, CLF 2011, 175 ff. ; *Takemura*, A Critical Analysis of Positive Complementarity, in : Manacorda/Nieto (Hrsg.), Criminal Law between War and Peace, 2009, S. 601 ff. ; *Tomuschat*, Zehn Jahre Internationaler Strafgerichtshof, EuGRZ 2012, 673 ff. ; *Zappalà*, The Rights of Victims v. the Rights of the Accused, JICJ 2010, 137 ff. ; *Zegveld*, Victims' Reparations Claims and International Criminal Courts : Incompatible Values ? JICJ 2010, 79 ff.

§ 15 国際刑法の総論

1 国際軍事裁判所 (IMG) 規程や東京・極東軍事裁判所 (IMGFO) 規程においても、また、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所 (ICTY) 規程やルワンダ国際軍事裁判所 (ICTR) 規程においても、国際刑法の総則規定はほとんどなかった。例えば、ドイツ刑法がその総則に定めるような、故意、違法性および犯行を有責的に遂行するための諸条件に関する規定は、定められていなかった。この空白部分は、アドホック裁判所の裁判官が経験豊富な法律家であり (あった)、したがって、彼らの独自の経験値 (Erfahrungsschatz) からそれぞれの国内の法体系を創造する状況にあったという事情から、完全に意識的に放置されていたのである。これまでのアドホック裁判所はすべて、相当に差し迫って設立されており、総則を詳細に作り上げることは不可能であったということも、忘れてはならない。したがって、アドホック裁判所の裁判官には、総則規定を適用する際、裁量が極めて広く認められていたが、それは、国際刑事裁判所ローマ規程によって著しく制限された。すなわち、この規程は、その第3部22~33条の中で、総則の基本構想、すなわち、いわゆる刑法の一般原則を定めている。以下では、国際刑法の総則の基本的特質を——確かに、ドイツ刑法のようなドグマティック上の細分化とは程遠いものではあるが⁽¹⁾——とりわけ、この点でも極めて進歩的な国際刑事裁判所規程のルールを手がかりに概観する。

(1) これに関しては、Ambos, *Völkerstrafrecht* AT; Werle, *Völkerstrafrecht*, Rn. 388 ff. を参照。

I. 適用可能な法

1. 国際法の一般的法源

2 国際刑法は——国際法の構成要素であるため——，原則として，国際法の一般的法源に由来する。これに数えられるのは——国際司法裁判所規程38条1項が示すように——国際法上の条約，国際慣習法および文明国(Kulturvölker)によって承認された法の一般原則である⁽²⁾。この3つの法源は，さらに，いわゆる法の認識源(Rechtserkenntnisquelle)によって補完される。これに含まれるのは，裁判上の判決や「諸国の最も優秀な国際法学者の学説」である。その際，裁判上の判決は，国際裁判所に限られない。むしろ，国際法を適用する国内裁判所の判決もまた，認識源を形成しうるのである。

国際法の法源の間では，序列は，原則として存在しない。しかし，今日の実務では，法の一般原則は，国際条約法や国際慣習法の捕捉する範囲が次第に密になるにつれて，今日では比較的小さな意義しか認められていない⁽³⁾。しかし，少なくとも国際法の領域では，法の一般原則は，今後も，とりわけ総則の問題において特別な意義をもつ。もっとも，国際慣習法との限界づけは，いずれにせよ，流動的である⁽⁴⁾。

2. 国際刑法の特別の法源

3 国際法上の条約の領域では，国際刑法にとって，ニュルンベルク軍事裁判所規程，そして特に，補足規定も含めた国際刑事裁判所規程は，いわゆる「犯罪の構成要件(Elements of Crimes)」(「犯罪構成要素」)および「訴訟と証拠に関する規則(Rules of Procedure and Evidence)」(「訴訟法」)

(2) これらの法源については，前述§12 Rn. 5を見よ。

(3) *Heintschel v. Heinegg* in : Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, §17 Rn. 8を参照。

(4) *Werle*, *Völkerstrafrecht*, Rn. 161 ff.を参照。

において重要な意義を有する。

「犯罪の構成要件」は、広範囲に及ぶ定義のカatalogを含み、ローマ規程に含まれている犯罪構成要件を明確に規定する。裁判所は、国際刑事裁判所規程6条以下の解釈および適用にあたって、これを参考とする（国際刑事裁判所規程9条1項）。しかし、6条以下は、単なる解釈上の参考にすぎない。すなわち、当該規程との矛盾が生じた場合に、6条以下が用いられるのである（国際刑事裁判所規程9条3項）。

これに相応して、「訴訟と証拠に関する規則」には、それを補充する手続の規定や証拠の規定が含まれ、それは、裁判所や条約国を拘束するが、当該規程の手続規定に優先しない（国際刑事裁判所規定51条4項）。

4 今日、この条約で定められた国際刑法上の原則と並んで、東京軍事裁判所規程や、それ自体は国際法上の条約ではないアドホック裁判所である旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所ないしルワンダ国際刑事裁判所の規程の内容も、その大部分は、国際慣習法に含まれている。このことは、——国際条約上の拘束以外に——国際刑事裁判所規程の内容に関しても妥当するが、同規程は、いくつかの点で、通用している国際慣習法の水準を超え、他方で、一部では、それよりも下回っている⁽⁵⁾。国際条約で定められた国際刑法が慣習法的に認められている限りで、それは、すべての非加盟国にも妥当する。

5 さらに別の——実体的な国際刑法にとって重要な——国際条約上の法源には、同様に国際慣習法上の効力をもつものとして⁽⁶⁾、1907年ハーグ陸戦条約、1977年の両追加議定書を含む1949年ジュネーブ諸条約およびジェ

(5) とりわけ、国際的ではない武力紛争における禁止された闘争手段の犯罪化においては、Werle, *Völkerstrafrecht*, Rn. 167を見よ。

(6) 国際裁判所は、このことをジェノサイド条約に関して明確に確認した。ICJ-Rep. 1951, S. 15を参照。

ノサイド条約がある。

6 国際的な刑事裁判所の判決（国際軍事裁判所，極東国際軍事裁判所，旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所，ルワンダ国際刑事裁判所，国際刑事裁判所）は，極めて重要な国際刑法の法の認識源として有益である⁽⁷⁾。それと同時に，これらの裁判所の判例は，それが国際慣習法の根拠づけにおいて「規範的重要性」を有する点で，国際法の発展に直接的に影響を与えている⁽⁸⁾。国際刑法上の犯行に関する国内裁判所の判決は，同様に，法の認識源の特質をもちうる。さらに，それは，法の確証（*Rechtsüberzeugung*）や国家上の実務の表明として慣習法の形成に寄与し，また，法の一般原則の裏付けとしても役立つ⁽⁹⁾。

7 国際刑事裁判所規程21条1項c号は，国際刑事裁判所によって適用される法に関して，一定の特異性を含む。すなわち，適当な場合には，裁判所は，規程や国際法と一致する限りで，その犯罪について裁判権を通常行使する国の国内法規定において示されるような基本原則も援用することができる。ここでは，国際刑事裁判所は，明示で，事例ごとに——例えば，犯罪が遂行される領土に応じて——異なった法を適用してよいとされている。確かに，それによって生じる法の不統一は，好ましいものではないが，それは，結果として，ローマ会議の結論に至るために避けられなかった妥協の産物なのである⁽¹⁰⁾。

(7) 国際刑事裁判所は，どの程度まで，ローマ規程の解釈に関するアドホック裁判所の判決を援用してよいかという問題につき詳細は，*Kaul* 裁判官の補足意見（国際刑事裁判所（上訴部）2010年3月13日「ケニア共和国の状況への捜査権限に関するローマ規程15条による決定」における）を見よ。

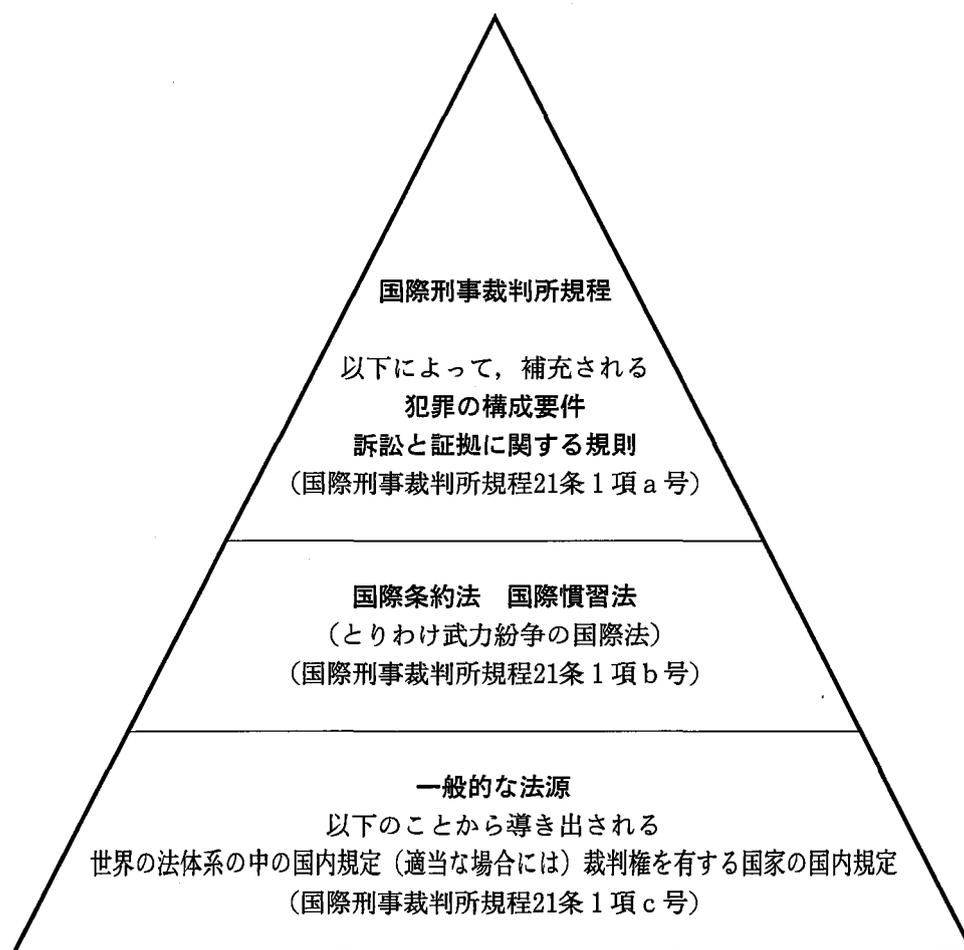
(8) *Ambos*, *Völkerstrafrecht AT*, S. 49, unter Hinweis auf die *Erdemović*-Rspr. des ICTY.

(9) *Werle*, *Völkerstrafrecht*, Rn. 183.

(10) 例えば，*Triffterer-McAuliffe de Guzman*, *Rome Statute*, Art. 21 Rn. 14も，両陣営として存在する，一方で，国家法を直接適用可能と説明するものと，他方で，一般原則を国家の法体系から完全に分離しようとするものとを同一視する。

さらに、国際刑事裁判所規程21条2項は、国際刑事裁判所自身によって展開された判例法をも適用可能とする。もっとも、このことは、これまで国際裁判所の判例について述べられてきたことから、すでに明らかであり、したがって、純粹に宣言的なものである。むしろ、注目すべきなのは、以前の判決で展開された原則を適用するか否かは任意にとどまることである。したがって、国際刑事裁判所は、判例の変更を妨げられないのである。

8 国際刑事裁判所規程は、裁判所によって援用されうる法源を明確な序列的体系へと整理している。具体的には、以下のようになる。



II. 解釈のルールと「法律なくして犯罪なし，法律なくして刑罰なし」原則

1. 国際法上の解釈のルール

9 国際法上の条約の解釈は，ウィーン条約法条約31条以下⁽¹⁾による。この条約は，国際慣習法上の承認に基づき，すべての国家に対して拘束力をもつ⁽²⁾。同条約31条1項によれば，以下のような一般的な解釈のルールがある。

条約は，文脈によりかつその趣旨（Ziel）及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い，誠実に解釈するものとする⁽³⁾。

10 解釈の根拠は，ここで定められた「客観的手法」によれば，条約の文面であって，歴史上の〔立法〕当事者の意思ではない⁽⁴⁾。したがって，出発点は，まず，条約の文言の通常用いられる意味である。次に，解釈する際には，その脈絡，すなわち，当該条約の体系が考慮されなければならない。最後に，規定の意味や目的が「目的的に（telos）」究明されなければならない（目的論的解釈）⁽⁵⁾。国内法にとって決定的な解釈手法の規準から認知されるルールと並んで，目的論的解釈手法から発展した——すでに欧州刑法の部分（§ 9 Rn. 65を見よ）で述べた——「条約目的の最大実現（*effere utile*）」の原則が妥当する。これによれば，各々の解釈は，条約目的に照らして行われ，その持続的な促進を目指さなければならない。

11 ウィーン条約法条約32条によれば，「客観的手法」であるがゆえに，

(1) Sartorius II, Nr. 320.

(2) IGH „Kasikili/Sedudu“, ICJ-Rep. 1999 II, Rn. 18.

(3) 正式ではない公的な翻訳である。

(4) これに関しては，*Heintschel v. Heinegg* in: Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, § 11 Rn. 4 f. を見よ。

(5) 国際法条約の解釈については，*Doehring*, *Völkerrecht*, 2. Aufl., 2004, Rn. 387 ff. を参照。

条約の準備作業——いわゆる「公式記録 (travaux préparatoires)」——および条約締結の事情は、解釈に関して補足的な意味をもつにすぎない(いわゆる「解釈の補足的な手段」)。これらは、表現が多義的または曖昧であったり、出された結論が矛盾または常識に反するものであったりする場合、ウィーン条約法条約31条の3つの解釈を適用した後にはじめて援用される。もっとも、まさに国際刑法では、準備作業は、しばしば有益であるが、それによって、起草者が前提とした刑法上の基本構想や適用される刑法上の概念の理解の仕方が明らかとなる⁽¹⁶⁾。

2. 国際刑法における解釈

12 この一般的な解釈のルールは、原則として、国際刑法上重要な条約、とりわけローマ規程にも適用することができる⁽¹⁷⁾。ここでは、体系的解釈において、特に「犯罪の構成要件」が、併せて援用されなければならない(国際刑事裁判所規程9条1項参照)。

13 国際刑法では、国際慣習法上定着している「法律なくして犯罪なし」原則において、解釈の限界がある。それによれば、処罰は、犯行時にすでに可罰性を根拠づける規範が確認できる場合にのみ、許される⁽¹⁸⁾。国際刑法に関しては、当然のことながら、文面による確定(「成文法」)も、国内

(16) *Ambos*, *Völkerstrafrecht AT*, S. 380.

(17) たとえ旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所およびルワンダ国際刑事裁判所が国際法上の条約によって根拠づけられなかったとしても、それでもなお、ウィーン条約法条約の解釈規定を同裁判所に適用することができる。旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「*Tadić* 事件」(上訴部)1999年7月15日判決 Rn. 295を参照。

(18) 被告人が行為時に故国が国際刑事裁判所規程に加盟していることを認識しておらず、犯行は規定に含まれている犯罪構成要件の適用範囲にあることを前提としなかった場合、罪刑法定原則に抵触しない。*Lubanga* の抗弁によって主張された異論を(適切にも)認めなかったことについて、国際刑事裁判所「*Lubanga* 事件」(上訴部)2007年1月29日「訴追の承認」Rn. 302を見よ。*Weigend*, *JICJ* 2008, 471, 474も見よ。

刑法に匹敵しうる、刑罰を根拠づける法的内容的明確性(「明確な法」)も要求されてはならない。国際刑法は、国際慣習法として誕生し、慣習法は、——すでに述べたように——国際法の範囲では(国内法と違って)、最も重要な法源の1つなのである。したがって、国際法上の犯罪構成要件は、架空の立法者の「完成品(großer Wurf)」として生まれたのではなく、最初から、徐々に、そしてダイナミックな発展に基づくものだったのである。この点で、国際法の領域では、国内で認知された「犯罪なし」原則の一定の相対化が言われている⁽¹⁹⁾。以下の帰結は、国際法上の罪刑法定主義から導き出されうるものである。

- **明確性の原則**：そもそも、国際法の規範において、問題となる行為者の態度がその——少なくとも国際法上の基準によれば、十分に識別可能な——適用範囲に含まれることが、証明されなければならない⁽²⁰⁾。
- **類推の禁止**：行為者の態度が証明可能な国際法上の犯罪構成要件によって捕捉されない場合、存在する構成要件は、行為者の不利益となるように、類推による推論によって、類似の事例へと拡張されてはならない。この国内法からも認められている⁽²¹⁾類推の禁止だけでなく、国際刑事裁判所規程22条2項は、犯罪の要素の厳格な解釈の原則をも「犯罪なし」原則に含めている。その結果、解釈における疑念もまた、行為者の利益になるように扱われているのである⁽²²⁾。したがって、国際刑事裁判所規程は、利益原則(Zweifelsgrundsatz)を事実認定

(19) これに関する詳細は、Satzger, JuS 2004, 943 ff.にある。国際刑法において行われる罪刑法定原則の制限および影響については、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Delalić et al 事件」(公判部)1998年11月16日判決, Rn. 402 ff. も見よ。

(20) (ほとんど厳格ではない)国際(刑事)法上の罪刑法定原則のハードルに関しては、例えば、1915年のアルメニア人集団虐殺の国際刑法上の訴追は失敗に終わっている。Kittichaisaree, Int. Criminal Law, S. 15 f.; § 17 Rn. 31 ff. も参照。

(21) ドイツ法に関しては、Wessels/Beulke, Rn. 53 ff. を参照。

(22) これに関しては、Werle/Burghardt, ZIS 2012, 271, 274 f. を見よ。

(Tatsachenfragen) に限定するドイツ法よりも広いものとなっている。

- 遡及適用の禁止：国際刑法の犯罪構成要件は、すでに犯行時に、国際法において効力を有する必要がある。この原則は、国際刑事裁判所に関しては、本規程の24条に規定されており、したがって、ローマ規程は、その発効前の犯行に適用できない。それでもなお、国際慣習法上承認された、すでに予め存在した犯罪構成要件は、可罰性を基礎づけるものとなりうる。もっとも、その犯罪構成要件は、国際刑事裁判所によって適用されてはならない。

14 さらに、国際刑法では——国際刑事裁判所規程23条も示すように——「法律なくして刑罰なし」原則が妥当する⁽²³⁾。犯罪構成要件の条件と同じ根拠から、刑罰による威嚇の明確性について、過剰に要求されてはならない。それに相応して、国際刑事裁判所規程77条も、一般的な法定刑しか挙げておらず、その法定刑は、個別の構成要件において、あまり明確に規定されていない。

Ⅲ. 個人の責任

15 すでに述べたように (§ 14 Rn. 6), 国際刑事裁判所は、個人の審判を任務とし、国家または組織の審判を任務としない。これは、論理的には、そもそも個人に国際法上の責任が存在することを前提とする。この原則は、国際軍事裁判所での手続の過程ではじめて明示的に確立されたが、その後、国際慣習法上承認され、国際刑事裁判所規程25条であらためて確認されている。

(23) この基本原則の承認に異論を唱えるものとして、例えば *Cassese, Int. Criminal Law, S. 51.*

IV. 国際犯罪の構造

16 ▶事例31：隣国同士であるA国とB国——両国は、国際刑事裁判所規程の条約国である——は、両国間での武力衝突の結果、A国の軍隊が、特にB国のO集落を占拠した。A国軍に所属するXは、そこで、その国で通常の服を着たB国の市民Zに狙いを定めて射殺した。Zは、〔そのとき、〕コカ・コーラの缶をまさに開けたところであったが、Xは、そこから離れていたため、Zが即座に手榴弾を投げつけるために、安全弁を外したと誤信した（これに関しては、§ 15 Rn. 20, 28, 31, 43）。◀

17 あらゆる国際法上の犯罪の一般的要素を構築するにあたり、とりわけ、2つの大きな法体系が対峙する（していた）：

ドイツ刑法理論が重要な役割を果たすヨーロッパ大陸の体系（„Civil Law“）は、原則として、3つの要素からなる犯罪概念に従っている。したがって、犯罪の段階づけ、すなわち、「構成要件該当性」、「違法性」および「責任」に区別される。これに対して、アングロ・アメリカ国家の「コモン・ロー（„Common Law“）」は——むしろ、これは訴訟を指向したものであるが——あらゆる犯罪において、原則として、2つの構成要素を識別する：

- 一方で、„offences“, すなわち、刑法上の責任を基礎づける事情である。この事情は、犯行の客観的側面（いわゆる „actus reus“）⁽²⁴⁾ と犯行の主観的側面（いわゆる „mens rea“）⁽²⁵⁾ から構成される。
- 他方で、いわゆる „defences“ は、刑事責任を阻却する事由をすべて統合するもので、その際、訴訟上の訴訟障害（例えば、公訴時効）も含む概念である。

(24) 行為の客観的要素。

(25) 行為の主観的要素。

このような2つの部分のみからなる犯罪概念は、とりわけ証拠上の要求に関して、意義を有する。大雑把に言うならば、検察側は „offences“ の存在を主張し、他方で、弁護側は、考えられる „defences“ を手続へと持ち込むのである。これに応じて、検察側が、この „defences“ の不存在を原則として立証しなければならない⁽²⁶⁾。

18 従来の国際刑事裁判所は、基本的に、英米系の形態である犯罪行為の理解を指向していた⁽²⁷⁾。これに対して、国際刑事裁判所規程は、いずれのモデルにもよらず、独自の国際刑法上の犯罪概念を基礎としている。したがって、ローマ規程の起草にあたり、諸国で「採用されていた」諸概念（例えば、„actus reus“⁽²⁸⁾、„mens rea“⁽²⁹⁾ または „defences“⁽³⁰⁾）は、はじめから避けられた。本規程は、確かに——この点では、「コモン・ロー」と一致して——形式上、刑事責任を基礎づける事情とこれを阻却する事情への2分割を前提としており、例えば、正当化事由と免責事由とを区別していない。しかし、「コモン・ロー」の当事者訴訟における手続上の、とりわけ証拠法上の帰結は、この構造からは示されていない⁽³¹⁾。むしろ、ヨーロッパ大陸部で形成された審問主義（職権探知主義）が妥当する⁽³²⁾。これによれば、刑事訴追機関は、事実を職権で探知・解明する義務を負う。すなわち、実際の出来事、いわゆる実体的真実が追求されるべきものとされている⁽³³⁾。

19 国際刑事裁判所規程の諸規定をまとめると、事物の本質上、3つの部

(26) これに関して詳細は、*Sprack, Emmins on Criminal Procedure*, 2002, S. 244.

(27) *Ambos, Völkerstrafrecht AT*, S. 360.

(28) 国際刑事裁判所規程30条1項「客観的な要素」を見よ。

(29) 国際刑事裁判所規程30条1項「主観的な要素」を見よ。

(30) 国際刑事裁判所規程31条「刑事責任を免除する事由」を見よ。

(31) 国際刑事裁判所規程54条1項a号、66条2項、67条1項i号を見よ。

(32) *Lagodny, ZStW* 113 (2001), 800, 811; *Kirsch, ICLR* 2006, 275 ff.

(33) これに関しては、*Beulke, StPO*, Rn. 21を参照。

分かなる³⁴ 国際法上の犯罪構造が見て取れる。

1. 客観的犯罪要素

2. 主観的犯罪要素

3. 刑事責任の阻却事由

この上記のように示された検討の段階づけによって、はじめから、例えば、ドイツの刑法ドグマティクに由来する、類似の——しかし、完全に一致するものではない——概念性（とりわけ、客観的構成要件と主観的構成要件）と同一視することは、回避されるべきである。そのようにしてのみ、国内の事前に形成されたものから離れた国際刑法上の犯罪概念も、発展することが可能となる。

1. 一般的な客観的犯罪要素

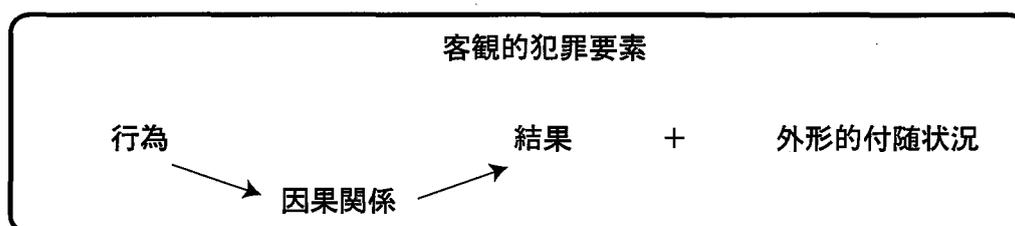
20 可罰性の客観的要素は、国際法上の犯罪の客観的な現象形態を決定づけるすべての条件を含む³⁵。その際、出発点は、常に、個人の行為 („conduct“) である。その行為は——少なくとも、大半の犯罪において——、一定の結果 („consequence“) をもたらさなければならず、その結果は、侵害結果あるいは危険結果（例えば、健全性の危殆化）³⁶にも存在しうる。行為と結

³⁴ 例えば、Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 404 ff.; これに対して、Safferling, Int. Strafrecht, § 5 Rn. 12は、2段階からなる構造を前提とし、その際、犯行の客観的側面と主観的側面を「不法の根拠 (Unrechtsbegründung)」という概念に統合する。

³⁵ Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 413.

³⁶ 国際刑事裁判所規程 8条 2項 b号(x)を参照。

果との間には、国際慣習法上、因果関係が条件とされなければならない。たとえ、主として、純粹に自然科学的な因果関係概念が援用されるとしても、因果関係の条件を明確に³⁷⁾規定しない本規程は、ここでは——「条件 (conditio-sine-qua-non)」公式を超えて—ドイツ刑法における客観的帰属と類似した検討が行われるべきであるという推論を妨げない³⁸⁾。行為および結果と並んで、通常、外形的付随状況 („contextual element“) が、客観的犯罪要素の第3グループとして扱われ、それは、まさに国際刑法にとって、特別な意味をもつ。なぜなら、しばしばそれを追加することによってはじめて、犯罪の国際法的次元が基礎づけられるからである。一定の重大な「標準的」犯罪 (例えば、殺人、暴行) は、「文民たる住民に対する広範または組織的な攻撃の範囲内で」遂行される場合に、人道に対する犯罪となる³⁹⁾。



事例31では、Xは、発砲し (行為)、それにより (因果関係)、占領国の勢力下にいる市民、つまり、ジュネーヴ第4条約 (4条1項) によって保

(37) もっとも、そのような必要条件を導き出すことが可能である同規程30条を見よ。Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 417を参照。

(38) Art. 30 II lit. b, III IStGH-Statutを見よ。同条文では、——主観的観点において——構成要件的结果は「通常の因果経過の出来事である」ことが、前提とされている。これに関しては、Kreß, Humanitäres Völkerrecht -Informationsschriften 1999, 4, 5 f.; 異論として, Safferling, Int. Strafrecht, § 5 Rn. 15; ドイツ刑法の客観的帰属については, Wessels/Beulke, Rn. 176 ff. を参照。

(39) 国際刑事裁判所規程7条1項, 2項a号を参照。

護される者が死亡した(結果)ことによって、国際刑事裁判所規程8条2項a号(i)の客観的犯罪要素を充足した。全体の事象は、A国とB国との間の国際的武力紛争と関連して起こった(外形的付随状況)。

2. 一般的な主観的犯罪要素

21 国際刑法による可罰性は、常に、主観的帰属の意味において、犯行に対する行為者の一定の主観的態度を条件とするということが、国際慣習法上、承認されている⁽⁴⁰⁾。しばしば、個別の犯罪構成要件は、特別の主観的要素を定めている〔ことがある〕⁽⁴¹⁾。しかし、犯行の内的側面についての明確な規定がこれまで欠けていたため、特に、——ドイツ法のカテゴリーで考えると——どのような場合に国際刑法上の犯罪は(目的に向けられた意思という意味での)「意図」を必要とするか、あるいは、未必の故意(または、さらに進んで認識ある過失)で足りうるか否かは、統一的に判断されてこなかった⁽⁴²⁾。国際刑事裁判所規程30条は、一般的な主観的犯罪要素の法的定義をもって、この間隙を埋めようとしている。同条は、別段の定めがない場合には常に、国際刑事裁判所での手続において妥当する。

(40) Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 421.

(41) 国際刑事裁判所規程6条(「意図して」)または8条2項a号(i)(「故意による殺人」)および7条1項k号(「故意に」)のみを参照。

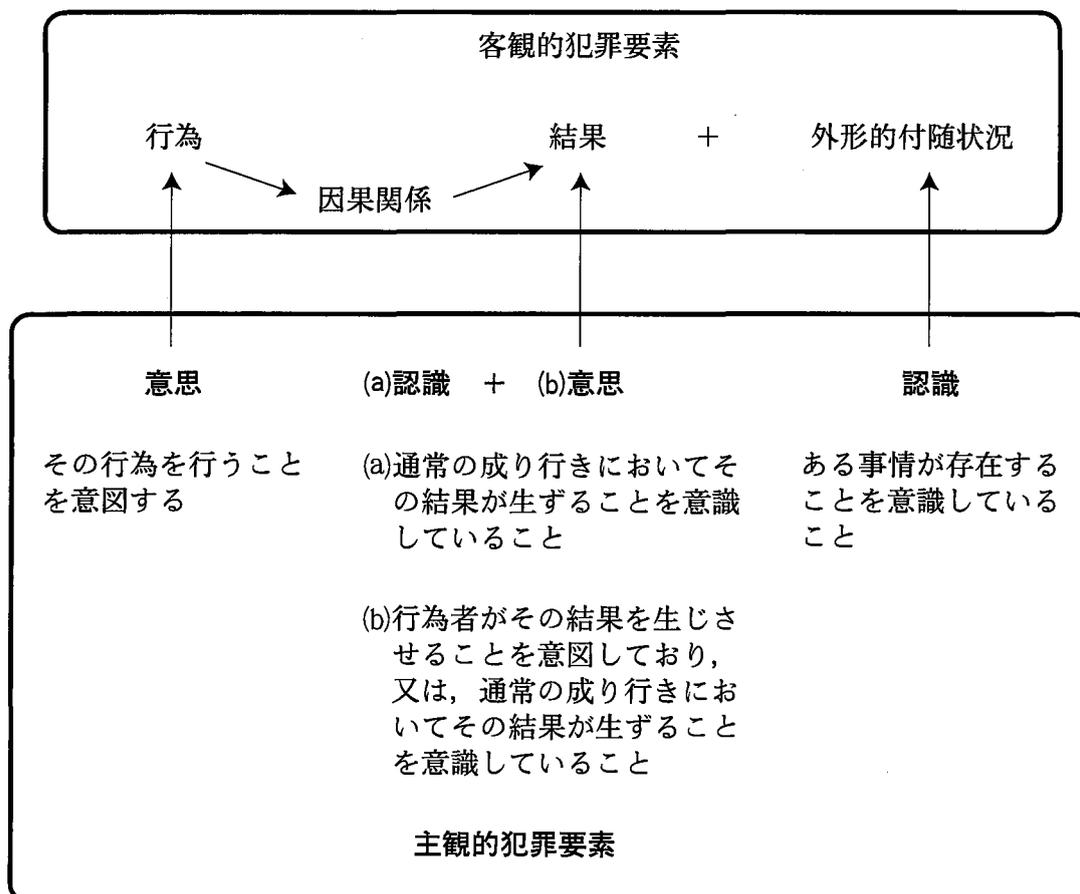
(42) 旧ユーゴスラビアおよびルワンダのアドホック裁判所の判例では、場合によっては、「未必の故意」でも足りる(後述§15 Rn. 27)ことが前提とされた。必要な認識および結果の蓋然性については、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「*Blaškić* 事件」(上訴部)2004年7月29日「判決」Rn. 42のみを参照。旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「*Stakić* 事件」(公判部)2003年7月31日「判決」Rn. 587, 642は、「未必の故意(dolus eventualis)」で足りるが、「無謀(recklessness)」では足りないとする；ルワンダ国際刑事裁判所「*Musema* 事件」(公判部)2000年1月27日「判決」Rn. 215は、死の発生 of 蓋然性に関する認識で足りるとする；ルワンダ国際刑事裁判所「*Kayishema and Ruzindana* 事件」(公判部)1999年5月21日「判決」Rn. 146は、すでに、「無謀(recklessness)」および「重過失(gross negligence)」で足りるとする。

22 しかし、国際刑事裁判所規程30条1項は、「コモン・ロー」による犯行の内的側面の要求とヨーロッパ大陸の法体系によるそれとの間の典型的な妥協的解決であり⁽⁴³⁾、その結果、規範の意味を推論することは困難である。このことは、すでに、国際刑事裁判所規程30条1項の一般原則のところで見られ、それによれば、客観的犯罪要素は、常に「故意に及び認識して」実現されなければならない。誤って「故意に」という文言を国内の（ドイツの）故意概念と同一視するならば、不合理な結論がもたらされる。なぜなら、認識していることは、すでにドイツの故意の定義の認識的要素だからである。しかし、独自の（一般的な）国際刑法を展開させようとするならば、国内の類似の現象や概念を同一化することは、断念しなければならない⁽⁴⁴⁾。ここでは、ドイツの視点からの予断や偏見を端緒において回避するために、国際刑事裁判所規程30条の解釈に関しては、英語の原語が用いられるべきである。

23 さらに、同規程30条を分析する際には、主観的要件の一般的な定義を犯行の客観的側面の個別の要素へと「還元する」同条2項および3項が考慮されるべきである。これを具体的に示すと、以下の図になる。

(43) Clark, ZStW 114 (2002), 372, 378 ; Satzger, NStZ 2002, 125, 128 (文献付き) を見よ。

(44) ここでは、Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 430 や Ambos, Völkerstrafrecht AT, S. 758によって、誤解を阻止するために、択一的な翻訳として、「意思及び認識して (willentlich und wissentlich)」という表現が提言されている。



すでにこの対置からして、〔どのような〕内面的な犯行姿勢が要求されるかは、それぞれの客観的犯罪要素と関連づけてしか回答することができないから、犯罪の要素は、相互的に考えなければならないことが、明らかとなる。その場合、以下の要請が妥当する：

24■ 行為について：単に、行為は、意思によって担われていれば足りる。なぜなら、これに関する、目的（！）に向けられた意思という意味での意図は、犯行態度に関しては、あらかじめ構造上考えることができないからである⁽⁴⁵⁾。

25■ 結果について：ここでは、規定の「不一致」は、明らかである。認

(45) Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 436；異説として, Ambos, Völkerstrafrecht AT, S. 767；ドイツ法における同一の制限については, Satzger, Jura 2008, 112, 113.

識レベル („knowledge“)⁽⁴⁶⁾でも意思レベル („intent“)でも、同一の基準が浮かび上がる。すなわち、通常の成り行きにおいて結果が生じることを意識していること („awareness“/„is aware“), という基準である。これによれば、一方で、犯行の結果に関する主観的犯罪要素は、行為者が結果の発生を(ほぼ)確実に認識したにもかかわらず行動に出た場合に、認められうる。この点では、必要とされる犯行の主観的態度は、ドイツの第2級の確定的故意に相当する。他方で、30条は、「意図(intent)」の要素に関しては、代替的に、結果を惹起する („means to cause the consequence“) 意思も定めている。これは、第1級の確定的故意(意図)の要件ということができよう。しかし、注意すべきことは、この事例に関しては、それでもなお——重疊的に——認識的要素が付加されなければならないということである。すなわち、結局のところ——何か独特のものを感ぜさせる——第1級の確定的故意と第2級の確定的故意との組合せが要求されるのである⁽⁴⁷⁾。

そのように理解するならば、国際刑事裁判所規程の規定は、明らかに、ドイツの故意概念よりも遅れている。すなわち、未必の故意が捕捉されていない。なぜなら、同規程30条で定められた「事象の通常の成り行きにおいて結果が生じることを意識していること」には、結果が発生することについて(ほぼ)確実であることが含まれているが、未必の故意の場合には、まさにこれが欠落しているから

(46) Cassese, *Int. Criminal Law*, S. 61 ff. は, „knowledge“ という基準のみが——ヨーロッパ大陸法を独自の基準として認知されていない——手がかりとして, 第1級の故意または未必の故意として分類すると述べる。もっとも, 国際刑事裁判所規程30条が後者を捕捉するかどうか(後述 § 15 Rn. 27) は, 明らかにされていない。

(47) 正当なものとして, Ambos, *Völkerstrafrecht AT*, S. 770; 異説として, Safferling, *Int. Strafrecht*, § 5 Rn. 23.

である⁽⁴⁸⁾。同様に、「コモン・ロー」に由来する „recklessness“——過失と故意の中間段階——も、ほとんど捕捉することができない⁽⁴⁹⁾。

これに対して、国際刑事裁判所第1予審部は、*Lubanga* 事件において——アドホック裁判所の判例に言及して（これに関しては§15 Rn. 27を見よ）——同規程30条をより広く理解し、直接的故意（意図または認識）と並んで、明確に未必の故意 („dol eventual“) として特徴づけられる状況、すなわち、行為者は結果発生危険を認識していたが、それを甘受または是認していたという状況も含めている⁽⁵⁰⁾。結果発生危険の著しい蓋然性が認められる場合には、危険を認識した行為から、その是認が容易に推論されよう。結果発生危険が僅かである場合には、行為者は自己の行為が客観的犯罪要素を充足しうることを明白にまたは明示的に甘受したことから、未必の故意が導き出されうる。もっとも、こうした解釈は、同規程30条の文言には根拠がないものである。なぜなら、この不備は、（これに関して、いまなお決して確立しているわけではない）アドホック裁判所の判例を参照しても、補完されていないからである⁽⁵¹⁾。したがっ

(48) 正当なものとして、*Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 438, 467 ff.; さらに、例えば *Gropengießer* in: *Eser/Kreicker* (Hrsg.), *Nationale Strafverfolgung*, S. 273 (行為者は、「高度な蓋然性をもって (mit hoher Wahrscheinlichkeit)」結果の発生を認識しなければならない); *Triffterer-Piragoff/Robinson, Rome Statute*, Art. 30 Rn. 3 もまた、30条は、意識的に、„recklessness“などを捕捉していないことを述べる; *die Begründung des VStGB*, BR-Drucks. 29/02, S. 31も、「蓋然性の認識 (Wahrscheinlichkeitswissen)」をもって十分とする。

(49) *Ambos, Völkerstrafrecht AT*, S. 771; *Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 467; „recklessness“については、後述§16 Rn. 66も見よ。

(50) 国際刑事裁判所「*Lubanga* 事件」(第1予審部) 2007年1月29日「訴追の承認」 Rn. 352 ff.; *Weigend, JICJ* 2008, 471, 474.

(51) 正当なものとして、*Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 439 ff.

て、結局のところ、「修正解釈」なのである。その間に、*Bemba* 事件における第2予審部も、*Lubanga* 事件における刑事部も、この解釈に反対している。したがって、この判例は、おそらく賛同されないだろう⁵²⁾。学説でも、未必の故意を含めることの問題は、これまで、統一した見解に至っていない⁵³⁾。

26 ■ 付随状況について：これは、行為者に意識されていなければならない („awareness“), 単なる「蓋然性の認識」では、文言上、(おそらく) 十分ではない⁵⁴⁾。この犯罪要素が認識的側面にのみ位置づけられることは、すぐに明らかとなる。なぜなら、単なる付随状況は、行為者の意思と何ら関係しないからである⁵⁵⁾。したがって、例えば、集団殺害によって攻撃を受けた集団が宗教的な集団であるかどうか(国際刑事裁判所規程6条参照)は、行為者の意思に左右されない。

27 したがって、国際刑事裁判所規程30条によれば、——第1予審部の修正解釈に従わないならば——主観面の限界は、まさに犯行の結果に関して、高く設定されている(認識または意図)。しかし、実際上は、未必の故意または „recklessness“ によって行為した者に対する有罪判決が一般に除

52) 国際刑事裁判所「*Bemba* 事件」(第2予審部)2009年6月15日「*Jean-Pierre Bemba Gombo* に対する検察官の訴追に関するローマ規程61条(7)(a)および(b)による決定」Rn. 360 ff.; 国際刑事裁判所「*Lubanga* 事件」(第1公判部)2012年3月14日「同規程74条による判決」Rn. 1011.

53) これにつき、例えば *Jeschek*, JICJ 2004, 38, 45; それに対して、例えば *Safferling*, Int. Strafrecht, § 5 Rn. 27; *Cassese*, Int. Criminal Law, S. 73 f. は、この問題を未解決のままにする。

54) この方向性のものとして、*Triffterer-Piragoff/Robinson*, Rome Statute, Art. 30 Rn. 26; 異説として、*die Begründung des VStGB*, BR-Drucks. 29/02, S. 31.

55) *Kühl*, Strafrecht AT, § 5 Rn. 8; *Kudlich*, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2009, S. 50 (Frage 50b) も参照。

外されるかどうか、問題となる。この点は、同規程30条の文言に忠実な解釈に基づき、議論されている。その際、重要なのは、同規程30条1項のむしろ目立たない文言の解釈である。それによれば、前述した主観的犯罪要素の考えは、「別段の定めがない」場合に適用される。一部では、そのような「定め」は同規程6～8条から直接に導き出されうるとの主張⁵⁶⁾がある一方で、国際刑事裁判所規程21条により基準となっている全体の法源における異なった規定すべてを考慮する論者もいる。後者の見解は、その文言上——例えば同規程31条1項とは異なって——国際刑事裁判所規程の諸規定自体に限定されないことをその根拠とするものであるが、〔この見解によれば、〕同規程30条の開かれた条項を介して、主観的条件に関する修正が、「犯罪構成要件」⁵⁷⁾によっても国際慣習法によっても行われうることになる。これに基づき、国際刑事裁判所、とりわけアドホック裁判所の判例も考慮される⁵⁸⁾。そのような——もっとも、確立しているわけではない——実務によれば、意図するものや認識するもの以外にも、可罰的行為が存在しうる⁵⁹⁾。もっとも、犯行の主観的側面に関する厳密な要件は、まだ明らかにされていない。

例：旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所の判例によれば、戦争犯罪における殺人に関しては、すでに、行為者が人の生命を軽視して故意に被害者を

⁵⁶⁾ Ambos, *Völkerstrafrecht* AT, S. 789; Safferling, *Int. Strafrecht*, § 5 Rn. 20.

⁵⁷⁾ この点で、明確に肯定するものとして、国際刑事裁判所「Lubanga 事件」(第1予審部) 2007年1月29日「訴追の承認」Rn. 359:「その結果、同規程8条2項b号(xxvi)およびe号(vii)に関する犯罪要素として『認識していたはずである』という要件は、同規程30条の『故意に及び認識して』という要件の例外である」; 批判するものとして、Ambos, *Int. Strafrecht*, § 7 Rn. 64 Fn. 331; 賛同するものとして、Werle, *Völkerstrafrecht*, Rn. 448 ff.; Schabas, *Introduction*, S. 237 f. の論拠の記述も参照。これに関する前述のルワンダ判決の意味について、Weigend, *JICJ* 2008, 471, 472 ff. も見よ。

⁵⁸⁾ 例えば、Werle, *Völkerstrafrecht*, Rn. 457.

⁵⁹⁾ これに関して、前述の § 15 Rn. 21 Fn. 42の根拠を参照。

著しく害したことで足りる⁽⁶⁰⁾。旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所規程7条1項の国際法犯罪の要件に関して、最近の裁判例では、戦争犯罪における殺人が遂行されうる「著しい蓋然性があること」を意識して行うことで十分とみなされている⁽⁶¹⁾。

28 したがって、この国際刑事裁判所規程30条1項の「開かれた条項」を介して、——同規程の文言に基づいても——未必の故意と „recklessness“ を取り込むことが、一定の範囲で可能となる⁽⁶²⁾。これにより、緩和された故意形式が同規程30条において採用されていないこと⁽⁶³⁾ が結果的に無視されることは、異例ではあるが、少なくとも、——全体として本規定の定式化が十分ではないことを考えると——それ自体、説得力のある反対論拠にはならない。もっとも、第1予審部の「修正解釈」を貫くならば、この迂回する方法は、放棄することができよう。その場合、判例には、国際刑事裁判所規程30条の立法時の懈怠を補う機会が与えられ、より安定した故意の範囲に関するルールが立てられ、未必の故意はその範囲に取り込まれうることになる。

事例31では、Xは、意識的に発砲し（故意行為）、その際、市民Zの死の発生に関して（ほぼ）確実に認識していた（結果発生に関する故意）。Xは、国際武力紛争の形式において必要とされる付随状況が存在することを導く事情も認識していた以上、Xは、間違いなく、国際刑事裁判所規程30条援用の8条2項a号(i)の主観的犯罪要素を充足している。

(60) 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「*Mucić et al.* 事件」（公判部）1998年11月16日「判決」Rn. 439のみを参照。

(61) この判例については、*Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 426（文献付き）を見よ。

(62) 国際刑事裁判所規程30条の適用範囲の最も著しい制限に賛成を明言するものとして、*Werle, Völkerstrafrecht*, 2.Aufl., 2007, Rn. 400.

(63) これについては、*Triffterer-Piragoff/Robinson, Rome Statute*, Art. 30 Rn. 3を参照。

3. 刑事責任の阻却事由 (Straffreistellungsgrunde)

29 すでに述べたように、本規程は、正当化事由と免責事由とを区別しない。むしろ、個別のカテゴリーは、それぞれ刑事責任の阻却事由として同置されている⁶⁴⁾。ローマ規程における考えうる刑事責任の阻却事由の列挙は、歴史的にみれば新しいものであるが、それは、これまで総則が国際刑法上の規定の対象ではなかったという事情に鑑みれば、あまり驚くことではない⁶⁵⁾。国際法上の犯罪構成要件の性質上、大部分の刑事責任の阻却事由は、——本来的には——戦争犯罪の領域において重要となる。

a) 正当防衛

30 国際刑事裁判所規程31条1項c号は、正当防衛の刑事責任阻却事由 (Strafschließungsgrund) に関する規定である。その際、本規定の2文により、軍隊が行う防衛活動への関与は、それだけではここでの意味における刑事責任の阻却事由ではないことが、明らかにされている。

31 その際、防衛状況は、原則として、行為者またはその他の者に対する武力行使の形式における攻撃を前提とする。戦争犯罪は、物に対する攻撃の場合でも、生存に不可欠または軍事上不可欠である場合には、正当防衛として捕捉される。これにより、ドイツの刑法32条の正当防衛権との本質的な違いは、正当防衛が可能な法益の範囲が国際刑事裁判所規程では明らかに狭い、ということにある。しかし、刑法32条と同様に、同規程31条1項c号も、時間的要素を含んでいる。すなわち、攻撃は、切迫したものでなければならない。この要素は、刑法32条の「現在の」という要素と同じ

⁶⁴⁾ 区別のない取り扱いの根拠について、*Gilbert*, IJHR 2006, 143, 145.

⁶⁵⁾ 国際軍事裁判所憲章においても、管理委員会法10条においても、命令に基づく行為が認められていた。しかし、これは、裁量的減輕事由にすぎない。*Gilbert*, IJHR 2006, 143, 144を参照；*Schabas*, Introduction, S. 239も参照。

く、切迫している、すでに始まっている、あるいは、いまだ継続しているものとして、理解されている⁶⁶⁾。さらに、その攻撃は、「違法な」ものでなければならぬ、すなわち、そのような攻撃自体は、他方で、原則として、刑事責任の阻却事由によって捕捉されるものであってはならない⁶⁷⁾。もっとも、このことは、必ずしも、あらゆる刑事責任の阻却事由が同様に正当防衛を排除する、ということの意味しない。そのような〔結論〕は、特に、例えば帰責無能力（同規程31条1項b号）のような、ドイツ法では——十分な根拠をもって——責任領域に分類されている刑事責任の阻却事由に関して疑わしい。

事例31では、Xは、確かに、Zの攻撃を見越して先手を打とうとしたが、Zの攻撃は、客観的には存在しなかった。したがって、すでに、正当防衛状況が欠けているため、この刑事責任の阻却事由〔正当防衛〕には該当しないのである。

32 正当防衛行為は、相当 („reasonable“), かつ、差し迫った危険の程度に比例した („proportionate“) ものでなければならぬ。すなわち、ここでは、比例性による統制が——限界事例（「被要請性」）を除き——とられていない「大胆な」ドイツの正当防衛権と異なり⁶⁸⁾、比例性の検討が必要になる。

33 さらに、防衛者は、防衛の意思をもって行為しなければならない（「防衛する……ために (um ... zu verteidigen)」)⁶⁹⁾。

⁶⁶⁾ Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 590を参照。

⁶⁷⁾ Cassese, Int. Criminal Law, S. 259.

⁶⁸⁾ Wessels/Beulke, Rn. 339 ff. を参照。

⁶⁹⁾ 例えば、Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 596は、フランス語の文言 („pour ... défendre“) を参照している；異説として、Safferling, Int. Strafrecht, § 5 Rn. 46は、英語の文言を引合いに出して正当防衛状況の認識でもって十分とする。

b) 緊急避難

34 一般的な緊急避難 („necessity“) および強制による緊急避難 („duress“) は、国際刑法上の裁判権の実務において重要な、数少ない刑事責任の阻却事由の一部である⁽⁷⁰⁾。国際刑事裁判所規程31条1項d号は、緊急避難の規定を定めているが、それは、当然のことながら、刑法34条、35条の規定の基礎にあるような、正当化緊急避難と免責的緊急避難との区別をしていない。また、攻撃的緊急避難と防御的緊急避難も、区別されていない。むしろ、同規程31条1項d号は、——ドイツのカテゴリーでは——正当化緊急避難、免責的緊急避難および強制による緊急避難のそれぞれに当たるすべての事例を、1つの規定で定めている⁽⁷¹⁾。

35 緊急避難状況は、他の者またはその他の行為者にとってやむを得ない事情から引き起こされた、生命に対する切迫した危険、あるいは、重大な傷害の継続的または切迫した危険を条件とする。これにより、いつでも侵害に転じ得る継続的な危険も、含まれる⁽⁷²⁾。その他の法益(例えば、自由、財産)は、同規程31条1項のこの点では明確な文言によれば、緊急避難で きる場合に当たらない。

36 緊急避難行為は、危険回避に必要不可欠な („acts necessarily“) もの、つまり、危険回避のための必要最小限の手段でなければならない。それは、相当なもの („acts ... reasonably“) でもなければならない、すなわち、結果との関係で比例したものでなければならない。その場合、受忍

(70) 例えば、*Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 600, 602; かつての事件を挙げるために、US-Militärtribunal, „Flick u.a.“ in: *Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals*, Bd. VI, und LG Hamburg, „Veit Harlan“, 29.4.1950も見よ。

(71) *Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 601; ドイツの法状況について詳細は、*Wessels/Beulke*, Rn. 297 ff. und Rn. 434 ff. を参照。

(72) *Ambos, Völkerstrafrecht AT*, S. 850.

した損害は、避難者が回避しようとする損害よりも大きなものであってはならない。ドイツの正当化緊急避難に関する規定と同様に、同規程31条1項d号は、——純粹に主観的な表現であるにもかかわらず——（さしあたり）客観的な基盤に基づいた財の衡量を要求する⁽⁷³⁾。しかし、その際、設定されるべき基準は、例えば刑法34条よりも明らかに「緩やかな」ものである。〔なぜなら、当該基準は、〕（ドイツ法による防御的緊急避難ないし免責的緊急避難の場合と同様に）保持される財と攻撃する財とが同価値である場合に免責を排除していないからである。したがって、原則として、殺人が同規程31条1項d号によって無罪になることもありうるが、それは、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所の *Erdemović* 判例——および「コモン・ロー」の基本的な考え方⁽⁷⁴⁾——と相反する⁽⁷⁵⁾。結局のところ、同規程は、——刑法35条のように——緊急避難を条件とした他者の殺害が例外状況において刑を免れることになる〔点で〕、ヨーロッパ大陸法の伝統に従っている⁽⁷⁶⁾。

37 いわゆる強制による緊急避難——ドイツ法における正当化緊急避難と免責的緊急避難との必要不可欠な区別に鑑みて議論される⁽⁷⁷⁾——は、行為者が他者による強制によって可罰的行為の遂行を強要されるものであるが、これは、問題なく、同規程31条1項d号の規定に含まれる。

38 正当防衛の場合と同様に、緊急避難の場合でも、主観的要素は必要で

(73) これに関しては、*Kreß*, *Humanitäres Völkerrecht -Informationsschriften* 1999, 4, 7 を見よ；異説として、*Triffterer-Eser*, *Rome Statute*, Art. 31 Rn. 60.

(74) これに関しては、*Etzel*, *Notstand und Pflichtenkollision im amerikanischen Strafrecht*, 1993, S. 101 ff.；*Janssen*, *ICLR* 2004, 88 ff. を参照。

(75) 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「*Erdemović* 事件」（上訴部）1997年10月7日「判決」Rn. 19；これに関しては、*Ambos*, *Völkerstrafrecht AT*, S. 859 も見よ。

(76) 例えば、*Janssen*, *ICLR* 2004, 88, 89.

(77) これについては、*SSW-StGB/Rosenau*, § 34 Rn. 30（文献付き）を見よ。

ある。なぜなら、行為者は、「この危険を回避するために」、行為しなければならぬからである。財の衡量要素の純粹主観的な表現（「回避しようとする損害よりも大きな損害を引き起こす意図を有しない限りで」）⁽⁷⁸⁾は、その主観的要素がこの衡量にも及ぶことを明白に示すものである⁽⁷⁹⁾。行為者が緊急避難状況を基礎づけるような危険を自ら惹起した場合には、同規程31条1項d号(ii)の反対解釈から導き出されるように、刑事責任の阻却事由は問題にならない。刑法35条の場合と同様に、「惹起する」とは、義務違反による惹起だけを意味するのである⁽⁸⁰⁾。

c) 命令に基づく行為

39 国際刑事裁判所規程33条1項によれば、命令に基づく行為は、例外的に、行為者の可罰性を阻却する。これにより、同規程は、従来の国際刑事裁判所規程とは著しく異なる。従来の規程は、命令に基づく行為を、そのつど任意的な刑罰減輕事由として認めるにすぎなかった。

もっとも、この違いは、規定を注意深く読めば、直ちに相対化される。確かに、行為者が命令に従うように義務づけられ、その命令の違法性を知らず、そして、その命令の違法性は明白ではなかった場合には、刑事責任の阻却事由が問題となる（いわゆる「明白な違法（manifest illegality）」の原則）。とはいえ、同規程33条2項によれば、集団殺害や人道に対する犯罪の実行を命令することは、常に、「明白な違法」として位置づけられる。したがって、結局のところ、戦争犯罪のみが、命令に基づく行為によって刑事責任を阻却されうるのである。

(78) 主観的な形式に関して懐疑的なものとして、*Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 609.

(79) これにつき、確かな国際慣習法上の基盤を看取しない *Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 609; *Ambos, Völkerstrafrecht AT*, S. 852 f. を見よ。

(80) ドイツ法については、*Wessels/Beulke*, Rn. 441; 国際法については、*Ambos, Völkerstrafrecht AT*, S. 856.

d) 錯誤

40 本規程の錯誤規定は、同32条において、事実の錯誤と法の錯誤とを区別する。

■ 事実（事情）の錯誤は、原則として、可罰性を阻却する⁸¹⁾。

■ これに対して、法の錯誤は、原則として、考慮されない。もっとも、法の錯誤は、犯罪構成要件にとって必要な主観的要素を否定する場合には、例外的に重要となる。しかし、この規範の表現に関して、例外規定に独自の意味はないことが示される。すなわち、刑法16条1項が、結局のところ、「行為者がわざと行為したのではないときは、その者は、故意に行為したものではない」という表現に還元されるのと同様に、法の錯誤の例外的な考慮は、すでに、主観的要素——および、これにより、通常は同規程30条——が充足されないことから導き出されるのである。犯罪構造で考えるならば、この事例では、刑事責任の阻却事由のレベルまでに達してはいない。すなわち、すでに、犯行の内の側面が欠落しているのである⁸²⁾。

それ以外には、法の錯誤は、同規程33条1項の意味での明白に違法とはいえない命令の違法性に関する錯誤が問題となる場合であっても、考慮される。

41 事実の錯誤と法の錯誤との区別は、ドイツの構成要件的錯誤と禁止の錯誤との区別と同一ではない。このことは、すでに、国際刑法には不法の認識という独自のカテゴリーがないため、不法の不認識から禁止の錯誤が生じることはない、という事実によって条件付きのものとなる。正しい見

(81) このことは、——もっとも、消極的に定式化されているが—— "... ist nur dann ein Grund für den Ausschluss ..." というフレーズからもたらされる。

(82) 例えば、*Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 614. 法の錯誤の射程の問題については、*Heller, JICJ 2008*, 419 ff. を見よ；*Safferling, Int. Strafrecht*, § 5 Rn. 29は、この錯誤を刑事責任の阻却事由ではなく、犯行の主観的側面の範囲で検討する。

解によれば、同規程32条1項は、事実の錯誤として、記述的な客観的要素に関する錯誤を規定し、他方で、同規程32条2項は、法の錯誤として、原則として考慮されない、いわゆる規範的な客観的要素に関する錯誤を捕捉する⁽⁸³⁾。

例：これに従うならば、同規程8条2項c号(iv)の「正規に設置された裁判所」の構成の条件に関する錯誤は、同規程の意味における考慮されない法の錯誤となろう⁽⁸⁴⁾。

42 これに対応して、同規程は、——刑法17条1文とは対照的に——前述した明白に違法ではない命令の違法性に関する錯誤を別として——回避不能な禁止の錯誤に「刑事責任を阻却する」効果を認めていないように思われる。責任原理の観点から、回避不能な禁止の錯誤を考慮しないことは、強い批判にさらされよう⁽⁸⁵⁾。もっとも、そのような錯誤は、国際刑法では、結局、いずれにせよ、戦争犯罪に関して生じうるものにすぎない、ということができる。回避不能な禁止の錯誤に関するドイツの規定を大まかに転用したとしても、例えば、当事者が「それなりの善意を尽くして (gehörige Gewissensanspannung)」⁽⁸⁶⁾、宗教的な集団を殲滅する意図で人を殺害することは許されるという結論に至ることは、通常、考えられないであろう。しかし、このことは、戦争犯罪の領域では異なる。なぜなら、その地の諸規定の複雑さは、軍人にとって、容易に把握することができず、理解することができないため、行為者が回避不能な禁止の錯誤に陥る状況は想定しうるからである⁽⁸⁷⁾。ここで、責任原理を遵守するためには、同規程32条2

(83) Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 624を参照。ドイツ法における構成要件の記述的要素と規範的要素の区別については、Wessels/Beulke, Rn. 242 ff.

(84) 例えば、Triffterer-Triffterer, Rome Statute, Art. 32 Rn. 29.

(85) Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 623.

(86) 刑法17条の範囲における一般的に認められた基準については、SSW-StGB/Momsen, § 17 Rn. 45 ff.; Wessels/Beulke, Rn. 466 (文献付き)を参照。

(87) しかし、錯誤の回避不能は、国際刑事裁判所によって、個別的に認められて

項を準用して、刑事責任の阻却事由が認められるべきである。この点で、同規程31条3項 (§ 15 Rn. 49を見よ) が適用されることは、有益であろう。

43 ドイツ法では許容構成要件の錯誤として特徴づけられる状況も、同規程では、明確に規定されていない。これは、行為者が認められている正当化事由（ここでは、刑事責任の阻却事由に相当する）の事実に関する条件について錯誤する場合である⁸⁸⁾。ドイツの学説における支配的見解によれば、そのような錯誤は、故意の責任非難を否定させる⁸⁹⁾。これに対して——前述したように——同規程32条1項によれば、事実の錯誤は、「犯罪構成要件にとって必要な主観的構成要件の要素を否定する場合」にのみ、刑事責任の阻却事由となる。許容構成要件の錯誤は、犯罪構成要件の主観的側面（認識、意思）ではなく、許容命題の主観的側面を対象とする⁹⁰⁾。したがって、その文言によれば、本規程は、許容構成要件の錯誤に、行為者に対する刑事責任の阻却事由の効果を認めないであろう。国際刑事裁判所が——確かに、それは好ましいであろう——同規程32条1項の規定を類推して、このような錯誤も同価値を根拠に事実の錯誤と同置する場合に限り、結論が異なる可能性がある⁹¹⁾。

∨いる；例えば、同裁判所は、「Lubanga事件」(第1予審部) 2007年1月29日「訴追の承認」Rn. 306, 312-314において、現行規定はルワンダのように、軍事統率者と同様な地方政治家も捕捉する以上、回避不能な錯誤は存在しないことを明らかにした。Weigend, JICJ 2008, 471, 474も参照。

⁸⁸⁾ ドイツ法における許容構成要件の錯誤について詳細は、Wessels/Beulke, Rn. 467 ff.

⁸⁹⁾ いわゆる法律効果指示制限責任説。Fischer, § 16 StGB Rn. 22；Wessels/Beulke, Rn. 478 f. を参照；相応するものとして、オーストリアの制定法上の規定については、オーストリア刑法8条を見よ。

⁹⁰⁾ おそらく、これは、消極的構成要件要素の理論では、異なって根拠づけられなければならない。これに関する一般的なものとして、A. Kaufmann, JZ 1954, 653 ff. を見よ。

⁹¹⁾ すでに例えば、Satzger, NStZ 2002, 125, 128；Ambos, Völkerstrafrecht AT, S. 808 ff.；Triffterer-Triffterer, Rome Statute, Art. 31 Rn. 14, 28.

事例31では、Xは、——その正しさを仮定するとすれば——正当防衛を根拠づけ、Xの行為を同規程31条1項c号により正当化しうる事態を念頭に置いていた。したがって、Xは、許容構成要件の錯誤に陥っており、それは、同規程32条1項を類推して、原則として、刑事責任の阻却事由とすべきであった。

e) 帰責無能力

44 国際刑事裁判所規程31条1項a号は、継続的な帰責無能力を刑事責任の阻却事由として認めている。酩酊によって引き起こされた一時的な帰責無能力は、確かに、原則として、同規程31条1項b号により、同様に刑事責任の阻却事由となるが、同時に、同条項は、「原因において自由な行為 (actio libera in causa)」(alic)に関する規定を置いている。それによれば、酩酊が任意に引き起こされ、行為者が酩酊により同規程の犯罪構成要件が充足されることを認識し、または甘受した場合、その酩酊は、可罰性に影響しない。ここで採用された構造は、ドイツ法で知られている責任例外モデルにもっとも近い⁹²⁾。

同規程31条1項a号の実務的重要性は、どちらかといえば小さい——国際刑法上の裁判所では、帰責無能力が被告人の有利に認められたことは一度もない⁹³⁾——が、alic規定は、今後、重要な意義を有することになるろう。

f) 不逮捕特権

45 あらゆる国家の絶対的な対等性を考え、また国家間の交流の機能性を

⁹²⁾ ドイツ法における alic につき詳細は、Wessels/Beulke, Rn. 415 ff.; Satzger, Jura 2006, 513 ff.

⁹³⁾ Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 643および旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所「Delalić et al. 事件」(上訴部) 2001年2月20日「判決」Rn. 573 ff. の否定も参照。

担保するために、伝統的な国際法は、国家の不逮捕特権の原則を認めてきた。いかなる国家も、他国を裁くことができないとされてきた。そこから演繹して、国際刑法にとって独自に重要となる個人（国際刑事裁判所規程25条1項）も、不逮捕特権を享受する。これとの関連で、その不逮捕特権が国際条約上規定されている外交官⁹⁴⁾と並んで、とりわけ国家元首⁹⁵⁾、および、国外で国家を代表するその他の政府職員が捕捉されている。その際、外国の（刑事）裁判権に対する不逮捕特権は、異なった有効範囲をもつものとして、2つの形式に区別することが妥当である。

- 単独で国家に帰属される公権力の行使に関しては、いわゆる機能的な不逮捕特権（「事物に関する特権」）が適用される。公的資格で行為した行為者は、すでに、可罰的ではない。この不可罰性は、在職期間が終了しても、継続する。
- 在職期間に制限するならば、国家元首、政府代表および——外交官のような——その他の政府職員は、公権力の行使ではない行為に関して、より正確に言えば、（その不逮捕特権が外交官のそれよりも広範囲に及ぶ限りで）国外の至る所で、不逮捕特権をもつ。これにより、行為の裁量が国際法上特別に位置づけられている人的範囲に行為者が属するという事実が、人的不逮捕特権（「人に関する特権」）を基礎づける。機能的な不逮捕特権との違いでは、人的不逮捕特権は、すでに〔それだけで〕、外国法による可罰性を消滅させるものではないが、在職期間に限定された訴訟障害を基礎づける⁹⁶⁾。

94) ウィーン外交関係条約31条（Sartorius II, Nr. 325）を見よ。

95) 国家元首は、国外における私的訪問の場合でも、不逮捕特権を有する。国際裁判所「Congo vs. Belgium 事件」（「Arrest Warrant Case」）2002年2月14日「判決」Rn. 51 ff. を参照；これにつき、Cassese, EJIL 2002, 853, 855.

96) Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 698；Cassese, EJIL 2002, 853, 864 f.；これに関しては、前述§ 14 Rn. 7を見よ。

46 国際刑事裁判所による国際法犯罪の審判との関係では、この不逮捕特権は、広くその意義を失っている。その限りで、国際刑事裁判所規程27条1項は、機能的な不逮捕特権を排除する⁽⁹⁷⁾。同規程27条2項は——少なくとも、条約国の国家元首や政府職員に対して——人的な不逮捕特権の例外を基礎づける⁽⁹⁸⁾。

47 国内の刑事訴追機関による国際法上の犯罪の訴追は、これとは区別されなければならない。ここでは、通説は、国際関係の保持という利益において、依然として、国家代表者の人的な不逮捕特権を認めており、したがって、刑事手続は、その在職期間中、許されないことになる⁽⁹⁹⁾。しかし、支配的見解によれば、在職期間終了後であれば、国内裁判所に刑事訴追をすることは、可能と考えられている。なぜなら、機能的な不逮捕特権は、国際法上の犯罪の場合には、適用されないからである。例えば、国際法上の犯罪は、常に個人の犯罪であり、公権力の行使として国家に帰属されるものではないと主張する者⁽¹⁰⁰⁾もいれば、不逮捕特権の国際慣習法上の例外を認める者もいる⁽¹⁰¹⁾。

同規程27条は、これと並んで、国内の不逮捕特権規定を重要ではないも

(97) Stern in: Lattimer/Sands (Hrsg.), *Justice for Crimes Against Humanity*, 2003, S. 86 f. のみを見よ。

(98) 第三国の国家元首や政府職員の訴追の問題について、とりわけ、在職中のスーダン大統領 *Al Bashir* に対する逮捕状との関係で、*Blommestijn/Ryngaert*, ZIS 2010, 428 ff. を見よ。

(99) とりわけ、国際裁判所「*Congo vs. Belgium* 事件」(「*Arrest Warrant Case*」) 2002年2月14日「判決」; *Ruffert*, NILR 2001, 184 ff.; *Werle*, *Völkerstrafrecht*, Rn. 706 ff. も見よ。

(100) House of Lords, „*Pinochet*“, Judgment, 24.3.1999, <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino1.htm> (2013年3月現在); これにつき, *Sands*, LJIL 2003, 45 ff.; *Akande/Shah*, EJIL 2010, 815, 828.

(101) これに関する概観として、以下のものを挙げておく。 *Ambos*, *Int. Strafrecht*, § 7 Rn. 101 ff.; *Kreicker*, ZIS 2012, 107, 117 ff.

のとしていることから、その規定は、国内での同規程の転用を考えると、ドイツでは、一定のリスクをもたらす⁽¹⁰²⁾。確かに、その規定を国際刑事裁判所規程施行法や国際刑法典によって取り込む過程で（これに関しては、後述 § 17 Rn. 1 ff.）規程の本質的な部分は置き換えられたが、その際、連邦議会議員の不逮捕特権と免責特権を規定する基本法46条の変更は断念された⁽¹⁰³⁾。これにより、例えば、連邦議会が基本法46条2項により議員の不逮捕特権を放棄することを拒否したときには、連邦共和国は当該議員に対して訴追を行うことができないことになり、したがって、補完性原則（前述 § 14 Rn. 17 ff.）により、国際刑事裁判所の裁判権が開かれることになる——この結論は、国際刑法典で明白に追求される目的と矛盾するものである⁽¹⁰⁴⁾。

g) 時効

48 国際刑事裁判所規程29条によれば、同規程の裁判権に服する犯罪は時効にかからない。これにより、時効は、刑事責任の阻却事由とはならない⁽¹⁰⁵⁾。

h) 不文の刑事責任の阻却事由

49 国際刑事裁判所規程31条3項によれば、国際刑事裁判所の裁判官は、それが前述の法源から読み取れる限りで、列挙されていない刑事責任の阻

(102) これにつき、*Kreß*, NStZ 2000, 620 ff. もある。

(103) このことは、連邦首相は不逮捕特権を享受するとする基本法60条4項にも妥当する。

(104) Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BR-Drucks. 29/02, S. 23.

(105) *Kreicker*, Humanitäres Völkerrecht - Informationsschriften 2007, 167 ff. を参照；これについて、*Gless*, Int. Strafrecht, Rn. 745 ff. も参照。

却事由も援用することができる⁽¹⁰⁰⁾。不文の刑事責任の阻却事由の拡張は、「法律なくして犯罪なし」原則(同規程22条)の観点から、問題とはならない。なぜなら、被告人は、〔それによって〕有利な立場に置かれるからである。

V. 正犯と共犯

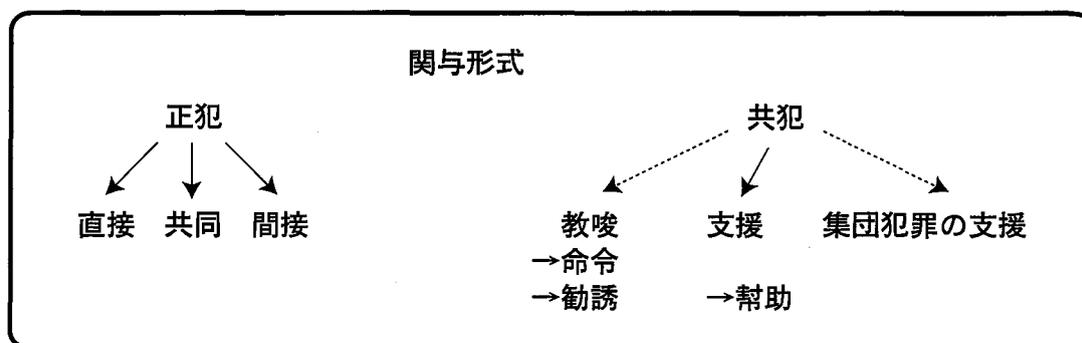
50 国際法上の犯罪は、当然ながら、単独犯で遂行されることは極めて稀である。むしろ、国際法上の犯罪の不法の実質は、基本的に、個々の行為が全体としての犯罪に組み込まれることを暗に意味している。このことは特に、市民に対する拡張されたまたは組織的な攻撃を条件とする、人道に対する罪の場合に明白になる(国際刑事裁判所規程7条1項参照。後述§16 Rn. 33を見よ)。加えて、国際法上の犯罪は、しばしば、責任を負うべき者が自ら「手を汚すのではなく」、「机上の正犯者」としての役割を演じるということにより、マクロ犯罪として特徴づけられる。しかし、これによって、国際犯罪に関与する形式の多様な規定が自ずと必要になる。国際刑法の総則は、直接遂行者に限らずに刑法上の答責性を基礎づけるべき帰属ルールを準備するものでなければならない。

51 国際刑事裁判所規程25条3項a号-c号は、国際刑法において従来支配的であり、形式的には統一的正犯を念頭に置かれた考察から離れて、明白に、3つの異なる犯罪関与形式を区別している⁽¹⁰¹⁾。これらは、基本的に、刑法典に置かれた正犯と共犯の形式に分類される。国際刑事裁判所規定25

(100) 例えば、*Schabas*, ICC, S. 492 ff. および *Safferling*, Int. Strafrecht, § 5 Rn. 64にみられる。

(101) これについての詳細は、*Ambos*, Völkerstrafrecht AT, S. 543 ff. 国際刑事裁判所が、具体的に相応する関与形式が起訴されることも重要視するということは、国際刑事裁判所「*Ruto, Kosgey, Sang* 事件」(第2予審部)2011年3月8日「出頭召喚を求める検察官の申立てに関する決定」Rn. 35 f. で示されている。

条3項a号によると、「直接正犯」「間接正犯」そして「共同正犯」が、正犯のバリエーションとされる。共犯の可能性は、国際刑事裁判所規程25条3項b号が、犯罪の「命令」「勧誘」「教唆」を区別し、国際刑事裁判所規程25条3項c号が「幫助」と「その他の支援」とを区別していることからすると、少なくとも形式的には、ドイツの法秩序よりも、細分化されているように見える。注目すべきは、本規程が25条3項b号、c号でドイツ法には周知の従属性原則に従っているということ、つまり、共犯者の可罰性を正犯者の可罰性に——既遂であれ未遂であれ——従属させている、ということである。従属性要件は、一見したところ理解が難しい国際刑事裁判所規定25条3項d号の規定——集団による規程上の犯罪遂行へのその他の寄与に対して、共犯の最も軽微な形式として刑罰を科している——にも妥当する。最後に、国際刑事裁判所規程25条3項e号は、ジェノサイド条約に由来したジェノサイドを唆すこと（Aufstachelung）の可罰性を基礎づける。これは、その行為が実際に遂行されるかどうかにかかわらず可罰的とされるものである（後述§16 Rn.9を見よ）。



52 国際刑事裁判所規程25条2項は、個々の関与形式に対する制裁を区別して定めてはいない。もっとも、関与の形式は、国際刑事裁判所規程78条1項による量刑の際に考慮されうる。このことは、現在、手続規則の145

条1項c号でも、詳細に規定されている。

1. 正犯

a) 直接正犯

53 まず、国際刑事裁判所規程25条3項a号第1類型の直接正犯は、本質的にドイツ法と同様に取り扱われる。すなわち、その犯行を個人として自ら遂行した者は、直接単独正犯者である⁽¹⁰⁹⁾。

b) 共同正犯

54 共同正犯（国際刑事裁判所規定25条3項a号第2類型）は、犯行寄与の双方向的な帰属に対する基盤として共同の犯行計画を条件としているが、その際、その計画は国際法上の犯罪の遂行を目指していなければならないか、あるいは、何らかの「犯罪的要素」の存在で足りるか、ということについて、争われている⁽¹¹⁰⁾。これにつき、Roxinの行為支配論に依拠すれば、本質的な行為寄与の形式において客観的な要素が生じていなければならない⁽¹¹¹⁾。これにより、その帰属ルールは、共同正犯に関するドイツ刑法理論

(109) これについて詳しくは、Ambos, Int. Strafrecht, § 7 Rn. 18.

(109) 後者を、Lubanga 事件を扱った部の判例は支持している。国際刑事裁判所「Lubanga 事件」(第1予審部)2007年1月29日「訴追確認の決定」Rn. 344参照。原則的には、国際刑事裁判所「Lubanga 事件」(第1公判部)2012年3月14日「ローマ規程74条による判決」Rn. 984 ff. によって、事態が通常の経過を辿る際に犯罪が行われるリスクが十分にあることを要求することで確認される。

(110) 国際刑事裁判所「Lubanga 事件」(第1予審部)2007年1月29日「訴追の承認」Rn. 342 ff., 361 ff. 国際刑事裁判所によって確認されたのは、「Lubanga 事件」(第1公判部)2012年3月14日「ローマ規程74条による判決」Rn. 999であり、Fulford 裁判官の少数意見が付されている。これについては、Ambos, ZIS 2012, 313, 328 ff.; 国際刑事裁判所「Ngudjolo Chui 事件」(第2公判部)2012年12月18日「ローマ規程74条による判決」についての Van den Wyngaert 裁判官の少数意見も見よ。

の支配的見解と広く一致する⁽¹¹⁾。

c) 「共同犯罪企図 (Joint Criminal Enterprise)」による共同正犯の拡張？

55 アドホック (非常設) 裁判所の規程には、国際刑事裁判所規程25条3項a号のような (共同) 正犯に関する規定がない。こうした裁判所は、関与者が複数ある事例では、広く正犯として帰属される形象である「共同犯罪企図 (JCE)」——旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所により *Tadić* 事例において、国際慣習法を援用して⁽¹²⁾ はっきりと展開された——によって対処してきた。共同犯罪企図は、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所規程7条1項およびルワンダ国際刑事裁判所規程6条1項にいう「実行 (commission)」の (不文の) 下位形式として位置づけられている。このような方法によって、そこで遂行された国際犯罪に関する共通の企てへの複数の関与者を (共同) 正犯として処罰することが、可能になるともいわれる。このことは、共同の犯行計画でカバーされないような行為、すなわち、共同犯罪企図の最も広い形式 (いわゆる JCE III) の場合にそうであるように、本来は過剰行為 [と評すべきもの] でさえ、正犯として (共同で) 行われたとして帰属されるに至るのであれば、問題がないわけではない。国際刑事裁判所規程における「他者と共同で遂行した」という要素も——アドホック裁判所の規程と同様に——こうした法モデルの適用の余地を残しているため、このモデルが国際刑事裁判所規程の文脈においても詳細に考察されねばならないのかという点は、まだ最終的には明らかにされていない。

56 アドホック裁判所は⁽¹³⁾、共同犯罪企図の3つのカテゴリーを区分して

(11) 刑法典25条2項については、*Wessels/Beulke*, Rn. 524 ff. を参照。

(12) この理由づけの問題性については、*Zahar/Sluiter*, *International Criminal Law*, 2008, S. 223 ff のみを見よ。

(13) 旧ユーゴスラビア刑事裁判所の判例における共同犯罪企図の発展については、↗

いるが⁽¹¹⁴⁾、その際、共同正犯的な帰属に関しては、さしあたり以下に挙げる3つの客観的な要件が存在していなければならない、としている。

■ 複数人が

■ 1個または複数の国際法上の犯罪の遂行を内容とする共通の計画/目的で、

■ その共通の計画の枠組みの中で寄与すること。ただし、その点に関して(「本質的な」という意味での)高度の要件は立てられない⁽¹¹⁵⁾。

57 本質的な相違は、主観的要件に関して生じる。

■ 共同犯罪企図の基本形式(いわゆるJCE I)の中では、すべての関与者が共通の故意の枠組みの中で共同し、そのようにして、犯行計画を共同で遂行する。それによって、JCE Iは、本質的には刑法典25条2項の意味での共同正犯に対応しており、その結果、それぞれの寄与の相互の帰属は、機能的に分業された態度形式に基づいて正当化される。もっとも、これで問題がないといえるのは——アドホックな裁判所の判例よりも制限的に——犯行促進的な寄与についての要件を低くし過ぎることなく、その「本質性」を要件とする場合のみである。その要件が満たされないのであれば、単純な幫助として格付けられるべきである。

■ 共同犯罪企図の組織的な形式(JCE II)は、いわゆる「強制収容所」事例を捕捉すべきものであり、たいていは基本形式の単なる亜型とみ

↘ Haan, ICRL 2005, 167 ff. を参照。

(114) これについて、Gless, Int. Strafrecht, Rn. 765 ff. も参照。

(115) 旧ユーゴスラビア刑事裁判所「Kvočka et al. 事件」(上訴部)2005年2月28日「判決」Rn. 97, 99, 112:ある関与者が、ある構成要件要素を実現することは、本質的な行為寄与を果たす、ないしは犯行現場に居る、ということを要求する。これと異なるかつての判例については、Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 489 ff. (文献付き)を見よ。

なされている⁽¹¹⁶⁾。JCE I との相違は、関与者について遂行された犯罪に関する具体的な故意が証明される必要はない、という点にあるとされる。その関与者は、主観的には、虐待の組織を認識しているだけで足り、それを促進する故意をもって行為していればよい⁽¹¹⁷⁾。その際、こうした故意は、その組織における関与者の階層的地位から引き出されうるものとされる⁽¹¹⁸⁾。

- 最後に、共同犯罪企図の拡張形式（JCE III）は、集団の個々の構成員が、共同の犯行計画によってはカバーされていない国際法上の犯罪を遂行する事例に関するものである。こうした過剰行為は、JCE III の帰属モデルを通じて、こうした行為の遂行については何も知らず、その限りで全く行為寄与ももたらさなかった場合でも、その集団の他の構成員によって「遂行された」として格付けされる。この（共同正犯的な）帰属は、その関与者が、犯罪的な企図の目的を促進するという意図を有し、加えて、その者にとって当該過剰行為の遂行が主観的に予見可能であったにもかかわらず、そのリスクを認容していた、ということを要件とする⁽¹¹⁹⁾。

58 アドホック裁判所によって用いられている共同犯罪企図は、正犯と共犯との限界付けに関して限定的にしか利用できないものであるように思わ

(116) 共働行為の重みをさほど要求しない場合の問題については、Satzger in: Hassemer u. a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Volk, 2009, S. 592. のみを見よ。

(117) 旧ユーゴスラビア刑事裁判所「Tadić 事件」（上訴部）1999年7月15日「判決」Rn. 220.

(118) 旧ユーゴスラビア刑事裁判所「Kvočka et al. 事件」（上訴部）2005年5月28日「判決」Rn. 101；旧ユーゴスラビア刑事裁判所「Tadić 事件」（上訴部）1999年7月15日「判決」Rn. 203；批判について、Ambos, Int. Strafrecht, § 7 Rn. 30（文献付き）を見よ。

(119) 旧ユーゴスラビア刑事裁判所「Tadić 事件」（上訴部）1999年7月15日「判決」Rn. 220.

れる。そこで、アドホック裁判所の近時の判例は、——既に見たとおり——全体として行為寄与の重さにほとんど意義を認めておらず、その結果、集団の犯罪目的を実現することへの共通の意思を理由とするのみで正犯性が肯定されている。そうすると、単純な幫助との有効な限界付け——国際刑事裁判所規程では、その25条3項の詳細な規定によって示されているようなもの——は、ほぼ不可能である。国際刑事裁判所規程がはっきりとそれに傾いている行為支配モデルを基礎にすれば⁽¹²⁰⁾、犯行遂行に寄与することは、いずれにしても、企図に関与した者の行為支配性という問題の評価にとって本質的な役割を果たすものとなる。さらに、特にJCE IIIは、「規範的な基盤のない……新たな帰属カテゴリー」として、正当にも批判されていた⁽¹²¹⁾。このことが、常に、過剰行為に関して真の未必の故意の存在を要求するとするならば、厳格にみると、過剰行為はそもそも問題にならない——そして、JCE IIIは、結局のところは余計なものとなるであろう。これに対して、犯行の内的側面への要求はごくわずかであり、結果として、実際に行われた行為に関する具体的な関連すら必要がない（何らかの行為の遂行の「リスク」に関してあれば足りる）ということは、少なくとも、JCE IIIは非常に拡張された、ほとんど限定出来ない企図（「広範な企図(vast enterprises)」）の文脈においても適用されることを考慮すると、はっきりするであろう。例えば、ルワンダ国際刑事裁判所は、極めて包括的に「ルワンダにおけるツチ族の絶滅」という企図に着目し、JCE IIIを通じて、その国内全土にわたるほとんど限界のない企図に関与した者に、実務上、それに関連して行われた国際法犯罪すべてを（正犯的に）帰属させることが、許容されるものと判断している。その理由として、その種の犯罪の遂

(120) 脚注(11)掲示のものを見よ。

(121) Ambos, Int. Strafrecht, § 7 Rn. 31; また, Satzger in: Hassemer u. a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Volk, 2009, S. 593を見よ。

行は、対象者にとって予見可能であり、同人はそのリスクを認容していたからである、と述べられている⁽¹²²⁾。さらに、JCE IIIは、そのモデルが、特に主観的な要素——特に、民族謀殺の際の破滅の意図のように——を帰属するために用いられる場合には、そもそも容認することができない。これによって、そのような構成要件の主観的な可罰域が下げられ、そのことが、過剰行為としての民族謀殺の事例で、ジェノサイドの正犯者としてある集団の構成員を有罪とするには、過剰行為者の殲滅意図を単に認識しているだけで足りる、という結果を招くことになる⁽¹²³⁾。

正しい見解によれば、国際刑事裁判所規程が通用している下では、もはや共同犯罪企図が妥当する余地はない⁽¹²⁴⁾。国際刑事裁判所規程25条3項は、そのa号第2類型に、(共同)正犯的な遂行のための明白な基盤を含んでいる。しかし、集団犯罪の支援——それは共同犯罪企図に非常に近いものである——は、国際刑事裁判所規程25条3項d号(後述§15 Rn. 63を見よ)においては、正犯的な遂行としてではなく、単に共犯の最も軽微な形式として挙げられており⁽¹²⁵⁾、それは、結局のところ、行為支配論の原則に適合している。したがって、国際刑事裁判所も、正当にも、自身の裁判管

(122) これについての詳細は、*Satzger in: Klip/Sluiter (Hrsg.), Annotated Leading Cases of the International Tribunals, Vol. 24, ICTR, 2009, S. 61 ff.*

(123) しかし、例えば旧ユーゴスラビア刑事裁判所「*Brđanin* 事件」(上訴部)2004年3月19日「中間上訴に関する決定」Rn. 6; 同様に否定したものとして旧ユーゴスラビア刑事裁判所「*Brđanin* 事件」(公判部)2003年11月28日「手続証拠規則第98条の2による無罪判決を求める申立についての決定」Rn. 57; *Ambos, Int. Strafrecht, § 7 Rn. 32*; *Satzger in: Hassemer u. a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Volk, 2009, S. 594 f.* (文献付き)。

(124) *Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 498 ff.*; 共同犯罪企図を承認する代わりに「正犯の背後の正犯」モデルないしは組織支配に基づく正犯に注目する国際刑事裁判所の傾向については、§15 Rn. 59ならびに *Manacorda/Meloni, JICJ 2011, 159 ff.* 参照。

(125) 正当にも同旨のものとして、*Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 534.*

轄に服する犯罪に共同犯罪企図を転用する余地を認めず、またそのきっかけも認めなかったのである⁽¹²⁰⁾。しかし、共同犯罪企図は、混合型裁判所の判例においてかなり重大な意義を有しているが⁽¹²¹⁾、例えばカンボジア特別法廷の予審部は、2010年5月20日の裁判において、共同犯罪企図の適用可能性を最初の2つの形式に（少なくともカンボジア特別法廷にとって）限定した。つまり、共同犯罪企図の拡張された形式（JCE III）は、*Tadić* 事件における旧ユーゴスラビア国際刑事裁判とは異なり、適用できないものと判断したのである⁽¹²²⁾。

d) 間接正犯

59 国際刑事裁判所規程第25条3項a号は、ある犯罪を「他者を介して」行った者に対しても、処罰の可能性を規定している。これにより、本規定のドイツ語訳は、ドイツ刑法25条1項第2類型によって知られている間接正犯という表現を使用している。国際刑事裁判所規程25条3項a号第3類型は、そこで、間接正犯としての処罰は直接行為者が処罰されるか否かにかかわらず可能である、ということを示している。これによって、本規程は明白に、「正犯の背後の正犯⁽¹²³⁾」という、*Roxin*によって展開され、

(120) 国際刑事裁判所「*Lubanga* 事件」(第1予審部)2007年1月29日「訴追の承認」Rn. 338；国際刑事裁判所「*Katanga* 事件」(第1予審部)2008年9月30日「訴追の承認」Rn. 480；これに関する前者の分析である *Weigend*, JICJ 2008, 471, 476 ff. も参照。

(121) 同旨のものとして、例えば シエラレオネ特別法廷「*Sesay, Kallon, Gbao* 事件」(公判部), Judgment, 2.3.2009.

(122) カンボジア特別法廷「*Duch et al.* 事件」(予審部)2010年5月20日「共同犯罪企図に関する共同捜査判事の命令に対する上訴についての決定」；この点およびカンボジア特別法廷に対する共同犯罪企図（JCE）の意義について、*Gustafson*, JICJ 2010, 1323 ff. 参照。

(123) これにつき——国際刑法上の背景の中では——*Roxin*, GA 1963, 193 ff. があり、国際刑事裁判所の判例におけるドイツの解釈学の意義、特に組織支配の構想の意義、およびその判例の批判については、*Weigend*, JICJ 2011, 91 ff. 参照。

まさに国際刑法においても非常に重要である法形象を承認している。その考え方は、裁判所の最近の諸判決によって強化されている。すなわち、国際刑事裁判所は、「Lubanga⁽¹³⁰⁾ 事件」ならびに「Katanga und Chui⁽¹³¹⁾ 事件」の公判開始裁判において、*Al Bashir*⁽¹³²⁾ に対する勾留決定において、そして *Ruto, Kosgey* および *Sang*⁽¹³³⁾ に対する召喚決定において、ドイツの解釈学の意味での間接正犯に基づいているのである⁽¹³⁴⁾。国際刑事裁判所が主として取り扱う手続を考えると、こうした実行形式が将来において国際刑事裁判所規程25条3項の中心的な規定となることが予測される⁽¹³⁵⁾。

2. 共犯

60 共犯の領域では、本規程は、一方で、正犯行為への命令、勧誘、教唆に区分し、他方で、幫助と支援に区分している。

(130) 国際刑事裁判所「Lubanga 事件」(第1予審部)2007年1月29日「訴追の承認」。

(131) 国際刑事裁判所「Katanga u. a. 事件」(予審部)2008年9月30日「訴追の承認」Rn. 514.

(132) 国際刑事裁判所「Al Bashir 事件」(予審部)2009年3月4日「逮捕状」Rn. 216.

(133) 国際刑事裁判所「Ruto, Kosgey u. Sang 事件」(第2予審部)2011年3月8日「出頭召喚を求める検察官の申立てに関する決定」Rn. 40 ff.

(134) これについても、Roxin, ZIS 2009, 565 ff. を見よ。批判的なものとして、Weigend, JICJ 2011, 91, 101 ff. がある。間接(共同)正犯を認めるための諸要件については、国際刑事裁判所「Ruto, Kosgey u. Sang 事件」(第2予審部)2011年3月8日「出頭召喚を求める検察官の申立てに関する決定」Rn. 40を参照。第2予審部は被疑者 *Sang* の事例では対応する行為支配が欠けており、そうした諸要件を充足していないとした。

(135) 国際刑事裁判所判例における間接正犯については、Jessberger/Geneuss, JICJ 2008, 853 ff. を参照。共同犯罪企図と「正犯の背後の正犯」の間接正犯という両方の正犯形式を比較したものとして、Manacorda/Meloni, JICJ 2011, 159 ff. がある。これは、高位の答責者に責任を問うという両方の関与形式の共通目的を強調する。

a) 教唆

61 その際、正犯行為への「教唆」(「... induces the commission ...」)は、国際刑事裁判所規程25条3項b号の枠内で、勧誘も命令も包括する上位概念を形成している⁽¹³⁶⁾。本規程の意味での教唆とは、ドイツ刑法26条と同様に、正犯行為を決意させること、あるいは、犯行を遂行するための決心を呼び起こすことと、理解される⁽¹³⁷⁾。

「命令」は、その文言によれば、上下関係を前提としている。すなわち、軍事的なヒエラルキーにおける特別の命令状況が考えられている⁽¹³⁸⁾。それに応じて、命令は、教唆の特殊事例ということになる。

「勧誘」は、教唆の特に顕著な形式である⁽¹³⁹⁾。しかし、国際刑事裁判所規程25条3項b号で様々な形式を等しく取り扱っていることに鑑みれば、詳細な限界付けは、結局は必要ないであろう。

主観的観点では、教唆者は、国際刑事裁判所30条により、自身の教唆行為についても、正犯行為についても、故意がなければならない。それは、二重の教唆故意という、ドイツの要件におよそ匹敵するものである⁽¹⁴⁰⁾。

b) 支援(幫助)

62 共犯のさらに別の形式として、国際刑事裁判所規程25条3項c号は、上位概念として「支援」(「... otherwise assists in its commission ...」)を挙げているが、そこでは、別個に「幫助」(„aiding and abetting“)が、

(136) Cassese/Gaeta/Jones-Eser, Rome Statute, S. 796.

(137) Triffterer-Ambos, Rome Statute, Art. 25 Rn. 15も同旨である。

(138) Triffterer-Ambos, Rome Statute, Art. 25 Rn. 14.

(139) Cassese/Gaeta/Jones-Eser, Rome Statute, S. 796.

(140) 同旨として、例えば Cassese/Gaeta/Jones-Eser, Rome Statute, S. 797；若干異なるのは、Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 526；ドイツ法における教唆故意については Wessels/Beulke, Rn. 572を見よ。

下位事例として強調されている。結局——統一的な規定に鑑みるなら——ここでも、詳細な区別は不要であろう。上位概念たる支援には、犯行の遂行を容易にする、または、その他の、犯行の遂行に、実質的な影響をもつ全ての犯行寄与が捕捉される⁽¹⁴⁾。これが認められるためには、すでに、単にある行為を鼓舞することや、場合によっては、犯行地に単に居合わせることで足りることもある。因果的にみて、支援となる寄与である必要はないのである⁽¹⁴⁾。これにより、総じていえば、本規程の意味における「支援」は、刑法27条の枠における「正犯行為の促進」としての幫助というドイツの考え方に非常に近いものである⁽¹⁴⁾。

もっとも、主観的観点において、国際刑事裁判所規程25条3項c号による支援は、国際刑事裁判所規程30条よりも高い要件を課しており、支援行為は、正犯行為を容易にするために（... for the purpose of facilitating the commission ...）行われなければならない、とされている。つまり、それによれば、支援者にとっては、まさにその者の寄与の支援作用が重要でなければならないのである⁽¹⁴⁾。これに対して、他の犯行情形に関しては、国際刑事裁判所規程30条の要求が妥当する。つまり、どのような場合も、当該要素が存在していることについての確定的認識で足りる。国際刑事裁判所規程30条の理解によっては、既に未必の故意（§ 15 Rn. 25）でも足りる。支援者は、正犯行為者の特別の意図を、自身において自覚する必要はない⁽¹⁴⁾。

(14) 旧ユーゴスラビア刑事裁判所「*Krnojelac* 事件」（公判部）2002年3月15日「判決」Rn. 88参照；*Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 532；*Cassese/Gaeta/Jones-Eser, Rome Statute*, S. 799. も同様。

(14) 旧ユーゴスラビア刑事裁判所「*Kvočka* 事件」（公判部）2001年11月2日「判決」Rn. 255参照；*Triffterer-Ambos, Rome Statute*, Art. 25 Rn. 23.

(14) ドイツの規定について、例えば *Wessels/Beulke*, Rn. 582. 参照。

(14) *Cassese/Gaeta/Jones-Eser, Rome Statute*, S. 801も同旨。

(14) *Kittichaisaree, Int. Criminal Law*, S. 244. 参照。同旨として、旧ユーゴスラビア

c) 集団犯罪の支援

63 集団犯罪の支援 ((国際刑事裁判所規程25条3項d号) は、1997年12月15日のテロリストによる爆弾使用の防止に関する国際条約の規定に由来する関与形式である⁽¹⁴⁰⁾。本規程へのその導入は、ローマ会議における各派遣代表ら間での、謀議 (Verschwörung) (「コンスピラシー」) の構成要件の定式化についての見解の相違によるものであった。ここでは、客観面において、行為寄与への要求は、支援の場合 (「その他の方法で……寄与する」) よりも低いものとされた。他の関与形式によっても捕捉されていない、いかなる行為寄与でも足りる⁽¹⁴¹⁾。一定の調整を図るため、主観的な要件が、少なくとも一部で国際刑事裁判所規程30条よりも高くされている。この寄与は、一般的な主観的犯罪要素を充足して果たされる必要があるだけでなく、むしろ行為者が、自身の行為寄与によってある集団の犯罪行為を支援するという目的を追求する、または、集団の犯罪遂行に向けた (より詳しく言えば集団の構成員の) 故意を認識しつつ行為する、というものでなければならない⁽¹⁴²⁾。この規定は、その基本的特徴において、共同犯罪企図モデルを想起させる。しかし、集団犯罪への寄与が、——共同犯罪企図の場合とは異なり——正犯的な関与形式としてではなく、共犯の最も軽微な形式として扱われることは、はっきりしている⁽¹⁴³⁾。その規範は、正当にも、その形式化の不明確性のために批判されるが、教唆と支援という

↘ ア刑事裁判所「*Krstić* 事件」(上訴部) 2004年4月19日「判決」Rn. 140 (文献付き)。

(140) 爆弾テロ防止条約2条3項c号 (UN Doc. A/RES/52/164)。

(141) *Werle*, *Völkerstrafrecht*, Rn. 535.

(142) 具体的な要件については、国際刑事裁判所「*Ruto, Kosgey u. Sang* 事件」(第2予審部) 2011年3月8日「出頭召喚を求める検察官の申立てに関する決定」Rn. 51参照。第2予審部は、その裁判で、被告人*Sang*に対し、間接(共同)正犯という関与形式を、行為支配が欠けているとして否定し、25条3項を援用した。

(143) *Werle*, *Völkerstrafrecht*, Rn. 534. 参照。

「古典的な」共犯形式に加えた、その疑わしい意味内容に関しても、批判されている⁽¹⁵⁰⁾。この受け皿〔的な〕実行形式によって、まずは、武器供給ならびに犯罪の資金のおよびその他の間接的な支援が捕捉されるものとされている⁽¹⁵¹⁾。

IV. 上官の責任 (Vorgesetztenverantwortlichkeit)

64 上官責任 (「superior responsibility」) は、同様に、もともと国際刑法上の法形象であったが、その源泉はジュネーブ法 (後述 § 16 Rn. 54 を見よ) に遡るものであり⁽¹⁵²⁾、国際刑事裁判所規程28条において——既にそれ以前にアドホック裁判所の規程 (旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所規程7条3項, ルワンダ国際軍事裁判所規程6条3項) においてあったのと同様に——規定されている⁽¹⁵³⁾。この帰属モデルにより、軍事上の命令権者または民間の上位権限者は、その者の部下の国際法犯罪 (「基礎犯罪」⁽¹⁵⁴⁾) に対して、自身の統制義務に非難可能な程度に違反した場合に、刑法上の責任を問われうる。すなわち、上官は、保障人として、必要かつ適切な対策を

(150) Cassese/Gaeta/Jones-Eser, Rome Statute, S. 803参照。それによると、この規定にはともかく象徴的な価値はあることを認めるとしている。Triffterer - Ambos, Rome Statute, Art. 25 Rn. 28.

(151) Vogel, ZStW 114 (2002), 403, 421.

(152) 軍事上の命令権者との関連では、(その限りで特別の)「命令責任 (command responsibility)」が問題とされる。この用語については、Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 539のみを見よ。成立史については、Vogel, in: Jeßberger/Geneuss (Hrsg.), Völkerstrafgesetzbuch, S. 40 ff. を見よ。

(153) 全体については、Burghardt, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem: Eine Untersuchung zur Rechtsprechung der internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda, 2008 ならびに Weigend in: Burchard/Triffterer/Vogel (Hrsg.), The Review Conference and the Future of the International Criminal Court, 2010, S. 67 ff. を見よ。

(154) Ambos, Int. Strafrecht, § 7 Rn. 55参照。Vogel, in: Jeßberger/Geneuss (Hrsg.), Völkerstrafgesetzbuch, S. 43. 参照。

講じる義務を負うのであり、それゆえ、義務に反する不作為について処罰されうるのである。

国際刑事裁判所規程28条は、明示的に、独自形式の補充的な関与形式を根拠づけているが、それは、国際刑事裁判所規程25条で規定されている関与形式(「刑法上の答責性に対する他の根拠と並んで」)と併存している。したがって、国際刑事裁判所規程28条を援用する前に、ある行為が国際刑事裁判所規程25条3項によって把握されるかどうか、常に優先的に検討されねばならない⁽¹⁵⁵⁾。

65 上官責任は、客観的観点では、以下の4つが要件となる：

- 第1に、上官と部下という関係が存在しなければならない。これは、軍事的領域に限られるものではなく、民間の上位権者の場合でも、非軍事的な階層構造(例えば、行政、組合、企業)の内部で同等の効果をもつ統制可能性が備わる場合には、これも捕捉するものである(国際刑事裁判所規程28条b号参照⁽¹⁵⁶⁾)。
- 第2に、実際上の(「効果的な」)指導権および統制が上官の側に必要である。法的な命令権である必要はない。もっとも、各階層的・組織的な体系から離れた(例えば人的な関係に基づく)事実上の統制可能性があるというだけでは、十分ではない⁽¹⁵⁷⁾。民間の上位権者を考慮して、国際刑事裁判所規程28条b号(ii)は、上官が責任を負うべき態度様式に関して、追加的な限定をしている。すなわち、その上官は、その実際上の責任と統制権の下で行為しなければならない、そのことは、(軍事上の場合とは異なって)民間の上位権者の保障者的地位は場所的

(155) 同旨として、旧ユーゴスラビア刑事裁判所「*Blaškić* 事件」(上訴部)2004年7月29日「判決」Rn. 91 f.

(156) 多数の判決に代わって、旧ユーゴスラビア刑事裁判所「*Delalić et al.* 事件」(上訴部)2001年2月20日「判決」Rn. 193, 248 ff. のみを見よ。

(157) *Werle*, *Völkerstrafrecht*, Rn. 549.

および時間的に限定されている、という点に表現されている⁽¹⁵⁹⁾。

- 第3に、部下の犯罪は、上官の統制怠慢の帰結でなければならない。これによって、国際刑事裁判所規程28条が因果性の要求を定めたものであるかどうかは、未だ明らかではない⁽¹⁶⁰⁾。アドホック裁判所の判例は、その種の要件を認めていない⁽¹⁶¹⁾。
- 第4に、上官は、「必要かつ適切な措置」を怠ったのでなければならない。国際法上の犯罪がまだ実行されていない場合には、措置が（予防的に）、部下の犯行を阻止することに向けられねばならない。犯罪が（上官からの義務に反して懈怠された介入がなく）既に実行された場合には、上官は、（抑止的に）その行為に責任ある者を自ら処罰するか、または、当該犯罪に管轄を有する機関に告発するかしなければならない。その際、上官は、同人にとって可能であって、客観的な事前判断において⁽¹⁶²⁾「必要かつ適切な」すべての措置を講じなければならない。

66 国際刑事裁判所規程28条は、主観的観点において、軍事上の上官への要求と非軍事的な上位権者への要求とを次のように区別している。

(159) このことは場合によっては、例えば勤務時間中の上官責任を限定することになりうる。Werle, *Völkerstrafrecht*, Rn. 548. 参照。

(159) これに賛同するのは、国際刑事裁判所「*Bemba* 事件」（第2予審部）2009年6月15日「*Jean-Pierre Bemba Gombo* に対する検察官の訴追に関するローマ規程61条(7)(a)および(b)による決定」Rn. 423；批判的なのは、例えば Vogel, in: Jeßberger/Geneuss (Hrsg.), *Völkerstrafgesetzbuch*, S. 43, 51.

(160) 多数の判決に代わって、旧ユーゴスラビア刑事裁判所「*Delalić et al.* 事件」（公判部）1998年11月16日「判決」Rn. 398 ff.；細分化するのは、Safferling, *Int. Strafrecht* § 5 Rn. 101；*Ambos*, *Völkerstrafrecht AT*, S. 686 f. は、責任刑法上の理由から、——因果関係を越えて——保護目的連関および危険実現連関に賛同する。

(161) Werle, *Völkerstrafrecht*, Rn. 565.

- **軍事上の上官** (28条 a 号(i)を見よ) は, 第 1 に, 基本犯罪について知っていた場合 (第 2 段階の未必の故意), 第 2 に, それについて知らなければならなかったであろうという場合, すなわち, 通常の間接故意であれば犯罪を阻止すべき自身の義務を, 認識するに至っていたであろうという場合には, 上官責任を問われる⁽¹⁶²⁾。
- **民間の上位権者** (28条 b 号(i)を見よ) は, 同様に基本犯罪について知っていた場合 (第 2 段階の直接故意) に可罰的とされるが, それを超えて, その者を処罰するためには, 非難可能な形で知らなかったというのでは十分ではない。むしろ, 上司が「はっきりと〔部下による犯罪の遂行〕を示す情報を知りつつこれを無視した」ことが要求されている。つまり, これによって, 過失についてより重い基準を示しているのである。

この点で, 軍事上の上官と民間の上位権者との区別は, 中心的な役割を与えられる。その区別について, どのような基準が立てられるべきかについて, 国際刑事裁判所は, その国際刑事裁判所規程28条に関する最初の決定⁽¹⁶³⁾で示した。すなわち, 法律上の上位権者と並んで, 階層的に組織化された部隊に関する命令を発する者も, 事実上28条 a 号の意味における上官に該当する, 例えば反乱軍もこれに当たる, という。

67 上官は, 上官責任というモデルを通じて, 自身の部下の国際法上の犯

(162) これについては *Werle, Völkerstrafrecht*, Rn. 557を見よ。「認識に到達し得たであろう」というだけでは足りない。その際, 過失基準が重要であるということは, アドホック裁判所の判例によって (例えばルワンダ刑事裁判所「*Bagilishema* 事件」(上訴部) 2002年7月3日「判決」Rn. 34 f.) 不当にも否定されている。この点につき, 例えば *Triffterer in: Prittwitz (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, S. 452; *Meloni*, JICJ 2007, 619, 634 f. も同様。

(163) 国際刑事裁判所「*Bemba* 事件」(第 2 予審部) 2009年6月15日「訴追の承認」Rn. 407 ff.; この決定については *Karsten*, JICJ 2009, 983 ff. も見よ。

罪に対し、正犯としての責任を問われる。このことは、前述の主観的要件に鑑みれば、上官が、過失で対策を講じなかったに過ぎない場合であっても、故意の犯行に対して答責的とされる、ということの意味する。このことは、当然ながら、——解釈論としては解決されえない——矛盾であるとして批判されている⁽¹⁶⁴⁾。したがって、ドイツの立法者は、国際刑法典4条および13条において、あえて、国際刑事裁判所規程28条と比べて〔故意犯処罰に〕限定したのである（§ 17 Rn. 25を見よ）。

Ⅶ. 未遂と中止

68 国際刑事裁判所規程25条3項f号は、国際刑法の歴史上初めて、未遂と中止の規定を定めている。国際刑事裁判所の裁判管轄の下にある犯罪の未遂は、はっきりと、処罰されることとなっている。これは、国際慣習法の状態に対応している⁽¹⁶⁵⁾。ドイツ法と同様に、未遂処罰は、さしあたり、当該犯行が既遂になっていないことを条件としており、それは、——その規定の文言上——「行為の実行」に至っていなくともよいとされる。

69 国際刑事裁判所規程25条3項f号は、犯行決意に対応する主観的要素について、確かに、明示的に言及してはいないが、しかし、犯行の実行は「行為者の意思とは独立した事情から」行われなかった、という消極的な表現からは、犯行のすべての主観的要素が満たされなければならない、ということが推論されうる⁽¹⁶⁶⁾。

(164) Ambos, *Int. Strafrecht*, § 7 Rn. 59; 全体について以下も見よ, Nerlich, *JICJ* 2007, 665 ff.; a. A. Vogel, in: Jeßberger/Geneuss (Hrsg.), *Völkerstrafgesetzbuch*, S. 47.

(165) Werle, *Völkerstrafrecht*, Rn. 677.

(166) 賛同するのは, Safferling, *Int. Strafrecht*, § 5 Rn. 107.

70 国際刑事裁判所規程25条3項f号は、客観的には、行為者が、犯罪「実行を開始するための本質的な段階」に当たる行為を行った、ということが要件となる、英文の規定 („taking action that commences its execution by means of a substantial step“) では、よりはっきりと、この基準がどれほど問題のあるものであるかが示されるであろう。結局、未遂の開始を決定するための、通常は択一的な2つの基準の(疑わしい)組合せが問題なのである。これらは、本質的には、フランス法とアメリカ法とに由来し、一方では「実行行為の開始」とされ、他方では「構成要件実現の本質的な段階」とされるものである⁽¹⁶⁷⁾。見かけ上は狭そうな文言であるにもかかわらず、本規程は、その本質からすると、刑法22条の未遂開始の定義と異なるものではない。刑法22条は、「構成要件実現のための直接的な開始」との文言によって、不処罰の予備と(場合によっては)可罰的な未遂との境界線を、本来の実行行為の開始以前の領域へと延長している⁽¹⁶⁸⁾。

71 国際刑事裁判所規程25条3項f号の第2文の中止規定は、ドイツ刑法24条1項の文言に非常に類似している。特に、本規程も「任意の」行為を要求しているが、そこでは、任意性の基準は——刑法と同様に——未決定とされている。加えて、国際刑事裁判所規程25条3項f号第2文は、2つの類型を挙げている。すなわち、犯罪のそれ以上の実行を断念すること、および、他の方法によって犯罪が既遂になることを阻止することである。この点から、ドイツ法に周知の着手未遂と実行未遂との区別が限界付けの基礎に置かれ、これによって、必要とされる中止行為は、刑法24条1項の

(167) Ambos, Völkerstrafrecht AT, S. 708 ; Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 678.

(168) Triffterer-Ambos, Rome Statute, Art. 25 Rn. 37を見よ(特に、この規程のスペイン語版を指示している) ; Cassese/Gaeta/Jones-Eser, Rome Statute, S. 812.

場合と同様に決定される、ということが考えられる⁽¹⁶⁹⁾。もっとも、未遂に関する規定が実際になってようやく本規程に導入されたという事実に鑑みれば、これは、まだ不完全な規定であり、国際刑事裁判所によってより一層詳細に具体化されることが必要である。例えば、国際刑事裁判所規程25条3項f号の第1文および第2文との体系からは、なされた中止が国際犯罪行為の構造のどのレベルで効果を生じるのかは、不明である⁽¹⁷⁰⁾。

VIII. 不作為

72 本規程は、ドイツ刑法13条に匹敵する不真正不作為犯に関する一般的な規定をおいていない⁽¹⁷¹⁾。もっとも、国際刑事裁判所規程28条は、上官責任の領域においては真正不作為犯を意味する。ローマ会議の代表者たちは、その領域以外で、不作為犯に対する可罰性について合意に至りえなかったのである⁽¹⁷²⁾。

73 復習・深化のための問題

- 国際刑事裁判所の手続では、どのような法が適用されるか？（§ 15 Rn. 2以下, 8）
- いわゆる「犯罪の構成要素」には、どのような意義が与えられるか？（§ 15 Rn. 3）
- 国際刑事裁判所は、アドホック裁判所の規定と比べて、適用されるべ

(169) 同旨, Cassese/Gaeta/Jones-Eser, Rome Statute, S. 815 f.

(170) Werle, Völkerstrafrecht, Rn. 684 ; Safferling, Int. Strafrecht, § 5 Rn. 110. を見よ。

(171) 国際刑事裁判所規程の適切な解釈を超えて25条3項a号-d号には不文の不真正不作為犯の可罰性が認められるというテーゼにつき、詳細は, Burghardt, ZIS 2010, 695, 698 f. を見よ。

(172) Cassese/Gaeta/Jones-Eser, Rome Statute, S. 819. を参照。

き法に関してどのような特殊性を有しているか？ (§ 15 Rn. 7)

- 国際刑事裁判所規程に関する国際法上の犯罪行為について、どのような構造が明らかになったか？ (§ 15 Rn. 19)
- 正犯者は、国際刑事裁判所規程によれば、原則的には犯行に関してどのような主観的な状態でなければならないか。その規定は、どの点で矛盾を内在しているのか？ (§ 15 Rn. 21以下)
- 国際刑事裁判所規程の「命令に従った行為」の取扱いは、かつての国際刑事裁判所の規則からはどの点で区別されるか？ (§ 15 Rn. 39)
- 国際刑事裁判所規程は、構成要件的錯誤と禁止の錯誤との区別をしているか？ (§ 15 Rn. 40以下)
- 国際刑事裁判所規程では、どのような関与形式が考慮されているか。国際刑法上の判例は、どの程度それを超えるものであるか？ (§ 15 Rn. 50以下, 55以下)
- 上官は、どのような要件の下で、自身の部下が実行した国際法上の犯罪に対し、責任を問われるのか？ 軍事上の上官と民間の上位権者との間に、答責性において違いはあるか？ (§ 15 Rn. 64以下)

近時の文献：Akande/Shah, Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts, EJIL 21 (2010), 815 ff. ; Ambos, Command Responsibility and Organisationsherrschaft : Ways of Attributing International Crimes to the Most Responsible, in : van der Wilt/Nollkaemper (Hrsg), System Criminality in International Law, 2009, S. 127 ff. ; Badar, The Mental Element in the Rome Statute of the International Court : A Commentary from a Comparative Criminal Law Perspective, CLF 2008, 473 ff. ; Bogdan, Individual criminal responsibility in the execution of a „joint criminal enterprise“ in the jurisprudence

of the ad hoc International Tribunal for the former Yugoslavia, ICLR 2006, 63 ff. ; *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit nach Völkerstrafrecht und deutschem Recht (§ 4 VStGB), ZIS 2010, 695 ff. ; *ders.*, Modes of Participation and their Role in a General Concept of Crimes under International Law, in : Burchard/Triffterer/Vogel (Hrsg.), The Review Conference and the Future of the International Criminal Court, 2010, S. 81 ff. ; *Cassese*, The Proper Limits of Individual Responsibility Under the Doctrine of Joint Criminal Enterprise, JICJ 2007, 109 ff. ; *Clark*, Drafting a General Part to a Penal Code: Some Thoughts inspired by the Negotiations on the Rome Statute of the International Criminal Court and by the Court's First Substantive Law Discussion in the Lubanga Dyilo Confirmation Proceedings, CLF 2008, 519 ff. ; *Danner/Martinez*, Guilty Associations : Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law, California Law Review 2005, 75 ff. ; *Gustafson*, ECCC tackles JCE, JICJ 2010, 1323 ff. ; *Haan*, The Development of the Concept of Joint Criminal Enterprise at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, ICLR 2005, 167 ff. ; *Kreicker*, Die Entscheidung des IGH zur Staatenimmunität— Auswirkungen auf das (Völker-) Strafrecht ?, ZIS 2012, 107 ff. ; *Manacorda/Meloni*, Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise. Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law ?, JICJ 2001, 159 ff. ; *Martinez*, Understanding Mens Rea in Command Responsibility : From Yamashita to Blaškić and Beyond, JICJ 2007, 638 ff. ; *Olásolo*, Developments in the Distinction between Principal and Accessorial Liability in Light of the first Case Law of the International Criminal Court, in : Stahn/Sluiter (Hrsg.), The emerging

practice of the International Criminal Court, 2009, S. 339 ff. ; *ders.*, Joint Criminal Enterprise and Its Extended Form : a Theory of Co-Perpetration Giving Rise to Principal Liability, a Notion of Accessorial Liability, or a Form of Partnership in Crime ? CLF 2009, 263 ff ; *Satzger*, Die Ausweitung der (Mit-) Täterschaft—Besorgnis erregende Entwicklungen (nur) im Völkerstrafrecht ?, in Hassemer u. a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Volk, 2009, S. 583 ff. ; *Shahabuddeen*, Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law ?, JICJ 2004, 1007 ff. ; *Uerpman-Witzack*, Immunität vor internationalen Strafgerichtshöfen, AVR 2006, 33 ff. ; *van der Wilt*, Joint Criminal Enterprise and Functional Perpetration, in : van der Wilt/Nollkaemper (Hrsg.), System Criminality in International Law, 2009, S. 158 ff. ; *Vogel*, Vorgesetztenverantwortlichkeit, in : Jeßberger/Geneuss (Hrsg.), Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch—Bilanz und Perspektiven eines „deutschen Völkerstrafrechts“, (im Erscheinen 2013) ; *Weigend*, Perpetration through an Organization. The Unexpected Career of a German Legal Concept, JICJ 2001, 91 ff. ; *ders.*, Superior Responsibility : Complicity, Omission or Over-Extension of the criminal Law ?, in : Burchard/Triffterer/Vogel (Hrsg.), The Review Conference and the Future of the International Criminal Court, 2010, S. 67 ff. ; *Williams/Sherif*, The Arrest Warrant for President al-Bashir : Immunities of Incumbent Heads of State and the International Criminal Court, Journal of conflict & security law 2009, 72 ff.

(加藤克佳=辻本典央=佐川友佳子=金子 博=松倉治代 [共訳])

