

判例研究

国際司法裁判所・ジェノサイド条約適用事件 (ボスニア・ヘルツェゴビナ対セルビア・モンテネグロ)

(判決 2007年2月26日)(2)

湯 山 智 之*

目 次

はじめに
手続の概要
判決要旨
研 究 (2まで335号)

3 ジェノサイドの認定と証明方法

判決はジェノサイドの要件について、ルワンダ国際刑事裁判所(以下 ICTR)及び旧ユーゴ国際刑事裁判所(以下 ICTY)の理解を踏襲した。裁判所は Srebrenica の虐殺については特別の意図の存在を認めたが、それ以外の事態については主にジェノサイドの意図がないとの理由でジェノサイドを構成しないと認定し、また、ムスリムに対する迫害及び残虐行為が全体としてジェノサイドを構成する、「民族浄化」がジェノサイドを構成するなどのボスニアの主張は認めなかった。

(1) 保護された集団

ジェノサイド条約は、同条約2条に列挙された行為が、保護された集団すなわち「国民的(national)」「人種的(racial)」「民族的(ethnic)」、または「宗教的(religious)」集団の構成員に実行されることを要求している。

* ゆやま・ともゆき 立命館大学法学部教授

条約は集団の存在自体の保護を意図したものである¹⁾。この要件は犯罪の構成要件 (actus reus) の要素であると同時に、精神的要素 (mens rea) である特別の意図の要件でもある。

ジェノサイド条約の準備作業において、国民的、人種的及び宗教的集団は最初から対象とされていたが、国民的集団については一国内の市民権を持つ者の集団とみなす見解と国の少数者とみる見解があった。民族的集団は後に追加され総会第6委員会にて採択されたが、明確な定義はない。民族的集団は、共通の伝統及び文化によって結びつけられた集団であり、他の三つの集団以外の集団を意味する残余的なカテゴリーとの理解があったという。また、「政治的集団」の挿入に関して、他の集団のような安定性を欠いていること、構成員が自由に選択できる集団であるといった反対も強く、第6委員会ですら採択されたが最終的には削除された²⁾。

保護された集団の基準については、アドホック裁判所の先例には一定の傾向が認められる。それは保護された集団の概念に対する包括的なアプローチであり、もう一つは同概念の主観的な把握である。

歴史上初めてジェノサイドの有罪認定を行った ICTR の Akayesu 事件第一審裁判部判決 (1998年) は、国民的、民族的、人種的または宗教的集団についてそれぞれ定義を施しつつ、包括的な基準が存在するとした。すなわち、条約の準備作業を参照すれば、条約は、政治的または経済的集団のような、個別の任意のコミットメントを通じて加入できる変動しうる (mobile) 集団を除いた、恒常的な仕方では構成され、かつその構成員資格が出生によって決定される安定的な集団を保護しようとしたものであるという。そして、条約に規定された四つの集団にとどまらず、これに類似したいかなる「安定的かつ恒常的集団 (stable and permanent group)」をも保護するのが起草者の意図であったという。

他方で、同裁判部は、国民的集団を「権利及び義務の相互性を伴った、共通の市民権に基づく法的紐帯を共有すると認識された人の集合」と、民族的集団を「その構成員が共通の言語または文化を共有する集団」と、人

種的集団を「言語的，文化的，国民的または宗教的ファクターとは無関係に，しばしば地理的な地域をもって特定される，遺伝性の身体的特徴に基づく」集団と，宗教的集団を「その構成員が同一の宗教，宗派または礼拝の方式を共有する」集団と定義した。

同判決は，1994年時点において Tutsi (Futsu その他の集団とは言語的及び文化的に区別されるものではなかった) が，ID カードなど，公式の分類により「民族」とされていたこと，及びすべてのルワンダ人証人の証言により，Tutsi 自身も実行行為者も前者の民族的同一性を認識していたことが認められることから，Tutsi が安定的かつ恒常的集団に該当し，そのようなものとして認識されていたと認定した³⁾。

その後の ICTR の判例は，特に民族的集団に関して，集団構成員が集団の一員として自ら認識していることまたは他者（実行行為者）からそう認識されていることを重視する，いわば主観的アプローチをとっているとされる。Kayishema 及び Ruzindana 事件（以下 Kayishema 事件）一審判決（1999年）は，民族的集団を，その構成員が共通の言語及び文化を共有する集団，または自らをそのようなものとして区別する集団（自己同定），もしくは犯罪の実行行為者を含む他者によってそのようなものとして同定された集団（他者による同定）として定義した⁴⁾。客観的アプローチと主観的アプローチの併用であるといえる。

Rutaganda 事件一審判決（1999年）は，四つの集団について一般的かつ国際的に受け入れられた具体的な基準は存在しないと述べ，それぞれの概念は特定の政治的，社会的及び文化的文脈に照らして評価されなければならないとした。そして，集団の構成員資格は本質において主観的概念であり，実行行為者の認識またはある場合には被害者自身の認識によるという。さらに，裁判部は，主観的概念だけでは十分ではなく，条約は相対的に安定的かつ恒常的な集団も保護する意図を有していたという。そして，Tutsi が ID カード，憲法及び民法の規定，並びに慣習法において独自の民族的集団として扱われており，ジェノサイド条約が保護を意図した安定

的かつ恒常的集団と特徴づけられ、ゆえに民族的集団に該当すると判示した⁵⁾。

ICTR が表明した「安定的かつ恒常的集団」の基準は、ジェノサイド条約に規定された犯罪の範囲を広げるもので、「法なくして罪なし」の原則との関係で問題があるとされている⁶⁾。ただし、Akayesu 事件判決後の判決は Tutsi を民族的集団として認定しているとされる⁷⁾。また、主観的アプローチに移行しているとされる⁸⁾。

ICTY においては、Jelisić 事件一審判決(1999年)が、Kayishema 事件一審判決を引用して、主観的アプローチを採用することを表明した。それによれば、条約の準備作業は客観的に定義された安定的集団を保護することを意図していたとし、宗教的集団については客観的アプローチがなお可能であるという。しかし、現在、客観的かつ科学的に非難の余地のない基準を用いて、国民的、民族的または人種的集団を定義しようとすることは、関係する者の認識に対応しない危険な結果をもたらす。ゆえに、主観的基準を採用することとし、当該集団を排除することを望む者(実行行為者)の観点から国民的、民族的または人種的集団の地位を評価するのがより適切である。それを許すのは、社会による、ある集団の国民的、民族的または人種的集団としての烙印付け(stigmatisation)であると判示した⁹⁾。

Krstić 事件一審判決(2001年)は、四つの集団はジェノサイド条約において明確に定義されておらず、条約の準備作業と少数者保護に関する国際機関の作業は、保護された集団と国家的少数者の概念が部分的に重複し、しばしば同義であることを示しているという。条約の準備作業は、条約の列挙する集団のリストは単一の現象を説明しようとしたものであり、おおよそ第二次世界大戦前に「国家的少数者(national minority)」(ポーランドにおけるドイツ人のような、人種、宗教、言語または伝統における少数者)として承認されていたものに一致する。科学的に客観的な基準に基づいて、それぞれの集団を区別しようとするのは条約の趣旨及び目的に反する。特に犯罪の実行行為者によって認識された国家的、民族的、人種的

または宗教的特徴に基づく集団の烙印付けの基準に依拠するのが適切であるという。そして、判決は、ボスニア・ムスリムがセルビア人勢力によって国民的集団と認識されていたことなどを理由に、保護された集団であると結論づけた¹⁰⁾。同事件の上訴裁判部判決(2004年)も、一審判決を確認して、ムスリムが国民的集団であるとした¹¹⁾。

Brđanin 事件一審判決(2004年)も、Krstić 事件一審判決を引用して、保護された集団の特定は、行為者によって認識された国民的、人種的、民族的または宗教的集団の烙印付け(または場合によっては被害者の自己認識)という主観的基準によるとした。他方で、主観的基準が十分でないこともありうるので、具体的判断は主観的及び客観的基準を参照してケースバイケースになされるとした。その上で、ボスニア・ムスリム及びボスニア・クロアチア人が保護された集団に該当すると認定した¹²⁾。

ICTY の判決の一般的傾向は、主観的アプローチを主としつつ客観的アプローチを併用している。そして、条約に列挙された四つの集団以外の集団を保護された集団と認めてはいないが、Krstić 事件一審判決のように保護された集団の概念を包括的に把握するものもみられる¹³⁾。

なお、スーダン・Darfur 地方で起きた住民の大量虐殺を調査するために2004年の安保理決議 1564 により設立された「Darfur 地方における国際人道法及び人権法の違反に関する国際調査委員会」(以下、国連 Darfur 委員会)の報告書(2005年)も、おおむね主観的基準を採用し、虐殺の被害にあった諸部族と加害者たる民兵の属する集団の両者が、言語、宗教も共通で同じ身体的外見を有するものの、相互に差異あるものと認識していたことを理由に、前者は保護された集団に該当するとした¹⁴⁾。

本判決で国際司法裁判所は、保護された集団の定義が主観的基準によるのか客観的基準によるのか、それとも両者の併用であるのか、あるいは条約2条が全体として少数者という単一のカテゴリーを対象としたものであるか否か、「安定的かつ恒常的集団」をも対象としたものであるかについて、特に判示していない¹⁵⁾。Srebrenica におけるボスニア・ムスリムが

「国民的集団」であると認定した Krstić 事件上訴判決に言及して、それが保護された集団に該当すると判示したのみであった¹⁶⁾。少なくとも国際司法裁判所が「安定的かつ恒常的集団」といった包括的アプローチを採用しなかったと解釈することは可能である。

学説では Kress が、本判決が主観的アプローチを否定したと解釈し、それがアドホック裁判所の判例と整合するかを疑問視する見解を示している¹⁷⁾。

これとは別に、保護された集団は積極的に定義されるべきか消極的に定義されるべきかという問題もある。この問題に関する ICTY の判例には変遷があった。Jelisić 事件一審判決は、保護された集団に対する主観的アプローチを採用し、その上で保護された集団は積極的に消極的にも烙印付けられうるとした。すなわち、条約の規定が除外によって定義された集団を保護すると考えることも条約の趣旨及び目的に合致するとした¹⁸⁾。

しかし、同判決の考え方は Stakić 事件上訴判決(2006年)によって否定された。検察官が Prijedor 地域の非セルビア人を保護される集団と認定すべきであると主張したことに応じて、同判決は、条約2条の集団「自体(as such)」の文言は特定の集団のアイデンティティを持つ人々の集合を破壊する意図を要求していること、Lemkin の著作における用法、条約の準備作業(総会第6委員会)において政治的集団を保護された集団に含めることを否定したこと、及び文化的ジェノサイドを否定したことなどを根拠に、ジェノサイドの対象となる集団は、特定のアイデンティティを有する、独自の積極的に定義された集団であると結論づけた。また、検察官が保護された集団は主観的に定義されるのであるから、消極的に定義することも認められると主張したのに対し、裁判部は、先例(Krstić 事件一審判決及び Rutaganda 事件一審判決)は主観的基準のみを示したわけではないこと、及び保護された集団が主観的に定義されるか否かは、当該集団が積極的に定義されるか否かとは無関係であると述べて否定した¹⁹⁾。

本件においてボスニアは、ジェノサイドが「非セルビア人」に対して行

われたことを主張したのに対し、裁判所は、ジェノサイド条約の集団「自体」の文言、「ジェノサイド」の語源的意味、ジェノサイド条約の準備作業（条約の射程からの政治的集団の除外及び文化的ジェノサイドの除外）、ICTY の判決に依拠して、国民的、民族的、人種的及び宗教的集団は区別すべき積極的特徴を持つものとして特定されなければならないと判示した。

学説からは、これは起草者意思に合致するものと指摘されている²⁰⁾。裁判所による消極的アプローチの否定の理由付けは、Stakić 事件上訴判決のそれを踏襲したものである。保護された集団は積極的に特定されなければならないとの解釈が確立されたといえる²¹⁾。

(2) 犯罪の要件 外形的行為

条約2条はジェノサイドを構成しうる五つの行為を列挙している。ICTY 及び ICTR の先例は、これらの外形的行為に関していくつかの重要な明確化を行った。例えば、2条(a)の殺害は被害者が単独であっても該当する²²⁾。2条(b)の身体または精神に重大な害を加えることは、恒常的または不可逆的害に限られず、拷問または非人道的もしくは品位を傷つける取扱いを意味し（ただしそれらに限られない）、それには性的暴力、強姦、切断、殴打を伴う尋問、殺害の脅迫が含まれる²³⁾。重大な害は意図的に加えられなければならない²⁴⁾。また、身体に対する重大な害とは、健康に対する害、外見の毀損（disfigurement）をもたらす害、または外的もしくは内的器官もしくは感覚に重大な被害をもたらす害を意味し、精神に対する重大な害はケースバイケースで判断され、身体に対する加害を伴う必要はない²⁵⁾。また、精神に対する重大な害は、恒常的または不可逆的である必要はないが、一時的な悲しみ（unhappiness）、困惑または屈辱以上のもので、通常のかつ建設的な生活にいたる人の能力に重大かつ長期的な不利益をもたらす害でなければならない²⁶⁾。さらに、2条(e)の「集団の児童を他の集団に強制的に移すこと」は、身体的な移送の直接的行為だけでなく、児童の強制移送をもたらす威嚇または心理的外傷の行為も該当する²⁷⁾。

Srebrenica の虐殺に関して、ICTY の Krstić 事件一審判決は、虐殺から生き残った者に重大な身体的または精神的害が加えられたことを認定した²⁸⁾。さらに、Blagojević 及び Jokić 事件(以下 Blagojević 事件)一審判決(2005年)は、生存した者の受けた心理的外傷、具体的には拘束され及び分離される恐怖、無力感、並びに家族、友人及び自身の安全に対する恐怖に加えて、自らの運命がどうなるかを知った時に、並びに処刑場に到着してそこでの状況を目撃し及び聞いたこと並びに死体の下にとどまったことによって被った精神的苦痛を認定した。さらに、処刑された男性も自身の運命を知ったことによる精神的害を被ったこと、女性、児童及び老人が強制的に分離されたこと及び分離された家族の喪失がそれ自体心理的外傷であること、並びに近親者を失った生存者がその遺体を探し安否及び死の状況に関する情報を求めた経験が重大な精神的害にあたることを認定した²⁹⁾。

実際、国際司法裁判所は、ICTY の認定を踏襲して、Srebrenica の虐殺が殺害だけでなく、身体的または精神的に重大な害を加えることに該当するとした。

それ以外の外形的行為も本判決において検討された。特に議論となったのは、条約2条(c)の「当該集団の全部又は一部に対し、身体的破壊をもたらすことを意図した生活条件を故意に課すること」及び2条(d)の「当該集団内部の出生を妨げることを意図する措置をとること」であった。

身体的破壊をもたらすことを意図した生活条件を故意に課することは、直接身体的に破壊するのではなく、間接的にそれをもたらすものである³⁰⁾。特に問題となったのは、集団の構成員を追放することがこれに該当するかどうかであった。

裁判所は、ボスニアで行われたいわゆる「民族浄化」がジェノサイドに該当するかを論じた中で、それが集団の破壊ではなく追放の政策であることを認定した上で、追放の政策及びその実施のための作戦それ自体は、条約2条(c)などの列挙された行為に該当しない限り、ジェノサイドを構成し

ないとした³¹⁾。この結論は、文言(2条(c)の「破壊」が身体を対象としていること)に適合するとの理由から学説によって支持されている³²⁾。裁判所は、民族浄化の政策がジェノサイドの意図を示すことがあると判示した。Krstić 事件一審判決による、ジェノサイドの政策と民族浄化の政策との間には明白な類似性が存在するとの判示³³⁾を本判決は引用している。

本判決は ICTY 第一審裁判部の Stakić 事件判決(2003年)も引用しているが、同判決は、身体的破壊と単なる集団の離散(dissolution)は明確に区別されるべきであり、追放はそれ自体ジェノサイドには不十分であると³⁴⁾した。

ジェノサイド条約の起草過程は、追放をジェノサイドとなりうる外形的行為から除外しつつ、明示的に列挙された行為に該当することによってジェノサイドを構成する可能性を否定しなかったとされる³⁵⁾。ICTR 及び ICTY のいくつかの判決では、「居住地(home)からの組織的追放」を、身体的破壊をもたらすことを意図した生活条件を課することに含めている³⁶⁾が、追放または民族浄化それ自体がジェノサイドに該当するとはしていない³⁷⁾。ジェノサイドを構成するか否かは状況によると考えるべきであり、身体的破壊をもたらす意図が証明されなければならないであろう³⁸⁾。学説においても、追放が食糧、医療及び居住施設などの供給の遮断を伴い、かつ身体的破壊が意図された場合に肯定している³⁹⁾。

なお、収容所における被収容者に対する虐待も条約2条(c)に該当すると主張された。しかし、裁判所は、これらの虐待が特別の意図を伴っていないと認定し、ICTY のどの判決もそのような認定をしていないと述べた⁴⁰⁾。さらに、ボスニアは、文民への攻撃及び飢餓が条約2条(c)に該当すると主張したが、裁判所は特別の意図を伴っていないと認定した。なお、飢餓に関して、グアテマラ歴史明確化委員会の報告書(1999年)が、収獲物の焼却が共同体における食糧の欠乏をもたらし、集団(Maya 人)の一部または全部に対する身体的破壊をもたらしうる(いくつかの場合にはもたらした)生活条件を課したと認定している⁴¹⁾。

次に、集団内部の出生を妨げることを意図する措置をとること(条約2条(d))⁴²⁾に関して、ボスニアは、セルビア人が占領した村落での何カ月にもわたる強制的な男女の分離が、身体的接触の欠如によって出生率の低下をもたらすことを理由に、ジェノサイドを構成すると主張したが、裁判所はボスニアの主張を支持する証拠はないとして退けた。Kress は、この判示が出生率の低下に関するものであるとすれば、ジェノサイド犯罪を構成するためには現実の出生率低下の発生は必要ではなく、それが意図されていれば十分であるので、誤りであると指摘した。しかし、Kress は、裁判所の真意は意図の証拠が欠如していたことであると推論している⁴³⁾。

また、強姦及び性的暴力が集団内部の出生を妨げることを意図する措置を構成するか否かも争点となった。ボスニアは、女性に対する強姦及び性的暴力が、身体的外傷をもたらし、それによって被害者の生殖機能を阻害し不妊を生じさせる場合もあることから、前記の措置に該当すると主張した。裁判所は、唯一の証拠が ICTY 検察官の起訴状(に記載された単独の証人の証言)⁴⁴⁾のみで説得力ある証拠とはいえないとした。同様にボスニアは、ICTY の判決⁴⁵⁾及び報道記事を根拠に、ムスリム男性に対する性的暴力による生殖機能の損傷を主張したが、裁判所は認めなかった。さらに、男性及び女性に対する強姦及び性的暴力が精神的外傷を与え、関係を作ること及び家族を築くことを妨げたこと、並びに性的暴力を受けた女性が夫から拒絶されまたは夫を見つけることができなくなることをボスニアは主張したが、裁判所は証拠がないと否定した。

ボスニアはその主張の根拠として Akayesu 事件一審判決を参照した。同判決は、性器切除、不妊手術の実行、強制産児制限、性の分離及び婚姻の禁止を2条(d)のジェノサイド犯罪に含めた。また、同判決は、集団の構成員資格が父親のアイデンティティによって決定される父権制社会においては、当該集団に属さない子供を産ませることを意図して当該集団の女性を他の集団の男性が強姦する場合、強姦が集団内部の出生を妨げることを意図する措置となると述べた。また、このような措置は精神的なものもあ

りうると判示し、集団の構成員が強姦された結果、脅迫または心理的外傷により生殖を拒否するようになる場合を例として挙げた⁴⁶⁾。同判決は、強姦それ自体が出生を妨げる措置に該当すると述べたのではなく、状況に応じてそうなると述べていることに注意する必要がある⁴⁷⁾。

なお、ボスニアは強姦による強制妊娠が、条約2条(e)の「集団の児童を他の集団に強制的に移すこと」に該当すると主張したが、裁判所はこのような政策の存在は証明されなかったと認定した⁴⁸⁾。また、学説には、強姦が条約2条(c)の「身体的破壊をもたらすことを意図した生活条件を故意に課すること」に該当しうるとの見解もある。それによると、イスラム法においては婚姻外の性的関係を有した女性は婚姻できないとされており、強姦によってボスニアのムスリム女性が男性から分離されるからであるという⁴⁹⁾。

最後に、条約に列挙されていない文化的ジェノサイドも争点となった。セルビア人勢力が歴史的、宗教的及び文化的財産を破壊したことのジェノサイド該当性である。裁判所は、そのような事実が存在したことは認定した。しかし、身体的破壊をもたらすことを意図した生活条件を故意に課することを含むジェノサイド犯罪に該当することを否定した。裁判所は、文化的ジェノサイドを処罰される行為に含めなかったジェノサイド条約の準備作業⁵⁰⁾を参照し、ジェノサイド行為の定義は「身体的または生物的破壊」にとどまると述べた Krstić 事件一審判決⁵¹⁾を引用した。他方で、文化的ジェノサイドを条約上のジェノサイドと位置づける見解もある⁵²⁾。裁判所のジェノサイドを身体的破壊に限定する解釈は学説においても支持されている⁵³⁾。

(3) 特別の意図(ジェノサイドの意図)

ジェノサイドは、条約2条に列挙された行為が実行されるだけでなく、それらの行為が2条柱書に規定された「集団を全部又は一部に対して、集団自体を破壊する意図」、特別の意図(specific intent もしくは *dolus*

specialis), ジェノサイドの意図 (genocidal intent), または破壊的意図 (destructive intent) などと呼ばれる もって行われなければならない⁵⁴⁾。

集団の破壊は意図されれば十分であって、現実に集団の全部または一部が破壊されることまでは必要とされないとされる。意図された「破壊」は生物学的または物理的破壊であって、社会的な存在の破壊では不十分であるとされる。また、集団「自体」の文言が示すように、被害者は個人的アイデンティティによって選ばれたのではなく、集団への所属ゆえに選ばれたのでなければならないとされる。そして、特別の意図は、精神的要素であって自白がない限り立証は困難であるが、状況や行為のパターン、特に同一集団に対して組織的に向けられた他の犯罪行為の実行の一般的文脈、残虐行為の規模と一般的性質、集団への所属のゆえに意図的かつ組織的に犠牲者を標的にした事実などの要素から推論されるという⁵⁵⁾。

裁判所は、ジェノサイド条約2条に列挙された行為の1または複数の実行行為者が当該行為についての故意を有していたことだけでなく、加えてこの特別の意図を有していたことも証明されなければならないと判示し、アドホック裁判所の理解を踏襲した⁵⁶⁾。ボスニア全土における残虐行為の繰り返しから特別の意図を推論することはできないとした点は注目される。

(a) 集団の「一部」

ジェノサイドを構成するために必要な特別の意図は、保護された集団の全部だけでなく、その一部を破壊する意図でもよいとされている。

裁判所は、2条柱書の集団の「一部」とは、集団の実質的部分、全体としての集団に影響を与えるに十分に相当なものでなければならないと判示した⁵⁷⁾。裁判所は、ICTYの判断を踏襲して、Srebrenica または東ボスニアといった地理的に限定された部分の住民が集団の「一部」に該当すると判示し、いわゆる Srebrenica の虐殺のみがジェノサイドに相当すると認定した。

ジェノサイドが集団の「一部」を破壊するものであるとの定義は、1946年の国連総会決議96(I)に始まるとされる。ジェノサイド条約の準備作業においては、集団の一部の破壊を定義に含めるならば単一の殺人もジェノサイドを構成するのではないかとの危惧から、反対する見解が多く提起された⁵⁸⁾。破壊の意図の対象となる集団の「一部」がどの程度であればジェノサイドを構成するかについて、条約の準備作業は明確な指針を示していないとされる。

この「一部」の解釈について有力な見解は、集団の「実質的な一部(substantial part)」であることが必要であるというものである⁵⁹⁾。ジェノサイド条約の原案を作成した国連国際法委員会(以下ILC)においては、集団の量的に実質的な一部であればよいとしていた⁶⁰⁾。初期には、集団全体に影響するような実質的部分または標的となった共同体のもっとも代表的な構成員であれば「一部」に相当するとの見解⁶¹⁾や、集団の実質的な一部であれば地域や地方の共同体に対するものもジェノサイドを構成するとの見解⁶²⁾もみられた。

この実質的部分の基準は数的な意味で理解されていた⁶³⁾。例えば、米国は、1988年の批准時にジェノサイドの意図は集団の「全部または実質の一部」に対するものとの了解を付したが、その前年に制定した「ジェノサイド条約実施法」は、「実質の一部」がその破壊が存続可能な実体(viable entity)としての集団の破壊をもたらすような数的重要性を有する一部を意味すると規定している⁶⁴⁾。Kayishema事件一審判決も、「一部」は集団の一部である「かなりの数(considerable number)」の個人を破壊する意図を必要とすると判示した⁶⁵⁾。

他方で、この「一部」を質的な意味で理解する見解も現れた。国連差別防止少数者保護小委員会の報告者であった、Whitakerが提出したジェノサイドに関する研究(1985年)は、「全体としての集団の総計との関係での合理的に相当な数(significant number)」に加えて、「その指導者のような集団の重要な部分(significant section)」の破壊も「一部」の破壊に

含まれるとの見解を示した⁶⁶⁾。

さらに、安保理決議 780 (1992年) に基づいて旧ユーゴ領域における人道法違反を調査するため、国連事務総長によって設立された専門家委員会の最終報告書 (1994年) は、Whitaker の見解を発展させて、次のように述べた。すなわち、政治的及び行政上の指導者、宗教的指導者、学者及び知識人、ビジネスの指導者などの集団の指導者全体 (total leadership) の破壊がジェノサイドに該当する。全体性自体がジェノサイドの強力な証拠となりうるが、指導者への攻撃は、集団の残余の運命またはそれに起きたことの文脈において検討されるべきである。指導者が絶滅され、同時に集団の残余が殺害または追放などの他の行為の被害を受けた場合には、全体において検討される。また、法執行官及び軍事要員の殺害は、集団の残余を無防備にする点で重要な部分とみなすべきである。社会の一部 (segment) の除去の行為を伴う指導者の絶滅はジェノサイドの意図を構成するといふ⁶⁷⁾。

ICTY は、これらの見解を踏まえて、「一部」の基準を発展させた。Jelisić 事件一審判決は、破壊する意図は少なくとも集団の「実質的一部」を標的としなければならないことは広く認められているという。標的とされた一部は、集団の大多数 (large majority) であることによっても、標的とされた共同体の代表的構成員、すなわち「その消失が集団それ自体の生存に有するであろう影響のゆえに選択された、より限定された者」であることによっても実質的となる。また、判決は、国連総会が決議 37/123D (1982年) において、同年に起きた Sabra 及び Shatila での虐殺をジェノサイドと特徴づけたことなどを挙げて、条約の趣旨及び目的並びに事後の解釈に照らして、ジェノサイドが「限定された地理的地域」において行われうることも受け入れられているという⁶⁸⁾。

Krstić 事件一審判決も、集団の「独自の部分 (distinct part)」を破壊する意図であればよいとし、小さな地理的地域内に所在する集団の一部の全構成員の殺害はジェノサイドに該当すると判示した。そして Srebrenica

のムスリム共同体を破壊する意図はこれに該当し、VRSが兵役年齢のムスリム男性を選択的に破壊したことが集団全体に影響を及ぼし、VRSが男性を殺害したこと並びに女性、児童及び老人を強制的に移送したことから、同地のムスリム住民の物理的消失にいたることを認識していたと認定した⁶⁹⁾。

同事件の上訴裁判部判決は、「一部」が「実質的な一部」でなければならないことは十分に確立したと述べた。そして、「一部」は集団全体に影響を与えるのに十分に相当なものでなければならないとした。そして、次のように「実質的一部」の認定方法を定式化した。「標的とされた部分がこの要件をみたすのに十分である場合の決定は多くの考慮を含みうる。集団の標的とされた部分の数的規模が当然かつ重要な出発点である。ただし、すべての場合において検討の終点ではない。標的とされた個人の数は、絶対的にだけでなく、全集団の全般的規模との関係でも評価されるべきである。標的とされた部分の数的規模に加えて、集団内における顕著性 (prominence) が有用な考慮となりうる。集団の特定の部分が全般的集団の象徴である、または全般的集団の生存にとって不可欠であるならば、そのことは、一部が〔ICTY 規程〕4条の意味において実質的であると特徴づけられるとの認定を支持しうるものである」。

さらに、上訴裁判部は、歴史的例は「実行行為者の活動及びコントロールの地域並びに実行行為者の能力の可能な範囲 (possible extent of their reach)」が考慮されるべきことを示唆しているという。ナチス・ドイツが全世界ではなく欧州におけるユダヤ人の絶滅を意図したことや、ルワンダにおけるジェノサイドが同国内における Tutsi の絶滅を意図したことを挙げる。

裁判部は、前記の諸ファクターは網羅的でも決定的でもなく指針に過ぎず、これらのファクターの適用は具体的事例の状況に応じて多様であるとした。そして、文民のみの破壊の事例にとどまらず、保護された集団に属する軍事要員の殺害も、それが実質的であれば「一部」の破壊を構成する

とも述べた⁷⁰⁾。

Krstić 事件上訴判決の判示をもって、「一部」の解釈が確定したように見受けられる。それは、部分は全体に影響を与える程度に実質的なものでなければならず、それはまず数的に判断される。

本判決は、ICTY の判示をおおむね踏襲する判断を示した。すなわち、「一部」の基準は実質性である。加えて、地理的に限定された地域内にある集団も「一部」を構成すること、さらに質的基準すなわち集団全体または集団の生存にとっての集団における顕著性を有するものも「一部」に該当すると判示した。

集団「自体」という文言は集団の存在そのものを保護する趣旨であると解される一方で、集団の「一部」のみを破壊する意図であってもジェノサイドを構成するとするジェノサイド条約の規定には矛盾があることは否めず、「一部」の認定に恣意性が入り込まないように、合理的解釈を施す必要がある。実質性の基準、すなわち全体に影響しうる一部というのが一つの可能な解釈であろう。他方で、質的に実質的な一部、すなわち集団全体にとって顕著なまたは象徴的な一部の破壊の意図がジェノサイドに該当することを認めるとしても、全体に影響を与えることが厳密に証明されるべきであろう。

また、保護された集団の地理的に限定された地域における全構成員も条約に規定された集団の一部であるという解釈は、当該地域の集団を独立の単位と捉えれば「全部」の破壊であるとも考えられる。「限定された地理的地域」についても量的に評価可能な基準が存在しないために、どのような範囲にも設定できてしまうという危険性があるように思われる。全集団の男性全員という部分であれば集団全体に影響するといえるが、Srebrenica または東部ボスニアのムスリムがボスニアのムスリム全体に影響するのかについて、より詳しい説明が施されるべきであったように思われる⁷¹⁾。

(b) 文脈的要素(政策または計画の要件)

特別の意図に関して、ジェノサイドは、ジェノサイド条約に明文の規定はないものの、定義上国家または集団の政策または計画の存在を要件としているという議論がある⁷²⁾。

その主唱者である Kress によると、ジェノサイド条約の起草時に念頭に置かれていたのはナチス・ドイツによるホロコーストであり、単一の実行者によるジェノサイドは除外されていたという。そのルーツである人道に対する罪においても、文民たる住民に対する組織的または広範な攻撃の一部であることが要件とされている。国内裁判所及びアドホック裁判所の判決もこれを認めるものがある。国際刑事裁判所(以下 ICC) 規程締約国会議が規程9条に従って2002年に採択した「犯罪の構成要件に関する文書」(以下、構成要件文書)は、ジェノサイドを構成する集団構成員の殺害などの「行為が当該集団に向けられた類似の行為の明白なパターンの文脈において起きたまたはそれ自体そのような破壊をもたらしうる行為であった」ことを要求した⁷³⁾。Krstić 事件一審判決⁷⁴⁾はいわゆる犯罪集団(joint criminal enterprise)の法理の適用が必要とみなし、個々の行為者の動機から離れてジェノサイドの意図を認定したが、個人はジェノサイドの意図を持ちえず、個人の意図はジェノサイドの作戦を前提として、集団の破壊の目的の了知を通じてのみ認定されるものだからであるという⁷⁵⁾。

Schabas も、国家の政策の支持のない単独の個人がジェノサイドを実行する可能性を否定し、国家の政策がジェノサイド罪の必要な要素であると主張する。彼は、ジェノサイド条約の準備作業が予謀(premeditation)及び組織の存在を罪の要件としなかったとの ICTY の判例の解釈は誤りであると批判する。Schabas は、条約の起草者が直接に罪の要素としての国家の政策を扱わなかったのは、それが自明のことであったからだという。ICTR 及び ICTY においてジェノサイド罪で有罪を宣告された事例はいずれも、国家の政策または殺害の計画及びそれに関する実行行為者の了知が存在していたのであって、単独の個人がジェノサイドを実行したと認定さ

れた事例はないという。さらに、ICCの構成要件文書は国家の政策の要件を黙示的に支持するもので、慣習法上この要件が存在することの強い証拠である。国連 Darfur 委員会及び本判決はジェノサイドの意図を有する単一の個人が存在するのではなく、国家の政策の存在を検討したという⁷⁶⁾。

これに対して、Lowenstein 及び Kostas は、以下のように国家の政策または計画を黙示の要件とする考え方に反論する。ICTY の Jelisić 事件上訴判決(2001年)は、計画または政策の存在がジェノサイド犯罪の法的要素であることを否定した(後述)。ICCの構成要件文書はこの要件を認めておらず、「類似の行為の明白なパターン」を政策または計画の存在と同視することはできない。国連 Darfur 委員会も国家の政策または計画がなくても個人がジェノサイド罪に問われうることを否定しなかった⁷⁷⁾。ジェノサイド罪並びにその防止及び処罰などの国の義務を、政策または計画に従って行われたものに限定すべきではないという⁷⁸⁾。

折衷的立場も表明されている。Cassese によれば、ジェノサイドの行為の一定のカテゴリーには文脈的要素が必要であるが、それ以外の行為には必要でないという。殺害及び身体または精神への重大な加害については、当局の政策もしくは計画または集団的行為なしに個人が実行しうる。たしかに、殺害及び身体または精神への重大な加害を単一の者が単独で行うことは想定しがたく、政府の容認または承認の下で行為のパターンの一部として実行されるけれども、それは事実の問題であって法的な要素ではない。他方で、身体的破壊をもたらすことを意図した生活条件を故意に課すこと、出生を妨げることを意図する措置をとること、及び集団の児童を他の集団に強制的に移すことの三つの行為は、集団的または組織的行動が必要である。出生を妨げる措置は国家のみがなしうる行為であり、それ以外の二つは大規模にかつ共通の政策を遂行する集団によって行われるものであるという⁷⁹⁾。

アドホック裁判所の判例は、初期には傍論であるが政策の要素に言及するものがある⁸⁰⁾ ほか、後述する Krstić 事件一審判決を除いて、多くは政

策の存在は特別の意図の存在を示すものであるが、法的要素ではないという立場をとっている。

Kayishema 事件一審判決は、「特定の破壊のための計画はジェノサイドの要素を構成しない」が、当該計画または組織なしにジェノサイドを実行することは容易ではないようにみえると判示した。さらに計画の存在がジェノサイドの意図の強い証拠となるとも述べた⁸¹⁾。

Jelisić 事件一審判決は、集団を破壊する計画は証明されなかったと認定した上で、被告人が個人としてジェノサイドで有罪であるか否かを検討した。同判決は、個人が殺人を実行し、かつ組織の支持なしに集団を絶滅させる計画を有することは理論的に可能であると述べた。ジェノサイド条約の準備作業も、特別の意図がすでに存在するがゆえに余計なものであるとの理由で、予謀を要件としなかった。ゆえに、起草者はジェノサイドの目的に仕える組織または制度の存在を同罪の要素と考えていなかったという⁸²⁾。

同事件上訴判決も、計画または政策の存在は犯罪の法的構成要素ではないと判示した。しかし、特別の意図を証明する文脈において、計画または政策の存在がほとんどの事例において重要なファクターとなりうること、並びに証拠が計画もしくは政策の存在に合致しうることまたはその存在を証明しさえすること、及び計画または政策の存在が犯罪の証明を容易にしうることを述べた⁸³⁾。

Musema 事件 ICTR 上訴裁判部判決(2001年)も、人道に対する罪としての絶滅は、文民たる住民に対する広範なまたは組織的な攻撃の一部であることの証明を必要とするが、ジェノサイドの場合にはそのことの証明は必要ではないと述べた⁸⁴⁾。

他方で、Krstić 事件一審判決は、人道に対する罪の広範なまたは組織的攻撃の要素がジェノサイドにも妥当するとした。同判決によれば、人道に対する罪の、行為が文民たる住民に対する広範なまたは組織的な攻撃の一部として行われることの要件、及びジェノサイドの特別の意図の概念は、

孤立したまたはランダムな行為をそれぞれの罪の範囲から除外する。人道に対する罪の広範なまたは組織的攻撃の一部という要件は、ジェノサイドの集団を破壊する意図の要件に包摂される。ICC 準備委員会の報告書によれば、ジェノサイドは、「類似の行為の明白なパターンの文脈において」実行されるか、またはそれ自体集団の全部または一部の破壊を果たす行為を構成しなければならない。人道に対する罪からの孤立したまたはランダムな行為の除外はジェノサイドをも特徴づけるという⁸⁵⁾。

しかし、同事件の上訴裁判部判決は、一審判決の見解を否定し、ジェノサイドの特別の意図の要件に広範なまたは組織的攻撃の一部という要件を読み込むことはできないと判示した。行為が広範なまたは組織的攻撃の一部をなすこと、及び行為者がこの関係を了知していることの二つの要件は、ICTY 規程上も慣習法上もジェノサイドには存在しない。行為者が広範なまたは組織的な攻撃に了知して参加していることは、ジェノサイドの意図の存在を支持するものであるが、推論の証拠上の根拠にとどまる。ICC の構成要件文書は ICC 規程の解釈及び適用において ICC を援助するために採択されたもので、その定義は ICC 規程の定義と異なり拘束力を持たない。前記文書の定義は被告人の犯行時における慣習法を反映するものではない。計画の存在は、ジェノサイド罪の法的構成要素ではないものの、被告人がジェノサイドの意図を有したことの証明に資するもので、当該意図の推論を支持する証拠にとどまるという⁸⁶⁾。同判決の立場が ICTY の確立した立場になっているとされる⁸⁷⁾。

国連 Darfur 委員会の報告書は、少なくともスーダン中央政府に関してはジェノサイドの政策を追求し実行しなかったがゆえにジェノサイドの意図を持っておらず、ジェノサイドを構成しないと結論づけた⁸⁸⁾。

また、近年の注目すべき判断として、ICC 予審裁判部の Al Bashir 事件決定（2009年）がある。同決定は、まずジェノサイド条約2条の下でのジェノサイドの定義は明示的に文脈的要素を要求しておらず、ICTY 及び ICTR の判決も当該要素を否定していることを確認する。同決定によれば、

これらの判決は、集団を全部または一部破壊する意図が存在すればよいとしており、問題となった行為が集団の生存にとって具体的な脅威を生じさせるかどうかは無関係である。ゆえに、当該意図が単一の個人の孤立した行為に存在し具体化している限り、ジェノサイドが認定される。他方で、構成要件文書は文脈的要素を要求している。文脈的要素によれば、行為が集団の生存に対する具体的かつ現実の脅威を生ぜしめる場合にジェノサイドが成立する。構成要件文書は、権限ある裁判部が ICC 規程との間に調和しえない矛盾があると認定しない限り、適用されなければならない。それは規程 9 条の趣旨である「法なくして罪なし」の原則と両立する。規程 6 条のジェノサイドの定義と構成要件文書の文脈的要素の間に調和しえない矛盾はないと考える。逆に、文脈的要素は、規程 6 条、及びジェノサイド罪を「犯罪の中の犯罪」とする伝統的考慮にも合致するという⁸⁹⁾。

国際司法裁判所の本判決においては、ジェノサイドの認定にあたって明示的に国家の政策や計画の存在に言及しておらず、政策または計画の存在の要件性を認めていないと解釈することができる。他方で、ボスニア全土で行われた残虐行為のパターンからジェノサイドの存在を認定するようボスニアが主張したことに関連して、裁判所は、新ユーゴまたは Srpska 共和国もしくは VRS が特別の意図を持ちうることを否定していない。また、残虐行為のパターンから特別の意図を認めるためには一般的な計画の存在が証明される必要があると判示している。

Schabas は、本判決が政策または計画の存在を要件とする理論を黙示に受け入れたとみている。もし単独の行為者がジェノサイドをなしうると裁判所が考えたのであれば、個人が特別の意図を有したかどうかを検討したはずであるという。判決は Srebrenica の虐殺に関して「実行行為者 (perpetrators)」が特別の意図を有していたと集団的意味で把握し、ムスリム男性の処刑計画の存在に照らして特別の意図を分析したとして、裁判所の特別の意図の検討の真の主題は国家の政策であったと解している⁹⁰⁾。

ジェノサイド条約の文言は前述した文脈的要素を明示しておらず、当時

の法の内容としては、Jelišić 事件上訴判決が指摘するように、ジェノサイドの意図の必要条件ではなく、その存在を証明するものにとどまると考えられる⁹¹⁾。

しかし、明示されていない要件を読み込むことが許容されないわけではない。人道に対する罪は、Nuremberg 裁判所の憲章において文脈的要件は明示されていなかったが、単独の個人が行う単一の行為と区別するために、広範なまたは組織的攻撃の一部という要件(それも国または組織の政策に基づく)及び行為者の攻撃の了知の要件が明確化されるにいたった⁹²⁾。論理的または政策的な観点から要件を追加することは、Al Bashir 事件決定が述べるように、被告人の不利益になるものではない。

計画または政策の要件性の議論の主眼は、単独の行為者が行う行為をジェノサイドから除外すべきか否かにある。また、ジェノサイド条約の起草者が処罰の対象として想定していたのは、ナチス・ドイツのホロコーストの事例であって、処罰されるべきジェノサイドはそれに類似したものという観念である⁹³⁾。起草過程において、集団の「一部」の破壊の意図もジェノサイドと認めることに関連して、単一の行為がジェノサイドを構成することへの懸念があった。実際、単独の個人が特定の集団の絶滅の信念に駆られて実行した、単一のまたは連続した殺人や傷害が、文言上ジェノサイドの要件をみたすとしても、「国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪」(ICC 規程 5 条)である国際法違反の犯罪として、そしてその中でも最も重大な犯罪として処罰に値するかは疑問である⁹⁴⁾。

少なくとも、条約 2 条(c)から(d)までに規定された行為は、Cassese が指摘するように、集団性または組織性が前提となっている。ゆえに(Cassese の見解とは異なるが)外形的行為の認定において文脈的要素を考慮すればよいと考えられる。文脈的要素を独立に考慮する必要があるのは、殺害及び身体または精神に対する重大な害である。アドホック裁判所の判決においても、特別の意図の認定において(要素ではないとしても)集団性または組織性が考慮されているように思われる。今後は ICC の構成要件文書

に明示された「類似の行為の明白なパターンの文脈」がどのような位置づけを与えられていくか、特別の意図が集团的または組織的概念として解釈されるのかが注目される⁹⁵⁾。

(4) ジェノサイドの証明の基準及び方法

もう一つ興味深い点は、ジェノサイドの証明の基準及び方法である。原告は、個人の刑事責任に妥当する合理的疑いを越える証明基準は、国家責任の認定に適用されないと主張した。被告は、ジェノサイド条約違反による締約国の責任を問うためには、前提として刑事裁判により個人がジェノサイドの有罪の判決を受けなければならないと主張した。裁判所はこの主張を退けたものの、代わりに「例外的重大性を持つ非難に関わる一国への請求は十分に説得力ある証拠によって証明されなければならない」と高度の立証の基準を要求した(ただしそれが刑事責任の証明基準に等しいと述べているわけではない)。そして、Srebrenica の虐殺がジェノサイドを構成すると認定した ICTY の判決に依拠した。

ジェノサイド条約の特徴は、先に述べたように一定の行為を犯罪化しつつ、当該行為に関して国家に義務を負わせていることにあり、同一の行為に対して個人の国際刑事責任と国家の国際責任が同時に発生することにある。国家責任は刑事責任ではなく民事責任的性格を有するものである。証明基準に関して、刑事責任に用いられるより厳格な証明基準と、間接証拠も認められる民事責任の証明基準とのどちらが用いられるべきかという問題が生じる。ジェノサイドに対する国家の責任を認定する場合においても、その前提として、個人によるジェノサイド犯罪の実行が、刑事責任の「合理的疑いを越える」証明と同様の証明基準によって証明されなければならないのであろうか。

Milanović は、二つの理由からジェノサイドに対する国家の責任にも刑事責任の証明基準が用いられなければならないという。第一に、ジェノサイドはまず犯罪であり、その一次規則には刑事法の一般原則が含まれ、そ

の一般原則には「合理的疑いを越える」証明基準が含まれる。「合理的疑いを越える」証明基準を採用しないでジェノサイドの認定を行うことは、いわゆる特別の意図の要件から逸脱することになる。第二に、同一の事実について、個人の刑事責任を扱う裁判所と国家責任を扱う裁判所において同一の証明基準が用いられなければならない。国際司法裁判所と ICTY において異なる認定が行われるのは避けるべきであり、前者は後者の認定を尊重すべきであるという⁹⁶⁾。

国家責任の文脈におけるジェノサイドの認定に、刑事責任に特有の厳格な証明の基準を要求することは、国家間の争訟を裁定する国際司法裁判所がそのような認定を行うのに適切な機関であるのか否か、そして国際司法裁判所が刑事裁判に等しい認定を行うのが困難であれば、刑事裁判所による先行する個人のジェノサイドの有罪認定なしに、ジェノサイドに対する国家の責任を認定できないのではないかという問題を生じうる。

Skotnikov 裁判官は、ジェノサイド条約 9 条は裁判所に国家責任を裁定する管轄権を付与しているが、ジェノサイド罪の有無を裁定する権限は与えていないとの立場をとり、後者については ICTY の判決(ただしジェノサイド条約に合致している限りで)に依拠すべきであるという。こうした立場から裁判所が ICTY の判決なしに(同裁判官は Srebrenica のジェノサイドに関する ICTY の有罪認定は、ジェノサイド条約ではなく ICTY 規程上の幫助に関するそれであって、考慮すべきでないとする)ジェノサイド罪の認定をしたことを批判している⁹⁷⁾。

本事件は、ICTY によるジェノサイド罪の有罪判決が先に存在し、裁判所がそれに高度に依存したことが特徴である。それゆえに前記の問題は顕在化しなかったが、ICTY の存在及びその判決なしに本件のジェノサイドの認定が可能であったのかを疑問視する見解もある。Groome は、国際司法裁判所は個人の精神状態の検討に適しておらず、またその検討の対象となった個人の参加の権利や防御の権利を保障することができないため、個人の刑事責任を裁定することはできず、ゆえに刑事裁判の任務を果たせな

いという。このため ICTY に高度に依存することになったと指摘する。Groome は、裁判所は欠席裁判によって新ユーゴの指導者の刑事責任を裁定したのに等しいと批判している⁹⁸⁾。

ジェノサイドに対する国家の責任を認定する前提として、個人によるジェノサイド犯罪の実行が刑事責任の証明基準によって証明されなければならないとしたら、困難な問題を生じることになる。ジェノサイドを事前に防止する義務は、ジェノサイドの実行行為者の個人責任が事後的に確定するまでは無意味なものとなるし、ジェノサイドを処罰する義務は、有罪が確定して初めて生じるという奇妙な結果となるからである。さらに、刑事裁判に等しい証明基準を採用することと刑事裁判を行うことは別物であるにせよ、国際司法裁判所はジェノサイドに関係した個人を出廷させることや反論の機会を与えることはできない。

前述した矛盾を避けるために、国家の防止及び処罰の義務の履行の有無は独自に認定されなければならないと考えられる。国際裁判所と刑事裁判所が、証明基準が原因で相互に異なる結論を下すことは許容されるように思われる。国内法体系において、同一の行為についての民事責任に関する裁判の結果と刑事責任に関する裁判の結果が証明基準の違いによって異なりうることはよく知られた現象である。

国家の義務との関係でのジェノサイドの認定は刑事責任と同等の証明基準によって行われる必要はなく、特に特別の意図の認定は、外形的事実からある程度の確実性をもって推論されればよいと考えられる。アドホック裁判所が、特別の意図の存在について、被告人個人のそれを特定するのではなく、行為の広範さ、類似の行為の繰り返し、計画の存在から特定されない第三者のそれを推論していることも考慮されるべきである。ゆえに、条約2条に規定する行為が保護された集団に対して行われ、当該行為の規模や広がりから、一定の者が当該集団またはその一部を破壊する意図を有していたことが推論されれば、国家によるジェノサイドの防止義務及び処罰義務の履行の有無を十分に判断することができる。ジェノサイドの発生

が予見可能であれば国は防止のため必要な措置をとらなければならない、また現実にジェノサイドが発生した場合は(それが刑事裁判によって確定されていなくても)実行行為者を処罰する義務を負うことになると考えられる⁹⁹⁾。

4 責任の帰属の認定

本判決の特に興味深い点は、ボスニア・セルビア人勢力(Srpska 共和国とその軍隊である VRS)の行為の新ユーゴへの帰属の有無の問題、特にいわゆる事実上の機関の行為の帰属に関する問題である¹⁰⁰⁾。

裁判所は、第一に Srebrenica のジェノサイド行為が国家責任条文4条に規定する法律上の機関の行為としてセルビアに帰属するか否かを検討した。まず、セルビア・モンテネグロの国内法上機関の地位を有する者または実体によって行われたかを検討した。ユーゴの軍隊や政治的指導者の虐殺への関与は証明されていないこと、Srpska 共和国も VRS もセルビアの国内法上の地位を持っていなかったこと、VRS 将校への給与支払の事実は自動的に法律上の機関に変えるものではないことを認定した。Scorpions と呼ばれる準軍事的集団がユーゴの法律上の機関であるとは認定できず、他の公的機関の自由におかれた機関の行為は元の国に帰属しないとして否定した。次に、条文4条の下での「事実上の機関」の行為として帰属するか否かの検討を行った。すなわち、裁判所は、ニカラグア事件本案判決(1986年)の第109パラグラフを引用して、私人が国家との間に従属とコントロールの関係にあり、事実上国家に「完全に従属して」行為する 究極的にはその国の単なる道具である ならば、国家機関と同視されるとした。虐殺時に Srpska 共和国及び VRS が新ユーゴの行動の単なる道具であった、あるいは自律性を欠いていたとみなすことはできないとして帰属を否定した。

第二に裁判所は、条文8条に基づいて、Srebrenica のジェノサイド行為が国家の指示によりまたは指揮もしくはコントロールの下で行われたか

どうかを検討した。裁判所によれば、この規則はニカラグア事件判決の第115パラグラフに照らして解釈すべきで、国際義務違反が行われた具体的な活動が、国家の指示により行われたまたは指揮もしくは国家の「実効的コントロール (effective control)」の下で行われたものでなければならぬとし、具体的活動に対する指示または実効的コントロールを必要としないとする、いわゆる「全般的コントロール (overall control)」の基準を否定した。

このような判決の帰属の判断には、大きく分けて二つの論点がある。第一の論点は、国内法上機関の地位を持たない実体の帰属に関して、実体が事実上国家への完全な従属の下にあるという基準と、問題となった行為に対する事実上の指示またはコントロールの基準という二つの基準が存在するか否かである。これには前者の基準の妥当性が含まれる。第二の論点は、国家責任条文8条の下に位置づけられた後者の基準、特に実効的コントロールの妥当性である¹⁰¹⁾。

(1) 事実上の機関の帰属の二つの基準と国家責任条文4条の下での「事実上の機関」

従来、国内法上国家の機関たる地位を持たないものの、事実上その行為が帰属する場合を一般に「事実上の機関」と呼んできた¹⁰²⁾。しかし、裁判所は二つの事例、すなわち第一に行為を行った人、実体または集団が国に完全に従属しているがゆえに事実上、当該国の「機関」とみなされる場合と、第二に国家機関の地位を有しないが、問題となった行為に対して国家が指揮またはコントロールを及ぼしている場合とを区別し、前者を国家責任条文4条に、後者を同8条に位置づけた。

裁判所はこのように事実上の機関の2種類のカテゴリーを区別しているが、その根拠として、ニカラグア事件判決がそのようなカテゴリーを判示したとする解釈と、条文4条が広い範囲の機関を対象としているとの解釈に依拠している。

この論理は、直接には裁判所の審理におけるボスニアの補佐人の主張によるものである。それによれば、「事実上の機関」が4条の下で認められると主張し、またニカラグア事件判決が二つの帰属の基準を示したことを前提に、4条の下での「事実上の機関」の帰属の基準をニカラグア事件判決の第109パラグラフに求め、実体が国家に完全に従属している場合という基準を提示した¹⁰³⁾。

ニカラグア事件判決が二つの事実上の機関の帰属のコントロールの基準を示したとする見解は、ICTY 第一審裁判部の Tadić 事件判決(1997年)の McDonald 裁判長意見に遡る。同裁判長によれば、ニカラグア事件判決は、一つは Contra が米国の構成員とみなされるための「一方で従属、他方でコントロール(dependence on the one side and control on the other)」の基準であり、もう一つは Contra が米国に代わって特定の行為を遂行することを具体的に委任されていた場合で、この場合の基準が「実効的コントロール」であったという¹⁰⁴⁾。McDonald 裁判長は、後者の実効的コントロールの基準を適用しなくとも、前者の基準により VRS は新ユーゴの一部とみなされると主張した。ただし、この理解によれば、「従属とコントロール」の基準は実効的コントロールの基準よりも緩やかであり、その点は本判決が示した「完全な従属」基準とは異なる。

学説では、Milanović がこのような議論を展開していた。それによれば、ニカラグア事件判決は国内法上国家の機関ではない者の行為について二つの基準を判示したという。一つは、国内法上機関の地位を持たない行為者または軍事的集団が、国家との間に従属とコントロールの関係にある場合に認められる「完全なコントロール(complete control)」の基準(または完全な従属とコントロールの基準)である。それは国家と集団との関係に関わるがゆえに一般的なコントロールであるが、法律上の機関と同程度のコントロールであることを要し、それによって法律上の機関と同視されるものである。もう一つは、その中で国際義務違反が行われた特定の作戦に対する国家の実効的コントロールの基準である。それは、第一のコント

ロールの基準がみだされない場合に適用されるので、補足的であり具体的な基準である。Milanović は国家責任条文もこの二つの基準を提示しているように見えるという。すなわち、法律上の機関及び「事実上の機関」の行為の帰属をカバーする4条と、国家の指示によりまたは指揮もしくはコントロールの下で行われた行為の帰属をカバーする8条であるという¹⁰⁵⁾。Milanović の議論は本判決の帰属の議論の基礎を提供したように思われる。

両者の差異について、本判決から次の2点を抽出できると考えられる。第一は、私人が国家に事実上完全に従属するがゆえに国家の「機関」に該当する場合は、権限において行われたすべての行為が帰属するのに対し、「機関」ではない者の場合は、指示またはコントロールされた行為のみが帰属する。第二に、指示またはコントロールによる行為の帰属の場合は、違法行為が発生した特定の活動に関して国家が指示をした、または実効的コントロールを行使したことの証明が必要であるが、「完全な従属」の場合にはそれが不要である。

Milanović は、機関の地位を有する者の帰属と具体的行為のみの帰属の区別について2点を指摘する。すなわち、第一に権限逾越行為の帰属の規則が前者にのみ適用されることであり、第二に証明内容について、前者の場合は公的権限において行為したことを証明する必要があるのに対し、後者の場合は、国家が現実に違法行為を指示したこと、または行為をコントロールしたことを証明する必要があることである¹⁰⁶⁾。すなわち、Milanović の見解では、条文8条でカバーされる、事実上国家の指示によりまたは指揮もしくはコントロールの下で行われた行為については、その権限逾越行為は国家に帰属しないことになる¹⁰⁷⁾。ただし、このような理解はILCの立場と両立するものではない¹⁰⁸⁾。

本判決の議論にはいくつかの問題があるように思われる。第一に、従来「事実上の機関」とされてきたカテゴリーの中に、事実上完全に従属するがゆえに国家機関と同視される実体と、事実において国家の指示またはコントロールの下で行為する実体との2種類が存在するのか、そして、後者

の帰属において国家と実体との関係のみで帰属を認めることが妥当なのかである。いわば事実上の機関をいわば行為者に対するコントロール(この場合コントロールの下にある者が権限において行った行為のすべてが帰属する)と行為に対するコントロール(コントロールされた行為のみが帰属する)に区別する考え方であるといえる。

学説にはこのような区別は相対的であるとの指摘がある。Dupuy は、「完全な従属」基準と実効的コントロール基準の区別は純粋に法的な観点からのもので、現実は程度の問題に過ぎず、裁判官の主観的評価に委ねられるという¹⁰⁹⁾。また、Spinedi は、国家によるコントロールの程度に応じて、「完全な従属」基準の下で特別に大きな程度のコントロールがあれば国家「機関」になり、小さければ行為のみ帰属させる枠組に過ぎないという。

さらに重要な指摘が Griebel 及び Plücken によってなされている。それによれば、法律上の機関(または公務員)であっても、権限とは無関係な私的な行為まで国家に帰属させることはできず、法律上の機関であれ事実上の機関であれ、権限の要件が必須であり、具体的な行為との関係を無視して一般的な関係に帰属を基づかせることは適切ではないという¹¹⁰⁾。Ascensio も、単なる従属やコントロールの関係だけでなく、付与された権限との関係が重要であると指摘する¹¹¹⁾。他方で、Milanović は、Griebel 及び Plücken の前述の見解に反対して、国家と私人の一般的関係に基づく「完全な従属」基準を擁護した。Milanović によれば、国家との同一性が帰属に十分なのであるという¹¹²⁾。

筆者はすでに帰属の本質が上位機関からの任務の委任または授權にあることを明らかにした¹¹³⁾。Griebel 及び Plücken が指摘するように、帰属は権限との関係が重要であって、従属とコントロールという関係の存在のみでは帰属させるのには十分ではない。問題となった行為の行為者たる個人、集団または実体が国家のコントロールの下にあるとしても、帰属を認めるためには当該行為が政府から委任された任務において行われたものでなけ

ればならない。ある実体や集団に包括的な権限が委任されかつ国際違法行為がその範囲内であるか、それとも具体的な国際違法行為について国家から委任を受けたかにせよ、帰属の認定にとって重要なのは一定の任務が行為者に与えられているかどうかであり、行為者へのコントロールと行為へのコントロールを区別する意義は乏しいといわなければならない¹¹⁴⁾。

第二の本判決の問題点は、ニカラグア事件判決が、本判決が解釈するように、実体の国家への完全な従属という基準と実体の行為に対する国家の実効的コントロールという二つの基準を示したかどうかである。

Griebel 及び Plücken は、ニカラグア事件判決が「完全な従属」基準と実効的コントロール基準の二つの基準を判示したとの解釈は、同判決を改めて読めば正しい解釈であったとしつつも、Tadić 事件上訴裁判部判決(1999年)や国家責任条文はそう理解していなかったことを指摘する。それは、実効的コントロール基準が「完全な従属」基準の具体化であると解釈されたからであるという¹¹⁵⁾。

実際、Tadić 事件において上訴裁判部は、ニカラグア事件判決は二つの基準を示したとする McDonald 裁判長意見に明示的に言及した上で、同判決は実効的コントロールという単一の基準を示したと理解していた¹¹⁶⁾。ILC の国家責任条文へのコメントリーも単一の基準であると認識していた。

他方で Milanović は、国際司法裁判所自身が自己の判例の権威ある解釈者であり、ILC はニカラグア事件判決が二つの基準を判示したのを見落としていただけであって、本件判決が最終草案の採択より先であれば、ILC も当然に裁判所の判断を踏襲したであろうと主張する¹¹⁷⁾。

ニカラグア事件判決が行為者への国家のコントロールと行為への国家のコントロールとを、二つの異なる状況として認識していたのは事実であるが、むしろ同判決は、Contra と米国の関係が従属とコントロールの関係であるかという一続きの検討の中で、二つの状況を区別したに過ぎないようにみえる。そして、どちらの状況においても、米国のコントロールが実効的なものではないがゆえに帰属を否定したようにみえる。前述したよう

に、コントロールの対象の区別は相対的で、重要なものではないと考えるべきである。

第三に、判決が事実上の機関の基準であると述べた「完全な従属」基準を、事実上の機関を扱うとされてきた国家責任条文8条ではなく、条文4条の下で扱ったことによる問題である。従来4条は「法律上の機関」に関するものと理解されてきた。

国家責任条文4条は国家のいかなる機関の行為も国家に帰属することを規定するが、同条2項は、国家機関を定義して「機関は国の国内法に従ってその地位を有するいかなる者または実体を含む」と規定した¹¹⁸⁾。「含む」の文言は、4条の「機関」が国内法上機関の地位を持つ者に限られないことを含意している。

Giebel 及び Plücken は、条文4条コメンタリーからは、国内法だけでなく国の実行によって機関の地位を与えられた者が対象となるにとどまり、事実上の機関まで含むとは ILC は理解していなかったという。そこではコントロールの概念も参照されていない。裁判所が「完全な従属」基準を4条に位置づけたのはこのような理解に反して誤っている。事実上の機関の帰属を扱うのは8条であって、同条の下に位置づけるべきであったという¹¹⁹⁾。

それに対して Milanović は、その行為が帰属する者が国家の「機関」であるとの誤った前提に Giebel 及び Plücken が立っていると批判している。「機関」の語は条文4条にしか用いられていないのに対し、8条から10条までは国家の「機関」でない者の行為の帰属を扱ったものであり、国家との同一性を欠くがゆえに機関の地位を持たない者の「行為」に対して、国家が指示を与え、コントロールを行使または事後の承認及び採用することによって当該行為が帰属することを認めたものであるという。条文4条に「事実上の機関」を含む広い意味が与えられることを意図していなかったのは事実であるが、十分に広い定義を採用しているという¹²⁰⁾。

条文4条の定式は、元の第1読草案5条が国内法上の機関のみを対象と

していたこと（後述）からの大きな変更である。これは第 2 読の特別報告者 Crawford が第 1 読草案 5 条から国内法への参照を削除する修正を提案したことによるものである。Crawford は、その理由として、第一に機関の地位は法だけではなく実行及び慣習によって決定されるので、国内法への参照はミスリーディングであること、第二に国内法はいかなる実体が機関の地位を有するかの分類の任務を果たさないこと、第三に国内法で用いられている「機関」の語が国際法にとっての「機関」と同じ意味である保障はないこと、換言すれば国内法上「機関」とされていない実体が国際法上は「機関」でありうることを挙げた。さらに、国家は実体が国内法上機関の地位を持たないことを理由に責任を免れることはできないことを強調した¹²¹⁾。ILC では、第 1 読草案のアプローチと調和しないなどの理由により、国内法への言及を維持すべきであるとする見解も有力に主張された¹²²⁾。条文 4 条の射程で合意があったのは、コメンタリー¹²³⁾にあるように、国内法によって機関と分類される実体に加えて、国内の実行によって機関と分類される実体であると考えられる¹²⁴⁾。

もし 4 条が国内法上機関とされた実体にとどまらず、国際法によって機関と定義された実体をも含むと解するならば、この解釈は第 1 読草案のアプローチと整合しない。第 1 読草案においては、「機関」の語は、国内法上国家機関の地位を与えられた者を扱う 5 条（現 4 条）、統治権限の一部の行使を授権された実体を扱う 7 条（現 5 条）、他国または国際組織の自由に置かれた国家機関を扱う 9 条（現 6 条）に用いられ、事実上の機関を扱う 8 条（現 8・9 条）には用いられていなかった。そのことからみて、第 1 読草案は、「機関」の概念を国内法上機関の地位を与えられた者または実体、すなわち「法律上の機関」に限定していたようにみえる¹²⁵⁾。

これまで一般には、その行為が帰属すればその者は国家の「機関」とされてきた。それが一時的に機関であったか恒常的に機関であったかは関係がなかった。そして、問題となった個人、集団または実体が国内法上国家機関の地位を有する場合は「法律上の機関」、そのような地位を持たない

が事実上国家のために行為する場合を「事実上の機関」と呼んできた。「機関」に具体的な意味が与えられてきたわけではなく、理論的な概念であったといえる。

前述した4条に広い射程を与える解釈においては、国際法によって国家の「機関」とされた者と、「機関」ではないが(国際法によって)一定の条件の下でその行為が国家に帰属する者とが区別されることになる。そのような「機関」とは一体何を意味するのが問題となる。「機関」に実質的定義が与えられなければこの解釈は維持できないであろう¹²⁶⁾。

条文4条が国際法によって国家機関と定義された実体をも対象とするとの解釈は、条文5条の(4条に対する)独自性を失わせることが指摘されている¹²⁷⁾。条文5条は、国内法上国家とは別個の人格を有するが、統治権限の一部の行使を授けられた実体の行為の帰属に関する規則である。機関の決定が国際法によるという規定があれば、事実上の機関を扱う条文(8条)もその地位が国内法ではなく国際法によって決定される¹²⁸⁾がゆえに必要なくなるであろう¹²⁹⁾。

本判決も、事実上「機関」と定義された者を含むとの国家責任条文4条の広い解釈、そして「機関」に該当しない者の行為であっても、8条の下で事実上国家の指示または指揮もしくはコントロールの下で実行されれば帰属するとの解釈を採用した点で、条文4条に規定された国家の「機関」の実質的な意味は何かという問題を免れえないと思われる。

なお、Griebel 及び Plücken は、国家に「完全に従属」する実体を条文8条の下に位置づけるべきであったと主張する¹³⁰⁾が、そうすることは難しい。というのは、同条は国際法違反のあった具体的な行為に対する指示、指揮またはコントロールの存在を要求しているからである。国家責任条文の第2読の審議において8条がそのように狭く定式化されたために、国家から事実上一般的な権限を与えられた私人が(その任務に関連して)違法行為を行った場合に対応する規則が条文に存在しなくなったことが、4条の射程を広げる解釈をもたらしたとも考えられる¹³¹⁾。

最後に、今後「完全な従属」基準が適用されていくかどうかを疑問視する見解がある。Srpska 共和国を新ユーゴの「傀儡国家」と主張する Spinedi は、裁判所が示した「完全な従属」基準は、きわめて高度な証明を求めているがゆえに事実への適用が不可能な理論上の基準に過ぎないと指摘する。本件では、セルビアによる武装集団への財政的支援、組織、戦略の展開、目標の共有あるいは将校への給与支払いでも同基準をみたさないとされた。何が「完全な従属」に該当するか理解できない。これでは、他国で活動する武装集団への援助、正規軍に付随する志願兵、アフガニスタン国内で活動するテロリスト、欧州人権裁判所で扱われた北キプロスやトランスドニエストルのような傀儡国家の帰属も不可能であるという¹³²⁾。

Griebel 及び Plücken は、「完全な従属」基準が次の理由から実際的でないとして述べる。すなわち、第一に「完全な従属」基準の証明基準が実効的コントロール基準と同様に高度であるため、前者の基準を後者とは別個に適用することは困難だからである。第二に、一般的な関係に帰属を基づかせることは適切ではないからである¹³³⁾。Stern は、本判決は「完全な従属」という新たな事実上の機関のカテゴリーを作り出したが、8条の下での事実上の機関との区別は困難であり、廃棄されたカテゴリーであるようにみえるという¹³⁴⁾。

これらのコメントが指摘するように、「完全な従属」基準が将来適用されるときも、この基準が高度の証明を必要とする（裁判所自身、国家機関への同視が例外的なものであって大きな程度のコントロールの証明を必要とすると述べている）こと、及び条文8条の下での帰属と明確に区別できないことから、その適用は困難なものとなると予想される。

(2) 国家責任条文8条の下での帰属

本判決において裁判所は、機関の地位を持たない者の行為であっても、国家責任条文8条に従って、国家の指示によりまたは指揮もしくはコントロールの下にあるならば帰属すると判断した。

まず、言及しなければならないのは、裁判所による条文8条の理解である。裁判所は、条文8条に規定された規則が国際慣習法を反映したものであるとした。裁判所が「ユーゴスラビア連邦共和国の国際責任は、その国際義務に違反する行為の実行を生じる指示を与えたまたはコントロールを行使した自身の機関の行為によって生じるものである」と述べた点が問題となる。

Giebel 及び Plücker は、裁判所は条文8条を同条の趣旨に反して帰属の規則として理解しておらず、8条に該当する場合の国家の責任を、私人による国際法違反行為への支援を禁止する一次規則（例えば友好関係原則宣言に規定された、他国での内戦及びテロ行為への支援の禁止）のように理解していると批判する¹³⁵。一部の叙述だけからこのような結論を下すことには慎重でなければならないが、判決の言明にあいまいさが存在するのも事実である。なお、判決において「指揮」の概念は「指示」及び「コントロール」程には参照されていない。

次に、コントロールの程度が実効的なものでなければならないが、それとも「全般的」なものでもよいかという問題がある。本判決は、ICTY 上訴裁判部が Tadić 事件判決において提示した全般的コントロールの基準が（国家責任の文脈において）妥当しないことを確認した。

Tadić 事件上訴判決は次のように判示した。被告人が嫌疑をかけられている戦争犯罪が何かを決定するためには、武力紛争が国際的武力紛争か非国際的武力紛争（内戦）であるかを決定する必要があり、武力紛争法はそのための基準を用意していないので、一般国際法すなわち国家責任法の帰属の基準を参照しなければならない。帰属の基準によって VRS の行為が新ユーゴに帰属するならば国際的武力紛争になる。上訴裁判部によれば、ニカラグア事件判決の示した実効的コントロールの基準は、国家が公務員の地位を持たない人または集団を事実上の機関として用いることで責任を免れるのを抑止するという国家責任法の論理に適合しないこと、及び実行においては武装集団の場合には実効的コントロールではなく全般的コン

ルールが基準とされていることから、説得力を持たないという。「組織されかつ階層構造化された集団」については、国家からの財政支援、訓練及び装備供与または作戦上の支援などの全般的コントロールで十分であると判示した¹³⁶⁾。

しかし、本判決は Tadić 事件判決の見解を否定した。国際司法裁判所は、第一に ICTY は個人の刑事責任を扱う裁判所であって、国家責任の問題を裁定するよう求められていなかったこと、並びに第二に、武力紛争が国際的武力紛争であるために必要な国家の関与の程度及び性質は、武力紛争において行われた行為に対して国家責任が生じるために必要な関与の程度及び性質とは異なり、これらの異なる問題に同一の基準が採用される必要はないこと、及び全般的コントロールの基準は、国家は自己の行為にのみ責任を負うという基本原則を越えて責任の範囲を広げるもので適切ではないことを判示した。

このような本判決の判示は、部分的には ILC が国家責任条文のコメントで示した Tadić 事件判決への評価を踏襲しているように思われる。ILC は、ICTY の任務が国家責任ではなく個人の刑事責任の決定であり、争点も国家責任ではなく武力紛争法の適用法規の問題であって、同判決を国家責任に関する先例とはみなすことはできないと述べた¹³⁷⁾。

しかし、このような論理が正しいかどうかは疑問である。Tadić 事件上訴判決は国家責任法の問題として実効的コントロールの基準の是非を議論したのであって、ICTY が国家責任を扱う裁判所ではないことや、争点が武力紛争の性質に関するものであったことは、Tadić 事件判決の判示の「実質」に回答しないことを正当化するものではないからである¹³⁸⁾。

Al-Khasawneh 次長は全般的コントロール基準の適用を主張した。それによれば、判決がニカラグア事件と異なる状況に実効的コントロール基準を適用したのは誤りであったという。国家と非国家主体の間に目標の統一性、民族の同一性及び共通のイデオロギーがある場合、実効的コントロールの基準は不必要である。コントロールの基準は多様である。様々な種類

の活動、特に発展しつつある性質の武力紛争におけるそれが帰属の規則の変化を求める。ニカラグア事件では米国と Contra の間にニカラグアの正統政府の打倒という共通の目標が存在したものの、それは戦争犯罪及び人道に対する罪を行わずに達成することが可能であり、ゆえに裁判所はコントロールは Contra の行った犯罪に対して必要であると判断した。それに対し本件では、国際犯罪を行う共通の目的が存在したのであり、非国家主体及び具体的な作戦にコントロールを要求することは厳格過ぎる。本判決のアプローチは、国家が非国家主体を用いて犯罪の政策を実行する機会を与えることになると批判している¹³⁹⁾。

Tadić 事件判決を下した上訴裁判部の裁判長であった Cassese は、同判決の論理を踏襲して、ニカラグア事件判決の実効的コントロールは実行の裏付けがなく、国家は人の集団を用いることでその責任を免れることはできないという国家責任法の基本原則に本判決は反するという。彼は国家責任条文8条を批判して、同条が規定するコントロールの概念はあいまいで適用可能ではない。ILC がコントロール概念の根拠として参照している実行は Tadić 事件判決が参照したものと同一であるが、それらの実行において、特定の違反に対する指示または命令は要求されておらず、実効的コントロール基準は適用可能とみなされなかった。ゆえに同条は慣習法を反映していないと批判する¹⁴⁰⁾。

裁判所は結論において Tadić 事件判決の全般的コントロールの基準を否定したが、実質に立ち入ってその根拠を説明すべきであった¹⁴¹⁾。ただ、組織された武装集団に対するコントロールは個人や組織されていない集団に対するコントロールよりも緩やかなものでよいという ICTY の説明に説得力があるとは思えず¹⁴²⁾、実効的コントロールの基準を維持したことには合理性があるように思われる。

第三に、上記に関連して、国家責任法の帰属の基準が武力紛争の国際性の基準と同一であるか否かという議論がある。Spinedi は、武力紛争が国際的武力紛争であるか国内的武力紛争であるかを決定する規則が、国家責

任の帰属の決定の規則と同一であるのか否か、換言すれば、他国の内戦に関与する国家が 国家責任法との関係では帰属しないものの 紛争当事者として帰属することがありうるかを論じている。Spinedi は上訴裁判部は正しいという。条約法における国家の意思を表明しうる者の範囲と国家責任法における国際違法行為が国家に帰属する者の範囲が異なるように、分野が異なれば異なる基準が用いられることもある。しかし、集団の行動がある国に帰属するなら、同じ行動が当該国を武力紛争の当事者とするための条件をみたとみるのが合理的である。もちろん、異なる規則において帰属の基準が異なることもありうるが、国家責任条文は一次規則に応じて帰属の基準が異なることを認めていないので、この可能性を否定しているという¹⁴³⁾。他方で、Giebel 及び Plücken 並びに Milanović は、異なる問題に同一の基準を適用すべきではないという¹⁴⁴⁾。

武力紛争の性格決定の基準をまず一次規則たる武力紛争法に求め、それが不存在である場合は一般法である責任法の規則によるとの Tadić 事件上訴判決の論理そのものは妥当であるが、真に武力紛争法が適当な基準を有していないのか否かが検討されなければならない。武力紛争法においては、国際的武力紛争とした方がより詳細な規則が適用されることから、国際的紛争に認定する要請が働くことも考えられる。とはいえ国家にその行為が帰属する者の範囲と、国家の「軍隊」を構成する実体の範囲とが著しく一致しないと考へがたい¹⁴⁵⁾。

そして、国際司法裁判所が自らの判例を維持したことによって、ICTY の判断の正当性に微妙な影響を及ぼすことになったといえる。ICTY は国際的武力紛争の決定が国家責任の帰属の決定と同一であることを前提に、ボスニア紛争が国際的武力紛争であると判断し、被告人にジュネーブ諸条約の重大な違反を適用した。しかし、裁判所の判断に従って VRS の行為が新ユーゴに帰属しないのであれば、帰属と紛争の性格決定を一致させる Tadić 事件判決の論理では、内戦に適用されるジュネーブ諸条約共通3条違反の罪が適用されたはずであった¹⁴⁶⁾。他方で、本判決は「全般的コン

「コントロール」が国家責任法から独立した武力紛争法上の基準である可能性を排除せず、ICTY への諸判決への影響を回避しようとしたといえる¹⁴⁷⁾。このような区別が定着していく余地もある¹⁴⁸⁾。

最後に、一定の考慮に基づいて実効的コントロール基準の緩和を唱える議論がある。Tadić 事件上訴判決は、国家が事実上の機関を用いることで責任を免れるのを抑止すべきことを強調した。法律上の機関は国内法の規定、公務員の身分または国家との雇用関係の存在から国家との関係及びその任務内容が容易に確認できるのに対して、事実上の機関は、国家と行為者たる私人との関係を証明することが容易ではなく、請求国の側で挙証責任を負わなければならない。国家は活動の性質により、換言すれば責任を回避するために、行為者との関係を秘匿してあるいは傀儡政権の樹立のような偽装を通じて、すなわち事実上の機関を用いて行動することも多い。

しかし、本判決が判示したように、国家の自己責任こそが原則であって、目的論的に帰属の基準を緩め、本来国家機関ではない実体の行為まで国家の行為とみなすのは適切とはいえない¹⁴⁹⁾。法は「擬制」という技術を持っているので、現実には国家の行為でないものまで国家の行為とみなし、被害を負担させることは可能であるが、国家が現実にはコントロールできないものについてまで責任を負わせることは、「何人も不可能事に義務を負わない」の法諺に反し、実効的な規制を期待することはできない。

加えて、近年の展開やそれに対する政策的な考慮から実効的コントロール基準の緩和を唱える議論もある。Cassese は、一般的コントロールの基準が、近年の実行において増大しつつある三つの政策的考慮から有用であるという。第一は、支援国の国外で活動する武装集団の人道法違反の責任を支援国に負わせることで平和の維持に有用である。第二に、テロ集団のテロ行為に対して当該集団を支援する国に責任を負わせられる。第三に、国連の平和維持活動に提供された加盟国の部隊の国際違法行為に国連が責任を負うのか、それとも兵力提供国が責任を負うのかに関して一般的コントロールの基準が有用であると述べている¹⁵⁰⁾。

また、Giebel 及び Plücken は、裁判所は国家が私人と共謀することを防止するために、換言すれば抑止効果を与えるために、帰属の基準の緩和を求める国際社会の要求に応えるべきであったと主張する。特に、2001年の米国同時多発テロ以降の帰属に関する新たな傾向、すなわちテロリストへの基地 (safe heaven) の提供あるいはテロ行為の黙認によってテロ行為の国への帰属を認める傾向があり、この傾向が新しい慣習法の形成にいたったか、それとも一定分野における特別法にとどまるのかについて答えるよい機会であったという¹⁵¹⁾。

これらのいわば政策的見地からの議論に対して、Milanović は、非国家主体の行為が国家に帰属しないことと国家が責任を負わないことは別であると反論する。帰属が認められなかったとしても他の一次規則により国家は責任を負う。同時多発テロに関してもアフガニスタンは、テロ行為を支持したことや防止のために相当の注意を払う義務を怠ったことによる責任がある。本判決でもセルビアは防止義務違反の責任を認められた。抑止効果が与えられるのは二次規則ではなく一次規則に対してである。非国家主体への支持を理由にそのすべての行為を国家に帰属させるなら抑止効果は大きいであろうが、帰属の一般的枠組みを動揺させてまでそうする価値があるかは疑問であり、非国家主体の政治的重要性と自立性を減殺することになると主張する¹⁵²⁾。

たしかに、Milanović が指摘するように、非国家主体の行為の国家への帰属を認めなければ、国家が非国家主体の行為に何らの責任も負わないことになるというわけではない。管轄またはコントロールの下での私人の行為を防止するため相当の注意を払うことを怠った場合にも国家の責任は認められる。また、支援の禁止などの他の一次規則により責任が成立する場合もある¹⁵³⁾。他方で、非国家主体が武装集団である場合、国家によるコントロールが困難である以上、帰属の規則を通じた規制を期待するよりも、武装集団の責任を直接に問うことも考えられよう¹⁵⁴⁾。

（3）事実の認定に関する問題

本件での事実認定に関して、セルビア当局と Srpska 共和国及び VRS との関係の実質をボスニアが証明することには限界があったとの指摘もある。ボスニアは口頭審理の前に、裁判所規程49条及び裁判所規則62条に基づき、新ユーゴの最高防衛評議会の会合の議事録を提出することの要請を被告に対して行うよう裁判所に求めた。議事録は ICTY の Milošević 裁判でセルビアから提出されたが、国家安全保障を理由とするセルビアの申請により第一審裁判部は秘密保持命令を出し、かなりの墨塗りが加えられて公開されていた。裁判所はボスニアの申請に応じないことを決定した。また、裁判所は、ボスニアには ICTY の記録を含む広範囲にわたる文書を利用することができること、及び裁判所が結論を自由に導くことができるとのボスニアの示唆に留意することを述べるにとどまった。これに対して、挙証責任の転換またはより自由な推論をすべきであったとの指摘がある¹⁵⁵⁾。

準軍事的集団である Scorpions とセルビアの関係についても明確でない部分が残った。Scorpions が Srebrenica 近郊の Trnovo で、Srebrenica から連行されてきた6人のムスリム男性（多くは少年）を殺害した様子を撮影した映像が Milošević 裁判に提出され、本件の口頭審理でも上映された。ICTY に提出され、ボスニアが国際司法裁判所に提出した文書の中には、Scorpions をセルビア内務省の部隊とするものがあつた。しかし、裁判所はそれを否定し、さらに Srpska 共和国の自由の下に置かれていたことを理由に新ユーゴの機関であることを否定した¹⁵⁶⁾。

Milanović は、裁判所は ICTY の文書に多くを頼ったがために、被告人の死亡によって終わった元セルビア大統領 Milošević の裁判で提出されたであろう証拠、並びに始まったばかりのセルビア共和国内務省の治安部門の責任者だった Stanišić 及び Simatović、並びに新ユーゴ陸軍参謀総長であった Perišić の刑事裁判で提出されるであろう証拠を利用することができなかつたと指摘する¹⁵⁷⁾。

また、Milanović は、裁判所の管轄権がジェノサイド、特に Srebrenica でのジェノサイドに限定されたがゆえに帰属が否定される結論になったという。1992年時点では旧ユーゴスラビア軍(JNA)がボスニア内で行動しており、ボスニア・セルビア人勢力に対するセルビアの高度のコントロールが存在した(ただし、その後は弱まっていった)ことを指摘している¹⁵⁸⁾。

註

- 1) 国際法委員会(以下 ILC)の「人類の平和及び安全に対する罪の法典案」(以下、罪の法典案)17条コメンタリー、*Yearbook of International Law Commission* (hereinafter *ILC Yearbook*), 1996, vol. 2, part 2, p. 45, paras. 6-8.
- 2) F. Martin, The Notion of 'Protected Group' in the Genocide Convention and its Application, in P. Gaeta (ed.), *The UN Genocide Convention: A Commentary* (2008), p. 114. なお、国連差別防止少数者保護小委員会の特別報告者 Ruhashyankiko の研究は、「共通の国民的起源を有する人々」「単一の精神的理想によって結合したいかなる宗教的共同体」を保護された集団として指示していた。N. Ruhashyankiko, Study on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, UN Doc. E/CN. 4/Sub. 2/416 (1978), para. 78.
- 3) Prosecutor v. Akayesu (Trial Judgment), Case No. ICTR-96-4-T (1998), paras. 170-171, 511-516 and 701-702. 同判決は Tsuchi が民族的集団であるとも述べており、同判決の理解については議論がある。Martin, *op. cit.*, p. 119.
- 4) Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana (Trial Judgment), Case No. ICTR-95-1-T (1999), para. 98.
- 5) Prosecutor v. Rutaganda (Trial Judgment), Case No. ICTR-96-3-T (1999), paras. 54-57 and 372-376.
- 6) W. A. Schabas, *Genocide in International Law*, 2nd ed. (2010), p. 151. Schabas によれば、ICTR の後の判決や ICTY の判決も踏襲するものがなく、このアプローチは慣習法になっていないという。また、人種的集団以外の条約に規定された集団は安定的でも恒常的でもないと批判している。
- 7) 他方で、「安定的かつ恒常的集団」の基準を採用するものとして、Prosecutor v. Musema (Trial Judgment), Case No. ICTR-96-13-T (2000), para. 162; Prosecutor v. Bagilishema (Trial Judgment), Case No. ICTR-95-1A-T (2001), para. 65. ただし、ICTR 上訴裁判部は、Tuchi を民族的集団であると認定した Semanza 事件上訴判決 (Prosecutor v. Semanza (Appeal Judgment), Case No. ICTR-97-20-A (2005)) が最終的な認定であると述べた。Prosecutor v. Karemera *et al.* (Decision on Interlocutory Prosecutor's Appeal of Decision on Judicial Notice), Case No. ICTR-98-44-AR73 (c) (2006), para. 25.

- 8) G. Verdirame, *The Genocide Definition in the Jurisprudence of the Ad Hoc Tribunals, International and Comparative Law Quarterly* (hereinafter *ICLQ*), vol. 49 (2000), p. 592.
- 9) Prosecutor v. Jelišić (Trial Judgment), Case No. IT-95-10-T (1999), paras. 69-70.
- 10) Prosecutor v. Krstić (Trial Judgment), Case No. IT-98-33-T (2001), paras. 551-560. 判決は Schabas の見解 (Cf. Schabas, *Genocide in International Law*, p. 123) を採用したものとされている。Martin, *op. cit.*, p. 121.
- 11) Prosecutor v. Krstić (Appeal Judgment), Case No. IT-98-33-A (2004), paras. 6 and 15.
- 12) Prosecutor v. Brđanin (Trial Judgment), Case No. IT-96-36-T (2004), paras. 682-684 and 731-736.
- 13) Popović 事件一審判決は、Krstić 事件一審判決を引用して、ボスニア・ムスリムが1963年の旧ユーゴ憲法で「国民 (nation)」と認められていたこと、他の第一審裁判部が保護された集団とした認定に留意して、この要件が充足されていることを確認した。Prosecutor v. Popović *et al.* (Trial Judgment), Case No. IT-05-88-T (2010), para. 840.
- 14) UN Doc. S/2005/60, pp. 125 and 129, paras. 494-501 and 508-512. なお、国際刑事裁判所 (ICC) 予審裁判部の Al Bashir 事件決定は、被害を受けた集団 (Fur, Masalit 及び Zaghawa) が、国民的、人種的及び宗教的集団には該当しないが、独自の言語、部族慣習、及び土地に対する伝統的結びつきを有するがゆえに人種的集団であると信じる合理的根拠があると認定した。その際、主観的アプローチ、客観的アプローチまたは両者の併用のどれがよいかについての議論は、本決定においては不必要であるとした。Prosecutor v. Al Bashir (Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest), Case No. ICC-02/05-01/09 (2009), para. 137, n. 152. Cf. Ušacka 裁判官補足・反対意見, paras. 24-26.
- 15) Prosecutor v. Al Bashir, para. 137, n. 152.
- 16) ボスニア・ムスリムを「国民的」集団と把握することに疑問の余地はある。Akayesu 事件一審判決は前述したように国籍を持つ者の集団と理解していた。ボスニア・ムスリムはボスニア国内において少数者とはいえず、国籍に基づいてボスニア・セルビア人及びボスニア・クロアチア人から区別された集団であったともいえない。ボスニア・ムスリムを宗教的集団と考えることも可能であるが、旧ユーゴ史上は民族的集団として扱われてきたとされ (1971年から民族として扱われ、ボスニア独立後は Bosniak 人と称される)、そうした把握の方が適切であったと思われる。長有紀枝『スレブレニツァ あるジェノサイドをめぐる考察』(東信堂、2009年) 121頁参照。
- 17) C. Kress, *The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide, European Journal of International Law* (hereinafter *EJIL*), vol. 18 (2007), p. 624.
- 18) Prosecutor v. Jelišić (Trial Judgment), para. 71. ただし、検察官は積極的アプローチに基づいてジェノサイドの存在を主張したので、この部分は傍論である。
- 19) Prosecutor v. Stakić (Appeal Judgment), Case No. IT-97-24-A (2006), paras. 17-28.
- 20) Kress, *The International Court of Justice*, p. 623.
- 21) ICC 予審裁判部の Al Bashir 事件決定も、本判決を引用してこのことを確認した。Prosecutor v. Al Bashir, para. 135.

- 22) Prosecutor v. Semanza (Trial Judgment), Case No. ICTR-97-20-T (2003), para. 319; Prosecutor v. Stakić (Trial Judgment), Case No. IT-97-24-T (2003), para. 515.
- 23) Prosecutor v. Akayesu (Trial Judgment), paras. 502-504 and 706-712. これを踏襲するものとして, Prosecutor v. Stakić (Trial Judgment), para. 516.
- 24) Prosecutor v. Brđanin (Trial Judgment), para. 690.
- 25) Prosecutor v. Kayishema (Trial Judgment), paras. 108-113.
- 26) Prosecutor v. Krstić (Trial Judgment), para. 513. 同旨, Prosecutor v. Semanza (Trial Judgment), paras. 321-322.
- 27) Prosecutor v. Akayesu (Trial Judgment), para. 509; Prosecutor v. Rutaganda (Trial Judgment), para. 53.
- 28) Prosecutor v. Krstić (Trial Judgment), para. 543.
- 29) Prosecutor v. Blagojević and Jokić (Trial Judgment), Case No. IT-02-60-T (2005), paras. 645-654.
- 30) 条約2条(c)は,起草過程においてはナチスによる強制労働,列車内への数日にわたる監禁,収容所における拘束を念頭に置いていたとされる。F. Jessberger, *The Definition and the Elements of the Crime of Genocide*, in *The UN Genocide Convention*, p. 100. また,原案を起草した国連事務局の説明では,住居,衣服,衛生及び医療の欠如,過度の労働または身体的消耗(exertion)のような「緩やかな死(slow death)」をもたらす状況を含む概念とされていたという。N. Robinson, *The Genocide Convention: A Commentary* (1960), p. 123. ICTRは,集団の構成員を直接殺害するものではないが,究極的には物理的に破壊しようとする方法であると述べ,食糧不足,居住地からの組織的追放,本質的な医療サービスを最低水準未満に削減することを挙げた。Prosecutor v. Akayesu (Trial Judgment), paras. 505-506. また,別の判決は,強姦,飢えさせること,必要な医療サービスを最低水準未満に削減すること及び合理的期間十分な居住施設を提供しないことを挙げている。Prosecutor v. Kayishema (Trial Judgment), para. 116. また,2条(c)の状況において,破壊は身体的破壊をもたらすことが意図されればよく,現実に破壊が生じることまでは必要ない。Prosecutor v. Stakić (Trial Judgment), para. 517. なお,論理的には,現実に破壊が生じれば,2条(c)ではなく同条(a)の殺害または同条(b)の身体的または精神的害を構成することになる。Schabas, *Genocide in International Law*, p. 192.
- 31) 「民族浄化」の定義については,裁判所は,1993年の国連専門家委員会の暫定報告書(UN Doc. S/35374, para. 55)の「地域から所与の集団の者を除くため実力または威嚇を用いて地域を民族的に単一のものにする」との定義を採用した。なお,1992年に国連人権委員会が旧ユーゴ領域における人権の状況に関して採択した決議では,民族浄化は少なくとも「その人権を悪質に侵害して,その居住地からの人の追放(deportations)及び強制的な大量立退きまたは追放(mass removal or expulsion)であって,国民的,民族的,人種的または宗教的集団の移動または破壊を目的としたもの」とした。UN Doc. E/CN.4/1992/1. Lauterpacht 特任裁判官は「文民の強制された移動,より共通して“民族浄化”として知られる」と叙述した。ICJ Reports 1993, p. 432, para. 69. 1992年の国連総会決議49/10や1993年の世界人権会議の決議(UN Doc. A/CONF. 157/24 (Part 1))のよう

に、「民族浄化」がジェノサイドを構成すると宣言したものもある。

ボスニア政府は、「民族浄化」として参照された、ボスニアの各所における、ムスリムを標的として組織的かつ大規模に行われた非人道的行為を「ジェノサイド」と呼んできた。M. Milanović, *State Responsibility for Genocide: A Follow-Up* (hereinafter Follow-up), *EJIL*, vol. 18 (2007), p. 672. しかし、セルビア及びボスニア・セルビア人勢力の意図は、いわゆる「大セルビア」を創設するために、敵対する民族の住民に恐怖を与えてその逃亡を強いることにあったとされる。Ibid., *State Responsibility for Genocide*, *EJIL*, vol. 17 (2006), pp. 568-569.

- 32) Kress, *The International Court of Justice*, p. 624. Schabas も、民族浄化とジェノサイドは一定の地域から集団を除去することについては同一の目的を有するが、民族浄化は絶滅ではなく、他の地域での集団の生存を許容する意図があるとして、両者は区別すべきであるという。Schabas, *Genocide in International Law*, p. 234. なお、Schabas は、民族浄化がジェノサイドに該当しないとしても、人道に対する罪及び戦争犯罪を構成すると指摘している。追放または民族浄化がジェノサイドであることを否定し人道に対する罪であると認定したもとして、Eichmann 事件 Jerusalem 地方裁判所判決(1968年), *International Law Reports* (hereinafter *ILR*), vol. 36, p. 104, para. 80; Prosecutor v. Sikirika et al. (Judgment on Defence Motions to Acquit), Case No. IT-95-8-T (2001), para. 90.
- 33) Prosecutor v. Krstić (Trial Judgment), para. 562. ドイツ連邦憲法裁判所の Jorgić 事件判決(2000年)も、組織的追放は、それのみではジェノサイドと認めることはできないとしても、集団を破壊する意図を実行する手段となりうるもので、ゆえに、破壊の意図を示すものであると判示した。Neue Juristische Wochenschrift (hereinafter *NJW*), 2001, p. 1850.
- 34) Prosecutor v. Stakić (Trial Judgment), para. 519. Krstić 事件上訴裁判部判決も、Srebrenica における強制移送自体はジェノサイドを構成しないとした一審判決の判断を肯定した。Prosecutor v. Krstić (Appeal Judgment), para. 33.
- 35) Schabas, *Genocide in International Law*, p. 227. 国連事務局の条約案は、ある地域から他の地域への住民の大量追放をジェノサイドから除外し、そのコメントリーは、追放はジェノサイドを構成しないが、飢餓、水分欠乏、暑さ、寒さ及び伝染病のある国に長距離の移動を強いるといった、追放され集団の全部または一部の死をもたらす状況を伴う場合は別であると述べた。UN Doc. E/447, p. 24. 居住地の放棄を強制することを意図した措置を課すことをジェノサイドに含める、総会第6委員会におけるシリアの修正案は否決された。UN Doc. A/C. 6/SR. 82.
- 36) 注(30)に掲げた二つの ICTR の判決を参照。それらを参照する ICTY の判決として、Prosecutor v. Stakić (Trial Judgment), para. 517; Prosecutor v. Popović (Trial Judgment), para. 815.
- 37) Krstić 事件一審判決のほか、Brdanin 事件一審判決は、組織的追放が身体的破壊をもたらすことを意図した生活条件に該当すると判示する一方で、民族浄化が一定の状況の下では究極的にはジェノサイドのレベルに達することを否定しないが、当該事件ではそうではないと述べた。Prosecutor v. Brdanin (Trial Judgment), paras. 691 and 977, n. 2455. 他

- 方で, Nikolić 事件起訴状審査決定は, 民族浄化の政策は, ジェノサイドの性格を示すとされる極端な差別的行為の形をとり, ジェノサイドの意図が差別的行為の重大性から推論されるとし, 検察官にジェノサイド犯罪の容疑での捜査を被告人に対して行うよう要請した。Prosecutor v. Nikolić (Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence), Case No. IT-94-2-R61 (1995), para. 34.
- 38) ICC 規程の締約国会議が採択した「犯罪の構成要件に関する文書」(以下, 構成要件文書)も, 「生活条件」には, 食糧もしくは医療サービスのような生存に不可欠な資源の剥奪または居住地からの組織的追放が含まれるとした。ICC-ASP/1/3, p. 114, Article 6, n. 4. しかし, Kress は, この記述は身体的破壊をもたらすか否かの観点から解釈する必要があるとしている。Kress, *The International Court of Justice*, p. 624.
- 39) Jessberger, *op. cit.*, pp. 101 and 104. ICC 予審裁判部の Al Bashir 事件決定もこのような見解を踏襲した。Prosecutor v. Al Bashir, para. 145. なお, ILC は, 罪の法典案の採択にあたり, 追放が特別の意図を伴って行われる場合に, 身体的破壊をもたらすことを意図した生活条件を課すことに該当するとの理由で, 追放を外形的行為の一つとして列挙すべきとの提案を採用しなかった。罪の法典案17条コメントリー, *ILC Yearbook*, 1996, vol. 2, part 2, p. 46, para. 15.
- 40) 例えば, Prosecutor v. Stakić (Trial Judgment), para. 557; Prosecutor v. Brdanin (Trial Judgment), paras. 910-962. 他方で肯定するものとして, Prosecutor v. Karadžić and Mladić (Review of Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence), Case No. IT-95-5-R61 and IT-95-18-R61 (1996), para. 94.
- 41) *Guatemala: Memory of Silence, Report of the Historical Clarification Commission, Conclusions and Recommendations* (1999) (hereinafter *CEH Report*), paras. 116-118.
- 42) 条約の起草者が念頭にあったのはナチスの不妊手術であったとされる。Schabas, *Genocide in International Law*, p. 198. 性の分離や婚姻の禁止も同様の結果をもたらしゆえに該当するとの見解もあった。Robinson, *op. cit.*, p. 64.
- 43) Kress, *The International Court of Justice*, p. 625. 他方で, 裁判所は Srebrenica の男性住民の殺害が公式には失踪とされたことによって, 未亡人の再婚ひいては出産が妨げられ, 共同体への生殖に関する影響が生じることに留意しており, この点を捉えて Kress は, 国際司法裁判所が Srebrenica の虐殺が集団内部の出生を妨げることを意図する措置に該当することを認定したという。Ibid., p. 629.
- 44) Prosecutor v. Gagović *et al.* (Indictment), Case No. IT-96-23-I (1996), para. 7.10. 容疑者死亡のため裁判は行われなかった。
- 45) Prosecutor v. Tadić (Trial Judgment), Case No. IT-94-1-T (1997), para. 198.
- 46) Prosecutor v. Akayesu (Trial Judgment), para. 507. これを踏襲するものとして, Prosecutor v. Kayishema (Trial Judgment), para. 117; Prosecutor v. Rutaganda (Trial Judgment), para. 53. Schabas は, 強姦によって集団が破壊されることは非現実的であるとしつつも, ジェノサイド条約2条(d)は, 同条(e)と比較して, 措置自体が集団の破壊を意図することまで要求していない(出生を妨げることを意図すれば十分である)こと, 及び出生妨害の措置がジェノサイドの政策及び計画にとって補助的でありうることから, この

ような解釈を肯定する。Schabas, *Genocide in International Law*, p. 201. また, Schabas は, Eichmann 事件 Jerusalem 地裁判決が, Eichmann が出生を妨げることを意図した措置を考案したことが, ユダヤ人問題の「最終的解決」の一部であることを否定しつつも, なおそれに対して有罪宣告をしたこと (ILR, vol. 36, pp. 237 and 241, paras. 199 and 244) を例に挙げている。

- 47) Jessberger, *op. cit.*, p. 102.
- 48) 組織的強姦が新たな民族的アイデンティティを児童に伝えることを意図した場合があるとしたものとして, Prosecutor v. Karadžić (Review of Indictment), para. 94.
- 49) M.C. Bassiouni and P. Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (1996), p. 587.
- 50) 具体的には国連事務局草案では, 「集団の特定の特徴の破壊」をジェノサイドに含め, それに該当するものとして, 国の言語の使用の禁止, 国の言語で印刷された書物または宗教的著作の組織的破壊または出版の禁止, 歴史的または宗教的記念物の組織的破壊, 歴史的, 芸術的または宗教的価値を有する文書及び物または宗教的礼拝に用いられる物の破壊を列挙していた。アドホック委員会の草案も, 集団の言語の使用の禁止, 並びに図書館, 博物館, 学校, 歴史的記念物, 礼拝の場所または他の文化的な施設及び物の破壊及び使用禁止を文化的ジェノサイドとして定義していた。Schabas, *Genocide in International Law*, p. 207. しかし, 国連総会第6委員会では削除された。また, 文化的ジェノサイドの除外を確認するものとして, 罪の法典案17条コメントリー, *ILC Yearbook*, 1996, vol. 2, part 2, pp. 45-46, para. 12.
- 51) Prosecutor v. Krstić (Trial Judgment), paras. 576-580. 裁判部は, 民族浄化及び文化的破壊がジェノサイドに該当するかを議論した中で, 肯定する国連総会決議 47/121 及び Jorgić 事件ドイツ連邦憲法裁判所判決のような近年の発展にかかわらず, 「法なくして罪なし」の原則に妥当な考慮を払ってジェノサイド条約を解釈しなければならず, 国際慣習法はジェノサイドを集団の身体的または生物学的破壊を意図する行為に限定していると判示した。なお, 身体的破壊がある場合に同時に文化的及び宗教的財産への破壊が行われることがしばしばあり, 後者の破壊は特別の意図の証拠とみなされうると述べた。
- なお, Jorgić 事件判決は, 条約の文言は集団を破壊する意図が身体的破壊にとどまるとの解釈を帰結しないこと, 事後の実行 (ICC の構成要件文書, ICTY 及び ICTR の判決, 並びに民族浄化をジェノサイドとした国連の実行) から組織的追放がジェノサイドであるとした。NJW, 2001, pp. 1850-1852.
- 52) Krstić 事件上訴判決において Shahabuddeen 裁判官は, 文化的ジェノサイドは殺害を通して間接的にであるけれどもジェノサイドの定義に吸収されると述べ, 集団は人の集まりを社会的統一体へと結びつける特徴によって構成されるのであり, 列挙された行為を実行する意図の追求において当該特徴が破壊されるならば, 破壊が身体的または生物学的でないからといってジェノサイドではないというのは説得力がないと述べた。Shahabuddeen 裁判官一部反対意見, para. 50. この見解を採用した判決として, Prosecutor v. Krajisnik (Trial Judgment), Case No. IT-00-39-T (2006), para. 854, n. 1701.
- 53) Kress, *The International Court of Justice*, p. 624. なお, Kress はジェノサイドの要素

である「集団の全部または一部に対して、その集団自体を破壊する意図」における破壊も制限的に解すべきで、2条に列挙された諸行為と結びつけて考えるべきであるという。*Ibid.*, pp. 626-627. Schabas は、文化的ジェノサイドは文化的権利の侵害などの他の国際法の違反ではあるが、ILC の罪の法典案も ICC 規程も文化的ジェノサイドにまでジェノサイドの範囲を拡大しなかったことを指摘している。Schabas, *Genocide in International Law*, p. 220.

- 54) 特別の意図は実行行為者の個人的動機とは区別されなければならない。Prosecutor v. Jelisić (Appeal Judgment), Case No. IT-95-10-A (2001), para. 49.
- 55) Jessberger, *op. cit.*, p. 105. 特に, Prosecutor v. Akayesu (Trial Judgment), paras. 517-524. ジェノサイドで有罪とされるためには、行為者が破壊の目的をもって行為することを要するとの目的アプローチと、行為者がその行為が破壊に寄与することを了知していれば十分であるとの認識アプローチの対立がある。判例は、行為者は集団を破壊する目標を共有することが必要であるとし、自身の行為が破壊に寄与することを了知しているにとどまる場合は、ジェノサイドの正犯ではなく幫助になるという。このことも特別の意図の証明を難しくしているとされる。Jessberger, *op. cit.*, pp. 105 and 111.
- 56) なお、外形的行為に関する意図が、行為者が特別の意図を有していたことの推論を導く証拠となることがある。Prosecutor v. Krstić (Appeal Judgment), para. 20.
- 57) 保護された集団の定義や集団の「一部」に関して詳細は、稲角光恵「集団殺害犯罪(ジェノサイド罪)」村瀬信也・洪恵子編『国際刑事裁判所』(東信堂、2008年)83-85頁参照。
- 58) Schabas, *Genocide in International Law*, p. 273.
- 59) 他方で、結果が集団の一部の破壊であってもジェノサイドは集団全体を破壊する意図が必要であるとの見解も存在した。Rusk 国務次官の証言, *Hearing Before the U.S. Senate Subcommittee of the Committee on Foreign Relations (Jan. 23, 1950)*, p. 12.
- 60) Schabas, *Genocide in International Law*, p. 278.
- 61) Lemkin の見解, Executive Sessions of the U.S. Senate Foreign Relations Committee, *Historical Series*, vol. 2 (1976), p. 370.
- 62) Robinson, *op. cit.* p. 63.
- 63) 数が実質的であることを強調するものとして, *Ibid.*
- 64) 18 U.S.C. § 1093(8). ほかに、ICC 準備委員会の草案も、特別の意図は少人数以上の破壊が必要であるとしていた。UN Doc. A/AC. 249/1998/CRP. 8, p. 2.
- 65) Prosecutor v. Kayishema (Trial Judgment), para. 97. ICTY 第一審裁判部の Sikirika 事件判決も、後述の Whitaker の定義から出発しつつ、「集団の全体の人口に関する合理的に実質的な数を破壊する意図」が重要であると指摘している。Prosecutor v. Sikirika (Judgment on Defence Motions to Acquit), para. 65. ICTR の Bagilishema 事件一審判決も実質の一部の基準を採用した。Prosecutor v. Bagilishema (Trial Judgment), para. 64.
- 66) B. Whitaker, Revised and Updated Report on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, UN Doc. E/CN. 4/Sub. 2/1985/6, para. 29.
- 67) Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council

- Resolution 780, UN Doc. S/1994/674, para. 94. 委員長である Bassiouni の同様の見解については, C. Bassiouni, *The Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780: Investigating Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia*, *Criminal Law Forum*, vol. 5 (1994), p. 323.
- 68) Prosecutor v. Jelisić (Trial Judgment), paras. 82-83.
- 69) Prosecutor v. Krstić (Trial Judgment), paras. 581-598. 同判決は, 条約の起草者が「一部」は現実の破壊の範囲であって意図は集団全体の破壊でなければならないことを意図していたという弁護側の主張を, 条約の文言に反ずるとして退けた。そして, 「一部」の評価について裁判官に裁量があるが, それは条約の趣旨及び目的に合致したものでなければならぬことに留意しつつ, 「一部」の破壊の意図は, 単独の個人の集積と対比される, 集団の「独自の部分 (distinct part)」を破壊する意図でなければならないとした。実行行為者は破壊を意図した集団の一部を, それ自体除外されなければならない独自の実体とみなしていなければならないという。
- 70) Prosecutor v. Krstić (Appeal Judgment), paras. 8-12 and 226.
- 71) なお, 後述するように国家の政策または計画を特別の意図の要素とみる Schabas は, ICTY の「一部」の解釈に関してであるが, 国家レベルでの政策または計画を欠き, 組織的でも広範囲でもない地域的な虐殺をジェノサイドと認定することを疑問視している。W. A. Schabas, *Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina? First Judgements of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, *Fordham International Law Journal* (hereinafter *FILJ*), vol. 25 (2001), pp. 42-43.
- 72) 一部の国内法では, 計画の存在をジェノサイド罪の要素とするものがある。フランス刑法典211-1条は, 犯罪が集団を全体的にまたは部分的に破壊する, 関連する計画の実行において行われることを要求している。
- 73) ICC-ASP/1/3, p. 113, Article 6(a)-(e). Kress によれば, 同文書は Jelisić 事件一審判決を否定する趣旨であったという。なお, Cryer らによれば, 「それ自体そのような破壊をもたらしうる行為」として考えられるのは, 集団が小さい場合, または容疑者が大量破壊兵器のような強力な破壊の手段を有している場合であり, それ自体は単独の実行行為者を想定しているという。しかし, 行為のパターン及び集団への具体的危険を要求することによって, 孤立した憎悪犯罪は排除されるという。R. Cryer, H. Friman, D. Robinson and E. Wilmshurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 2nd ed. (2010), p. 218.
- 74) Prosecutor v. Krstić (Trial Judgment), p. 192, para. 549.
- 75) Kress は, Eichmann 事件判決と Akayesu 事件判決を参照している。Kress, *The International Court of Justice*, pp. 620-623. また, *ibid.*, *The Crime of Genocide under International Law*, *Journal of International Criminal Justice* (hereinafter *JICJ*), vol. 6 (2006), pp. 496-498.
- 76) W. A. Schabas, *State Policy as an Element of International Crimes*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 98 (2008), p. 953. また, *ibid.*, *Genocide in International Law*, p. 243. Schabas は, 総会第6委員会における, 予謀が破壊の意図に含まれているとする

ベルギーやハイチの発言を参照している。 *ibid.*, p. 259.

- 77) 政府の公務員を含めた個人がジェノサイドの意図を有していればジェノサイドの責任を問われる可能性は排除されないという。S/2005/60, p. 132, paras. 520-521.
- 78) A. B. Lowenstein and S. A. Kostas, Divergent Approaches to Determining Responsibility of Genocide: The Darfur Commission and the ICJ's Judgment in the Genocide Case, *JICJ*, vol. 5 (2007), pp. 850-853. Gaeta もジェノサイド条約2条の文言が国家の計画または政策の存在を要求していないことから要件性を否定している。P. Gaeta, On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide?, *EJIL*, vol. 18, (2007), pp. 642-643.
- 79) A. Cassese, Is Genocidal Policy a Requirement for the Crime of Genocide?, in *The UN Genocide Convention*, p. 134.
- 80) Tadić 事件一審判決は、人道に対する罪に政策の要素が必要であることを論じる中で、非国家主体がジェノサイドの責任を負うるとした米国連邦第2巡回区控訴裁判所の Karadžić 事件判決 (Kadic v. Karadžić, 70 F. 3d 232 (1995)) を引用し、政策は必要であるが国家のそれである必要はないと指摘している。Prosecutor v. Tadić (Trial Judgment), para. 655.
- 81) Prosecutor v. Kayishema (Trial Judgment), paras. 94 and 276. 犯罪の規模により、国家の側に関与なしにジェノサイドが実行されることは事実上不可能であるが、個人がジェノサイドの計画または政策のあらゆる細部を了知する必要はないという見解 (V. Morris and M.P. Scharf, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for Rwanda: A Documentary History and Analysis* (1998), p. 168) に同意している。同判決は国家レベル及び関連する地域でのジェノサイドの計画の存在を認定し、当該計画、犠牲者の数及び殺害のパターンから特別の意図の存在を推論した。
- 82) 結論としては被告人単独によるジェノサイドの成立を否定した。Prosecutor v. Jelisić (Trial Judgment), para. 100.
- 83) Prosecutor v. Jelisić (Appeal Judgment), para. 48.
- 84) Prosecutor v. Musema (Appeal Judgment), Case No. ICTR-96-13-A (2001), para. 366.
- 85) Prosecutor v. Kristić (Trial Judgment), para. 682. VRS の主要参謀が殺害計画を有していたとして特別の意図を認定した。
- 86) Prosecutor v. Kristić (Appeal Judgment), paras. 219-225.
- 87) Prosecutor v. Popović (Trial Judgment), paras. 826-830.
- 88) 具体的には、政府が住民をその居住地から追い立て選別した地域に居住させに過ぎないことや人道機関の援助活動を許したことによる。S/2005/60, pp. 131-132, paras. 515 and 518. ただし、住民の殺害などの行為は、ジェノサイドを構成しないとしても人道に対する罪を構成しうること、及び政府公務員を含む個人が特別の意図を有する可能性があることを指摘している。 *Ibid.*, p. 132, paras. 519-520. Schabas は、国家の計画または政策がジェノサイド罪の本質的な要素であり、またジェノサイドが国家の計画または政策の追求の中で行われたかどうかが安保理及び国連 Darfur 委員会にとっての中心的関心事であったと指摘する。W. A. Schabas, Darfur and the 'Odious Scourge': The Commission of

Inquiry's Findings on Genocide, *Leiden Journal of International Law* (hereinafter *LJIL*), vol. 18 (2005), pp. 876-877. また、グアテマラ歴史明確化委員会は、特別の意図を伴った行為が、孤立した兵士の行為でも中間レベルの司令官の独断でもなく、論理的かつ一貫した帰結を有する行動に表明された、より高次の戦略的に計画された政策に従って行われたと結論づけた。 *CEH Report*, para. 120.

- 89) Prosecutor v. Al Bashir, paras. 117-133. なお、Ušacka 裁判官は、構成要件文書は ICC を拘束しないこと、文脈的要素が適用されとしても本件ではみだされることを理由に、この問題は現段階で取り扱う必要はないと主張した。Ušacka 裁判官補足・反対意見, paras. 16-20. 同決定を説得力を欠くと批判するものとして、G. Werle, *Principles of International Criminal Law*, 2nd ed. (2009), p. 272. また、肯定の立場から同決定を論じたものとして、C. Kress, *The Crime of Genocide and Contextual Elements: A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber's Decision in the Al Bashir Case*, *JICJ*, vol. 7 (2009), p. 297.
- 90) Schabas, *State Policy*, pp. 967-972.
- 91) 条約1条が締約国にジェノサイドを防止する義務を課していることは、ジェノサイドが主として私人によって実行されることを想定しているようにも見受けられる。しかし、拷問禁止条約1条のように主として公務員の行う行為に防止義務を課す規定もあり、他方で国の統治者または公務員の関与を想定したジェノサイド条約4条のような規定もあって、文言自体から回答を導くことはできない。なお、処罰義務については、公務員(軍隊構成員)であると想定される実行行為者を処罰することを規定するジュネーブ諸条約(傷病兵保護条約49条など)のような例もある。
- 92) ICC 規程7条1項柱書及び2項(a)。政策の要件はローマ会議において追加されたものである。なお、Nuremberg 軍事裁判所憲章及び1950年の Nuremberg 原則の定式化は、人道に対する罪の定義において、平和に対する罪または戦争犯罪との関連性を要求していた。1954年の罪の法典案において人道に対する罪は、前記の関連性に代えて、一定の非人道的行為の実行が「国の当局、または当局の教唆によりもしくは容認の下で行為する私人による」と定式化された。 *ILC Yearbook*, 1954, vol. 2, p. 150. 1996年の法典案18条では、列挙された行為が「組織的な方法または広範に実行され、かつ政府またはいかなる組織もしくは集団によって教唆または命令された場合に」人道に対する罪を構成するとした。この要件は、政策または計画の一部として行われたのではないランダムな犯罪を排除するためであった。 *Ibid.*, 1996, vol. 2, part. 2, p. 47. ICTY は、人道に対する罪は広範性または組織性を要件とするものの、計画または政策の存在は要件ではないとの立場をとった。例えば、Prosecutor v. Tadić (Appeal Judgment), Case No. IT-94-1-A (1999), para. 311; Prosecutor v. Kunarac *et al.* (Appeal Judgment), Case No. IT-96-23 and 23/1-A (2002), para. 98; Prosecutor v. Kristić (Appeal Judgment), para. 225. 人道に対する罪の政策または計画の要素については、M. C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2nd ed. (1999), p. 246; 坂本一也「人道に対する犯罪」村瀬・洪・前掲書111頁。
- 93) Cassese は、この議論が条約の解釈ではなく論理的なものであって、「歴史的出来事としてのジェノサイドの現象的構築」であるという。Cassese, *Is Genocidal Policy a*

Requirement, pp. 130-131.

- 94) Cryer らは、ジェノサイドが特別に重大な犯罪とみなされるべきであるならば、一定の客観的な規模及び重大性が数居として維持されなければならないという。Cryer *et al.*, *op. cit.*, p. 219. ICC 規程前文は「二十世紀の間に多数の児童、女性及び男性が人類の良心に深く衝撃を与える想像を絶する残虐な行為の犠牲者となってきた」ことに留意するとし、ジェノサイド条約の前文も、ジェノサイドが国際連合の精神及び目的に反しかつ文明世界によって非難された国際法上の犯罪であるという国連総会決議 96(I) の宣言を考慮し、歴史上のあらゆる時期にジェノサイドが人類に対して大きな損失を被らせたことを承認するとしている。また、これらの国際法違反の犯罪の特徴は、国家またはそれに類する実体の権力を背景にした犯罪という点にある。そのような犯罪であるからこそ、処罰を国家に委ねるのではなく国際社会の名の下での処罰が必要となる。参照、罪の法典案7条コメントリー、*ILC Yearbook*, 1996, vol.2, part 2, p.26, para.1; M. C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application* (2011), p. 45. また、藤田久一『戦争犯罪とは何か』(岩波新書, 1995年) 152頁参照。
- 95) ただし、行為が広範または組織的であることと、行為が政策または計画の実施として行われることは、完全に一致するわけではないことに注意が必要である。本判決で、ボスニア国内で行われた行為のパターンが特別の意図を証明するものではないと認定されたことを想起すべきである。もしジェノサイドをナチ・ドイツのホロコーストのような現象に限定するのならば、広範性または組織性よりも政策または計画の存在が重要である。なお、ICC 規程においては、事件の重大性が受理可能性の要件となっており(17条1項(d))、単独の行為者による単一の犯罪行為はこの要件をみたさないとされる可能性もある。Schabas, *State Policy*, p. 979. Werle は、構成要件文書が文脈的要素を犯罪の要素としたと解することは、規程及び慣習法に反すると主張し、ICC の管轄権を限定する手続的要件と解すべきと主張する。Werle, *op. cit.*, p. 272.
- 96) Milanović, *State Responsibility for Genocide*, pp. 595-596. Milanović は、合理的疑いを越える証明はジェノサイドの成立に関してのみであって、国家への帰属など他の事実には及ばないという。
- 97) Skotnikov 裁判官宣言。
- 98) 他方で、ICTY の認定に高度に依存したために、Milošević 裁判の中断により新ユーゴの責任に直接関係する証拠が ICTY で取り扱われなかったため、裁判所が新ユーゴのジェノサイドへの直接の関与を認定できなかったと指摘する。D. Groome, *Adjudicating Genocide: Is the International Court of Justice Capable of Judging State Criminal Responsibility?*, *FJIL*, vol. 31 (2008), p. 913.
- 99) 国際法違反の犯罪において、個人責任と国家責任の競合が存在することはよく知られている。例えば、古谷修一「国際法上の個人責任の拡大とその意義 国家責任法との関係を中心として」世界法年報21号(2002年) 82頁。そのことは、平和に対する罪と侵略の禁止、人道に対する罪と大量人権侵害、戦争犯罪と武力紛争法違反のように、両者が同一の行為を対象としていることの帰結である。個人の刑事責任を認定することが国家の責任を含意することになる。それは、国際法違反の犯罪の犯罪化が、国家のヴェールを取り

去って国家の権力機構の内部にいる個人を処罰することで、国際法上の義務(が要求しているもの)を強化する目的及び機能を有していることによると考えられる。

- 100) 本節の一部は、拙稿「国家責任法における「事実上の機関」としての私人行為の国家への帰属」国際法外交雑誌109巻3号(2010年)43頁(以下「事実上の機関」(2010年))にも掲載している。また、本判決の帰属の議論を詳細に分析したものとして、薬師寺公夫「ジェノサイド条約適用事件 ICJ 本案判決 行為の帰属と国の防止義務再論」坂元茂樹編『国際立法の最前線(藤田久一先生古稀記念)』(有信堂高文社, 2009年)327頁参照。
- 101) それ以外に、他の公的機関の自由におかれた機関の行為は元の国に帰属しないとして、Scorpions の行為の被告への帰属を否定したことは、裁判所は国家責任条文6条(他国の自由におかれた国家機関の当該他国への帰属)の類推適用をしたとみることができる。Milanović は、6条を非国家主体にも適用できるかは、国家実行もなく、判決が理由を示していないことから疑わしいとしている。Milanović, Follow-Up, p. 676.
- 102) 事実上の機関については、拙稿「国際法上の国家責任における「事実上の機関」について」香川法学23巻3・4号(2004年)1頁(以下「事実上の機関」(2004年))。
- 103) ボスニアの補佐人であった Pellet は、国家責任条文4条2項の解釈から4条の国の機関には国内法上の機関の地位を持たない機関の帰属も含まれ、Srpska 共和国及び準軍事的集団は新ユーゴの「事実上の機関」、特に前者は新ユーゴの事実上の領域的統治体(de facto territorial subdivision)である(欧州人権裁判所の Loizidou 事件本案判決(Reports of the European Court of Human Rights, 1996-VI, p. 2216)を引用)と主張し、これとは別に、新ユーゴからボスニアに派遣された個人が条文8条の下で新ユーゴの指揮またはコントロールの下で行ったと主張した。Verbatim Record, CR2006/9, pp. 30-39, paras. 52-75. さらに補佐人として帰属の議論を詳細に展開した Condrelli は、国内法上機関の地位を持たない実体が条文4条の下で帰属するための条件をニカラグア事件判決第110パラグラフの「米国の援助への完全な従属」に求めた。Ibid., p. 55, para. 12.
- 104) McDonald 裁判長補足・反対意見。
- 105) Milanović, State Responsibility for Genocide, pp. 576-583. ほかに、ニカラグア事件判決が、機関に等しいものとしての一般的な帰属と具体的な行為の指示による帰属の二つの帰属の基準を示したとみる見解として、P. Palchetti, Comportamenti di organi di fatto e illecito internazionale nel Progetto di arttoli sulla responsabilità internazionale degli Stati, in M. Spinedi, A. Gianelli and M. L. Alaimo (eds.), *La codificazione della responsabilità internazionale degli stati alla prova dei fatti* (2006), pp. 12-13. それによれば、このような判決の解釈は Verhoeven の見解(J. Verhoeven, Le droit, le juge et la violence. Les arrêts Nicaragua c. Etat-Unis, *Revue générale de droit international public* (hereinafter RGDIP), vol. 91 (1986), p. 1231) に遡るといふ。また、Palchetti は、これまで事実上の機関として論じられていたものを、事実上国家機関の地位を有する場合と、地位を有さないけれども事実上行為のみが帰属する場合とに区別し、前者は条文4条で、後者は同8条でカバーされるとの見解を表明している(ただし、条文4条の場合の基準は今後の解釈に委ねられるとして、ニカラグア事件判決の二つの帰属の基準と明確に対応させているわけではない)。Palchetti, *op. cit.*, pp. 10-11.

- 106) M. Milanović, State Responsibility for Acts of Non-State Actors: A Comment on Griebel and Plücken (hereinafter Non-State Actors), *LJIL*, vol. 22 (2009), pp. 312-314 and 319.
- 107) 同様の見解をとるものとして, Palchetti, *op. cit.*, p. 11.
- 108) たしかに, 権限踰越行為を扱う国家責任条文7条コメントリーでは, 同条は条文4条から6条に規定する場合, すなわち国家機関または統治権限の行使を授權された実体にのみ適用されるとしている。*ILC Yearbook*, 2001, vol. 2, part 2, pp. 46-47, para. 9. しかし, 8条から10条までに規定する場合の権限踰越行為はそれぞれの条文で扱われるとしており, 実際, 条文8条コメントリーでは, 指示または指揮に反した行為であっても現実に任務に付随すれば帰属するし, 実効的コントロールの下にあるならば責任を負うとして権限踰越行為の帰属の可能性を認めている。*Ibid.*, pp. 48-49, para. 8. ただし, この記述は, 国家のコントロールを越えた行為の帰属について言及していない。事実上の機関の権限踰越行為も帰属することについては Tadić 事件判決も認めていた。Prosecutor v. Tadić (Appeal Judgment), para. 123. 拙稿「事実上の機関」(2004年)41頁参照。
- 109) P.-. M. Dupuy, Crime sans châtimeut ou *mission accomplie* ?, *RGDIP*, vol. 111 (2007), p. 251.
- 110) J. Griebel and M. Plücken, New Developments Regarding the Rules of Attribution?: The International Court of Justice's Decision in *Bosnia v. Serbia*, *LJIL*, vol. 21 (2008), pp. 611-614.
- 111) H. Ascensio, La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l'affaire du génocide bosniaque, *RGDIP*, vol. 111 (2007), p. 290.
- 112) Milanović, Non-State Actors, p. 312.
- 113) 拙稿「国際法上の「帰属」概念に関する考察」『香川大学法学部創設二十周年記念論文集』(成文堂, 2003年)303頁。在テヘラン米国外交・領事職員事件判決でも, 私人が特定の活動を行うよう委任されていたかどうかが基準とされた。*ICJ Reports 1980*, p. 29, para. 58. Condorelli は国家の機関が私人に一定の活動を委任したことが必要であるとの見解を示した。L. Condorelli, L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances, *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 189 (1984), p. 101. Kress は委任より広い意味の教唆 (instigation) が単一の基準であって, 国家責任条文8条の指示及び指揮は教唆を意味するものであるという。C. Kress, L'organe *de facto* en droit international public, réflexions sur l'imputation à l'Etat de l'acte d'un particulier à la lumière des développements récents, *RGDIP*, vol. 105 (2001), p. 125. Dopagne も私人が一定の任務を具体的に指示されていなければならないとしている。F. Dopagne, La responsabilité de l'Etat du fait des particuliers: les causes d'imputation revisitées par les articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, *Revue belge de droit international*, vol. 34 (2001), p. 497.
- 114) ニカラグア事件判決において, Ago 裁判官補足意見は, Contra の行為の米国への帰属が否定される理由は, 米国が Contra の人道法違反行為を「命令または強制した」のではないと判決が認定した点にみえていた。*ICJ Reports 1986*, pp. 189, para. 18, n. 1. 国家責任

条文8条の原案を起草した特別報告者 Crawford も、ニカラグア事件判決の分析の結果として、私人が「国家の指揮及びコントロールの下で行為する場合」に帰属すると定式化し、帰属には国家による「指揮」と「コントロール」の両方が必要であるとしていた。J. Crawford, First report on State responsibility, *ILC Yearbook*, 1998, vol. 2, part 1, pp. 39-40 and 43, paras. 195-200 and 212-213. ゆえに、採択された8条が、「指揮もしくはコントロール」と選択的要件に変更されたことは、判示内容の正しい定式化といえるか疑問がないわけではない。拙稿「事実上の機関」(2004年)33頁参照。

なお、帰属におけるコントロール概念の位置づけについては、拙稿「事実上の機関」(2004年)39頁及び「事実上の機関」(2010年)47頁参照。Kress は、コントロールは指示または指揮の前提であり、指揮から分離された単独のコントロールの基準は実質を欠くという。Kress, *L'organe de facto*, p. 125. そして、帰属においてコントロールを基礎におくことは、いわゆる領域管理責任もまた国家の外在的事態(私人の行為など)に対するコントロールを基礎としているので、両者の混同を生じる。例えば、コンゴ領域における武力活動事件判決において、反乱集団によるコンゴ民主共和国領域内の天然資源の略奪及び違法な開発をウガンダが防止しなかったとのコンゴ民主共和国の主張について、裁判所は武装集団がウガンダのコントロールの下になかったと認定したが、当該認定については、帰属の判断の目的でウガンダのコントロール下になかったと認定した一節を引用している。*ICJ Reports 2003*, p. 253, para. 247. 帰属が認められる程度のコントロールがなければ領域管理責任のためのコントロールの程度に達していないといえるであろうが、両者のコントロールの程度に差異がないのか説明が必要であった。

- 115) Griebel and Plücken, *op. cit.*, pp. 611-614. ニカラグア事件判決の第277パラグラフからは「完全な従属」基準がそれ以降の実効的コントロール基準とは別個のものであることが読み取れるという。
- 116) Prosecutor v. Tadić (Appeal Judgment), paras. 106-114.
- 117) Milanović, Non-State Actors, pp. 315-319.
- 118) 4条コメンタリーによれば、同条1項における「『国家機関』への言及は、国家の組織を組成し国家に代わって行為するあらゆる個人または集成的実体をカバーする」という。*ILC Yearbook*, 2001, vol. 2, part 2, p. 40, para. 1.
- 119) Griebel and Plücken, *op. cit.*, pp. 614-615. 同様に4条の下に事実上の機関を位置づけることを批判するものとして、O. de Frouville, Attribution of Conduct to the State: Private Individuals, in J. Crawford, A. Pellet and S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility* (2010), p. 268.
- 120) Milanović, Non-State Actors, pp. 312-314 and 319.
- 121) Crawford, First report, pp. 35, 37 and 55, para. 163, 179 and 284, n. 4 to draft article 4.
- 122) 例えば、Pambou-Tchivounda (*ILC Yearbook*, 1998, vol. 1, p. 232, para. 24), Pellet (*ibid.*, p. 232, para. 29 and pp. 242-243, paras. 7 and 11), Hafner (*ibid.*, p. 237, para. 28 and p. 244, para. 20), Illueca (*ibid.*, p. 244, para. 18)の各委員の発言。
- 123) *ILC Yearbook*, 2001, vol. 2, part 2, p. 42, para. 11. 他方でコメンタリーは、Crawford が国内法への言及の削除の根拠とした他の理由も再掲している。また、Simma(起草委員会

委員長)の説明も参照, *ibid.*, 1998, vol. 1, p. 289, para. 77. 2001年の審議において起草委員会はこの議論を再開しないと声明した。Tomka (委員長)の説明, *ibid.*, 2001, vol. 1, p. 92, para. 18.

- 124) Palchetti は、最終草案における 4 条 1 項の「含む」への修正は国内法上の機関よりも機関の概念を広げる意図であり、事実上国家機関の地位を与えられた場合をもカバーするようになったという見解を示している。Palchetti, *op. cit.*, pp. 6-7 and 10.

4 条 1 項は、Crawford の提案に基づき、第 1 読草案 7 条 1 項で扱われていた連邦構成国などの領域的統治体 (territorial governmental entities) の行為をカバーするように定式が変更された。ILC の審議では同条の下で「傀儡国家 (puppet state)」の行為に対して国家の責任を負わせる必要が主張され、その例として北キプロスや南アフリカのパンツスタンなどが挙げられた。Economides 委員の発言, *ILC Yearbook*, 1998, vol. 1, p. 241, para. 1. (審議の当初において Hafner (*ibid.*, p. 238, para. 38) や Dugard (*ibid.*, pp. 238-9, paras. 46-49) 両委員は事実上の機関を扱う 8 条の問題として論じていた)。国家との間に事実上の関係しか持たない実体が一定の領域を統治している場合は、事実上の機関ではなく領域的統治体に位置づける見解もある。Cf. A.J.J. de Hoogh, Articles 4 and 8 of the 2001 ILC Articles on State Responsibility, the *Tadić* Case and Attribution of Acts of Bosnian Serb Authorities to the Federal Republic of Yugoslavia, *British Yearbook of International Law*, 2001, p. 290. そうであれば事実上の機関の少なくとも一部 (領域を統治しているもの) は条文 4 条に位置づけられることになる。

- 125) Palchetti, *op. cit.*, pp. 9-10. 彼によれば、第 1 読草案において機関の地位を持つか否かの違いは、帰属を認めるための証明に直結しているという。すなわち、行為者が機関の地位を持たない場合は、その者が事実上国家に代わって行為したことを証明しなければならなくなるという。
- 126) ILC の審議において Hafner 委員は、第 1 読草案 5 条 (現 4 条) の機関の定義からの国内法への参照の削除により、機関の定義のためにどのような基準が用いられるのかを問題にした。*ILC Yearbook*, 1998, vol. 1, p. 244, para. 20. 特別報告者 Crawford は多様な要素が考慮されると回答した。*Ibid.*, para. 21.
- 127) Palchetti, *op. cit.*, pp. 16-17, n. 29.
- 128) 拙稿「事実上の機関」(2004年) 3 頁参照。
- 129) 第 1 読草案における、国内法上の機関であればすべての行為が帰属し (5 条)、そうでなければ国家に代わってなされた行為が帰属する (8 条) との定式化の方が好ましかったと述べるものとして、M. Spinedi, L'attribuzione allo Stato dei comportamenti di gruppi armati da esso sostenuti nella sentenza della Corte internazionale di giustizia sul genocidio in Bosnia-Erzegovina, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 90 (2007), p. 425.
- 130) Griebel and Plücker, *op. cit.*, pp. 614-615.
- 131) Spinedi は、条文 8 条が国家の指示の下で行為した個人の行為の帰属が認められる場合を限定し過ぎていることを批判し、第 1 読草案 8 条の「事実上当該国家に代わって行為していた (acting on behalf of that State)」場合という、国の指示による場合や傀儡国家の場合など様々な状況を包含できる定式を維持し、個別事例における判断を解釈に委ねるべ

きであったと主張する。Spinedi, *L'attribuzione*, p. 425.

- 132) *Ibid.*, pp. 422-423. 同様に, Ascensio は, 満州国, 第二次大戦中のクオアチア及びスロバキア, パンツスタン, 並びに北キプロスのような, 領域に公権力を行使し一定の裁量権を有する傀儡国家に言及し, 裁判所の厳格な基準ではこれらの事例を考慮できないことを批判している(そのようなものとして Sprska 共和国の行為の帰属の可能性を示唆している)。Ascensio, *op. cit.*, pp. 291-292. なお, 傀儡国家の行為の帰属については, I. Brownlie, *State Responsibility: The Problem of Delegation*, in K. Ginther *et al.* (eds.), *Völkerrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Realität: Festschrift für Karl Zemanek zum 65. Geburtstag* (1994), p. 299.
- 133) Griebel and Plücken, *op. cit.*, pp. 611-614.
- 134) B. Stern, *The Elements of an International Wrongful Act*, in Crawford *et al.*, *op. cit.*, p. 206.
- 135) Griebel and Plücken, *op. cit.*, pp. 606-611. 同様の見解をとるものとして, Spinedi, *L'attribuzione*, p. 421. Milanović は, このような判決の理解は正確ではないと批判している。裁判所は帰属の問題の検討の中で条文8条の検討を行っていること, 国家は自己の行為にのみ責任を負うことを確認していること, 及び国家がその機関の地位を持たない者の行為に責任を負う理由を判決は説明したに過ぎないことを指摘している。Milanović, *Non-State Actors*, pp. 310-313.
- 136) *Prosecutor v. Tadić (Appeal Judgment)*, paras. 68-74. 同判決については, 拙稿「事実上の機関」(2004年)23頁参照。Milanović は, 上訴裁判部の見解は責任法の解釈として誤っていると批判する。例えば, 裁判部が依拠した先例, すなわち米国・イラン請求権裁判所の1987年の Yeager 事件判決 (*ILR*, vol. 82, p. 178) は国家責任条文5条及び9条の事例であり, Loizidou 事件判決などの欧州人権裁判所の諸判決は, 欧州人権条約の領域外適用に関連する国家の「管轄」に関する判断であって, 国家責任の帰属とは無関係であるという。Milanović, *State Responsibility for Genocide*, pp. 585-588.
- 137) 条文8条コメンタリー, *ILC Yearbook*, 2001, vol. 2, part 2, p. 48, para. 5. 拙稿「事実上の機関」(2004年)33頁参照。
- 138) Al-Khasawneh 次長も Tadić 事件判決に対する本判決の見解を批判する。Al-Khasawneh 次長反対意見, para. 37.
- 139) 同次長は ICTY の Čelebići 事件上訴判決 (*Prosecutor v. Delalić et al. (Appeal Judgment)*, ICTY Case No. IT-96-21-A (2001), para. 47) を引用して, 武装集団が手段及び戦術に関して自立的選択をしていたとしても, 集団をコントロールする国家と共通の戦略に参加しているならば, 一般的コントロール基準はみたされるという。Al-Khasawneh 次長反対意見, paras. 36-39. 同旨, Mahiou 特任裁判官反対意見, paras. 112-117.
- これらの見解が主張しているのは, コントロールの基準は状況において異なりうるということである。これは, ジェノサイドの特別な性質を理由に, 緩和されたコントロールの基準を主張したボスニアの主張と共通する面がある。裁判所は, 「国際的に違法と主張される行為の国家への帰属のための規則は, 明確に表明された特別法がない場合は, 違法行為の性質により異ならない」と述べてこの主張を否定した。Judgment, para. 401. ここで

は、帰属の規則は一次規則や各事案の状況とは無関係に適用されることが強調されている。なお、国家責任条文 8 条コメントリーは、「特定の行為が、コントロールされた行為が国家に帰属すべき程度に国家のコントロールの下で実行されたか否かは、各事件における評価の問題である」と述べている。 *ILC Yearbook*, 2001, vol. 2, part 2, p. 48, para. 5. 前記の判示が ILC の立場と矛盾していると批判するものとして、A. Abass, *Proving State Responsibility for Genocide: the ICJ in Bosnia v. Serbia and the International Commission of Inquiry for Darfur*, *FILJ*, vol. 31 (2008), pp. 893-894.

- 140) A. Cassese, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*, *EJIL*, vol. 18 (2007), p. 653. ほかに裁判所は全般的コントロール基準を採用すべきであったと主張するものとして、Spinedi, *L'attribuzione*, p. 422.
- 141) なお、Spinedi は、全般的コントロール基準が国家は自己の行為に責任を負うという基本原則に反するという裁判所の理由付けについて、国家機関であるかどうかの問題となっているのであるから、トートロジーであると批判している。 *Ibid.*
- 142) 拙稿「事実上の機関」(2004年)29頁参照。
- 143) M. Spinedi, *On the Non-Attribution of the Bosnian Serbs' Conduct to Serbia*, *JICJ*, vol. 5 (2007), pp. 832-835. Spinedi は、国家責任法と武力紛争法とで異なる帰属の基準が妥当する余地を認める本判決の論理は、Tadić 事件上訴判決の Shahabuddeen 裁判官補足意見に依拠しているようにみえるという。同意見は、VRS の行為の新ユーゴへの帰属を認めた多数意見の結論に同意しつつも、その根拠をニカラグア事件判決の独自の解釈に求めている。同裁判官によれば、実効的コントロールの基準は Contra の非人道的行為が米国に帰属するか否かの基準であって、ニカラグア事件判決は、米国の Contra への武器援助及び訓練により武力不行使義務に違反したと認定している。米国は Contra を通じて武力を行使したと認定されたのであり、具体的指示にみえない一般的なコントロールによって叛徒の行為が帰属し国際的武力紛争と認定されることになるという。Shahabuddeen 裁判官補足意見, paras. 17-21. この見解に対して Spinedi は、米国の武力不行使義務違反が認定されたのは、Contra の行為ではなく、Contra を訓練し武器を供与した米国の公的機関の行為であると述べて否定している。
- 144) Milanović, *State Responsibility for Genocide*, p. 587; Griebel and Plücker, *op. cit.*, p. 618. Sivakumaran も、事実上の機関の帰属の決定と武力紛争の国際性の決定を一致させる必要はないとして、その理由を三つ挙げる。第一に、後者が適用法規の問題に関わるのに対し、前者は国による適用法規のありうる違反に関わる。新ユーゴが VRS の行った人道法違反に責任を負うことと、新ユーゴが VRS を通じて軍隊を用いたことは別であるという。第二に、本判決が指摘するように、国家の武力紛争への関与の程度と性質は、特定の行為に対して責任を生じる程度と性質とは異なる。第三に、このことは、一国が責任を負うことなしに第三国で自由に非国家的実体を用いることができることを意味しない。もしコントロールの水準がみられなくても、非国家的実体への援助になお責任を負う。S. Sivakumaran, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro)*, *ICLQ*, vol. 56 (2007), pp. 702-703.

- 145) 拙稿「事実上の機関」(2004年)28頁参照。

Tadić 事件上訴判決のように、個別分野での一次規則の解釈が不明確な場合に一般法としての国家責任法を参照するのは、条約法条約31条3項(c)の適用とみることもできる(他方で、一次規則の発展が国家責任法の発展に影響することもありうる)。このような責任法の援用には異論はないが、まずは各分野の規則によるべきで、真に一次規則が基準を有していないかの検討が行われなければならないであろう。拙稿「事実上の機関」(2010年)51頁参照。

なお、同種の問題として本文でも触れたように、非国家主体による軍事攻撃が自衛権行使の要件である武力攻撃に該当するかどうかという問題がある。この分野においては実行が一定程度存在するように思われる。第一次的には侵略の定義に関する決議3条(g)の解釈の問題である。国際司法裁判所のパレスチナ占領地域における壁建設の法的効果事件勧告的意見では、イスラエルによる自衛権に基づく正当化の主張に関して、イスラエルが受けた武力攻撃が外国に帰属する(imputable)ことを主張していないことを理由に否定した。ICJ Reports 2004, p. 194, para. 139. この勧告的意見は「武力攻撃」要件の認定にあたって国家責任法上の帰属の規則が参照されると解される余地を残している。しかし、武力活動事件判決では、武装集団によるウガンダに向けられた攻撃がコンゴ民主共和国による武力攻撃を構成するかについて、裁判所は侵略の定義に関する決議3条(g)に該当するコンゴ政府の行動はなかったと認定した。ICJ Reports 2005, pp. 222-223, para. 146. したがって、責任法の規則を参照せず、純粋に一次規則の適用のみで論じているようにみえる。拙稿「事実上の機関」(2004年)46頁参照。また、川岸伸「非国家主体と国際法上の自衛権 九・一一同時多発テロ事件を契機として(二)」法学論叢168巻2号(2010年)38頁及び「同(三・完)」4号(2011年)45頁参照。

なお、コントロールの基準はこのような文脈で用いられた基準であった(I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (1963), p. 368)が、ニカラグア事件判決は責任法の見地から議論している。Cf. Crawford, First report, p. 43, para. 213. また参照, ILC での Brownlie 委員(同事件でニカラグアの補佐人であった)の発言, *ILC Yearbook*, 1998, vol. 1, p. 231, para. 18.

- 146) Prosecutor v. Tadić (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction), Case No. IT-94-1-AR72 (1995), para. 96.
- 147) Ascencio, *op. cit.*, p. 295. なお、本判決が提起した ICTY との判断の抵触は、いわゆる国際法の断片化(フラグメンテーション)の問題でもある。これに関連して, Dupuy は本判決が一般裁判所と特別裁判所としての階層化と分業化を提起したとしている。Dupuy, *Crime sans chatiment*, p. 254. また、稲角光恵「国際司法裁判所(ICJ)と旧ユーゴ国際刑事裁判所(ICTY)との交錯 ジェノサイド条約適用事件」金沢法学50巻2号(2008年)17頁参照。
- 148) Cf. Prosecutor v. Lubanga Dyilo (Decision on the Confirmation of Charges), Case No. ICC-01/04-01/06 (2007), paras. 208-211.
- 149) この点につき、拙稿「事実上の機関」(2004年)49頁参照。
- 150) Cassese, *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited*, p. 665. 第一の考慮に関しては、

Darfur 地方での民兵による残虐行為に対するスーダン政府の支援による責任、第三の考慮に関しては、国連コソボ暫定行政ミッション (UNMIK) 及びコソボ国際部隊 (KFOR) に派遣された部隊の行為が、欧州人権条約1条にいう締約国の管轄に属するかどうかが争われた欧州人権裁判所の判決 (Behrami v. France and Saramati v. France, Germany and Norway, Decisions to the Applications No. 71412/01 and 78166/01 (2007)) を実行として挙げている。

- 151) ただし、本件で帰属が争点となった Srebrenica の虐殺の時点ではこのような新たな傾向はまだ生起しておらず、直接答える必要はなかったことも認めている。Griebel and Plücken, *op. cit.*, pp. 618-620. 武力活動事件判決において、Koojimans 裁判官補足意見及び Simma 裁判官補足意見が、非国家主体との関係で特に 9.11 テロとの関係でニカラグア事件判決の基準の再考を示唆する意見を示していた。ICJ Reports 2005, p. 310, paras. 16-35 and p. 335, paras. 4-15.
- 152) Milanović, Non-State Actors, pp. 322-324.
- 153) この点につき、拙稿「事実上の機関」(2004年) 49頁参照。ニカラグア事件判決においても、Contra の非人道的行為を米国が奨励したことが、ジュネーブ諸条約共通 1 条に規定された諸条約の「尊重を確保する」義務の違反と認定された。ICJ Reports 1986, p. 114, para. 220. なお、直接帰属するかそれとも相当の注意の欠如または援助によって間接的に責任を負うかによって、責任の内容が異なる可能性がある(特に賠償の範囲に関する因果関係の判断)。Cf. Griebel and Plücken, *op. cit.*, p. 611.
- 154) Dupuy も、国際法主体性の概念を拡大して非国家行為体に及ぼすのか、それとも国家の帰属を拡大するののかの問題であるとしている。P.-M. Dupuy, Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats. Un bilan, *RGDIP*, vol. 107 (2003), p. 318. この問題は非国家主体に国際法主体性が認められるかという問題にも関連する。今後の課題としたい。
- 155) Al-Khasawneh 次長は、裁判所規程49条第 2 文(裁判所の文書提出要請を当事国が拒否した場合はそれを記録に留める)及び裁判所はその結論を自由に導くことができるとのボスニアの示唆の裁判所による留意から期待されるのは、裁判所の先例並びに常識及び公正が要求するところに従い、被告による未編集文書開示の拒否から、拳証責任を転換させること、またはより自由な推論を用いることを許すことである。が、裁判所はこれに従わなかったと批判している。Al-Khasawneh 次長反対意見, para. 35. Abass もこの見解を支持し、一方の当事国が証拠に完全なコントロールを保持しているならば、その提出を求めべきで、拒否されればより自由な推論を行うべきであったという。Abass, *op. cit.*, pp. 896-897. Milanović も同様の見解を示し、ボスニアの要請に対する裁判所の消極さを批判している。Milanović, Follow-Up, pp. 677-678.
- 156) Scorpions が新ユーゴの法律上の機関であると主張するものとして、Al-Khasawneh 次長反対意見, paras. 52-55. この問題の詳細については、Milanović, Follow-Up, p. 673. Scorpions のメンバーの大半はセルビアに所在し、紛争後はセルビア警察に勤務していたという。一部はセルビア当局により逮捕され、Belgrade 地方裁判所で戦争犯罪により有罪判決を受けたという。Milanović は、国際司法裁判所は権限を行使して関係者を証人と

して出頭させるようセルビアに要請すべきであったと主張する。また参照, A. Gattini, *Evidentiary Issues in the ICJ's Genocide Judgment, JICJ*, vol. 5 (2007), p. 898, n. 41.

さらに, 前記の映像の放送を受けて, 2005年6月に新ユーゴの閣僚評議会は, Srebrenica での殺害を実行した者並びに命令及び組織した者は同国を代表しないが, 「恐怖と死の非民主的体制」を代表するとの声明を発表した。ボスニアはこの声明が新ユーゴによる責任の自認であると主張したが, 裁判所は, 核実験事件判決などを引用して, 一方的声明が法的効果を持ちうることを述べつつ, 新ユーゴの声明は政治的性質のものであり, 責任の自認を明確に意図したものではないとして否定した。この点については国家責任条文11条との関係でも検討が必要であったと思われる。Cf. Al-Khasawneh 次長反対意見, paras. 56-60.

157) Milanović, *Follow-Up*, p. 676.

158) *Ibid.*, *State Responsibility for Genocide*, pp. 599-600; *ibid.*, *Non-State Actors*, pp. 317-318.

〔未完〕