

## 1. はじめに

旧ユーゴスラビア国際刑事法廷規程（以下、ICTY 規程）4 条 2 項において、ジェノサイド罪は、「国民的、民族的、人種的又は宗教的集団の全部又は一部を破壊することを意図して」行われる、「集団の構成員を殺す」行為、「集団の構成員の身体又は精神に重大な危害を加える」行為など 4 条 2 項(a)から(e)に挙げられた行為、と定義される<sup>1</sup>。この ICTY 規程 4 条 2 項に見られるジェノサイド罪の定義の文言は、ジェノサイド条約 2 条の文言を、実質的な部分は全く変えずに採用したものであり、同じ文言による定義がルワンダ国際刑事法廷規程（以下、ICTR 規程）2 条 2 項にも見られる。この定義の特徴的なところは、ICTY 規程に挙げられている他のほとんどの人道に対する罪や戦争犯罪などと違って、ジェノサイド罪が成立するために必要不可欠な犯罪行為者の意思（主観的構成要件）の内容を具体的に示している点である。その意思の内容とは、「国民的、民族的、人種的又は宗教的集団の全部又は一部を破壊する意図（“intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such”）」である。つまり、ある人が、殺人を犯したり、傷害を犯したりしても、それが「国民的、民族的、人種的又は宗教的集団の全部又は一部を破壊する意図」をもって行われたのでなければ、ジェノサイドの罪には問われない。このように、「国民的、民族的、人種的又は宗教的集団の全部又は一部を破壊する意図」

これを、ここでは便宜上「ジェノサイドの意思 (genocidal intent)」と呼ぶことにする。これを伴うからこそ、殺人や傷害など、それだけで国内法上の犯罪や国際法上の人道に対する罪・戦争犯罪を構成し得るかもしれない行為がジェノサイドという烙印 (stigma) を押されるのであり<sup>2</sup>、この意味で、ジェノサイドの意思は、ジェノサイド罪と他の犯罪を区別するメルクマールであるとされてきた。ジェノサイド罪を他の犯罪から区別された特別なものにするのは、ジェノサイドの意思なのであり<sup>3</sup>、その意思は、ジェノサイド罪をジェ

---

<sup>1</sup> ICTY 規程 4 条 2 項

集団殺害(ジェノサイド)とは、国民的、民族的、人種的又は宗教的集団の全部又は一部を破壊することを意図して行われる次の行為をいう。

- (a) 集団の構成員を殺すこと。
- (b) 集団の構成員の身体又は精神に重大な危害を加えること。
- (c) 集団の全部又は一部の身体を破壊することを目的とする生活条件を当該集団に意図的に課すること。
- (d) 集団内における出生を妨げることを意図する措置を課すること。
- (e) 集団内の児童を他の集団に強制的に移送すること。

<sup>2</sup> William A. Schabas, *Genocide in International Law* (Cambridge University Press, 2000), pp.206-207

<sup>3</sup> Prosecutor v. Goran Jelisić, IT-95-10-T, Judgement, 14 December 1999 (hereinafter, Jelisić Trial Judgement), para.66; Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998 (hereinafter, Akayesu Trial Judgement), para.498; Yearbook of the International Law Commission, 1996, Volume II, Part Two (Report of the

ノサイド罪たらしめる非常に重要な要件なのである。

上記のことから、ジェノサイド罪におけるジェノサイドの意思は、他の犯罪における主観的構成要件とは区別された特別なものとして扱われる傾向にある。このことが、ひとつの形となって表れているのが、ジェノサイド罪の共犯の主観的構成要件に関する問題である。共犯といっても、共同正犯(co-perpetrator)、共同犯罪計画(joint criminal enterprise = JCE)の参加者(日本でいう共謀共同正犯に近い)、幫助犯(aider/abettor)などいろいろな形態があるが、ジェノサイド罪が特別なジェノサイドの意思というものを要求するのであるなら、ジェノサイド罪の共犯の場合も、共犯のどの形態であれ、ジェノサイド罪以外の共犯者に通常要求される主観的構成要件に加えて、ジェノサイドの意思が特別に構成要件として必要になってくるのではないかと、という考え方が出てき得る。

たとえば、幫助犯には、通常、客観的構成要件として、犯罪の実行に実質的(substantial)効果のある実際の援助、激励、または道義的(精神的)支援を行うこと、主観的構成要件として、自己の参加が犯罪の実行を援助するものであるとの認識(knowledge)が必要であるが、正犯と犯罪を行う意思を共有している必要はない<sup>4</sup>。しかし、上記のような、ジェノサイドの意思がジェノサイド罪を成り立たせる中心的な構成要件であるという理解からは、ジェノサイド罪の幫助犯の場合でも、その者が正犯と同じジェノサイドの意思を共有していなければ、ジェノサイドの名の下に当該幫助行為を裁いてはならない、という考え方も出て来得る。

また、共同犯罪計画(JCE)の参加者として処罰を受ける場合、通常、客観的構成要件として、複数の人間間における共通の犯罪計画(common criminal plan)の存在と、被告人のその計画への参加が必要であるほか、主観的構成要件として、(a) 起訴されている犯罪が共同犯罪計画の目的内のものである場合、被告人がその犯罪に必要な意思(主観的構成要件)を他と共有していたことが示される必要があり、(b) 起訴されている犯罪が共同犯罪計画の目的を越えるものではあるが、その計画の当然で予見可能な帰結であると考えられる場合は、被告人が、当該犯罪はその計画実行の際の可能な帰結であるということを認識し、その認識と共に参加していたことが示されればよい<sup>5</sup>。共同犯罪計画(JCE)の参加者として被

---

Commission to the General Assembly on the work of its forty-eighth session), UN doc. A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2) (hereinafter, ILC Report 1996), p.44 (Draft Cord of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Commentary to Article 17, (5))

<sup>4</sup> Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-95-24-T, Decision on Rule 98 bis Motion for Judgement of Acquittal, 31 October 2002 (hereinafter, Stakić Rule 98 bis Decision), paras.62, 63 [citing, Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-T, Opinion and Judgement, 7 May 1997, paras.674, 688, 692; Prosecutor v. Furundžija, IT-95-17/1-T, Judgement, 10 December 1998, para.245, 249]

<sup>5</sup> Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-95-24-T, Judgement, 31 July 2003 (hereinafter, Stakić Trial Judgement) paras.435, 436 [citing, Prosecutor v. Duško Tadić, IT-94-1-A, Judgement, 15 July 1999, paras.204-220, 227 (hereinafter Tadić Appeal Judgement);

告人をジェノサイド罪で有罪とするためには、(a)の場合、共同犯罪計画(JCE)の参加者の通常定義(構成要件)からしても、ジェノサイドの意思を被告人が他と共有していたことが求められる、と言いきり得る。しかし、(b)の場合、共同犯罪計画(JCE)の参加者の通常定義のみをあてはめると、犯罪行為者間にジェノサイドの意思の共有はなく、犯罪計画実行に伴ってたまたまジェノサイドが起こってしまったとしても、それが予見可能であったならジェノサイド罪で裁けるということになってしまい、ジェノサイドの意思が非常に重要な構成要件となっているジェノサイド罪の概念に反しないか、という疑問が出され得るのである。

また、先述のように、共同犯罪計画(JCE)参加者の(a)の場合、主観的構成要件として、通常他の正犯と犯罪の意思を共有していることが求められ、共同正犯の場合もほとんど同程度の意思が求められるようであるが<sup>6</sup>、ジェノサイド罪の文脈だと、共同犯罪計画(JCE)参加者や共同正犯となる者は、ジェノサイドの意思の共有に関して、他の通常の犯罪の意思を共有している状態よりも、強い意識を持っている必要がある、と言いきり得る可能性もある。

これらの問題に対する一貫した答えを探り出すには、まず、ジェノサイドの意思というものが、他の犯罪における主観的構成要件と対比してどのような異なる性質を持つものなのか、他の犯罪における主観的構成要件に対してどのように位置付けられるのかを明らかにする必要がある。それが明らかになって初めて、ジェノサイド罪の共犯の場合、ジェノサイド以外の犯罪の共犯の場合と同じように主観的構成要件を扱ってよいのか、それとも異なった扱いをしなければならぬのか、異なった扱いをするのであればどのように異なった扱いをすればよいのか、という問題に対する解答が見えてくるはずである。

なお、ジェノサイドの意思の性質に関連してここで言及しておかなければならないことがある。それは、ジェノサイドの意思が、「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」の ILC による注釈、そしてルワンダ国際刑事法廷や旧ユーゴスラビア国際刑事法廷

---

Prosecutor v. Mitar Vasiljević, IT-98-32-T, Judgement, 29 November 2002, paras.66, 67; Prosecutor v. Milorad Krnojelac, IT-97-25-T, Judgement, 15 March 2002, paras.80-82]; Prosecutor v. Radislav Krstić, IT-98-33-T, Judgement, 2 August 2001 (hereinafter, Krstić Trial Judgement), paras.611, 613 [citing, Tadić Appeal Judgement, paras.227, 228; Prosecutor v. Radoslav Brdanin and Momir Talić, Decision on Form of Further Amended Indictment and Prosecution Application to Amend, IT-99-36-PT, 26 June 2001, paras.30, 31, 43]

<sup>6</sup> Stakić Trial Judgement, para.442, 共同正犯(co-perpetration)の主観的構成要件に関して、以下のように述べている。：“[T]he accused must ... have acted in the awareness of the substantial likelihood that punishable conduct would occur as a consequence of coordinated co-operation based on the same degree of control over the execution of common acts. Furthermore, the accused must be aware that his own role is essential for the achievement of the common goal.” 主観的構成要件について明文化した国際刑事裁判所規程 30 条 2 項などを鑑みると、この被告人の意思の状態を、「他の正犯を意思を共有している状態 (sharing intent) 」と解して差し支えないであろう。

の判例などにおいて、「特定の意思(specific intent)」、<sup>7</sup>「特別の意思(special intent)」、または「*dolus specialis*」にあたる、と性格付けられてきていることである<sup>7</sup>。特定の意思(specific intent)、特別の意思(special intent)という概念は、英米法系統の国内刑法で、*dolus specialis*という概念は大陸法系統の国内刑法で見受けられる概念だと言われるが<sup>8</sup>、国際刑事法の平面上でこれらの言葉が使われる場合に、それぞれの国内刑法における意味と同じ意味をもって使われているかどうかは、一考する必要がある。もし、英米法系または大陸法系いずれかの国内刑法における意味と同じ意味でこれらの言葉が使われているならば、その国内刑法で特定の意思(specific intent)、特別の意思(special intent)、または *dolus specialis* を要する犯罪がどのように扱われているか(たとえば、その犯罪の共犯にはどのような主観的構成要件が必要か)を調べ、それを国際刑事法上でもジェノサイド罪に類推すれば足りるかもしれない。しかし、国際刑事法において「特定の意思(specific intent)」、<sup>9</sup>「特別の意思(special intent)」、または「*dolus specialis*」と呼ばれるものが、国内刑法におけるものとは違った固有の意味を持っているならば、上記のような国内刑法からの類推のみによって、ジェノサイド罪を共犯などとの関係でどのように扱うか、という問題は解決し得ない。従って、国際刑事法上、「特定の意思(specific intent)」、<sup>9</sup>「特別の意思(special intent)」、または「*dolus specialis*」と呼ばれるもの これを便宜上、「特定の意思」と呼ぶことにする<sup>9</sup>

が何を意味するのかを検討することは、ジェノサイドの意思の性質を明らかにし、ジェノサイド罪の主観的構成要件を正犯以外の応用的事例でどのように扱っていくかを考えるためにとても重要な作業となる。もし、「特定の意思」に国際刑事法上固有の意味があるのであれば、その固有の意味を踏まえた上で、共犯などの応用事例における、「特定の意思」であるジェノサイドの意思の扱い方が検討されるべきなのである。

さて、ここでもう一つ注意しておかねばならないのは、国際刑事法上、「特定の意思」に分類される主観的構成要件を要するとされている犯罪が他にもいくつか存在するということである。人道に対する罪の中の迫害(persecution)、拷問(torture)などがそれである。犯罪行為者は、それぞれに要求される「特定の意思」を持っていなければ、迫害や拷問で有罪

---

<sup>7</sup> Prosecutor v. Goran Jelisić, IT-95-10-A, Judgement, 5 July 2001 (hereinafter, Jelisić Appeal Judgement), para.45 and fn.80; Prosecutor v. Alfreid Musema, ICTR-96-13-T, Judgement and Sentence, 27 January 2000 (hereinafter Musema Trial Judgement), paras.164-167; Akayesu Trial Judgement, paras.497, 498; ILC Report 1996 [note 3], p.44 (Draft Cord of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Commentary to Article 17, (5))

<sup>8</sup> Schabas, Genocide in International Law [note 2], pp.217-218; Akayesu Trial Judgement, para.518

<sup>9</sup> なお、「特定の意思(specific intent)」、<sup>9</sup>「特別の意思(special intent)」、<sup>9</sup>「*dolus specialis*」という言葉は、そしてルワンダ国際刑事法廷や旧ユーゴスラビア国際刑事法廷の判例において、それぞれの意味を区別することなく、互換的に使われている。Jelisić Appeal Judgement, para.45 and fn.80, para.51; Musema Trial Judgement, paras.164-167; Akayesu Trial Judgement, paras.497, 498

となることはない。従って、ジェノサイドの意思とは「特定の意思」の内容が違って、「特定の意思」を要する犯罪には変わらないのだから、これらの犯罪も、ジェノサイド罪と同じように扱われるべきなのか、それとも、「特定の意思」を要する犯罪の中でも「ジェノサイドの意思」を要するジェノサイド罪はさらに特別なものであり、従って、ジェノサイド罪と他の「特定の意思」を要する犯罪は違った扱いがなされなければならないのか、ということが問題となってくる。ジェノサイドの意思が「特定の意思」の範疇に入るとされる以上、このことは、ジェノサイドの意思の性質を捉える上で無視されてはならない重要な考慮事項である。

上記の諸点を踏まえた上で、本論稿では、ジェノサイド罪におけるジェノサイドの意思の性質や、他の犯罪の主観的構成要件と対比した上での位置付けがどのようなものであるのか、そしてそれを基礎に導かれ得るジェノサイド罪の共犯における主観的構成要件とはどのようなものであるのかということについて、旧ユーゴスラビア国際刑事法廷（以下、旧ユーゴ法廷）の判例がどのような見解を示してきているのかを検討し、旧ユーゴ法廷がこれらの問題に関し、どこまで一貫した説明をし得ているのかを検証してみたい。（なお、ここではルワンダ国際刑事法廷（以下、ルワンダ法廷）の判例には必要な限りで言及する。）

## 2. ジェノサイドの意思の特質

それではまず、問題の基礎となるジェノサイドの意思の性質とはどのようなもので、他の犯罪の主観的構成要件に対してどのように位置付けられるのであろうか。前述したように、「ジェノサイドの意思」は、条文に明確に書かれてあり、「国民的、民族的、人種的又は宗教的集団の全部又は一部を破壊する意図」（ICTY 規程 4 条 2 項、ICTR 規程 2 条 2 項、ジェノサイド条約 2 条）というものである。上述のように、この意思があるからこそ、ただでさえ国内刑法下や国際刑事法の人道に対する罪の枠組みの中で罪になり得る行為が、ジェノサイド罪という烙印を押される。では、ジェノサイドの意思の何が、これらの行為を特別にジェノサイドという名の下で裁くことを許容するのであろうか。それを考えることは、ジェノサイドの意思の核の部分が何かを考えることであり、また、何がジェノサイドの意思を性格付けているのかを考えることでもある。

### 2 - 1 . 集団の構成員であるが故の被害者の選択（差別的意図）

まず、「国民的、民族的、人種的又は宗教的集団の全部又は一部を破壊する意図」をもって行われる行為に特徴的なのは、その直接の被害者が個人としての個々のアイデンティテ

ィをもとに犯行のターゲットに選ばれるわけではなく、加害者の破壊したい集団の一員であるという理由だけで犯行のターゲットとなるということである。つまり、ジェノサイド罪の条文が、ジェノサイドの意思を構成要件として要求することによって、その特別なカテゴリーの中で断罪しようとしていることの一つに、ある集団の一員であることを理由にした被害者の選定(selection of victims because of their membership of a protected group)が挙げられると言える。

旧ユーゴ法廷のジェノサイド罪に関する判例は、このことが、ジェノサイドの意思の重要な要素になっているということを度々確認している。たとえば、Jelisić 第一審判決はジェノサイド罪の主観的構成要件を分析する中で、ジェノサイドを特徴付けるジェノサイドの意思が想定しているものとして、「犯罪行為者が、被害者を選ぶ際、その被害者が彼の破壊しようとしている集団の一部であるという理由でその被害者を選ぶ」ということを挙げている<sup>10</sup>。そしてさらに、ILC が「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」に寄せた注釈の中の、「ジェノサイド罪の直接の被害者を決める決定的基準は、個人のアイデンティティではなく、その個人がある集団の構成員であるかどうかということ(membership)である。」という記述に言及している<sup>11</sup>。また、Jelisić 第二審判決が、被告人 Jelisić にジェノサイドの意思があったかという問題に関する第一審の判断の妥当性を考慮する際に、まず言及したのは、ムスリム人ということのみを理由に差別的に被害者を選択するという差別的意図(discriminatory intent)が Jelisić にあった、とする第一審判決の認定である<sup>12</sup>。第二審はこの第一審の認定をまず是認した上で、ジェノサイドの意思を構成する他の要素(後述)に関する第一審の判断について検討している。このことは、この第二審も、ジェノサイドの意思に関する上記のような第一審の理解(ある集団の構成員であることを理由にする被害者の選択が、ジェノサイドの意思の重要な要素となること)を支持しているということを示すものであろう。さらに、Krstić 第一審判決も、ジェノサイド罪の被害者は集団の構成員であるが故に(by reason of)標的にされたのでなければならない、との解釈のみがジェノサイド罪を特徴付けるジェノサイドの意思に合致したものである、としている(強調は原文から)<sup>13</sup>。

ジェノサイドの意思がこのような差別的意図を伴うことは、「ジェノサイド」という概念

---

<sup>10</sup> Jelisić Trial Judgement, para.67

<sup>11</sup> Id.; ILC Report 1996 [note 3], p.45 (Draft Cord of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Commentary to Article 17, (6))

<sup>12</sup> Jelisić Appeal Judgement, para.60: Jelisić 第一審判決は、差別的意図が Jelisić にあったと認めたものの、ジェノサイドの意思の形成に必要な他の要素(component)(後述)が認められないとして、結局は Jelisić のジェノサイドの意思を否定した。第二審判決は、その他の要素に関しても Jelisić の意思の中にその存在を認め得る可能性があり、よって Jelisić がジェノサイドの意思を持っていたと言い得る可能性がある、という見解を示した。

<sup>13</sup> Krstić Trial Judgement, para.561

が誕生した当初からの理解であった。「ジェノサイド」という言葉の創設者であり、「ジェノサイド」と呼ばれる犯罪の存在を初めて提唱した Raphael Lemkin は、「ジェノサイド」の概念を説明する中で、ジェノサイドを構成する行為が、「個」としての個人を標的にしているのではなく、ある民族（国民）集団の構成員としての個人に向けられたものであることを指摘している<sup>14</sup>。また、ジェノサイド条約 2 条に関するコメントリーの中でも、特に、Pieter N. Drost がこのことに注目している。彼は、ジェノサイド条約が戦前から続く国家内の少数者保護の流れを汲んでおり<sup>15</sup>、またジェノサイドを犯罪として処罰の対象とすることは少数者保護の一環であるという見地から、ジェノサイド罪の犯行が差別的意図に導かれていることについて強調した<sup>16</sup>。そして、ジェノサイドの意図を説明する際に、その意思伴う行為が、個人そのものではなく、集団の一員としてでしかない個人に向けられるものであることを、Lemkin と同じように述べている<sup>17</sup>。このような理解は、上述したように、ILC が「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」を起草した際にも受け継がれ<sup>18</sup>、旧ユーゴ法廷の判決はそれを基礎に出されているのである。

## 2 - 2 . 集団を集団として破壊する意思（集団破壊の意思）

ただ、個人がある集団に属するという事実のみを理由にその個人を犯行の被害者としてターゲットにする差別的な意図を構成要件として要求する犯罪は、他にも存在する。人道

---

<sup>14</sup> Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Analysis, Proposals for Redress* (Carnegie Endowment for International Peace, Washington, D.C., 1944), p.79: “..., and the actions involved are directed against individuals, not in their individual capacity, but as members of the national group.”

<sup>15</sup> この流れについては、Schabas, *Genocide in International Law* [note 2], pp.14-50 参照。

<sup>16</sup> Pieter N. Drost, *The Crime of State, Genocide* (A. W. Sythoff, Leyden, 1959), pp.122-124, especially, p.124: “It is an externally perceptible quality or characteristic which the victim has in common with the other members of the group, which makes him distinct from the rest of society in the criminal mind of his attacker and which for that very reason causes the attacker to commit the crime against such marked and indicated individual.” (Drost は、ジェノサイド条約 2 条が保護の対象とする集団の種類を限定し、「政治的集団」、「経済的集団」などを入れなかったことを批判するために、少数者保護の観点を強調し、ジェノサイドの処罰が、集団を守るのみでなく、それを通して、ある集団への所属のみを理由にした攻撃からその集団内の個人の生・自由・人権を守るものであるという部分に重点を置いた議論を展開した。故に、彼の文章の中では、ジェノサイドの意図における差別的意図の部分より鮮明に説明されている。但し、保護集団の種類限定の妥当性に関する議論は、このペーパーの埒外である。Drost を引用することによりそれに関してある一定の立場を取ろうとするものではない。)

<sup>17</sup> Drost, *The Crime of State, Genocide* [note 16](id.), p.81, “..., the corpus delicti of the crime [= the crime of genocide] is not the individual human being per se but the individual person qua talis as member of the group to which he belongs.”

<sup>18</sup> [note 11] と、この脚注の付いた本文を参照。

に対する罪の中の「迫害(persecution)」がそれである。また、迫害の罪の成立に要求されるそのような差別的な意思は、「特定の意思」にあたるものとされている<sup>19</sup>。それでは、この主観的構成要件の側面で、ジェノサイドの罪と迫害の罪を区別する要素は何なのであるか<sup>20</sup>。それを明確に示しているのが、Jelisić 第一審判決や Krstić 第一審判決である。

Jelisić 第一審判決は、ジェノサイド罪が、ある集団の構成員であるという理由のみで個人を犠牲者にする断罪するほかに、ある集団を集団として破壊するという意図を持ってそのような行為を行うことを罰するものであることを指摘している。Jelisić 第一審判決は、ILC の「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」への注釈を引用し、「ジェノサイドの意思は、集団を『それとして』(‘as such’)破壊する意思でなければならず、この『それとして』の意味は、ひとつの他とは区別された明確な(separate and distinct)実体・実在物(entity)として、という意味であり、ある集団の構成員であるからという理由でただ数人の個人を破壊するという意味ではない<sup>21</sup>。」とする。そして、ある集団への憎悪から、その集団に属する個人を、その集団に属するという理由のみで被害者として標的にするこ

---

<sup>19</sup> Prosecutor v. Tihomir Blaškić, IT-95-14-A, Judgement, 29 July 2004 (hereinafter, Blaškić Appeal Judgement), para.164;

Prosecutor v. Tihomir Blaškić, IT-95-14-T, Judgement, 3 March 2000(hereinafter, Blaškić Trial Judgement), para.235, concurred by the Blaškić Appeal Judgement, paras.163-165: “The underlying offence of persecution requires the existence of a mens rea from which it obtains its specificity. As set down in Article 5 of the Statute, it must be committed for specific reasons whether these be linked to political views, racial background or religious convictions. It is the specific intent to cause injury to a human being because he belongs to a particular community or group, rather than the means employed to achieve it, that bestows on it its individual nature and gravity and which justifies its being able to constitute criminal acts which might appear in themselves not to infringe directly upon the most elementary rights of a human being, for example, attacks on property. In other words, the perpetrator of the acts of persecution does not initially target the individual but rather membership in a specific racial, religious or political group. (Emphasis added);

Prosecutor v. Milorad Krnojelac, IT-97-25-A, Judgement, 17 September 2003, para.184; Stakić Trial Judgement, para.737; Prosecutor v. Mitar Vasiljević, IT-98-32-T,

Judgement, 29 November 2002, para.248

ちなみに、ジェノサイド罪成立にはある集団の一員であることを理由にした差別的意思が要求されるが、迫害罪成立ためには、ある集団の一員であることを理由にした差別的意思でも、ある集団（加害者の属する集団）の一員でないことを理由にした差別的意思でもよいとされる。（例えば、Blaškić Trial Judgement, para.236, Stakić Trial Judgement, para.512 参照。）

<sup>20</sup> 主観的構成要件以外の構成要件における区別としては、「迫害」は広範囲で組織的な攻撃の一部として行われていることが必要であり（人道に対する罪にあたる犯罪に共通する構成要件）他方、ジェノサイド罪には、そのような広範囲で組織的な攻撃の存在は構成要件として必要ではない。（Prosecutor v. Radislav Krstić, IT-98-33-A, Judgement, 19 April 2004 (hereinafter, Krstić Appeal Judgement), paras.228, 229 (paras.223, 225)）

<sup>21</sup> ILC Report 1996 [note 3], p.45 (Draft Cord of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Commentary to Article 17, (7))

とはあっても、それは必ずしもその集団・共同体をそれとして破壊することまで意図してなされるわけではなく、そのような意図がない場合は、ジェノサイド罪ではなく迫害の罪になり、その点がジェノサイド罪と迫害の罪を区別するものである、と指摘する<sup>22</sup>。Krstić 第一審判決も、ジェノサイド条約は、人間の集団の、集団としての生に対する権利を保護しようとするものであり、この特性が、ジェノサイドを非常に重大な犯罪とし、他の重大な犯罪、特に迫害から、ジェノサイドを区別しているのである、と声明した<sup>23</sup>。さらに、規則 98 の 2<sup>24</sup>に関する Sikirica 第一審判決は、ジェノサイドの意思によって、ジェノサイド罪における実行行為と似た行為を含む他の犯罪と、ジェノサイド罪が区別される、と述べた後に、ジェノサイドの標的は集団でなければならないことを指摘する。そして、ほとんどの犯罪の被害者は個人であるが、ジェノサイド罪の究極的な被害者は集団であり、このことがジェノサイド罪と迫害の罪を異なったものにしていて、と述べている。ジェノサイド罪も、迫害の罪も、差別的な要素(discriminatory elements)を有するが、後者の場合は、

---

<sup>22</sup> Jelisić Trial Judgement, para.79: ここでは、犯罪行為者が被害者を差別的に選択することのほかに、集団を集団として破壊するという、より大きな計画またはより幅広い範囲の意思(wider-ranging intention)が存在している必要がある、という文脈で、集団を集団として破壊する意図の必要性が指摘されている。ジェノサイドの「計画」や「政策」の存在がジェノサイド罪の構成要件として必要であるという議論は第二審で否定され、続く Krstić 第一審判決、規則 98 の 2 に関する Sikirica 第一審判決、Krstić 第二審判決もその否定的見解に賛同しているが(Jelisić Appeal Judgement, para.48; Krstić Trial Judgement, paras.571, 572; Prosecutor v. Duško Sikirica, Damir Došen and Dragan Kolundžija, IT-95-8-T, Judgement on Defence Motions to Acquit, 3 September 2001 (hereinafter, Sikirica Rule 98 bis Judgement), para.62; Krstić Appeal Judgement, para.225)、集団を集団として破壊することが意図されている必要があることを指摘している点は依然として重要であると言えよう。なお、Jelisić 第二審判決もその他の判決も、ジェノサイドの「計画」や「政策」の存在がジェノサイド罪の成立に不可欠な構成要件ではないとしても、ジェノサイドの意思があったことを示す重要な証拠になることは認めている。

<sup>23</sup> Krstić Trial Judgement, para.553

<sup>24</sup> 規則 98 の 2 の手続とは：検察側の弁論が終わり、被告側の弁論が始まる前の段階で、起訴されているある犯罪に関して検察側から提出された証拠が、その犯罪を証明するに足るものではないという場合、裁判部は、職権または被告人の申請によって、その犯罪に関して無罪を宣言することができる。ここでは、検察の提出した証拠を検察側に最も有利に解したとしても、その提出された証拠だけだと、どのような合理的事実審判者が見ても、合理的な疑いを越えるほどの証明ができていないと判断されるであろう、という場合にのみ無罪になる。もし、ここで無罪の申請が棄却されても、ただちにその犯罪について有罪となるわけではない。無罪申請の棄却の意味は、ある合理的な事実審判者が見れば、有罪になる可能性がある、というだけの意味であって当該裁判部自身の有罪・無罪の最終判断ではない。当該裁判部自身が有罪の結論に至るかどうかは、被告側の弁論、証人尋問など全ての審議を経て初めて明らかになる。(Jelisić Appeal Judgement, paras. 36, 37; Stakić Rule 98 bis Decision, para.1, Prosecutor v. Pavle Strugar, IT-01-42-T, Decision on Defence Motion Requesting Judgement of Acquittal Pursuant to Rule 98 bis, paras.16-20 などを参照。)

差別的な意思を伴った行為が集団ではなく個人に向かって行われるのである<sup>25</sup>。ジェノサイド罪の終局的被害者が個人ではなく集団であることは、その後、規則 98 の 2 に関する Stakić 第一審決定でも確認された<sup>26</sup>。

さらに Stakić 第一審判決は、ジェノサイドの意思が集団の（全部ではなく）一部を破壊する意思である場合に、その「一部」とはどれほどの規模であればよいかを判断する基準として、ある集団内の各個人の集積ではなく、その集団の明確な一部をそれとして破壊する意思のあったことが中心的考慮事項になることを確認した<sup>27</sup>。これは、もともと Krstić 第一審判決で示された内容に同意したものであり、Krstić 第一審判決は、そのようにジェノサイドの意思をとらえることが、集団の集団としての存在に対して行われる行為を犯罪化しようとしたジェノサイド条約の目的に合致する、とした<sup>28</sup>。

Krstić 第一審判決も依拠しているように<sup>29</sup>、ジェノサイドはある人間集団の存在自体を破壊しようとするものであり、その最終的標的・被害者は集団それ自身である、という理解は、ジェノサイドを国際法上の犯罪とし、全会一致で可決された国連総会決議 96(1)<sup>30</sup>、国際司法裁判所におけるジェノサイド条約留保事件勧告的意見<sup>31</sup>などで繰り返し述べられており、そこには広いコンセンサスがある。「ジェノサイド」という言葉を創り出した Raphael Lemkin は、ジェノサイドは実在物(entity)としての集団を標的にしており、そこに含まれる行為は、個人の資格での個人ではなく、その集団の構成員としての個人に向けられているのでしかない、とした<sup>32</sup>。ジェノサイド条約に先行した国連総会決議 96(1)に違わず、ジェノサイド条約の起草過程でも、ジェノサイドが集団を標的にするものであることが、国連事務総長起草の最初の条約草案で確認され<sup>33</sup>、国連による二番目の条約草案であるジェノ

<sup>25</sup> Sikirica Rule 98 bis Judgement, para.89

<sup>26</sup> Stakić Rule 98 bis Decision, para.30

<sup>27</sup> Stakić Trial Judgement, para.524

<sup>28</sup> Krstić Trial Judgement, para.590: よって、集団内で実際に被害にあった人の数の大きさのみでは、集団の「一部」がジェノサイド罪を成立させるほど、集団の中で十分(substantial)な部分であったかどうかは判断できない。個人の集積ではない、集団の一部そのものの存在が標的になっていた場合は、それが地理的に限定された範囲内で起こったものであり、実際の被害者の数が比較的小さかったとしても、ジェノサイド罪が成立し得る。この基準に基づいて、第一審は、ジェノサイドが Srebrenica で起こったとする判断を下した。この判断は第二審でも支持されている。(Krstić Appeal Judgement, paras.15-23)

<sup>29</sup> Krstić Trial Judgement, para.552

<sup>30</sup> United Nations General Assembly Resolution 96(1), “The Crime of Genocide,” 11 December 1946: “Genocide is a denial of the right of existence of entire human groups.”

<sup>31</sup> Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide, Advisory Opinion (1951), ICJ Reports 16, p. 23: stating that the object of the Genocide Convention “on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality.”

<sup>32</sup> Raphael Lemkin, Axis Rule in Occupied Europe: Analysis, Proposals for Redress [note 14], p.79

<sup>33</sup> Draft Convention on the Crime of Genocide (prepared by the Secretary-General of the

サイドに関する国連臨時委員会草案において、「ある人間集団を破壊する意思」という形で、ジェノサイドの定義に含まれる要素の一つとして表現されるに至った<sup>34</sup>。この臨時委員会による草案を議論し、後にジェノサイド条約として総会で採択されることになる条文を決定していった国連総会第六委員会では、そのような集団を破壊する意思がジェノサイドを特徴付けるもので、国内刑法上の殺人罪などとジェノサイド罪を区別するメルクマールになることが、多くの国によって指摘され<sup>35</sup>、その共通理解を土台に議論がなされている。この、集団に対する罪としてのジェノサイドの理解は、上述したように戦後すぐの ICJ 判例に受け継がれ<sup>36</sup>、Nehemiah Robinson によってジェノサイド条約 2 条に関する注釈としても引き継がれた。彼は、ジェノサイドの標的は人間の集団でなければならず、犯罪行為者にとって個人への被害はそれ自身が重要なのではなく、その個人の属する集団の破壊という最終目的につながるから重要なのである、という趣旨のことを述べている<sup>37</sup>。このことは、Jelisić 第一審判決でも引用されているように、ILC によっても「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」への注釈の中で、ジェノサイドの意思の重要な観点として確

---

United Nations), UN Doc. E/447, 26 June 1947, pp.21-24, 特に p.21: “Genocide, as its name suggests, is aimed at a group through the individual members which compose it.”

<sup>34</sup> Report of the Committee and Draft Convention Drawn Up by the Committee (prepared by the Ad Hoc Committee on Genocide established under the UN Economic and Social Council), UN Doc. E/794, 24 May 1948, p.13

<sup>35</sup> United Nations Official Records of the Third Session of the General Assembly, Part I, Legal questions, Sixth Committee, Summary Records of Meetings, 21 September – 10 December 1948: 例えば、パナマ(pp.61-62)、ペルー(p.78)、ブラジル(p.87)、米国(p.91, p.96)、ユーゴスラビア(p.93)、ベルギー(pp.94-95)などの発言が典型的。特に国連総会決議 96(1)を踏まえた、米国の発言(“...genocide [is] the denial of the right to live of entire human groups, as homicide was the denial of an individual’s right to live. (p.91)”)は、各国の言わんとするところをより詳しく説明した表現だと言えよう。ユーゴスラビア、ソ連、フランス、エジプト、イラン、フィリピンなどは、集団破壊の意思、又は犯行が集団破壊に向けられていること、だけでなく、臨時委員会草案に列挙された動機(攻撃対象となる集団の構成員の国民的・人種的出自、宗教的信条などを理由に犯行に及ぶこと)もジェノサイドを他の犯罪から区別する特徴となるもので、特に後者が決定的なメルクマールとなる、という意見であったので、前者をあまり強調していない。ただ、これらの国も、前者の部分がジェノサイド罪の構成要件になっていること前提とした上で動機の重要性について語っているわけで、前者の部分がジェノサイドの要素であることを否定しようとしているわけでは全くない。(pp.95-96, pp.118-121 の議論におけるそれぞれの国の発言を参照。)

<sup>36</sup> Reservation to the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide, Advisory Opinion (1951) [note 31], p.23

<sup>37</sup> Nehemiah Robison, *The Genocide Convention, A Commentary* (Institute of Jewish Affairs, New York, 1960), p.58: “The main characteristics of Genocide is its object: the act must be directed toward the destruction of a group. Groups consist of individuals, and therefore, destructive action must, in the last analysis, be taken against individuals. However, these individuals are important not per se but only as members of the group to which they belong.”(Emphasis, original)

認された(上記参照)<sup>38</sup>。旧ユーゴ法廷の判例はそれを忠実に受け継いでいる。

### 2 - 3 . まとめ ジェノサイドの意思の二つの特質

以上より、ジェノサイド罪を特徴付けることになるジェノサイドの意思の核となる特質が次の2点あることが明らかである。

- (a) 破壊しようとしている国民的、民族的、人種的又は宗教的集団の構成員であるという理由のみで、直の被害者となる個人が選ばれる。(差別的意図)
- (b) 国民的、民族的、人種的又は宗教的集団を、集団として、破壊することを意図しており、究極の標的はその集団の中の個人ではなく、集団そのものである。(集団破壊の意図)

ILCは、1996年にジェノサイド条約2条を再検討し、それを「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」に取り入れた際に、ジェノサイドの意思の重要な観点として、最初に以下の点を挙げた。ジェノサイドを構成する行為は、個人に対して、その人がある集団の構成員であるという理由で行われなければならない、またその集団を破壊するという全般的な目的へのステップとして行われなければならないということ、そしてさらに、集団を、個人の集積ではなく、集団そのものとして破壊する意思がそこに具わっていなければならない、ということである<sup>39</sup>。これは上記の2点のような形で置き換えることが可能であろう。ルワンダ法廷における判例が、ジェノサイドの意思を説明する際に使っている表現からも同じことが導き出せる<sup>40</sup>。また、Drostは彼のジェノサイド条約注釈の中で、ジェノサイド罪の主観的構成要件として要求されるジェノサイドの意思の説明として、まさしく(a)と(b)の二点に言及した<sup>41</sup>。さらに、Robinsonはジェノサイド条約を解説する中で、(当

---

<sup>38</sup> ILC Report 1996 [note 3], p.45 (Draft Cord of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Commentary to Article 17, (7))

<sup>39</sup> ILC Report 1996 [note 3], p.45 (Draft Cord of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Commentary to Article 17, (6) and (7))

<sup>40</sup> 例えば、Akayesu Trial Judgement, paras.520, 521 (esp. para.521: “In concrete terms, for any of the acts charged under Article 2 (2) of the Statute to be a constitutive element of genocide, the act must have been committed against one or several individuals, because such individual or individuals were members of a specific group, and specifically because they belonged to this group. Thus, the victim is chosen not because of his individual identity, but rather on account of his membership of a national, ethnical, racial or religious group. The victim of the act is therefore a member of a group, chosen as such, which, hence, means that the victim of the crime of genocide is the group itself and not only the individual.” (Emphasis added) )

<sup>41</sup> Drost, The Crime of State, Genocide [note 16], p.81: (a)に関しては、“..., the corpus delicti of the crime [= the crime of genocide] is not the individual human being per se but the individual person qua talis as member of the group to which he belongs”, (b)に関しては、“The object of the crime must be a group as such.” と述べている。

時の) 国内刑法の中には見出すことのできないジェノサイド条約の基本的2原則として、「集団を破壊する意思」と「個人に向けられた行為と、その個人が行為の向けられた特定のグループの構成員であることとの間のつながり」を挙げた。そして、これらの原則が、少数者の国際的保護の必要性の認識に由来しており、だからこそ、少数者集団の視点から見たときに、自己を標的にした行為が、国内法の殺人で裁かれるのと、ジェノサイド罪で裁かれるでは、大きく意味が違ってくることを指摘している。ジェノサイドの意思の特質(a)と(b)には、ジェノサイド条約のこれら二つの原則が反映されているとも言えよう<sup>42</sup>。

上記(a)と(b)のうち、(a)は、ジェノサイドの意思と他の犯罪における主観的構成要件を区別する要素となり得るが、人道に対する罪のなかの「迫害」においては、(a)と似た主観的構成要件が要求されるので、(a)のみではジェノサイドの意思を他から完全に区別することはできない。その「迫害」の主観的構成要件からをもジェノサイドの意思を区別するのが(b)の要素である。害される法益の主体として「集団」の観念が登場するところに、ジェノサイド罪の特徴があり、それをジェノサイドの意思の(b)の要素がまさしく体现していると言えよう。

なお、条文で定義されたジェノサイドの意思の内容をさらに吟味する作業　たとえば、「国民的、民族的、人種的又は宗教的集団」とはどのような集団を意味するのか、「一部を破壊する」意図の場合、破壊しようとする「一部」の規模はある集団に対しどれくらいであれば足りるのか、「破壊」というのは肉体的破壊と生物学的破壊以外に文化的破壊なども含むのか、などという問題に関する議論　について、ここで触れることはしない。これらの点は、ジェノサイド条約の起草過程やその注釈、ILCによる「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」作成過程や当該草案への注釈、そして、ルワンダ法廷や旧ユーゴ法廷の判例などで議論され、次第に明確化されてきているが、この論稿ではそれを中心的な問題として扱わない。この論稿の目的に差し当たり必要なのはそのような条文の文言の細かい意味をさらに探求する作業ではなく、ジェノサイドの意思の核となる特質を明らかにすることである。ジェノサイド罪の条文がジェノサイドの意思を条文中で明確に示すことによって、どんな特質の意思を伴った行為を特別にジェノサイド罪として裁こうとしていたのかがわかればよいのである。もちろん、ジェノサイドの意思を定義する条文の細かい解釈作業は、そのジェノサイドの意思の特質に沿った形でなされているはずであり、その限度において、必要な場合にのみ条文の解釈問題にも触れるが、それ以上踏み込むことはここではしない。

---

<sup>42</sup> Robison, *The Genocide Convention, A Commentary* [note 37], pp.33-34

### 3. 「特定の意思」としてのジェノサイドの意思

1. で述べたように、ルワンダ法廷や旧ユーゴ法廷は、ジェノサイドの意思を「特定の意思」(「特定の意思(specific intent)」、「特別の意思(special intent)」、または「*dolus specialis*」などという名称で呼ばれるもの)にあたるとしてきた。ジェノサイドの意思が「特定の意思」の範疇で理解されることは、国際刑事法上何を意味するのであろうか。

#### 3 - 1. Jelisić 第二審判決における議論

ここで興味深いのは、Jelisić 第二審判決において、検察側の議論に対し第二審裁判部が答えた内容である。この判決の前段階の Jelisić 第一審判決がジェノサイドの意思を「*dolus specialis*」と呼んだことに対して、検察側は、そのような呼び方をすることはジェノサイドの意思において求められるその意思の程度を不当に狭く限定するものだと批判した。検察側はその上訴書の中で、まず、「*dolus specialis*」は大陸法諸国の国内刑法(学)で用いられることのある言葉であるが、英米法諸国の「特別の意思(special intent)」や「特定の意思(specific intent)」という概念とは必ずしも一致しない、とした。その上で、大陸法諸国の刑法間にさえ「*dolus specialis*」の共通の定まった意味を見出すことは難しいとし、「*dolus specialis*」の概念を明確にすることは注意深く避けた<sup>43</sup>。しかしながら、他方で、ジェノサイドの意思を、( ) 犯罪行為者が、自己の行為が集団の全部または一部を破壊する結果を導くよう意識的に望んでいた(*consciously desired*)、( ) 自己の行為が集団を全部または一部破壊していることを認識していた(*knew*)、( ) 自己の行為の蓋然的な結果(*likely consequence*)が集団の全部または一部を破壊するであろう(*would destroy*)ことを認識していた(*knew*)、という3つの程度に分け<sup>44</sup>、( ) が「*dolus specialis*」が意味するところの意思の程度に当てはまり得るとし、ジェノサイドの意思はそれだけでなく( ) や ( ) の程度でもよいのだから、ジェノサイドの意思を「*dolus specialis*」と呼んで、その程度を限定して理解することは法的に誤っている<sup>45</sup>、と主張した。また、検察は、ジェノサイドの意思が「特別な」意思(“special” intent)であるとしても、それは、その内容(または範囲)が条文にあるように「国民的、民族的、人種的又は宗教的集団の全部又は一部を破壊する意図」と特定(特殊化)されている(*particularized*)という限りで「特別な」意思なのであり、その意

<sup>43</sup> Prosecutor v. Goran Jelisić, IT-95-10-A, Prosecution’s Appeal Brief, 14 July 2000 (hereinafter, Jelisić Prosecution’s Appeal Brief), paras.4.7-4.27, esp.4.22

<sup>44</sup> Jelisić Prosecution’s Appeal Brief, para.4.9: なお、( ) に関しては、その後口頭弁論の際に、検察側によって、幫助犯(*aider and abettor*)にのみあてはまると修正された (Jelisić Appeal Judgement, para.42, fn.77)

<sup>45</sup> Jelisić Prosecution’s Appeal Brief, paras.4.21, 4.26

思の程度が )に限定されるわけではないのだから、「*dolus specialis*」との混同を避けるためには「特定の(特殊の)」意思(“particular” intent)と呼ぶほうがよい、という提案もしている<sup>46</sup>。

この検察側の上訴における主張に対して、Jelisić 第二審は、まず、ICTY 規程 4 条 2 項がジェノサイド罪に必要な意思の内容を具体的に「国民的、民族的、人種的又は宗教的集団の全部又は一部を破壊する意図」と定めていることを指摘し、それは、ある特定されたタイプの破壊を達成する意思であり、そのように具体的に定義された意思と呼ぶのに、「特別の意思(special intent)」、「特定の意思(specific intent)」、「*dolus specialis*」、「特定の(特殊の)意思(particular intent)」、「ジェノサイドの意思(genocidal intent)」などという言葉が使われてきたのであり、Jelisić 第二審ではそれと呼ぶのに「特定の意思(specific intent)」という言葉を使う、とした<sup>47</sup>。また、その「特定の意思」という言葉に、国内法でその言葉が使われる際に附されるかもしれない意味を与えることはしない、という註を付けた<sup>48</sup>。そして第一審の使った「*dolus specialis*」と言う言葉は、上記のような、具体的に定義された、集団を破壊する意思という意味での「特定の意思」を(別の言葉で)表現するために使われたにすぎない、とした<sup>49</sup>。これは、ジェノサイドの意思を「*dolus specialis*」と呼ぶことを肯定した、という意味では、検察側の主張を否定しているようではあるが、ジェノサイドの意思を「特定の意思(specific intent)」や「*dolus specialis*」と呼ぶときに、国内刑法でこれらの言葉が意味するかもしれない事柄はそこには含意されない、とした点においては、検察側の主張を考慮した見解を示したと言うべきであろう。つまり、ある大陸法国の国内刑法において「*dolus specialis*」がある意思の程度(例えば、結果を認識しているだけでなく、その結果が起こることを意識的に望んでいること、など)を意味しているかもしれないとしても、ジェノサイドの意思を「*dolus specialis*」と呼ぶときにそのような意味はジェノサイドの意思に自動的に付与されないのである。

さて、それでは、Jelisić 第二審判決が言うような意味で「特定の意思」または「*dolus specialis*」と呼ばれるジェノサイドの意思は、どの程度強いものである必要があるのだろうか。ジェノサイド罪を犯す者は、殺人などの ICTY 規程 4 条 2 項(a)-(e)に列挙された行為を行う際に、集団の全部又は一部の破壊を意識的に望んでいる必要があるのか、それともそのような破壊を認識しているだけでジェノサイドの意思有りとなされるのであろうか。このことを敢えて問うことは、「特定の意思」や「*dolus specialis*」という呼び名に、国内刑法でそれらの言葉が意味するかもしれないことが含意されるわけではない、とした

---

<sup>46</sup> Jelisić Prosecution’s Appeal Brief, paras.4.20, 4.23

<sup>47</sup> Jelisić Appeal Judgement, para.45

<sup>48</sup> Jelisić Appeal Judgement, fn.81

<sup>49</sup> Jelisić Appeal Judgement, para.51

Jelisić 第二審判決の意図に反するかもしれない。ただ、国内刑法の意味するところとは関係なく、「内容が条文で具体的に特定されている意思」という意味のみで、「特定の意思」や「*dolus specialis*」という言葉が裁判部が使っている、というのだから、「特定の意思」や「*dolus specialis*」という言葉からジェノサイドの意思の強さの程度を読み取ることはできないにしても、その強さの程度がどれくらいであるべきか、という問題は残るのである。

大陸法系刑法・英米法系刑法の双方を比較検討した結果、一般に、刑法においては、犯罪行為者の主観の要素には以下のような種類（程度）があるとされる。

- (a) *Dolus directus* (*dolus directus* 1. Grades / Absicht / *dol direct* / direct intent, purpose) - 実行行為の違法の結果（帰結）を、犯罪行為者が認識・予見し、且つ望んでいた。
- (b) *Dolus indirectus* (*dolus directus* 2. Grades / Wissen / *dol indirect* / indirect intent, knowledge) - 実行行為の違法の結果（帰結）が確実に起こることを、犯罪行為者は認識・予見していたが、必ずしも望んでいるわけではなかった。
- (c) *Dolus eventualis* (*Bedingter Vorsatz* / *dol évenduel* / recklessness) - 実行行為の違法の結果（帰結）の発生は不確実であったが、結果発生の蓋然性を認識し、認容していた。（客観的には相当な、他に正当化できないほどの危険を認識していたが、（主観的には）無視または軽視していた。）
- (d) *Criminal negligence* (*bewusste Fahrlässigkeit* / *faute(culpa)*) - 犯罪行為者は、客観的には相当な、他に正当化できないほどの危険を認識しているべきであったが、実際にはそれに気づき損なった。有責性は、同じ状況で理性ある人なら払ったであろう注意の程度（注意義務）から大きく逸脱してしまったことから生じる<sup>50</sup>。

<sup>50</sup> Roberta Arnold, “The Mens Rea of Genocide under the Statute of the International Criminal Court”, 14 (2) Criminal Law Forum 127 (2003), 130: 本文の表は、この論文の中で Arnold によって作成された表（スイス法が基本になっている）に、ドイツ法、ベルギー法、イギリス法、アメリカ法などを参考に修正を加えたものである。【Herbert Tröndle and Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 51 Auflage (Verlag C.H. Beck, München, 2003), pp.109-115 (§ 15, 5-20) ドイツ法; Christaine Hennau and Jacques Verhaegen, *Droit pénal général*, 3e édition (Bruylant, Bruxelles, 2003) pp.315-354 ベルギー法; J. C. Smith and Brian Hogan, *Criminal Law*, Fourth Edition (Butterworths, London, 1978), pp.47-54 イギリス法; Richard Card, *Card Cross and Jones, Criminal Law*, Twelfth Edition (Butterworth, London, 1992) pp.57-86, esp.pp.58-66 イギリス法; Alexander K. A. Greenwalt, “Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-based Interpretation”, 99 *Columbia Law Review* 2259 (December 1999), pp. 2267-2268 アメリカ法】日本の刑法理論と対比すると、(a)は確定的故意（意思説による捉え方）(b)は確定的故意（表象説／認識説による捉え方）(c)は未必の故意、(d)は過失に当たるのではないかと思われる。（前田雅英『刑法総論講義（第3版）』（東京大学出版会、1998年）pp.282-283 参照）

この表からすると、Jelisić 第二審への上訴書において、検察側は、上記の *dolus directus* にあたる意思のレベルが *dolus specialis* と呼ばれることもある、と捉えていたと解される<sup>51</sup>。結局、Jelisić 第二審は、ジェノサイドの意思を「*dolus specialis*」と呼ぶことは認めつつも、それにそのような意思のレベルの含意はないとしたから、第二審が、ジェノサイドの意思の程度についてどれほどの強さを求めているのかは定かではない。「特定の意思」や「*dolus specialis*」に国内刑法上の意思の程度に関連する意味を附することを拒絶しているのであるから、ジェノサイドの意思に関してそのような意思のレベルを考慮すること自体が妥当ではないと言っている、と捉えることも可能である。しかし、他方で Jelisić 第二審判決は、ジェノサイドの意思という、(具体的に特定されている意思という意味での)「特定の意思」は、「犯罪行為者が国民的、民族的、人種的または宗教的集団の全部または一部破壊の達成を目指している (seeks to achieve the destruction)」ことを要求している、と述べている<sup>52</sup>。これは、そのような破壊を「認識」していた、または「予見」していた、というよりも強い表現であり、どちらかと言えば、そのような破壊を「望んでいた」という方に近い。よって、ジェノサイドの意思という「特定の意思」又は「*dolus specialis*」は、*dolus directus* レベルの意思の強さを伴っていなければならないと言っている、とも解釈できるのである。

### 3 - 2 . Krstić 第一審判決

この Jelisić 第二審判決の 1 ヶ月後に出された Krstić 第一審判決は、後者に近い立場を取っているように窺える。検察側は、Jelisić 裁判の時と同じようにジェノサイドの意思を

---

<sup>51</sup> 例えば、検察側は、「ドイツ法では、*dolus specialis* とされるものを指すために”Absicht”という言葉がよく使われる」と述べている。(Jelisić Prosecution’s Appeal Brief, paras.4.22) このような理解は、もともとルワンダ法廷の Akayesu 第一審判決が「*dolus specialis*」という言葉を用いた際に取っていた考え方に近い。Akayesu 第一審判決は、「*dolus specialis*」と「特別の意思(special intent)」という言葉を使い、ジェノサイドの意思をそれらの言葉で呼ぶことは、上記の表でいう *dolus directus* のレベルの意思を求めることだと理解していたようである。それは判決の以下のような表現から推測される。”Genocide is distinct from other crimes inasmuch as it embodies a special intent or *dolus specialis*. Special intent of a crime is the specific intention, required as a constitutive element of the crime, which demands that the perpetrator clearly seeks to produce the act charged. Thus, the special intent in the crime of genocide lies in ‘the intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such.’” (Akayesu Trial Judgement, para.498); “Special intent is a well-known criminal law concept in the Roman-continental legal systems. It is required as a constituent element of certain offences and demands that the perpetrator have the clear intent to cause the offence charged.” (Akayesu Trial Judgement, para.518) (下線、筆者)

<sup>52</sup> Jelisić Appeal Judgement, para.46

3つの程度<sup>53</sup>に分け、そのどれもがジェノサイドの意思として認容されると主張した。(ただし、Krstić と他の共犯者は )の強さの意思を持っていた、主張とした。)<sup>54</sup> これに対し、被告人側は、ジェノサイドの意思を「*dolus specialis*」と呼び、その「*dolus specialis*」は予謀(*premeditation* - 前もって計画すること)というより高い意思の形態を意味する、と主張した<sup>55</sup>。第一審裁判部は、ジェノサイドの意思の程度に関して、検察側の示した )から )の程度の中からどこまで許容できるかをあからさまに選ぶ、というようなことはしなかった。しかしながら、ジェノサイド条約の準備作業(ジェノサイドに関する国連総会決議 96(1)と、国連事務総長によるジェノサイド条約草案)、ILC の「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」への注釈、ICJ の核兵器使用または核兵器による威嚇の合法性に関する勧告的意見、そしてルワンダ法廷の判例を参照し、それらの示すジェノサイドの特徴は、集団の全部または一部を破壊する目的(goal)を伴って行われた行為のみを包含しているということであり、この裁判部はそれに忠実であることにする、とした<sup>56</sup>。つまり、ジェノサイドの意思とは、集団の全部または一部の破壊を目的としている、ということである、としたのである。ある結果を「目的とする」という状態は、上記の表で言えば、ある結果を望むという *dolus directus* にかなり近い。ただある結果を予見していたり認識しているだけの状態(上記の表で言えば *dolus indirectus*)は、それを目的としている状態と等しいとは言いにくい。第一審裁判部は、さらに、国内法の中には、集団を破壊する「計画」があったかどうかによってジェノサイド罪を他の犯罪と区別するものもあるし、論者の中には、集団の破壊が予見可能な、または蓋然性のある結果である場合は、その破壊が犯罪行為者の目的であったと示されなくてもジェノサイド罪が成立し得る、という見解を示す者もあるが、それらはこの裁判の扱う事件当時の慣習国際法を反映した見方ではないので採用しない、ということも述べている<sup>57</sup>。裁判部が、犯罪行為当時のジェノサイド罪の解釈とは言えないとして否定した後者の論者の見解は、上記の表で言うと、ジェノサイドの意思が *dolus indirectus* または *dolus eventualis* の程度でも成立し得る、という見解である<sup>58</sup>。よって裁判部は、ジェノサイドの意思が *dolus indirectus* 以下では成立せず、*dolus directus* レベルに達して初めて成立する、と言っているように読めるのである。さらに、裁判部は、

---

<sup>53</sup> ) 犯罪行為者が、自己の行為が集団の全部または一部を破壊する結果を導くよう意識的に望んでいた、 ) 自己の行為が集団を全部または一部破壊していることを認識していた(*knew*)、 ) 自己の行為の蓋然的な結果(*likely consequence*)が集団の全部または一部を破壊するであろう(*would destroy*)ことを認識していた(*knew*)。

<sup>54</sup> Krstić Trial Judgement, para.569

<sup>55</sup> Krstić Trial Judgement, para.570

<sup>56</sup> Krstić Trial Judgement, para.571

<sup>57</sup> Krstić Trial Judgement, para.571

<sup>58</sup> 例えば、Alexander K. A. Greenwalt, “Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-based Interpretation”, 99 Columbia Law Review 2259 (December 1999) [note 50]

ジェノサイドの意思に予謀( premeditation )が含まれるという被告人側の主張は退けた<sup>59</sup>。つまり、集団の破壊が目的である必要はあっても、それが前もって周到に計画されている必要はない、としたのであり、dolus directus 以上にジェノサイドの意思のレベルを上げることは否定したのである。

ここで注意すべきは、以上のような、Krstić 第一審が示したジェノサイドの意思に求められる強さの程度は、「dolus specialis」や「特定の意思」、「特別の意思」という言葉が意味することとして示されたのではなく、ジェノサイドの意思そのものが意味するところとして提示されていることである。Krstić 第一審は、ジェノサイドの意思を「特別の意思(special intent)」と呼んでいるが、そう呼ぶことが何を意味するかという議論は、直接的にはしていない。しかし、文脈からすると、条文で具体的に内容が特定されている意思、という意味でジェノサイドを「特別の意思」と呼んでいることがわかる<sup>60</sup>。ジェノサイドの意思は、破壊を目的とする程度、つまり dolus directus に近いレベルまでの強さが必要な意思だから、「特別の意思」やそれに置き換えられる「dolus specialis」と呼ぶのではない。そうではなく、集団を破壊する意思と具体的に特定されている、という意味で「特別の意思」であるジェノサイドの意思は、集団破壊を目的とするという dolus directus に近いレベルの意思である必要がある、と言っていると解する方が妥当である。そして、そのような理解の仕方が Jelisić 第二審判決とも整合的であろう。

### 3 - 3 . 規則 98 の 2 に関する Sikirica 第一審判決

このように Krstić 第一審判決は、ジェノサイドの意思を dolus directus 類似のレベルである、としたように読めるが、さらにその 1 ヶ月後に出た規則 98 の 2 に関する Sikirica 第一審判決は、ジェノサイドの意思に関してその意思の強さの程度を考慮すること自体が望ましくない、とする方向に傾いているように見受けられる。ここでも、検察側は、Jelisić 裁判の時とほとんど同じようにジェノサイドの意思を 3 つの程度に分け<sup>61</sup>、ただ ) の程度

---

<sup>59</sup> Krstić Trial Judgement, para.572

<sup>60</sup> Krstić Trial Judgement, paras.550, 681, 684: 例えば、para.542 や para.549 で「国家的、民族的、人種的、または宗教的集団を全部または一部破壊する意思」と言ったのを、para.550 で “specific intent requirement” と言い換えている。

<sup>61</sup> Sikirica Rule 98 bis Judgement, paras.29, 57: ( ) 犯罪行為者が、自己の行為が集団の全部または一部を破壊する結果を導くよう意識的に望んでいた、( ) 4 条 2 項(a)-(e)に挙げられた行為(のいずれか)を意識的に、そのように行為する意志を持って行い、その際に自己のその行為が集団を全部または一部破壊していることを認識していた(knew)、( ) 明確な、継続中のジェノサイドの幫助犯(aider and abettor)として、そのようなジェノサイドが起きていることと、自己の幫助行為がそのジェノサイドの一部をなすことを認識しており、また、自己のその行為の蓋然的な結果(likely consequence)が集団の全部または一部を破壊するであろう(would destroy)ことを認識していた(knew)。

に関しては、ジェノサイドの幫助犯(aider and abettor)にのみ適用可能である、とした。しかし、裁判部は、このような検察側の議論は事を不必要に複雑にするだけであるとし、ICTY 規程 4 条 2 項の条文が既にジェノサイドの意思の内容を具体的に特定しているのだから、ICTY 規程 4 条 2 項の意思を解釈するために意思に関する理論をわざわざ検討してみる必要はないし、検察側の示す 3 つの意思の程度からどれを選ぶか考えるというような無駄なことはする必要がない、とした<sup>62</sup>。さらに、ここでもうひとつ興味深いのは、ICTY 規程 4 条 2 項が要求する、そのまさしく具体的に示された「特定の意思」つまり「国民的、民族的、人種的または宗教的集団を全部または一部破壊する意図」が証明されたかどうかを確かめるのに必要なのは、意思に関する理論の検討なのではなく、全ての証拠の経験的（観察のみによる）評価(empirical assessment)なのである、とした点である<sup>63</sup>。要するに、ジェノサイドの意思がどのような程度の強さで必要なかを見出すのではなく、全ての証拠の評価と、その中でどのような事柄が既に具体化されたジェノサイドの意思を証明し得るのかを検討することの方がより重要であることを、規則 98 の 2 に関する Sikirica 第一審判決は示唆したのだと言えよう<sup>64</sup>。

### 3 - 4 . 規則 98 の 2 に関する Stakić 第一審決定

さて、ジェノサイドの意思を「特定の意思」、「特別の意思」、「*dolus specialis*」、などと呼ぶことについて、旧ユーゴ法廷では以上のような判示がなされたわけであるが、その約 1 年後に出た規則 98 の 2 に関する Stakić 第一審決定は、ジェノサイドの意思のもうひとつの性質を明らかにした。それは、ジェノサイドの意思が「追加的意思」“surplus intent”である、ということである<sup>65</sup>。裁判部は、「追加的意思」の説明として、「ICTY 規程 4 条(a)-(c)<sup>66</sup>で禁止されている行為は、犯罪行為者がそれらの行為を犯すことを欲していたというだけでなく、標的にした集団の全体または一部を区別された別個の存在として破壊することを意図していた(intended)という場合に、ジェノサイドに格上げされるのである。」と述べた<sup>67</sup>。このことは、ジェノサイド罪成立のためには、ジェノサイド罪の客観的構成要件つまり ICTY 規程 4 条 2 項(a)-(e)にある殺人などの行為を行う意思のほかに、それに付け加

---

<sup>62</sup> Sikirica Rule 98 bis Judgement, paras.58-60

<sup>63</sup> Sikirica Rule 98 bis Judgement, para.59

<sup>64</sup> Sikirica Rule 98 bis Judgement, para.60: “[I]t is important to understand what it is that Article 4(2) requires to be proved by way of evidence in order to establish the requisite mens rea.”

<sup>65</sup> Stakić Rule 98 bis Decision, paras.17, 26

<sup>66</sup> ここでは、ICTY 規程 4 条 2 項(a)-(c)のみが被告人の行為として検察側によって訴追されており、(d)と(e)は問題になっていないので、このような表現になっている。

<sup>67</sup> Stakić Rule 98 bis Decision, para.26

えて、ジェノサイドの意思が必要であることを示している。さらに裁判部は、このような「追加の意思」であるジェノサイドの意思を、「特定の意思(specific intent)」と表現した<sup>68</sup>。これは、ジェノサイドの意思を「特定の意思(specific intent)」と呼ぶことは、ジェノサイドの意思が上記のような意味での「追加的意思」であることを意味する、ということを暗示している。つまり、「特定の意思(specific intent)」という言葉には、犯罪の客観的構成要件に関する意思に付け加えて必要な、(客観的構成要件とは対応しない)別の意思、という意味が含まれる、と読み取り得るのである。

ただ、この判決では、「特定の意思(specific intent)」、「特別の意思(special intent)」、「dolus specialis」という言葉の使い方に関し、混乱が生じているようである。裁判部は、「追加の意思」であるジェノサイドの意思を「特定の意思(specific intent)」と呼びつつ、「この特定の意思(specific intent)のレベルは dolus specialis である」とした<sup>69</sup>。その註として、Jelisić 第二審判決の「その特定の意思は、犯罪行為者が...集団の全部または一部破壊の達成を目指している (seeks to achieve the destruction)ことを要求している」という部分や、Akayesu 第一審判決の、「特別の意思(または dolus specialis)は...犯罪行為者が、起訴された行為を行うことを明確に目指していた(clearly seeks to produce the act charged)ことを要求する」という部分を引用していることから(下線、筆者)<sup>70</sup>、この裁判部は、「dolus specialis」をジェノサイドの意思の強さの程度を示す言葉として捉え、しかもそれが上記の表の dolus directus に近い意思の強さを意味すると考えているようである。しかし、このように「dolus specialis」を理解することは、Jelisić 第二審判決の「dolus specialis」の理解に反する。上記でも説明したように、Jelisić 第二審判決は、「dolus specialis」も「特定の意思」と同じように、具体的に特定されている意思、という意味で使われているとし、この言葉にそれ以上の意味を附することを拒否した。その直後に出た、Krstić 第一審判決も、規則 98 の 2 に関する Sikirica 第一審判決もこの姿勢を基本的に踏襲している<sup>71</sup>。これに沿うならば、「dolus specialis」を意思の強さの程度を表す言葉として使うのは避けるべきであろう。「dolus specialis」や「特別の意思(special intent)」という言葉は、規則 98 の 2 に関する Stakić 第一審決定の中でその後も何回が使われているが<sup>72</sup>、文脈からすると、意思の強さの程度を表す意味で使われているように読めることが多い。例えば、ジェノサイドの幫助犯に求められる意思は、他の共犯者のジェノサイドの意思を含めたジェノサイド罪

<sup>68</sup> Stakić Rule 98 bis Decision, para.26

<sup>69</sup> Stakić Rule 98 bis Decision, para.26

<sup>70</sup> Stakić Rule 98 bis Decision, para.26, fn.29

<sup>71</sup> Krstić 第一審判決は、ジェノサイドの意思は上記の表で言う dolus directus レベルの強さである必要がある、としたようにも読めるが、それは「dolus specialis」または「特定の意思」「特別の意思」という言葉が意味するところとして述べられているのではない。(上記、19 ページ参照)

<sup>72</sup> 例えば、Stakić Rule 98 bis Decision, paras.48, 67

の構成要件の認識、自己の援助がもたらす予見可能な結果の認識・認容でよく、幫助犯自身が集団破壊を意識的に目的としている必要はない、という裁判部自身の見解が、「*dolus specialis*」という厳格な要件からの逸脱になるかもしれない、と述べている箇所がある<sup>73</sup>。ここでは、結果の予見・認識や、他の共犯者の意思の認識は、「*dolus specialis*」に満たない意思のレベルだと見なされているわけで、その「*dolus specialis*」はそのような認識よりさらに強い意思の程度を表す言葉として使われていると解してよいだろう。この例は、そのような「*dolus specialis*」という言葉の使い方が（幫助犯を含む）ジェノサイドの共犯に必要な意思の理解を混乱させているまさしく良い例であることをここでは指摘しておくに留める。（詳しくは後述）

### 3 - 5 . Stakić 第一審判決

規則 98 の 2 に関する Stakić 第一審決定の約一年後の Stakić 第一審判決は、ジェノサイドの意思について、規則 98 の 2 に関する Stakić 第一審決定と似た説明を繰り返している。裁判部は、まず、ジェノサイドの意思を「特定の意思(*specific intent*)」と呼び、それが規則 98 の 2 に関する Stakić 第一審決定において示されたのと同じ意味で「追加的意思(*surplus intent*)」である、と述べた<sup>74</sup>。しかし、ここでさらに事を複雑にしているのが、その追加的意思のレベルは「特定の意思(*specific intent*)」または「*dolus specialis*」であり、この二つの言葉は互換的に使い得る、とした点である<sup>75</sup>。ここでも規則 98 の 2 に関する Stakić 第一審決定が引用したのと同じ Jelisić 第二審判決や Akayesu 第一審判決が引用されているので<sup>76</sup>、上記の「特定の意思(*specific intent*)」と「*dolus specialis*」、そのどちらもがジェノサイドの意思の強さの程度を示す言葉となってしまうように読める。この二つの言葉は、その後、ジェノサイドの意思を指す言葉として何回も出てくるが、特にジェノサイドの共同犯罪計画(JCE)の参加者に求められる意思に関する議論をしているところは、「*dolus specialis*」をジェノサイドの意思の強さの程度まで言い表す言葉として使っているように読める。ジェノサイドが共同犯罪計画外のものであっても、そのような結果になることを予見・認識して参加していた参加者<sup>77</sup>はジェノサイド罪に問い得るかという

<sup>73</sup> Stakić Rule 98 bis Decision, para.67

<sup>74</sup> Stakić Trail Judgement, para.520

<sup>75</sup> Stakić Trail Judgement para.520

<sup>76</sup> Stakić Trail Judgement para.520, fn.1100

<sup>77</sup> 上記 2 ページで説明した、共同犯罪計画の(b)の場合：起訴されている犯罪が共同犯罪計画の目的を越えるものではあるが、その計画の当然で予見可能な帰結であると考えられる場合は、被告人が、当該犯罪はその計画実行の際の可能な帰結であることを認識し、その認識と共に参加していたことが示されればよい。上の表（16 ページ）でいうと、この意思の強さの程度は *dolus eventualis* に近いと思われる。

問題で、それに肯定的な答えを出すことは、「*dolus specialis*」の質/レベルを不必要に落としてしまい、「*dolus specialis*」が実質的にはほとんど消えてしまう状態になるので妥当ではない、としているところなどがそうである<sup>78</sup>。この議論の仕方からすると、そこでいう「*dolus specialis*」は、上記の表の *dolus directus* に近い高レベルの意思という意味で使われているようである<sup>79</sup>。しかし、このような「*dolus specialis*」の理解は、やはり Jelisić 第二審判決や Krstić 第一審判決、規則 98 の 2 に関する Sikirica 第一審判決の判示に反するので妥当ではないと思われる。また、それが、規則 98 の 2 に関する Stakić 第一審判決の幫助犯に関する議論のときと同じように、ジェノサイドの共犯に関する意思の要件を考えるとときに混乱を招く要因となっていることも指摘しておくべきであろう。(詳しくは後述)

### 3 - 6 . Krstić 第二審判決

以上の Stakić に関する二つの判決に比べると、その後、2004 年になってから出た Krstić 第二審判決は、Jelisić 第二審判決に沿った判決内容となっている。この中で注目すべきは、Krstić 第二審判決が、「特定の意思(*specific intent*)」が追加的な意思を意味することをより明確に述べた点である。判決は、「特定の意思(*specific intent*)を要求する犯罪として、ジェノサイド罪は、4 条 2 項(a)-(e)のいずれかの行為を犯す意思の証明と、標的にした集団を全部または一部破壊する意思の証明を必要とする。」と述べた<sup>80</sup>。要するに、「特定の意思(*specific intent*)」という言葉は、犯罪の客観的構成要件に関する意思以外に、それに付け加えて(犯罪構成要件として)要求される特定された内容の意思、というものを意味することを明らかにしたのである。言い換えると、「特定の意思(*specific intent*)」を要求する犯罪とは、客観的犯罪構成要件と、その客観的犯罪構成要件に対応する主観的構成要件、そして、それとは別にある特定された意思がもうひとつ追加的な主観的構成要件として必要な犯罪なのである。Krstić 第二審でも、ジェノサイドの幫助犯の主観的構成要件が問題になっているが、それは、上のような追加的意思という意味での「特定の意思」であるジェノサイドの意思を、幫助犯は主犯と共有している必要があるのか、それとも主犯のそのよ

---

<sup>78</sup> Stakić Trial Judgement para.530

<sup>79</sup> ただ、他方で、人道に対する罪の中の殺人(*murder*)や殲滅(*extermination*)に求められる意思のレベルは「*dolus directus*」と「*dolus eventualis*」であるともしている(Stakić Trial Judgement paras.553, 587, 642)。ここで言う「*dolus directus*」の意味について説明は判決の中にないが、ジェノサイドの意思をそれらとは別に「*dolus specialis*」と呼ぶことは、ジェノサイドの意思が追加的な特定された意思であることを主には示しているのかもしれない。ただ、本文で指摘したような共同犯罪計画(JCE)に関連するところの議論などを見ると、その「*dolus specialis*」に意思の強さに関する意味まで含めているようにもとれるのである。

<sup>80</sup> Krstić Appeal Judgement, para.20

うな意思をただ認識していればそれで足りるのか、という形で議論されている<sup>81</sup>。ここでは、ジェノサイド罪にはジェノサイドの意思が特別に追加的に求められているのに、その幫助犯は自身ではそれを有していなくていいのか、ということの問題にしており、ジェノサイドの意思の強さの程度は中心的考慮事項にはなっていない。つまり、ジェノサイドの意思は集団破壊を意識的に望んでいるという程度に強い意思であるべきなのに、ジェノサイドの幫助犯はそこまでの強いジェノサイドの意思を持ってなくてもいいと言えるのか、という議論の仕方はしていないのである。主犯の持っている「特定の意思(specific intent)」が *dolus directus* レベルまであるか *dolus indirectus* / *dolus eventualis* レベルしかないかをことさら特定しなくても、幫助犯がその主犯の「特定の意思」を共有している必要があるか、それとも認識しているだけでよいのか、ということは問題になり得る。ここではあくまでも、追加的に要求されるジェノサイドの意思がジェノサイド罪を特徴付けているのに、ジェノサイドの幫助犯自身はその追加的意思 (= 特定の意思) を有する必要はなく、主犯のジェノサイドの意思を知ってさえいればそれでよい、とすることが妥当かが問題なのであって、「特定の意思(specific intent)」をジェノサイドの意思の強さまで含意する言葉として捉えている痕跡は見受けられないのである。また、*Krstić* 第二審判決は、ジェノサイドの意思を一貫して「特定の意思(specific intent)」と呼び、「*dolus specialis*」という言葉を使うのは極力避けているようである。これは、*Stakić* に関する二つの判決が陥るような混乱<sup>82</sup>を避け、ジェノサイドの意思に必要な以上の意味を附さないようにするためであろう。このことからしても、*Krstić* 第二審判決は *Jelisić* 第二審判決やその直後に出た二つの第一審判決 (*Krstić* 第一審判決、規則 98 の 2 に関する *Sikirica* 第一審判決) と歩調を合わせた見解を示していると言えよう。

### 3 - 7 . まとめ : ジェノサイドの意思を「特定の意思」と呼ぶことの意味

以上から、ジェノサイドの意思を「特定の意思(specific intent)」、*「特別の意思(special intent)」*、「*dolus specialis*」と呼ぶことに関して、旧ユーゴ法廷は、次のようなことを示したと言えよう。

「特定の意思(specific intent)」とは、( 1 ) 条文でその内容が具体的に特定された意思で、( 2 ) 犯罪の客観的構成要件に関する意思とは別に、それに付け加えて要求される追加的な意思のことを指す。「特別の意思(special intent)」や「*dolus specialis*」も、この意味での「特定の意思(specific intent)」と同じ意味を持ち、「特定の意思(specific intent)」と互換

<sup>81</sup> *Krstić* Appeal Judgement, para.140: 裁判部は結局、後者でよいとした。(後述)

<sup>82</sup> つまり、「*dolus specialis*」という言葉の意味を上記の表の *dolus directus* に近い意味で理解し、それを基にジェノサイドの共犯 (幫助犯や共同犯罪計画(JCE)の参加者) の主観的構成要件も分析してしまうこと。

的に使われる言葉である。ちなみに、(1)と(2)は別々のことを言っているのではなく、あるひとつの事象を二つの別の言い方で言っているだけであるとも言える。つまり、「特定の意思」は犯罪の客観的構成要件に関する意思とは別に、それに付け加えて要求される追加的な意思であり、客観的構成要件とは対応していない主観的構成要件であるからこそ、条文上の客観的構成要件からはその内容を導き出すことができず、新たに条文でその内容が特定される必要が出てくるのである。ILCも「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」への注釈で、「特定の意思(specific intent)」という言葉を使ってジェノサイドの意思を説明しているが、ここでも(1)と(2)の意味でこの言葉が使われている<sup>83</sup>。

この「特定の意思(specific intent)」、*「特別の意思(special intent)」*、*「dolus specialis」*の理解は、国内刑法でそれらの言葉が意味することと全く同じものだと解されてはならない。実際、国内刑法でこれらの言葉が使われる場合でも、複数の意味を含有するようであり<sup>84</sup>、その中のどの意味をとるのかを明確にしないまま、国内刑法上の言葉を国際刑事法上の「特定の意思」になぞらえると、混乱を招くだけである。よって、国内刑法からの類推は避けるべきである。

このような意味での「特定の意思(specific intent)」を構成要件として要求する国際刑事法上の犯罪には、人道に対する罪の中の「迫害」や「拷問」などがあるが、ジェノサイド罪もそのひとつである。ジェノサイド罪において構成要件として要求される「特定の意思(specific intent)」の具体的に特定された内容は「国民的、民族的、人種的または宗教的集団の全部または一部を破壊する意図」これをこの論稿では「ジェノサイドの意思」と

---

<sup>83</sup> ILC Report 1996 [note 3], p.44 (Draft Cord of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Commentary to Article 17, (5)): “[A] general intent to commit one of the enumerated acts combined with a general awareness of the probable consequences of such an act with respect to the immediate victim or victims is not sufficient for the crime of genocide. The definition of this crime requires a particular state of mind or a specific intent with respect to the overall consequences of the prohibited act.”; ジェノサイド意思を特定された、且つ上記の意味で追加的な意思とする見解として Otto Triffterer, “Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such”, 14 (2) Leiden Journal of International Law 399, esp. pp.401-402 がある。

<sup>84</sup> 例えば、イギリス法における“specific intent”は次の4つの異なる意味を持ち得る、とされる。(1)ある犯罪構成要件との関係で、その要件に関する意思が証明されることが求められており、それがなければ有罪とならないような意思。(2)結果を(積極的に)目的とする意思(3)追加的意思(客観的構成要件に関する意思以外に必要な意思)(4)故意の酩酊を示す証拠に寄ることで、被告人がその不存在を立証し得る主観的要素で、いくつかの特定の犯罪にのみ要求される主観的要素(Richard Card, Card Cross and Jones, Criminal Law, p.66 [note 50])。また、フランス法の“dol spécial”にも複数の意味があるとされる(Jean Pradel, Droit Pénal, Tome 1: Indroduction générale, Droit pénal générale, Onzième édition (Édition Cujas, Paris, 1996), pp.520-521)。他にも、大陸法の国々で dolus specialis の概念が非常に異論の多いものであることが指摘されている(Otto Triffterer, “Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such” [note 83](id.), p.404)。

読んでいる である。このジェノサイドの意思の核となる部分は、(a)破壊しようとして  
いる国民的、民族的、人種的又は宗教的集団の構成員であるという理由のみで、直の被害  
者となる個人が選ばれること 差別的な意思と、(b)国民的、民族的、人種的又は宗教的集  
団を、集団として、破壊することを意図しており、究極の標的はその集団の中の個人では  
なく、集団そのものであること 集団破壊の意思である<sup>85</sup>。ジェノサイド罪は、「特定の  
意思(specific intent)」が客観的構成要件に関する意思に付け加えて要求される点で、す  
でに、客観的構成要件に関する意思しか要求しない犯罪とは区別された特殊な犯罪と言え  
るが、ジェノサイド罪の「特定の意思(specific intent)」であるジェノサイドの意思の二つ  
の特質、上記(a)と(b)が、ジェノサイド罪の性質を、他の「特定の意思(specific intent)」を要  
求する犯罪と区別されるさらに特殊なものにしている。特に、前にも述べたように、人道  
に他する罪の中の「迫害」は(a)と同じような差別的な意思を「特定の意思(specific intent)」  
として要求するが、(b)のような集団破壊の意思までは要求しない。(b)のような集団を集団  
として破壊する意思が要求されるのはジェノサイド罪だけであり、これがジェノサイド罪  
を特徴付ける性質と言えよう。

さて、このような「特定の意思(specific intent)」としてのジェノサイドの意思は、犯罪  
行為者が集団の破壊を意識的に望んでいることまで必要としているのであろうか、それと  
も、そのような破壊が行為の結果として起こることを認識している状態で足りるのであ  
ろうか<sup>86</sup>。Jelisić 第二審判決や Krstić 第一審判決からすると、ジェノサイド罪成立のために

---

<sup>85</sup> 12 ページ参照

<sup>86</sup> ちなみに、ジェノサイド罪について規定した一番最近の多数国間条約である国際刑事裁  
判所規程(以下、ICC 規程)においても、この問題に対する明確な解答は示されておらず、そ  
れは、将来の裁判所の判断に委ねられている。ICC 規程には、主観的構成要件に関する一  
般原則を示した条文が入れられた(30条)。これは、ICTY 規程や ICTR 規程には無かった  
ものである。この条文は、「他に規定のない限り(unless otherwise provided)」、客観的構成  
要件が「意思(intent)」と「認識(knowledge)」を伴って行われた場合にのみ裁判所管轄下  
の犯罪に関する個人の刑事責任が発生するとし(1項)、「この条文(30条)においては(for the  
purposes of this article)」、「意思」が *dolus directus* である場合もあるし(2項(a), (b))、  
*dolus indirectus* または *dolus eventualis* である場合もある(2項(b))としている。ジェノ  
サイド罪の条文(6条)において客観的構成要件に関する主観の要素に付け加えて要求され、  
特別に定められているジェノサイドの「意思」(“intent” to destroy...)に、この30条を適用  
するのか、それとも30条は適用せず、例えばジェノサイドの意思は *dolus directus* レベル  
のものでしかあり得ない、とするのかは、裁判所が先例や30条の効果、そして9条によっ  
て定められる犯罪の構成要件(に関するガイドライン)あくまでも解釈の参考にされるべ  
きもので、拘束力があるわけではなく、ここではこのように呼ぶことにする。Krstić  
Appeal Judgement, fn.366 参照。)の効果などを鑑みて解釈すべきことだとされる。  
(Donald K. Piragoff, “Article 30 Mental element”, in Otto Triffterer (ed.), *Commentary  
on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers’ Notes, Article by  
Article* (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999), pp.531-532, p.534) ICC 規程  
準備委員会では、ジェノサイドの意思を明確化する必要性が議論され、特に、ジェノサイ  
ド遂行の決定権者や計画者に求められる意思と、実際のジェノサイド罪を構成する行為を

は、ジェノサイドの意思として、国家的、民族的、人種的、または宗教的集団の全部または一部の破壊を「目指す(seek to)」または「目的としている」ことが求められているようである。上の表の *dolus directus* にあたると言えるかどうかは別にして<sup>87</sup>、少なくとも、これは、そのような破壊の結果を予見・認識しているだけの状態よりは、より能動的、積極的意思であるように見受けられる<sup>88</sup>。しかし他方で、規則 98 の 2 に関する *Sikirica* 判決が、意思の程度・種類を分類する理論をジェノサイドの意思に当てはめようとするよりも、

---

行う者に求められる意思は区別されるべきであり、後者は「認識」があればよい、とする見解が議論の対象となった。しかし、準備委員会はジェノサイド条約の改正を考えるのにふさわしい場ではなく、この主観的構成要件の問題は準拠法や刑事法の一般条項下で扱われ得る問題である、ということから、結局、ジェノサイドの意思の定義を条文上さらに明確化することは実現されないままに終わった。(Donald K. Piragoff, “Article 30 Mental element”, in Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers’ Notes, Article by Article* [supra, in this note], p.534; Valerie Oosterveld, “Elements of Genocide”, in Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of Procedure and Evidence* (Transnational Publishers, Inc., Ardsley, 2001), p.42 and fn.7 in p.42: Both Piragoff and Oosterveld cite the Report of the Ad Hoc Committee (Report of the Ad Hoc Committee on the Establishment of an International Criminal Court, U.N. GAOR, 50<sup>th</sup> Sess. Supp. No.22, U.N. Doc.A/50/22 (1995), p.13, para.62), and Piragoff also cites the Report of the Preparatory Committee (Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, U.N. GAOR, 51<sup>st</sup> Sess., Supp. No.22, U.N.Doc.A/51/22(1996), Vol. I, p.17, para.60.) ちなみに、犯罪の構成要件(に関するガイドライン)の中にも、ジェノサイドの意思のレベルを明確化するような文言は無い。以上の ICC 規程等に関連する事象は、国際刑事裁判所における(将来の)ジェノサイド罪適用の文脈においても、ジェノサイドの意思の解釈のために、旧ユーゴ法廷判例を含む先例研究が重要になってくることを示していると言えよう。

<sup>87</sup> *Dolus directus* にあたると言えるとする見解は、例えば Roberta Arnold, “The Mens Rea of Genocide under the Statute of the International Criminal Court” [note 50], pp.140-142); David L. Nersessian, “The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence from the International Criminal Tribunals”, 37 *Tex. Int’l L. J.* 231 (2002), 264-265; Johan D. van der Vyver, “Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide”, 23 *Fordham Int’l L. J.* 286 (1999), 308; Kai Ambos, “Article 25 Individual criminal responsibility”, in Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers’ Notes, Article by Article* [note 86](id.), p.485; William A. Schabas, “Article 6 Genocide”, in Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court – Observers’ Notes, Article by Article* [note 86](id.), p.485 などである。他方、追加的であるジェノサイドの意思も、*dolus directus* だけではなく *dolus eventualis* まで含み得るとした見解は、Otto Triffterer, “Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such” [note 83], pp.403-404; Alexander K. A. Greenwalt, “Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-based Interpretation” [note 50], pp.2287-2288 である。

<sup>88</sup> 「*dolus specialis*」を上表でいう *dolus directus* に近い意味まで持つ言葉として理解した、規則 98 の 2 に関する *Stakić* 第一審決定や *Stakić* 第一審判決も、だからこそ、ジェノサイドの意思のレベルは「*dolus specialis*」である、としたのであろう。なお、そのような「*dolus specialis*」の理解は正しくないと思われる。(21 - 23 ページ参照)

全ての証拠の経験的検討の中から、ジェノサイドの意思の存在・不存在を見出すことの方が重要であることを指摘している。つまり、集団破壊を「目指す」または「目的としている」ことがジェノサイドの意思であるとしても、それを国内法で言う *dolus directus* や「*dolus specialis*」のカテゴリーにそのまま入れて理解しようとするよりも、証拠を検討する中で、そのような意思を犯罪行為者が持っていたことがどのような事柄から証明され得るかを考えることの方が、より建設的なのではないか、ということである。よって、次の節では、この後者の観点に関して、旧ユーゴ法廷の指摘していることをいくつか述べたい。

## 4 . ジェノサイドの意思の証明

### 4 - 1 . 間接的証拠からの推論

犯罪行為者による犯意の明らかな表明が無いことはよくあり、もともと、犯罪行為者の主観的な要素、心の中がどうであったかを決めるのはとても難しい<sup>89</sup>。これはジェノサイド罪に関しても同じことが言え、ルワンダ法廷や旧ユーゴ法廷では犯罪行為者によるジェノサイドの意思の明らかな表明がなくても、事実や状況からジェノサイドの意思を推測することが認められてきた<sup>90</sup>。そして、ジェノサイドの意思の推測を導く事実や状況としては、計画の存在、その地域での残虐行為の規模と一般的性質、その集団の基盤を害するような行為、ある集団に属する人々を組織的・計画的に標的にすること、行為が日常の慣行のように繰り返し行われる性質のものであったこと、被告人の差別的意図、行為、言辞などが挙げられてきた<sup>91</sup>。結局のところ、犯罪行為者がはっきりとジェノサイドの意思を表明していない場合は、これらの間接的な証拠からジェノサイドの意思を推測していくしかないのが実情である。

これに加え、ジェノサイドの意思の立証をさらに難しくしているのは、ジェノサイドの意図は、「特定の意図(*specific intent*)」、「特別の意図(*special intent*)」または「*dolus specialis*」

---

<sup>89</sup> Akayesu Trial Judgement, para.523; Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR-95-1-A, Appeals Chamber, Judgement (Reasons), 1 June 2001 (hereinafter, Kayishema and Ruzindana Appeal Judgement), para.159

<sup>90</sup> 例えば、Akayesu Trial Judgement, para.523; Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, ICTR-95-1-T, Trial Chamber II, Judgement, 21 May 1999, para.93; Kayishema and Ruzindana Appeal Judgement, para.159; Jelisić Appeal Judgement, para.47; Krstić Appeal Judgement, para.34

<sup>91</sup> Prosecutor v. Milomir Stakić, IT-95-24-A, The Prosecution's Appeal Brief, 17 November 2003, paras.2.7, 2.8; Sikirica Rule 98 bis Judgement, paras.45, 46 ( 検察側は、過去の旧ユーゴ法廷とルワンダ法廷の判例から、これらの法廷が今までに挙げてきた、ジェノサイドの意思を導き出し得る事実・状況を網羅的に調べ列挙している。)

として、客観的構成要件とは対応せずに要求されるものなので、集団の全部・一部の破壊が実際に達成されている必要はない、ということである<sup>92</sup>。集団の一部または全部の破壊が実際には未完成のまま終わっている場合や構成員全員が完全に虐殺されたわけではない場合で、犯罪行為者の意思が明白に表明されていない場合は（現実ではそのような場合が多いと思われるが）、その破壊までいっていない状態から集団の一部または全部の破壊が起こり得たであろうことを推測し、さらにそこから犯罪行為者のジェノサイドの意思を推測しなければならない。たとえば Krstić 第一審・第二審判決では、ボスニア系セルビア軍(VRS) (Bosnian Serb Army)がボスニアの Srebrenica で、全ての徴兵可能な年齢のボスニア系ムスリム人男性を殺害する作戦の結果、7000 人から 8000 人のボスニア系ムスリム人男性を虐殺し、他の老人・子供・女性は強制移送により Srebrenica から追い出した事件を扱っている。第一審は、ボスニア・ヘルツェゴビナのボスニア系ムスリム人が条文上の国民的集団(national group)にあたり、Srebrenica のボスニア系ムスリム人が条文でいうその集団の一部にあたるとした上で<sup>93</sup>、そのような「集団の一部」を破壊する意思があったかどうかを検討した。実際に殺害されたのは、「集団の一部」のさらにその中の一部であるボスニア系ムスリム人男性（割合としては Srebrenica のボスニア系ムスリム人人口の五分之一）であったが、第一審は、その殺害の規模・態様、父権社会であるボスニア系ムスリム人の共同体で男性の抹殺が共同体に与える深刻な影響、そして他の老人・子供・女性が強制移送されたことなどを鑑みると、作戦の起案・実行の中心となった人物たちはそのような殺害や強制移送が Srebrenica のムスリム共同体の消滅を導く結果になるであろうことを認識していたとし、そのことと、他のいくつかの事実（ボスニア系ムスリム人の住居やモスクの破壊、集団埋葬による死体の隠蔽など）を総合して、作戦の中心人物たちに「集団の一部を破壊する意思」があったことを推論した<sup>94</sup>。第二審もこの手順を妥当とした<sup>95</sup>。ここで、この推論の際、中心的考慮事項になっているのは、ボスニア系ムスリム人男性殺害の規模や態様と、その殺害が集団破壊を導くであろうという蓋然性、そしてそれを犯罪行為者が認識していたことである。このように、犯罪行為者がジェノサイドの意思を明言しておらず、

---

<sup>92</sup> Krstić Trial Judgement, para.584; Stakić Trial Judgement, para.522; Krstić Appeal Judgement, para.32; Otto Triffterer, “Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such” [note 83], pp.401-403; Drost, The Crime of State, Genocide [note 16], p.82; これに対し、ジェノサイドは集団の一部または全部が実際に破壊されるという結果を要することはしないが、実際の結果の量的規模（例えば虐殺の規模）がジェノサイドの意思を証明する際に重要なファクターとなる、とするものとして、Schabas, “Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina? First Judgments of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia”, 25 Fordham Int’l. L. J. 23 (2001), pp.40-47.

<sup>93</sup> Krstić Trial Judgement, para.560

<sup>94</sup> Krstić Trial Judgement, paras.592-598, esp. para.595

<sup>95</sup> Krstić Appeal Judgement, paras.15-23, 25-38, esp. paras.26-29

集団の全部または一部の破壊にまで完全に到達していない場合には、実際になされた実行行為（殺人などの ICTY 規程 4 条 2 項(a)-(e)の行為）やその他の行為、それに作戦の内容などから、それが集団の全部または一部の破壊という結果を導くといえるかが検討され、そうであるならばそのことを犯罪行為者が認識していたかどうかの問題になり、そのような認識を持って実際の実行行為を行ったのであれば、他の関連する付随的事実（例えば、モスクの破壊、女性・子供の強制移送など）も鑑みた上で、集団の全部または一部を破壊する意思が推測される<sup>96</sup>。ジェノサイドの意思を犯罪行為者が明確に表明していない以上、このような推測の段階を経るほかないのである。

以上から言えることは、ジェノサイドの意思が、たとえ、集団の全部または一部破壊を「目指す」または「目的とする」ことであるとしても、被告人が犯行時に明確に自己の意思を表明していない場合は、犯罪行為者の、客観的構成要件にあたる実行行為（殺人など、ICTY 規程 4 条 2 項(a)-(e)の行為）を行う意思、全体の状況の認識や自己の行為が導く結果の認識と、その他関連する事実から、その犯罪行為者がそのようなジェノサイドの意思を有していたと推論するしかないということである。Krstić 第二審判決は、客観的構成要件である行為（殺人など、ICTY 規程 4 条 2 項(a)-(e)の行為）に関する意思からジェノサイドの意思を推測することの妥当性を確認しており<sup>97</sup>、このことから、集団の全部または一部破壊を「目指す」または「目的とする」こと、と理解されるジェノサイドの意思の実質が窺えよう。その実質とは、客観的構成要件にあたる行為（殺人など、ICTY 規程 4 条 2 項(a)-(e)の行為）の態様とそれを行う意思、その行為が導くであろう集団破壊の結果の認識などから、推論することが可能な意思、ということなのである。

#### 4 - 2 . 全体としてのジェノサイドの意思と被告人自身のジェノサイドの意思の立証の必要性

このほかにもうひとつ、ジェノサイドの意思の立証に関して、推測の段階をさらに増やす要因がある。それは、ジェノサイド罪の適用が問題となるようなケースは、ある程度の人数が関わり、組織的に虐殺行為を行っているケースがほとんどである、ということである。このような場合、裁判にかかっている被告人以外の共犯者が主な実行行為を行っていたり、組織的虐殺の大元の計画者だったりすることもあり、その共犯者の実行行為の結果その他からまずは共犯者のジェノサイドの意思を（上のような手順で）推測し、それからその共犯者と被告人の意思疎通などをもとに被告人がそのジェノサイドの意思をどれだけ

---

<sup>96</sup> Krstić Appeal Judgement, para.35

<sup>97</sup> Krstić Appeal Judgement, para.20: “The proof of the mental state with respect to the commission of the underlying act can serve as evidence from which the fact-finder may draw the further inference that the accused possessed the specific intent to destroy.”

共有していたかが推測されることになる。このように何人も共犯者が関わっている組織的なジェノサイドにおけるジェノサイドの意思の証明の仕方に関して、Krstić 第一審は重要な指摘をした。それは、複数の共犯者が関わるジェノサイドの場合は、犯罪(ジェノサイド)の概念や遂行に関連して必要とされる意思と、被告人自身の個人的な意思を区別する必要があり、その両方の証明が必要である、ということである。第一審は、ある特定の犯罪行為者の意思から離れて、全体の犯罪行為自身の中に集団を全部または一部破壊する意思を見出すことは可能であり、それが証明されてから被告人がそのジェノサイドを遂行する意思を共有していたかどうか立証されるべきである、とした<sup>98</sup>。これは、被告人をジェノサイドの共同犯罪計画(JCE)への参加者として扱う際に必要な考慮事項として示されたのであるが、被告人の犯罪への参加の形態が共同犯罪計画(JCE)への参加者という形で扱われていない判例にもその後踏襲されている。

たとえば、規則 98 の 2 に関する Stakić 決定では、被告人の参加の形態をまだひとつに絞る段階ではなく、提出された証拠から見て合理的事実審判者が合理的疑いを越える程度に、被告人を、共同犯罪計画(JCE)への参加者、共同正犯(co-perpetrator)、幫助犯(aider and abettor)などのどれかにあたるジェノサイドの参加者と見なす可能性があるかどうか(=明らかにどの合理的事実審判者も無罪としないか)を決める段階であった。しかしここでも Krstić 第一審の示した手順は踏襲され<sup>99</sup>、まずはこの事件の扱っているボスニア・ヘルツェゴビナの Prijedor で起こった残虐行為がジェノサイドにあたる可能性があるかどうか、つまりジェノサイドの意思を伴って行われた可能性があるかどうかを、「1992 年に Prijedor でジェノサイドは起こったか」というタイトルの下に検討し<sup>100</sup>、その後被告人 Stakić に関する個人的刑事責任について検討している<sup>101</sup>。

その後の Stakić 第一審判決は、規則 98 の 2 に関する Stakić 決定の時ほど全体におけるジェノサイドの意思と被告人個人の意思を明確に章立てで分けて議論しているわけではない。しかし、被告人を含めたセルビア人リーダーたちが Prijedor の地方議会を占拠し、実現しようとした戦略的目標は、セルビア人を他のボスニア系ムスリム人やボスニア系クロアチア人から分離し、セルビア人のみ自治体をそこに建設することであったことを、裁判部はまず指摘し、そのような目標を Prijedor のムスリム人という「ボスニア系ムスリム人集団の一部」を破壊することによって達成しようとする意思を示す証拠は見受けられないとして、被告人より上のレベルにおいても、被告人と同等レベルの他の共犯者においても、ジェノサイドの意思の存在を否定した<sup>102</sup>。セルビア人と他の民族の分離、セルビア人のみ

---

<sup>98</sup> Krstić Trial Judgement, para.549

<sup>99</sup> Stakić Rule 98 bis Decision, para.18, citing Krstić Trial Judgement, para.549 as guidance

<sup>100</sup> Stakić Rule 98 bis Decision, paras.31-

<sup>101</sup> Stakić Rule 98 bis Decision, paras.36-, esp. paras.69-

<sup>102</sup> Stakić Trial Judgement, paras.547-560

の自治体建設のための戦略の一環として立てられた Omarska 収容所、Keraterm 収容所、Tronopolje 収容所での非人道的措置、レイプ、そして収容者の殺害などは組織的・構造的に行われたものではないし、2万3000人がTronopolje収容所を経て強制移住させられた記録がある一方で、Prijeđorで殺されたムスリム人の数は3000人を超えないように見受けられる、というのがその理由である<sup>103</sup>。そして、このように、セルビア人のみの自治体建設のためにPrijeđorのムスリム人(=集団の一部)を破壊しようとした意思が他の共犯者に見受けられない以上、被告人のジェノサイドの意思もそこから推測することはできない、としている<sup>104</sup>。ここでも基本的には、まず問題となっている残虐行為を全体として見たときに、そこにジェノサイドの意思があったかどうかを見た上で、被告人個人のジェノサイドの意思を検証するというスタンスを取っていると見えよう。ただ、Stakić第一審判決では、前者のジェノサイドの意思自体が立証されていない、と裁判部が判断したのである。

さらに最近のKrstić第二審判決では、検察側が被告人のジェノサイドへの参加の形態を共同犯罪計画(JCE)の参加者として主張したが、第二審裁判部は、幫助犯であったと結論付けた。ここでも、まずはSrebrenicaでジェノサイドがあったか、つまりSrebrenicaで起こった虐殺がジェノサイドの意思を持って行われたかが検討され<sup>105</sup>、その後、被告人がどの程度そのジェノサイドの意思を共有していたかが議論されている<sup>106</sup>。Krstić第二審も、Krstić第一審が示したジェノサイドの意思の二段階の証明を、暗黙のうちに支持していると言えよう。

ちなみに、ある大規模な虐殺において、全体としてのジェノサイドの意思が立証されなくても、それに関わっていた被告人のみが、ジェノサイドの意思を明確に表明していることが理論的にはあり得る。このような場合、そのジェノサイドの意思を言明した人物をジェノサイド罪で裁き得るかどうかについては、学者間にも諸説があり<sup>107</sup>、旧ユーゴ法廷もはっきりした判断を示してはいない。Jelisić第二審では、被告人以外の共犯者にジェノサイドの意思がなかったとした後で、被告人自身の主観を検討し、被告人の言動から、被告人にジェノサイドの意思があったと言える可能性がある、とした<sup>108</sup>。またStakić第一審判

---

<sup>103</sup> Stakić Trial Judgement, para.553

<sup>104</sup> Stakić Trial Judgement, paras.547, 553, 555

<sup>105</sup> Krstić Appeal Judgement, paras.5-

<sup>106</sup> Krstić Appeal Judgement, paras.39-

<sup>107</sup> William A. Schabas, “Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina? First Judgments of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia” [note 92], pp.35-36: ジェノサイド罪の構成要件として、反復的な攻撃パターンなどの文脈的要件が必要とし、一人でジェノサイドを叫んで人殺しをするような “maniac” にジェノサイド罪を適用することは避けるべきであるとする。

<sup>108</sup> Jelisić Appeal Judgement, paras.67, 68 (ただし、被告人がジェノサイド罪以外の罪に関しては有罪の答弁をしていることなどを鑑み、第一審のジェノサイド罪に関する無罪

決も、他の共犯者にジェノサイドの意思が見られない、とすると共に、被告人自身の言辞についても触れ、それがジェノサイドの意思を示すようなものではないことを確認している<sup>109</sup>。よって、ある虐殺行為に、全体としてのジェノサイドの意思が見受けられなくても、被告人自身がジェノサイドの意思を明確に表明したときに、被告人のみにジェノサイド罪が成立する可能性(one-man genocide mission)を、旧ユーゴ法廷は完全に否定したわけではないと言えそうである。ただ、ここでは、被告人がジェノサイドの意思を明確に表明していないときに、どのようにしてジェノサイドの意思を推論し得るか、またジェノサイド罪の共犯としてどこまで裁き得るのか、ということに焦点をあてるので、“one-man genocide mission”の可罰性についてこれ以上踏み込むことはしない。

#### 4 - 3 . 全体としてのジェノサイドの意思と被告人のジェノサイドの意思の関係 ジェノサイドの共犯の主観的構成要件の検討へ

さて、追加的意思であり、その特定された内容の中に差別的要素と集団破壊の要素を特質として持つジェノサイドの意思(=「国民的、民族的、人種的または宗教的集団の全部または一部を破壊する意図」)の存在が、全体としての虐殺行為に関してみとめられたとすると、(被告人自身の意思の言明が無い場合、)その行為への参加者である被告人自身がそのジェノサイドの意思を共有していたかどうか、被告人をジェノサイド罪で裁くためには明らかにされなければならない。旧ユーゴ法廷の判例は、この被告人自身においてジェノサイドの意思が全体と共有されており、従って被告人自身もジェノサイドの意思を有す、ということ、どのような事柄から導き出しているのであろうか。また、たとえジェノサイドの意思が共有されていないとしても、全体としての虐殺行為がジェノサイドであると見なされるのであれば、それに何らかの形で関わり、その実行に貢献するような行為をした者は、ジェノサイド罪の正犯ではなく、二次的刑事責任を伴う幫助犯として処罰することが可能であるかもしれない。旧ユーゴ法廷は、このような処罰をどこまで許容しており、どのような関わり方をした者をジェノサイドの幫助犯としているのであろうか。全体としてのジェノサイドとそれへの参加者である被告人の主観的要素の関係を探るということは、被告人の共犯者としての心理状況(state of mind)を探ることであり、ジェノサイドの共犯の主観的犯罪構成要件について考えることに直に繋がるのである。

##### 4 - 3 - 1 . Krstić 第一審判決と Krstić 第二審判決

旧ユーゴ法廷の判例の中で、これまで(2004年12月現在)全体としてのジェノサイド

---

判決を破棄することはしなかった。)

<sup>109</sup> Stakić Trial Judgement, para.554

の意思の存在が認められたケースは、Krstić 第一審判決、Krstić 第二審判決、つまり Srebrenica での虐殺を扱ったケースしかない。しかし、Krstić 第一審判決、Krstić 第二審判決は、被告人 Krstić がそのジェノサイドの意思を共有していたか否かで意見が分かれており、前者はこれを肯定し、後者はこれを否定した。それに伴い、被告人のジェノサイドへの参加の形態に関しても、この二つの判決は異なった判断を下した。第一審は被告人をジェノサイドの共同犯罪計画(JCE)の参加者としたのに対し、第二審は被告人をジェノサイドの幫助犯として処罰したのである。

この件において、被告人 Krstić は、Srebrenica で行われた一連の軍事作戦を遂行した軍隊に属してはいたが、ムスリム人男性 7000 人から 8000 人の虐殺計画の首謀者ではなく、実際の虐殺にも、直接関わったというよりは、間接的に関わった人物である。なぜなら、被告人自身は虐殺の現場におらず他の戦闘行為を指揮しており、他方で、彼の指揮下の部隊の人員・物資が虐殺を補助するために使われたからである。Krstić 第一審判決は、次の点から、被告人自身のジェノサイドの意思を推測した。1) 被告人は、老人・子供・女性のバスによる移送を組織・監督する中で、男性が分離させられるのも見ており、そのようなムスリム人男性が処刑されていることを知っていた<sup>110</sup>。2) 被告人の統括する Dorina 軍団の人員・物資がムスリム人男性の大量処刑を補助するために使われており、Dorina 軍団の統率力を持つ指揮官として被告人はそれを知っていたはずである。また、その補助は大量処刑の遂行に不可欠であった<sup>111</sup>。3) 被告人が、実際の処刑を遂行していた Main Staff から、処刑に人手が足りないとして援助の要請を受け、人員の派遣に同意している模様が盗聴され、録音されて残っており、その後実際に人員が派遣されていることから、被告人が意識的にムスリム人男性の殺害に参加したと言える<sup>112</sup>。この三点の中でも、3) が特に決定的であったようである<sup>113</sup>。これらのことから、第一審は、ムスリム人男性殺害の意思を被告人が他の犯罪行為者と共有していたと断定し、ムスリム人男性を殺害するという共同犯罪計画(JCE)に参加していたと言える、とした<sup>114</sup>。また、ムスリム人男性殺害が Srebrenica のボスニア系ムスリム人を全滅させる結果になるであろうという場合は、ムスリム人男性殺害の意思が実質上、集団の一部を破壊する意思になるのであり<sup>115</sup>、老人・子供・女性の移送に関して重要な役割を果たしていた被告人は、ムスリム人男性殺害がそのような結果になるであろうと気付いていたはずなので、被告人にもジェノサイドの意思

---

<sup>110</sup> Krstić Trial Judgement, paras.621, 622

<sup>111</sup> Krstić Trial Judgement, paras.623-631

<sup>112</sup> Krstić Trial Judgement, para. 632

<sup>113</sup> Patricia M. Wald, “General Radislav Krstic: A War Crimes Case Study,” 16 Geo. J. Legal Ethics 445 (2003), pp.457-460

<sup>114</sup> Krstić Trial Judgement, para.633

<sup>115</sup> ムスリム人男性殺害が Srebrenica のボスニア系ムスリム人を全滅させる結果になり得ると、どうして言えるのかについては、29 ページ参照

がみとめられる、とした<sup>116</sup>。つまり、ムスリム人男性殺害という客観的構成要件の行為を遂行する意思をまずみとめ、それが集団の一部の破壊という結果を生むことを認識して行われたところから追加的意思であるジェノサイドの意思を推測したのである。なお、第一審は、共同犯罪計画(JCE)の参加者は正犯(共同正犯)と見なし得るとし<sup>117</sup>、被告人がジェノサイドの意思を有し、且つ自己の部下をムスリム人男性殺害のために送るなど不可欠で重要な参加者であったので、正犯として裁かれるべきであるとした<sup>118</sup>。

Krstić 第二審判決は、まず、事実に関して第一審とは判断を異にしている。例えば、被告人 Krstić 指揮下の Dorina 軍団の人員・物資が虐殺の支援に使われたとしても、老人・子供・女性の移送、収容者の処刑場への移送のための車両燃料補給、警備、死体の処理(埋葬)などに使われたことは立証されているが、処刑自体にも Dorina 軍団の人員が直接参加したという十分な証拠は無い、とした<sup>119</sup>。この判断の背景には、軍事専門家が第一審での証言を第二審で修正したことなどもあるようである<sup>120</sup>。また、盗聴の記録に関して、第二審は第一審と異なる解釈をし、その会話だけでは被告人が要請に応じて処刑をもっと迅速にするために人員を送ることに積極的同意を与えているとは言えない、と判断した<sup>121</sup>。その他、ムスリム人男性の虐殺を含む Srebrenica の軍事作戦の中心人物となった Mladić 司令官などとの会議でも、その会議の内容からは被告人がムスリム人男性の処刑計画まで知ることはできなかったとする<sup>122</sup>など、いくつか第一審とは異なる事実判断をし、結論としては、ムスリム人男性の処刑が行われていることを被告人は知っており、その結果として処刑の中心人物だったボスニア系セルビア軍 Main Staff の何人かにジェノサイドの意思があったということを知っていたことはみとめられるが、被告人自身がジェノサイドの意思を持っていたとは言えず、被告人をジェノサイドの正犯として処罰するのは妥当ではない、とした<sup>123</sup>。そして、被告人は、Main Staff のメンバー数人にジェノサイドの意思があることを認識しており、且つ自己の指揮下の Dorina 軍団からの人員・物資の補給が処刑の遂行に不可欠であると知っていたのに、その人員・物資の使用を防ぐことはせず許していて、しかもそうすることが処刑実行に対する重要な貢献になることを認識していた、ということから、被告人をジェノサイドの幫助犯(aider and abettor)として処罰するのが妥当であるとした<sup>124</sup>。

この Krstić 第二審は、表面的には、ジェノサイドの意思が被告人には無いことを理由に、

---

<sup>116</sup> Krstić Trial Judgement, para. 634

<sup>117</sup> Krstić Trial Judgement, para. 642

<sup>118</sup> Krstić Trial Judgement, para. 644

<sup>119</sup> Krstić Appeal Judgement, paras.66-70, 77, 78, 126

<sup>120</sup> Krstić Appeal Judgement, paras.66-70

<sup>121</sup> Krstić Appeal Judgement, paras.74-76, 102-106

<sup>122</sup> Krstić Appeal Judgement, paras.95-98

<sup>123</sup> Krstić Appeal Judgement, paras. 111, 129, 134

<sup>124</sup> Krstić Appeal Judgement, para. 137

被告人の正犯としての地位を否定し、代わりに幫助犯であるように見える。しかし、実は、ジェノサイドの意思だけでなく、ムスリム人男性の殺害を自ら遂行する意思つまりジェノサイドの客観的構成要件に関する（正犯としての）意思も被告人には無かったとの判断が背後にあることを見逃してはならない。ムスリム人男性の殺害が行われていることを知っていて、自己の管轄下の人員や物資がその殺害を容易にするために使われるのを許しており、そのことが殺害をよりやりやすくすることとなったと認識していても、その殺害を自らのイニシアチブで行う意思は被告人にはなかった、というのが第二審の判断である。このことは、ムスリム人男性の虐殺に適用される罪として検察側が主張した、戦争法規・慣例違反としての「殺人」(ICTY 規程 3 条)、人道に対する罪としての「殲滅」と「迫害」(ICTY 規程 5 条)に関しても、共同犯罪計画(JCE)への参加者としてではなく幫助犯として処罰する、としたところにも表れている<sup>125</sup>。特定の意思を犯罪構成要件として要求する「迫害」だけでなく、特定の意思を必要としない「殲滅」や「殺人」に関しても被告人は幫助犯であった、と判断したのである。第二審はこの判断の理由を、被告人のジェノサイド罪への参加の形態に関する第二審自身の判断から推定できるはずであるとして、詳しくは述べていない。被告人は殺人を命令したわけでも、殺人に直接参加したわけでもなく、殺人が起きていたのを知っていて、その殺人をより容易にするために、自己の指揮下の人員・物資を Main Staff が使うことを許した、といことしか立証されていないから、被告人は「殺人」、「殲滅」そして「迫害」の幫助犯である、と短く述べているのみである<sup>126</sup>。

つまり、これらのことから言えるのは、もし第二審の事実判断が第一審の事実判断と変わらず、被告人 Krstić がムスリム人男性処刑遂行の意思、つまりジェノサイドの客観的構成要件にあたる実行行為（殺人など、ICTY 規程 4 条 2 項(a)-(e)にあたる行為）を行う意思を有していたと結論付けていたのであれば、第一審の時と同じように、そこからジェノサイドの意思が推測され、ジェノサイド罪に関しても幫助犯ではなく共同犯罪計画(JCE)の参加者などの正犯として処罰されていたかもしれない、ということである。ここでは、Srebrenica でのムスリム人男性殺害が Srebrenica のムスリム人集団の破壊という結果を導き得るということ、そしてその他の関連する事実などから、その殺害が全体としてジェノサイドにあたり、そこにジェノサイドの意思が存在したことを、第二審裁判部が既に認定している。このような認定がある場合、被告人がその全体としてのジェノサイドの意思の存在を認識しつつ、ムスリム人男性の処刑を自らの意思で遂行していたのであれば、被告人はジェノサイドの意思を持って客観的構成要件にあたる行為を行っていたと言える<sup>126</sup>と推論することが可能であることを、裁判部は直接否定していないのである。

---

<sup>125</sup> Krstić Appeal Judgement, para. 144

<sup>126</sup> Krstić Appeal Judgement, para. 144

全体としてのジェノサイドの意思　つまり集団破壊を「目指す」、または「目的とする」という主観的状态　は、前述したように、客観的構成要件にあたる実行行為（殺人など、ICTY 規程 4 条 2 項(a)-(e)にあたる行為）の規模・態様、その実行行為が導くであろう集団破壊の結果の認識、その他の関連事実（客観的構成要件にはあたらないが、それに伴って行われた行為など）などから証明され得るものである。そのような全体としてのジェノサイドの意思が証明された場合、ある被告人がそのような全体のジェノサイドの意思を認識しつつ、ジェノサイドを構成する実行行為を自らの意思で行うということは、すなわち、その行為が集団破壊の結果につながるという認識があるのみならず、自己の行為が現に起こっているジェノサイドの一部であり、そのジェノサイドの遂行を促進するものとなるということを認識しつつ、その行為を自ら意識的に行うということである。そこから被告人自身にジェノサイドの意思があったと推論することが、まったく不合理だとは言いきれないであろう。Krstić 第一審判決は、それを暗に示しているとも言えよう。Krstić 第二審判決は、被告人 Krstić がジェノサイドの意思を有していたことを否定したが、それは第一審と異なる事実判断を基に、ジェノサイドの意思の前提となるムスリム人男性殺害を自ら遂行する意思（またはそれに自ら参加する意思）自体が被告人にはなかったと結論付けたからであって、上述のような推論自体の妥当性は否定していないのである。

以上のことから言える事は、結局のところ、ジェノサイドの意思の有無やそれとジェノサイドへの参加形態の関係を考える際に重要なのは、ジェノサイドの意思に関する推論の合理性判断の枠組みを作ることだ、ということである。つまり、どのような事項からどのような手順でジェノサイドの意思　旧ユーゴ法廷の判例によれば、集団破壊を「目指す」、または「目的とする」こと、とされる　を推論することが合理的と言えるか、ということを考えることが必要なのであって、ジェノサイドの意思が *dolus directus* レベルのものか、それとも *dolus indirectus / evendulais* レベルのものであり得るかということ云々していても、上記のように、犯罪行為者が集団破壊の結果を認識していることや全体のジェノサイドの意思を認識していることから犯罪行為者自身のジェノサイドの意思を推論することが合理的とされ得る可能性もある以上、ジェノサイドの意思に関する様々な問題は解決しないのである。規則 98 の 2 に関する Sikirica 判決が、意思の程度を *dolus directus* や *dolus indirectus* などと分類する理論をジェノサイドの意思に当てはめるより、証拠の経験的検討をすることの方が、ジェノサイドの意思の有無の判断にとって重要であると述べたのは、まさしくこのことの指摘だとも言える。Krstić 第二審判決も、先に述べたように、ジェノサイドの意思のレベルがそのような分類のなかでどれに当てはまるかを明確にすることは避けつつ議論を展開しているのであるが、それは、そのような意思のレベルを取って決定することより、どのようなジェノサイドの意思の推論が合理的とされ、許容されるのかを考えることの方が必要である、との考慮が根底にあるからではないだろうか。

Krstić 第一審判決と Krstić 第二審判決をしてみると、全体としてのジェノサイドの意思

に関しては、これまでに何回か述べたように、客観的構成要件にあたる実行行為（殺人など、ICTY 規程 4 条 2 項(a)-(e)にあたる行為）の規模や態様、その実行行為が導くであろう集団破壊の結果の認識、そしてその他の関連事実（客観的構成要件にはあたらないが、関連して行われた行為など）からジェノサイドの意思を推論していくことの妥当性が認められた<sup>127</sup>。その中でも、実行行為が集団破壊を招くであろうという事実判断と、そのような集団破壊の結果が認識されていることが、ジェノサイドの意思の存在を示す重要なファクターとなっており、推論の合理性・妥当性を決定付けるものとなっていると言えよう。被告人個人の意思に関していうと、被告人が全体としてのジェノサイドの意思を認識していた場合でも、被告人が客観的構成要件にあたる実行行為を自らの意思で行っていたということが証明されていない場合は、被告人が全体としてのジェノサイドの意思を認識していたことや他の共犯者が行っている実行行為に関して認識していたことから被告人のジェノサイドの意思を推論することは、裁判部が認容する合理的推論の枠を越えてしまうものである、というのが Krstić 第二審判決の意味するところのようである。他方、被告人が客観的構成要件にあたる実行行為を自らの意思で行っていたということが証明されている場合、被告人が全体としてのジェノサイドの意思を認識し、それを通して自己の行為が集団破壊という結果につながるであろうことを認識していたことから被告人自身のジェノサイドの意思を推論する、ということは合理的と認められる推論であり得る可能性を、Krstić 第一審判決は提示している。そして、Krstić 第二審判決は、この可能性までは否定していないのである。

#### 4 - 3 - 2 . ジェノサイドの共犯の主観的構成要件 正犯と幫助犯

旧ユーゴ法廷においては、全体としてのジェノサイドの意思の有無と、犯罪行為者個人のジェノサイドの意思の有無に関して、以上のような推論が、合理的・妥当な推論の枠組みとして示されてきた。さらに、旧ユーゴ法廷の判例が、この双方の推論の枠組みをジェノサイドへの参加形態との関係で議論している内容をまとめると、次のことが明らかになってくる。

上記の手順で、ある残虐行為が全体としてジェノサイドの意思を伴ったものであると推論され、それがジェノサイド罪にあたりと判断された場合で、そこに参加していた被告人が自己の意思を明確に表明していない場合は、その被告人の意思と参加の形態について以下の可能性が考えられる。< 1 > 被告人が、ジェノサイド罪の客観的構成要件にあたる行為(殺人など、ICTY 規程 4 条 2 項(a)-(e)にあたる行為)を行う意思を自分自身では持っておらず、しかし、そのような行為が他の共犯者によって行われていることを認識していて、それが全体としてジェノサイドの意思を伴っていることも認識しつつ、そのような行為を

---

<sup>127</sup> Krstić Appeal Judgement, para.35

実質的に支援する行為を（それが支援することになると知りながら）行った場合、もともと客観的構成要件にあたる行為を行う意思が被告人自身には見受けられないので、被告人個人のジェノサイドの意思の存在もそこから推論することができず、従って被告人は、「殺人」や「殲滅」、「迫害」としての殺人などの幫助犯となるだけでなく、ジェノサイド罪に関しても幫助犯となる。＜2＞他方、被告人が、ジェノサイド罪の客観的構成要件にあたる行為（殺人など、ICTY 規程 4 条 2 項(a)-(e)にあたる行為）を行う意思を自分自身で持っている、それを遂行したが、全体としてのジェノサイドの意思の存在を認識しておらず、よって自己の行為が集団破壊を導くものだという認識もなかったと言える場合は、被告人にジェノサイドの意思がないという点では、＜1＞と似ているが、ジェノサイド罪の幫助犯ではなく、殺人や殲滅の正犯として裁かれることになるであろう<sup>128</sup>。被告人が全体としてのジェノサイドの意思までは認識していなくても、差別的意図だけなら認識していた、という場合は、「迫害」としての殺人に関しても正犯となるだろう。＜3＞そして、被告人が、ジェノサイド罪の客観的構成要件にあたる行為（殺人など、ICTY 規程 4 条 2 項(a)-(e)にあたる行為）を行う意思を自分自身で持っている、且つ全体としてのジェノサイドの意思の存在を認識しており、従って自己の行為が現に起こっているジェノサイドの一部を構成し、集団破壊を導くものとなるという認識を持ちつつ、その客観的構成要件にあたる行為を行ったと言える場合、被告人にはジェノサイドの意思の存在が認められ得ることとなり、それが認められれば被告人はジェノサイド罪の正犯として裁かれることになる可言えよう。

これを、ジェノサイド罪への参加（共犯）のさまざまな形態に関して、ジェノサイドの意思が共有されているべきか、という問題の観点から整理しなおしてみると、旧ユーゴ法廷の提示した内容として、さらに以下のことが言えよう。＜1＞、＜2＞、＜3＞からすると、客観的構成要件にあたる行為（殺人など、ICTY 規程 4 条 2 項(a)-(e)にあたる行為）を行う意思があり、全体としてのジェノサイドの意思の存在を認識していれば、ジェノサイドの意思を持っていること、つまり全体とジェノサイドの意思を他の共犯者と共有していることが推論され、それがジェノサイドの正犯としての処罰を可能にすると可言えよう。なお、上記 Krstić 第一審判決、そして規則 98 の 2 に関する Stakić 第一審決定、Stakić 第一審判決などによると、旧ユーゴ法廷は、共同正犯(co-perpetrator)、そして共同犯罪計画(JCE)の参加者で特に上記(a)のタイプの主観的要素を有するもの<sup>129</sup>が、正犯のカテゴリーに含まれると考えているようである<sup>130</sup>。他方、客観的構成要件にあたる行為（殺人など、ICTY 規

<sup>128</sup> 殺人、殲滅に関する他の客観的構成要件が揃っている場合。（例えば、前者だと武力紛争が、後者だと広範で組織的な攻撃が必要。）

<sup>129</sup> 2 ページ参照

<sup>130</sup> Krstić Trial Judgement, para. 642; Stakić Rule 98 bis Decision, paras.49-51, 68; Stakić Trial Judgement, paras.432, 527, 528: 共同犯罪計画(JCE)の参加者で上記(b)のタイプの主観的要素を有するもの（2 ページ参照）が正犯と呼べるかについては、まだ明確に示されていない。

程 4 条 2 項(a)-(e)にあたる行為)を行う意思がなければ、ジェノサイドの意思もそこから推論することができず、たとえ全体の客観的構成要件にあたる行為を行う意思や、全体のジェノサイドの意思に関する認識があつて、全体の行為を支援しようとする意思があつても、ジェノサイドの意思自体を持っているとはみとめられないので、ジェノサイドの正犯として処罰することはできない。しかし、客観的構成要件にあたる行為を行う意思や、ジェノサイドの意思が他の共犯者には存在するという認識を基に、その客観的構成要件にあたる行為を援助する行為を(それが援助になるとわかつていて)行ったのであれば、ジェノサイドの幫助犯としての処罰は可能である。この意味において、ジェノサイドの意思が被告人自体に存在しなくても、ジェノサイドの幫助犯として裁くことが可能であることを旧ユーゴ法廷の判例は明らかにしたと言えよう。ただ、ここで注意しなければならないことは、この幫助犯としての認定は、被告人自身においてジェノサイドの意思が不存在なだけでなく、客観的構成要件にあたる行為を行う意思も不存在であることから導き出されたものだという点である。被告人において、客観的構成要件にあたる行為を行う意思が存在していれば、そこに全体としてのジェノサイドの意思(他の共犯者のジェノサイドの意思)の認識がプラスされることにより、被告人自身のジェノサイドの意思が推論され得ることになるのであり、被告人はジェノサイド罪の正犯と見なされ得ることになってしまうのである。

これと同じような現象は、差別的意図という「特定の意図」を追加的に要求する犯罪である「迫害」にも見られるようである<sup>131</sup>。つまり、「特定の意図」を要求する犯罪へ参加する共犯者の主観的構成要件における、「特定の意図」の扱われ方が一般にそのようなものであり、「特定の意図」を要求する犯罪のひとつであるジェノサイド罪の共犯に関しても、その「特定の意図」であるジェノサイドの意思が同じように扱われた、と見ることができそうである。Krstić 第二審判決は、幫助犯が自分自身でジェノサイドの意思を有している必要はなく、幫助犯が援助している共犯者のジェノサイドの意思を認識していればよい、ということ裏付けるために、同じく「特定の意図」を要求する犯罪である「迫害」に関する判例を引用しているが<sup>132</sup>、それはそういった背景があるからではないかと思われる。

ジェノサイドに話を戻すと、以上のような旧ユーゴ法廷判例に見られる現象は、ジェノサイドの意思の強さの程度を上記の表<sup>133</sup>でいう *dolus directus* に近いものに限定しようとする議論や、ジェノサイドの意思が分類される「*dolus specialis*」または「特定の意図(*special*

<sup>131</sup> Prosecutor v. Mitar Vasiljević, IT-98-32-A, Judgement, 25 February 2004, paras.115-135: 殺人、非人道的行為などに関して被告人自身の意思があつたことを否定。ただし、被告人は、殺人と非人道的行為を実際に行った他の共犯者が、その行為に関する意思と差別的意図を持っていたことを認識しており、その認識と共にその行為を援助したので、「迫害」としての殺人や非人道的行為の幫助犯になる、とした。

<sup>132</sup> Krstić Appeal Judgement, para.140

<sup>133</sup> 16 ページ参照。

intent)」というカテゴリーにそのような *dolus directus* に近い意味を含ませようとする議論が、ジェノサイドへの参加形態ごとの主観的構成要件を考える上でも、あまり意味をなさないものであることを示している。なぜなら、全体のジェノサイドの意思が証明されている場合、ジェノサイドの意思が *dolus directus* 程度のものかどうかとは関係なく、客観的構成要件にあたる行為(殺人など、ICTY 規程 4 条 2 項(a)-(e)にあたる行為)を行う意思と、全体のジェノサイドの意思の認識、そしてそこから導き出される集団破壊の結果の認識などから、ジェノサイドの意思は推論され得るものであり、そのジェノサイドの意思の存在が認定されたことからある被告人がジェノサイドの正犯として裁かれることになった場合、それは、被告人が集団破壊を *dolus directus* レベルで意図していたという判断の帰結ではなく、そのようなジェノサイドの意思の推論が合理的であるという判断の帰結でしかないからである。そのようなジェノサイドの意思の推論が、裁判官から見て合理的と思われる枠組みを越える場合、被告人におけるジェノサイドの意思が否定され、幫助犯などの適用が考えられることとなる。これも、被告人が、*dolus directus* 未満の程度にしか集団破壊を意識していなかった、という判断がなされたことからくるものではなく、ただ被告人の主観的状态やその他の状況から被告人自身にジェノサイドの意思があったと推論することが合理的でないとの判断に基づくものなのである。これらのことから言える事は、ジェノサイドの共犯者の主観的構成要件を考える際にも、ジェノサイドの意思の推論の合理性という観点からこの問題にあたる方が、ジェノサイドの意思の強さの程度をことさら厳密に限定して分析しようとするより、一貫した理論を導き出せるということであろう。

さて、これまでに示したジェノサイドの意思の捉え方、そしてジェノサイドの共犯の主観的構成要件におけるジェノサイドの意思の扱い方について、ジェノサイドの意思を広く捉えすぎており、ジェノサイド罪の適用範囲を必要以上に広げてしまうのではないか、という批判がなされることも考えられる。ジェノサイド罪は「犯罪の中の犯罪」であり、意図的な集団の破壊という最も凶悪な犯罪なのであるから、そのようなジェノサイド罪の内容を拡大解釈することにより、戦争法、少数民族保護、人権の尊重などに関する事項を際限なくジェノサイド罪という名の下で処罰する結果になってはならず、ジェノサイド罪を注意深く限定して解釈する必要がある、という指摘はよくなされるからである<sup>134</sup>。しかしながら、この、ジェノサイド罪を限定して解釈する要請は、上記のようなジェノサイドの意思の捉え方においても十分に実現されていると言えよう。上にも説明したように、全体

---

<sup>134</sup> Stakić Rule 98 bis Decision, para.22; Stakić Trial Judgement, para.502; Jelisić Appeal Judgement, Partial Dissenting Opinion of Judge Wald, para.2; Schabas, Genocide in International Law [note 2], p.9; Patricia M. Wald, “General Radislav Krstić: A War Crimes Case Study” [note 113], p.462 ; Draft Convention on the Crime of Genocide, prepared by the Secretary-General of the United Nations, UN doc. E/447, 26 June 1947, pp.16,17, 23, 24

としてのジェノサイドの意思の存在を証明する際に、まずは、実際になされたジェノサイドの客観的構成要件となる行為（殺人など、ICTY 規程 4 条 2 項(a)-(e)に挙げられる行為）やその他の行為、作戦の内容などから、それが集団の全部または一部の破壊という結果を導くと言えるかが検討され、その答えが是であれば、そのような認識を犯罪行為者が持っていた場合に、他の関連事実や殺害の規模なども鑑みた上で、ジェノサイドの意思を推論する、ということが行われる。その客観的構成要件にあたる行為その他が、集団破壊を導く結果になると言い得る、ということを実証することは実は相当に困難で、それが最初のとても狭い関門になっているのである。今までのところこの狭い関門を突破したのは、先に述べたように、Krstić 第一審、第二審で扱われた Srebrenica のケースのみである。Prijedor のケースを扱った Stakić 第一審では、そこで行われた行為が、集団を破壊する結果を導き得るものだとは言えず、よってそのような認識があったことも認められないとし、その結果、全体としてのジェノサイドの意思の存在を否定した。被告人がジェノサイドの意思にあたる内容のことを犯罪行為時に明確に表明していない限り、このような全体としてのジェノサイドの意思が証明されなければ、その参加者として訴えられている被告人のジェノサイドの意思を推測することは不可能である。最初にこのような高い敷居があることは、ジェノサイド罪が国民的、民族的、人種的または宗教的集団を集団として保護する目的でジェノサイド条約によって創設され、そうであるからこそ、ジェノサイド罪を特徴付けるジェノサイドの意思の核になる特質として集団破壊の意思がある、ということに由来するものであるとも言えよう。全体の虐殺行為に関して、犯罪行為者の意思の明確な表明がない場合は、犯罪行為者が行おうとしていた実行行為が集団の破壊という結果につながると言えるか、ということを検討するところからしか、犯罪行為者における集団破壊の認識の有無を知ることはできず、その部分を厳しく検討することで、ジェノサイド罪の条文が守ろうとしている法益が侵害されているかどうかをチェックしているのである。

ただし、一旦、犯罪行為者において、自己の行為が集団破壊に至ると言えることに関する認識があった、と明らかにされれば、ジェノサイドの意思の存在は相当に推論されやすくなる。最初の高い敷居が越えられれば、ジェノサイドの意思の存在は、集団破壊という結果の認識と、それに加えて実行行為の規模・態様、その他の関連事実などを鑑みた上で、推論されていくのである。また、全体のジェノサイドの意思の存在が明らかにされれば、共犯者に関しても先に示したような主観的構成要件の推論の手順を踏むことにより、共同正犯、共同犯罪計画(JCE)の参加者、または幫助犯という形でジェノサイドのカテゴリーの下、裁くことが可能になる。このような推論を許容していくことは、たいていの場合沈黙の参加者・協力者が大勢いてこそ可能になる大規模な集団破壊行為を、ジェノサイド罪の適用によって処罰・防止することを可能にしていくことであり、ジェノサイド罪がジェノサイド条約によって創設された目的　つまり集団を集団として破壊する行為を処罰・予防すること　に沿った法の適用・解釈の仕方だと言えよう。ここで重要なのは、客観的

構成要件に関する意思に加え、追加的な意思として、差別的意図と合わせ集団破壊の意思の要素が、犯罪行為者の心の中に存在していることなのであり、その意思の要素がいかに強いかわからない。全体のジェノサイドの意思を認識することを通して、それらの要素を心の中に持って客観的構成要件にあたる行為を行ったのであれば、つまり、その行為が集団破壊を導くと認識しつつ実行したのであれば、集団破壊を「目的とする」または「目指す」行為を行ったものと推論していくことが合理的だと捉えられる可能性は充分あり得るのである<sup>135</sup>。

## 5 . 結論

ICTY 規程や ICTR 規程の中で、ジェノサイド罪に関する条文が他の戦争犯罪や人道に対する罪から独立して挿入されていることからわかるように、ジェノサイド罪は、他の人道に対する罪からも区別される非常に重大な犯罪であると解されてきた。そして、そうであるが故にジェノサイド罪を特徴付けるジェノサイドの意図は、非常に重要な、そして特別な構成要件であるとされてきた。そのような理由から、条文に「国民的、民族的、人種的または宗教的集団の全部または一部を破壊する意図」と明文で表されているこのジェノサイドの意図に関して、この条文の各文言の意味を解釈することによるジェノサイドの意図の内容の明確化は図られてきた。しかしながら、このジェノサイドの意図が、他の犯罪の主観的構成要件と対比してどのような特徴を持ったものなのか、ジェノサイドの意図を他と区別しているのはジェノサイドの意図のどのような性質なのか、そして、ジェノサイドの意図が特別であるが故に特別扱いされなければならないとしたら、どのような扱いをされるべきなのか、ということに関する議論は体系的にはなされてこなかった。これは、ジェノサイドの意図を「特定の意図(specific intent)」、「特別の意図(special intent)」、「*dolus specialis*」などと呼ぶ際に、これらの言葉の意味するところが統一的な形で明確にされてこなかったことにも表れている。たとえば、「特定の意図」を要する犯罪は、「特定の意図」を要しない犯罪とどのように違うのか、ジェノサイド罪と「特定の意図」を要する他の犯罪は同じように扱われるべきなのか、それともジェノサイド罪はさらに特別に扱われるべきなのか、ということが明確にされないまま、ジェノサイドの意図は「特定の意図」と呼ばれてきた。これらのことが系統立てて説明されない限り、ジェノサイド罪の共犯の主観的構成要件を考える際、ジェノサイドの意図をどのように扱えばいいのかという一番最近

---

<sup>135</sup> この点について、共犯者のジェノサイドの意図を認識していることと、共犯者とジェノサイドの意図を共有していることの違いはとて小さく微妙なものである、とする、Judge Shahabuddeen の意見は示唆的である。( Krstić Appeal Judgement, Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, para.38 )

のジェノサイド関連の問題には統一的答えが出てこないのである。

これらの問題に関し、旧ユーゴ法廷での議論とその判決から読み取れるのは、以下のような事柄である。まず、ジェノサイドの意思は、標的とする集団の構成員であるという理由のみで被害者を選ぶ、という差別的な意思と、その標的とする集団を集団として破壊する、という集団破壊の意思、という二つの特質を持つ。また、「特定の意思(specific intent)」、「特別の意思(special intent)」、「dolus specialis」という言葉は、条文で具体的に特定された意思で、犯罪の客観的構成要件に関する意思とは別に、それに付け加えて必要な意思ということの意味する。ジェノサイド罪は、このような「特定の意思」としてジェノサイドの意思を要する犯罪である。「特定の意思」であるジェノサイドの意思の、具体的に特定された内容は「国民的、民族的、人種的または宗教的集団の全部または一部を破壊する意図」であるが、そこには差別的な意思と集団破壊の意思という特質が含まれる。ジェノサイド罪は「特定の意思」を要する犯罪であるということで、既に他の犯罪から区別されているが、この二つの特質のうち集団破壊の意思という特質が、同じく「特定の意思」として差別的な意思を要する犯罪である「迫害」から、ジェノサイド罪をさらに区別されたものとしている。

なお、「特定の意思(specific intent)」、「特別の意思(special intent)」、「dolus specialis」という言葉に、国内刑法でそれらが使われる際の意味を付与してはならない。ジェノサイドの意思は、集団の全部または一部の破壊を「目指す」または「目的とする」意思、つまり上の表でいう *dolus directus* に近い意思であることが必要と言えそうであるが、実際にはそれがどのような事柄から証明されるのか、そしてその際どのような推論をすることが合理的として認容されるのかを検討することの方が重要である。ジェノサイドの意思は、犯罪行為者が言明していない限り、間接的な証拠から推論するしかない。また、ジェノサイドの意思が追加的な意思で、実際の集団破壊の有無は問題とならないため、実際に行われた殺人など客観的構成要件となる行為(ICTY 規程 4 条 2 項(a)-(e)にあたる行為)や、その他の行為、作戦などが集団破壊を導くようなものであったと言えるかを検討し、そう言えるのであれば、そのことを犯罪行為者が認識していたと推測し、その認識と共に客観的構成要件となる行為を行ったのであれば、ジェノサイドの意思 つまり集団破壊を「目指す」意思 を持って行為していたと推論していくことになる。ここでは、犯罪行為者による集団破壊の結果の認識に加え、実際の客観的構成要件となる殺害などの行為の規模・態様や他の客観的構成要件以外の事実なども加味されるが、犯罪行為者における集団破壊という結果の認識は、ジェノサイドの意思の推論が合理的とされるための特に重要な考慮事項である。さらに、虐殺行為が何人もの共犯者により組織的に行われている場合は、まず、全体としてのジェノサイドの意思が上記のような手順で示されなければならない、次にそこへの参加者である被告人がその意思を共有していたかが検討されなければならない。この際、被告人に、客観的構成要件となる行為を行う意思があり、全体としてのジェノサ

イドの意思を認識することを通して、その行為が集団破壊を導くと言えるものであると認識していれば、被告人が全体とジェノサイドの意思を共有していることが推論可能であり、被告人はジェノサイド罪の正犯として裁かれ得ることになる。他方、被告人に客観的構成要件となる行為を行う意思がなく、従って被告人のジェノサイドの意思も推論できないが、他の共犯者のそのような行為を援助する意思はあり、他の共犯者の客観的構成要件に関する意思とジェノサイドの意思を認識しつつ援助を行ったのであれば、そのような被告人はジェノサイドの幫助犯になる。このような正犯と幫助犯における主観的構成要件の扱いは、人道に対する罪の「迫害」にも見られるので、「特定の意思」を要する犯罪においては、共犯に関して、共通して「特定の意思」をこのように扱うと言えそうである。

以上のような旧ユーゴ法廷の判示からもわかるように、全体のジェノサイドの意思の認識や、それを通して自己の実行行為が集団破壊につながるものであるということ認識していることからジェノサイドの意思が推論される可能性のある以上、ジェノサイドの意思の強さの程度（*dolus directus* 程度のものか *dolus indirectus* 以下のものでもあり得るか）を議論することは、あまり意味をなさない。それよりは、ジェノサイドの意思をどのように推論していくことが、合理的・妥当として認容されるのかを検証する方が生産的であり、その観点からジェノサイドの共犯に関する主観的構成要件も議論されるべきなのである。ジェノサイドの共犯者が正犯として参加していたと見なされた場合、それは上記のようなジェノサイドの意思の推論が合理的であるとされたからであって、その共犯者のジェノサイドの意思が *dolus directus* レベルであったという判断が働いたわけではないのである。

ただ、ここで、ジェノサイド罪の立証の敷居を他より高くしているものが、最初の、全体としてのジェノサイドの意思を証明する部分にあるということに注意する必要がある。それは、実際に行われた殺人など客観的構成要件となる行為(ICTY 規程 4 条 2 項(a)-(e)にあたる行為)や、その他の行為、作戦などが集団破壊を導くようなものであったと言えるかを検討する段階であり、これに肯定的な答えが出されること自体稀であって、その結果、犯罪行為者は自己の行為が集団破壊を導くと言えると認識していた、と推論していくことさえとても難しくなるのである。これは、まさしく、ジェノサイドの意思特有の集団破壊の意思、つまり、集団を集団として破壊する意思、集団の存在自体を亡きものにしようとする意思を持っているもののみを、限定してジェノサイド罪の下で処罰しようとすることの表れであり、この意味でジェノサイド罪は他のどの犯罪とも区別された扱いを受けているのだと言えよう。そして、それはまさしく、集団を集団として保護しようとしたジェノサイド条約の趣旨に由来しているのである。

現在(2004 年 12 月)、Stakić ケースが第二審で係争中である。Stakić 第一審は全体としてのジェノサイドの意思の存在を否定し、Prijedor でジェノサイドが起こったこと自体を認めなかった。被告人がジェノサイド罪で裁かれるかどうかは、まず、この全体としてのジェノサイドの意思が合理的な疑いを越えるほどに証明されるかどうかにかかっている。ま

た、共謀共同正犯(JCE)の参加者で上述(b)のような主観的要素を持つもの<sup>136</sup>に関して、ジェノサイドの意思の共有が必要かどうかという問題に関しては、Stakić 第一審が必要であると述べている。ただし、この見解は、ジェノサイドの意思を「dolus specialis」と呼ぶ際に、ジェノサイドの意思の強さの程度までその意味に含める考え方から来ている。もし、他の裁判部に従い、この論稿で述べたような「dolus specialis」そしてジェノサイドの意思の理解をするならば、上訴審（Stakić 第二審）では異なる見解が示される可能性もあると言えよう。

---

<sup>136</sup> 2 ページ参照