

旧ICユーゴスラビア紛争に関するICJジェノサイド 条約適用事件から考えるミャンマーのジェノサイド 疑惑を審理する上での課題

| | |
|-------|---|
| 著者 | 稲角 光恵 |
| 著者別表示 | INAZUMI Mitsue |
| 雑誌名 | 金沢法学 |
| 巻 | 62 |
| 号 | 2 |
| ページ | 93-114 |
| 発行年 | 2020-03-31 |
| URL | http://doi.org/10.24517/00058164 |



旧ユーゴスラビア紛争に関する ICJ ジェノサイド条約適用事件から考えるミャンマーのジェノサイド疑惑を審理する上での課題

稲 角 光 恵

- 1 ミャンマーのジェノサイド容疑について国際責任を追及する動向
 - 1-1) Myanmar FFM によるジェノサイドの認定
 - 1-2) 個人責任の追及
 - 1-3) 国家責任の追及
 - 1-4) ジェノサイドに関する国際責任が認定されるか
- 2 旧ユーゴスラビア地域のジェノサイド罪容疑に関する国際的な司法判断
 - 2-1) 旧ユーゴ国際刑事裁判所 (ICTY) とジェノサイド
 - 2-2) 国際司法裁判所 (ICJ) の旧ユーゴにおけるジェノサイド条約適用事件
 - 2-2-1) ボスニア対セルビア事件 (2007 年)
 - 2-2-2) クロアチア対セルビア事件 (2015 年)
- 3 先例から考える ICJ でミャンマーのジェノサイド疑惑を審理する場合の課題
 - 3-1) ジェノサイド罪の定義の厳格解釈
 - 3-2) ジェノサイド罪は民族浄化とも強制移住とも異なる
 - 3-3) 高い立証基準
 - 3-4) 原告国の負担——当事者適格、訴訟費用、立証責任
 - 3-5) ICTY と同様の貢献は ICC に期待困難
 - 3-6) ジェノサイド罪と人道に対する罪の交錯と ICJ の制限された管轄権

1 ミャンマーのジェノサイド容疑について国際責任を追及する動向

2017 年に 70 万人を超える難民を生み出したミャンマーの事態は、ミャンマー政府によるイスラム教徒の少数民族ロヒンギャ族に対する迫害疑惑を浮上させ、国際社会からの注目を受け対応が求められている。本稿ではミャンマーのジェノサイド疑惑について国際責任——個人の刑事責任と国家の責任の双方——を追及する試みがそれぞれ始動していることを紹介した上で、特に国家責任を追及する国際裁判が直面しうる問題点を指摘する。ミャンマーの事態につ

いて国際裁判に提訴する国はどのような負担を負うのか。はたして国際的裁判機関でミャンマーにジェノサイドについての国家責任が認定されうるのか。これを考えるにあたり、旧ユーゴスラビア領域におけるジェノサイド罪の国家責任を審理した国際判例が先例として何を示唆するのか本稿で明らかにする。

1-1) Myanmar FFM によるジェノサイドの認定

国連の人権理事会が設けた独立の事実調査団（通称 Myanmar FFM）¹は、ミャンマーが実施した「浄化政策」を非難し、ラカイン州（Rakhine）におけるジェノサイドや、ラカイン州とカチン州（Kachin）とシャン州（Shan）にて犯された人道に対する罪と戦争犯罪について、権限ある当局や裁判所が捜査し訴追しうることを保証できるほど十分な情報があるとの報告書を2018年に公表した²。特にジェノサイド（genocide）については後述するように犯罪構成要件の一つである「特別な意図」の立証が必要とされるが、この点、調査団はジェノサイドの意図が存在すると認定したのである³。さらに2019年9月に提出された報告書は、ロヒンギャ族に対する政府の敵対政策や、市民権と民族アイデンティティの継続した否定、法改正の怠慢、ヘイトスピーチの継続、並びに2016年と2017年の「浄化政策」に関する責任が国内で追及されていないこと等を考慮し、国家によるジェノサイドの意図の存在が強く推定されると結論する合理的な根拠があると調査団は述べた⁴。

1 The Independent International Fact-Finding Mission on Myanmar. この調査団は国連人権理事会決議 34/22（2017年3月24日）で設立され、2019年9月に最終報告書の提出により任務完了した。同調査団からの報告書を受けて人権理事会はフォローアップと刑事訴追のための資料準備のための新たな機関として The Independent Investigative Mechanism for Myanmar (IIMM) を設けている。

2 “Report of the independent international fact-finding mission on Myanmar”, UN Doc. A/HRC/39/64, 12 September 2018.

3 *Ibid.*, paras. 85-87.

4 “Report of the independent international fact-finding mission on Myanmar”, UN Doc. A/HRC/42/50, 8 August 2019, para.90.

1-2) 個人責任の追及

調査団は以上のようにミャンマーにおいてジェノサイドが行われたと指摘するとともに、犯罪に関わった者達の処罰を求め、ミャンマー政府に代替して各国及び国際的な刑事裁判機関が管轄権を行使することを奨励した。同報告書は2011年以降に国際法上の犯罪を行った容疑者リストを添付し、ミャンマーにおいて犯された国際法上の犯罪の容疑者に対して加盟国が自国の管轄権を行使して捜査し訴追するよう呼びかけ、「諸国が普遍的管轄権を行使しなければならない」と述べた⁵。

2019年11月13日、アルゼンチンにおいてアウン・サン・スー・チーを含むミャンマーの要人を訴追対象として普遍的管轄権に基づいた訴訟手続が開始された。また、ミャンマーにおいて犯された国際法上の犯罪について個人の刑事責任を追及する動きは国際的な刑事裁判機関でも行われている。重大な国際法上の犯罪について個人の刑事責任を追及する機関である国際刑事裁判所 (International Criminal Court、以下 ICC) は、ミャンマーの事態について ICC 検察官の職権により捜査を開始している。

1-3) 国家責任の追及

ミャンマーの事態については個人の刑事責任のみならず、国家責任を追及する動きもある。前述の国連人権理事会により設立された調査団は、ジェノサイド及び人道に対する罪の禁止と国際人権法及び国際人道法のその他の違反についてミャンマーに国家責任があると声明した⁶。調査団はミャンマーにおいてロヒンギャ族に対するジェノサイドの「意図」が消えていないためジェノサイドが再び生じる重大な危険があると警告し、ミャンマーはジェノサイドを防止し、捜査し、犯罪として処罰するための効果的な立法を講じる義務を果たしていないと非難している⁷。調査団は個人の刑事責任と同時にミャンマーの国家責

5 *Ibid.*, para. 112

6 *Ibid.*, para. 18.

7 *Ibid.*, para. 90.

任の追及も行われるべきとの考えを示し、バングラデシュとガンビアがイスラム協力機構（Organization of Islamic Cooperation）の奨励を受けてミャンマーに対する事件を国際司法裁判所（International Court of Justice、以下 ICJ）に持ち込む試みを行っていることに歓迎の意を表明した⁸。

ガンビアは2019年5月31日のイスラム協力機構のサミットの場でイスラム教徒に対するミャンマーの行為について ICJ への提訴を検討する見解を示していたが、2019年9月26日、国連総会においてミャンマー政府を ICJ に提訴する意向を表明するとともに各国に参加を呼び掛けた。2019年11月11日、ガンビアはミャンマーを相手として ICJ に提訴した。ガンビアは、ミャンマー軍等により2016年10月頃から広範かつ組織的な「浄化政策」がロヒンギャ集団に対して実施され、大量殺人や強姦及びその他の性暴力、並びに住民を住居に閉じ込めて行われた村の焼き討ち等をつうじてジェノサイド行為が行われ、2017年8月以降はより大規模な形で行われたのであり、これらは「ジェノサイド罪の防止及び処罰に関する条約」⁹（以下、ジェノサイド条約）の違反に該当すると主張した。ミャンマーもガンビアもジェノサイド条約の締約国であり、ガンビアは同条約第9条の紛争解決条項に基づき ICJ に訴えたのである。ガンビアは ICJ に対して、ミャンマーがジェノサイド条約第1条、及び第3条(a)から(e)、並びに第4条から第6条の義務に違反していることを宣言し、ジェノサイド条約の順守を求め、ジェノサイドを犯した者の処罰と、被害者に対する補償が行われること等を求めている。

ガンビアはロヒンギャ族を守るために仮保全措置も要請し、ICJ は本案審理に先立ち2019年12月に仮保全措置の命令是非について審理した。ミャンマー側は、アウン・サン・スー・チー国家顧問が仮保全措置に関わる12月10日の口頭弁論に出席し、ミャンマーの行為はロヒンギャ武装勢力のテロ行為への対

8 *Ibid.*, para. 107.

9 The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. 1948年に作成され1951年に発効した。日本は未批准である。

応であり迫害ではないとのこれまでのミャンマーの主張に沿って反論を展開した。

2020年1月23日、ICJはミャンマー領域内にいるロヒンギャ族に対するジェノサイドを防止すること及び本件のジェノサイド疑惑に関連する証拠の破壊を防止し証拠を保全すること、並びに、仮保全措置命令を遵守するためにとったすべての措置について4カ月以内に、かつ6カ月毎に報告書を提出することをミャンマーに命じる仮保全措置を全会一致で決定した。6カ月毎という定期的な報告の提出義務は、ガンビアからの要請内容にはなかったものでありICJが独自に加えた措置である。本案判決が出されるまでは仮保全措置命令が法的拘束力を持つため、ロヒンギャ族に対する将来のジェノサイドの発生が予防され、仮保全措置命令の遵守をICJが見守っていく効果がある。したがって、ミャンマー政府が国民の支持を理由としてロヒンギャ問題は存在しないと否定することやロヒンギャ族の人権を侵害したり待遇を悪化させることがある程度防止されると考えられる。

また、2020年1月の仮保全措置命令は、命令をミャンマーが順守していくのか国際社会が注視していく理由にもなる。大規模な難民流出という危機にも国連安保理が行動せず、国連人権理事会といった人権機関やその他の国際機関でも主権国家であるミャンマーに対して強制するシステムがなかった。ミャンマーはロヒンギャ族に関する問題が国内問題であり、ジェノサイド疑惑についても国内で調査し裁判していく方針である。ミャンマーが国外からの介入を退けている中、法的拘束力のある仮保全措置命令が下されたことは、国際社会がミャンマーにロヒンギャ族の待遇の改善を求めていく足がかりとなることが期待されている。

もちろん仮保全措置は最終判決が出されるまで事態を悪化させないための暫定措置であり、最終的な判決に予断を与えるものではない。今後、本格的な審理に入るが、ロヒンギャ族に対するジェノサイドについて被害国ではないガンビアがミャンマーの責任を裁判に訴える資格があるのか否かという管轄権の間

題や、ジェノサイド罪の要件である「集団を全部又は一部を破壊する意図」をもってミャンマーが犯行したと立証できるかといった最終的な判決に至るまでの争点は残っている。

1-4) ジェノサイドに関する国際責任が認定されるか

メディアでもロヒンギャ族に対してミャンマーがジェノサイドを行ったと非難する声が世界的に報じられていた。被害者達や人権 NGO はミャンマー軍や警察の個々の構成員による暴力行為の刑事責任としてのみではなくミャンマー政府による国際法上の犯罪が国際社会から断罪され、国際社会の監視の下でロヒンギャ族の取扱いが改善されることを求めている。しかし、はたしてミャンマーがジェノサイド罪を犯したと法的に判示されるであろうか。社会的非難と被害者達からの要求がありながらも、旧ユーゴスラビア地域で犯されたジェノサイド罪の容疑に対する法的判断の先例を見るならば、個人の刑事責任又は国家の国際責任のいずれの追及においても、国際法に則った司法判断においてジェノサイド罪が認定されることは極めて難しいことを理解しなければならない。旧ユーゴスラビア地域のジェノサイド罪の容疑が国際的な司法の場でどのように判断されたかが参考とされる。次章で旧ユーゴ紛争中のジェノサイド罪の容疑について国際的な司法機関でどのような判断が下されたのか概括し、第3章でミャンマーの事件が ICJ で審理される場合に直面しうる問題点を挙げる。

2 旧ユーゴスラビア地域のジェノサイド罪容疑に関する国際的な司法判断

1990年代に連邦の崩壊後に生じた武力紛争に伴い旧ユーゴスラビア地域を席卷した「民族浄化」の争いはジェノサイド罪に対する国際社会の関心を呼び起こした。同地域の惨劇への対応として国連安保理による旧ユーゴ国際刑事裁判所 (International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia, 以下 ICTY) の設立が実現し、ICTY はジェノサイド罪に関して幾つかの事件を取り扱った。また、ジェノサイド罪の国家責任を追及する国家間訴訟が ICJ に提訴され判決に

至っている。本章では旧ユーゴスラビア地域のジェノサイド罪の容疑について ICTY と ICJ における司法判断を総括する。

結論を先に述べるならば、結果として ICTY と ICJ の諸判断は一様にジェノサイド罪の立証の難しさを示している。特に ICJ が示したジェノサイド罪の厳格解釈の先例に従うならば、ミャンマーのロヒンギャ族に対する迫害容疑がジェノサイドであるとの世間的な糾弾があれども、法廷において同罪の成立が認定されるためには高い立証基準の壁を超えることが必要とされる。また、個人の刑事処罰を行う ICC においてもミャンマーの事件はジェノサイド罪ではなく人道に対する罪として処理される可能性が高い。ミャンマーの例も含めて世界各地で発生する悲劇的な大規模人権侵害が社会的又は政治的場面においてジェノサイドであるとの非難と糾弾が行われる頻度に比較するならば、ジェノサイド罪の成立が国際的な司法機関において認められた例は極めて限定されているのである。

2-1) 旧ユーゴ国際刑事裁判所 (ICTY) とジェノサイド

国連安保理は決議 827 (1993 年) において、大量虐殺や大規模かつ組織的な女性の拘束や強姦といった暴力が報告され「民族浄化」の実行がある旧ユーゴスラビア地域の状態が国際の平和及び安全に対する脅威を構成するとして国連憲章第 7 章の下で行動し、ICTY を設立したのであった。安保理のこの第 7 章決議に基づき 1993 年に創設された ICTY は 2017 年 12 月 31 日に閉廷するまでの間、幾つかの事件でジェノサイド罪に関する個人の刑事責任を審理した。ICTY でジェノサイドについて初めて有罪判決が下されたクリステッチ事件判決 (Krstic, 2004 年) にはじまり、ポポビッチ他事件判決 (Popovic et al, 2015 年)、トリミル事件判決 (Zdravko Tolimir, 2015 年)、カラジッチ事件判決 (Karadzic, 2016 年)、ムラジッチ事件判決 (Mladic, 2017 年) において、ICTY はジェノサイド罪の容疑について審理し犯罪構成要件等について明らかにしつつ有罪判決を下した。最重要事件と目されていたミロシェビッチ (Milosevic) 元大統領の裁判は公判中に被告人病死のため最終的な判決に至ら

なかったが、セルビア人元指導者のカラジッチと元軍司令官のムラジッチに対してはジェノサイド罪で有罪判決が下された点が ICTY の功績として挙げられる。

本稿の観点から特に言及したいのは、第 1 に、上記のジェノサイド罪に関する判決は ICTY の主要判決として注目されるが、総勢 161 名の起訴を扱った ICTY の事件全体数から見ると、ICTY の他の対象犯罪（戦争犯罪、ジュネーブ諸条約の重大な違反、人道に対する罪）と比較してジェノサイド罪の容疑での起訴は少数にとどまった点である。これは ICTY 検察局が訴訟戦略上、ジェノサイド罪の立証の難しさにより被告人がジェノサイド罪で無罪として釈放される危険性を回避し、より立証が容易である他の犯罪名で起訴する傾向にあったからと考えられる。例えば Jelisić 事件では検察がジェノサイドの特別な意図を十分に立証できていないとの理由で 1999 年の裁判部判決で被告人はジェノサイドについて無罪だが人道に対する罪と戦争犯罪で有罪とされたのであり¹⁰、ジェノサイドの立証の難しさが際立った。ジェノサイド罪で有罪が成立した事件においてもジェノサイド罪の「特別な意図」や共犯や教唆の立証並びに犯罪共同体（Joint Criminal Enterprise）の法理の導入などから ICTY が苦戦していた痕跡が見て取れる。

第 2 に、ICTY ではスレブレニツァ（Srebrenica）地域でジェノサイド罪が犯されたと認定された。スレブレニツァ以外の地域についてジェノサイド罪で起訴された例はあるが、最終的には検察側が十分な立証ができずに有罪判決を得られなかったのである¹¹。そもそも ICTY がジェノサイド罪を対象犯罪に含める形で設立されたことを考えるならば、ICTY 設立前から旧ユーゴスラビア領域

10 *Prosecutor v. Jelisić*, ICTY, Case No. IT-95-10-T, Judgment of 14 December 1999, Trial Chamber I, para. 108.

11 カラジッチ事件とムラジッチ事件ではスレブレニツァ地域外のジェノサイド容疑については立証不十分により無罪とされた。See, *Prosecutor v. Karadžić*, ICTY, Case No. IT-95-5/18-T, Judgment of 24 March 2016. See also, *Prosecutor v. Mladić*, Case No. IT-09-92-T, Judgment of 22 November 2017, Trial Chamber I.

でジェノサイド罪が行われたと国際社会が強く疑っていたことは明らかであるが、それにも関わらず ICTY 設立後の 1995 年 7 月に発生したスレブレニツァの大虐殺がジェノサイド罪として ICTY により認定された唯一の事例であるという事実は、社会的認識と司法判断との大きなギャップを示している。

以上のような状況であったため、ジェノサイド罪の取扱いにおいては、同じく安保理により創設されたアド・ホック国際法廷であるルワンダ国際刑事裁判所 (International Criminal Tribunal for Rwanda) の方が学術的にも注目を集めた。ジェノサイド罪での起訴数に加えて、カンバンダ事件判決 (Kambanda、2000 年) やアカイエス事件判決 (Jean-Paul Akayesu、2001 年) のように初のジェノサイド罪の有罪判決であったり強姦がジェノサイド罪の行為として認定されるなど、ルワンダ国際刑事裁判所が革新的な判断を示したからである。

2-2) 国際司法裁判所 (ICJ) の旧ユーゴにおけるジェノサイド条約適用事件

1990 年代の旧ユーゴスラビア紛争中に犯された大規模人権侵害に関わる国際責任については、前節で述べたように国連安保理により設置された ICTY が個人の刑事責任を裁いたが、ICJ もジェノサイド罪に関わる国家責任について複数の事件を扱った。ICJ は国家間紛争を審理する世界法廷であるが、旧ユーゴ紛争中にジェノサイド罪を犯したとして旧ユーゴスラビア地域の諸国がお互いの国家責任を追及したため、旧ユーゴ紛争に関連するジェノサイド罪について複数の事件が ICJ に持ち込まれたのである。いずれの事件もジェノサイド条約第 9 条を基礎として相手国による同条約の義務違反の認定を求めて提訴されたものであるため、紛争当事国は異なれども「ジェノサイド条約の適用に関する事件」(以下、ジェノサイド条約適用事件) との事件名が付いている。

以下で紹介する旧ユーゴに関する複数のジェノサイド条約適用事件を全体として総括するならば、ジェノサイド罪が認定されたのは唯一スレブレニツァのみであった。そのスレブレニツァの事態についても、ジェノサイド罪を防止する義務を果たさなかったとしてセルビアの国家責任が認定されたが、ジェノサイド罪自体の犯行は国家の行為とは認められなかった。

2-2-1) ボスニア対セルビア事件 (2007 年)

1993年にボスニア・ヘルツェゴビナがセルビア¹²を提訴した「ジェノサイド条約適用事件」では、1996年に先決的抗弁判決¹³が出され2007年に本案判決¹⁴(以下、2007年判決)が下された。2007年判決においてICJはスレブレニツァにおいてジェノサイドが犯されたことを認定したが、犯行は非国家主体によるものでセルビアに帰属しないと判示した¹⁵。同時にICJはセルビアにはジェノサイド罪の防止義務違反と、セルビアがICTYで起訴されたムラジッチをICTYに引渡していないことがジェノサイド条約第6条に基づき協力義務違反であると認定した¹⁶。

2-2-2) クロアチア対セルビア事件 (2015 年)

クロアチアは1991年以降にセルビアが行った住民の強制移動などをジェノサイド条約違反として1999年にICJに提訴し、これに対してセルビアはクロアチアが1995年の軍事活動中にセルビア人に対してジェノサイドを犯した責任があると反訴した。ICJはこのジェノサイド条約適用事件について2008年に先決的抗弁判決を、2015年に本案判決(以下、2015年判決)¹⁷を示した。

12 提訴当初はジェノサイド条約の適用事件の当事国はボスニア・ヘルツェゴビナ対ユーゴスラビアであったが、国名変更のためボスニア・ヘルツェゴビナ対セルビア・モンテネグロとされた。本稿では国名変更前の時点も含めて一貫してセルビアと称することとする。

13 The Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Judgment of 11 July 1996, ICJ Reports 1996.

14 The Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), Judgment of 26 February 2007, ICJ Report 2007 (hereafter, referred as 2007 Judgment).

15 2007 Judgment, *ibid.*, para. 471.

16 ICTYへの協力義務は国連憲章第7章の下でICTYを設置した安保理決議の法的拘束力に由来するものでありジェノサイド条約第6条に由来するというICJの解釈の妥当性は疑問視されている。湯山智之「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)(3・完)」『立命館法学』第342号(2012年)、518頁。

17 Case concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the

2007年判決時と異なり、本件はジェノサイドについて ICTY の有罪判決が先行して存在しない中で ICJ がジェノサイド罪の成立有無の判断を迫られた。結果として 2015 年判決では、クロアチアとセルビアの双方ともジェノサイド罪を犯したとは認定されなかった。ICJ は殺人といったジェノサイド条約第 2 条に列挙されたジェノサイドに該当しうる実質的行為が各地で多々行われていたことを認めたが、ジェノサイド罪の犯罪構成要件の一つである「特別な意図」が立証不十分としてジェノサイド罪の成立を認めなかったのである。ICJ はクロアチア系住民に対してジェノサイド条約第 2 条 (a) 及び (b) に該当する行為は存在したが、それらはジェノサイド罪と性格づけられる「特別な意図」を持って行われたものではないと結論した¹⁸。2007 年判決ではボスニア・ヘルツェゴビナのスレブレニツァでジェノサイドが発生したと認定した上でセルビアにジェノサイドの防止義務違反等が認定されたが、2015 年判決ではクロアチアとセルビアの領域内でジェノサイド罪の発生が認められない以上、ジェノサイド条約上の義務違反についての審理は行われなかったのである。

「特別な意図」を欠くためにジェノサイド罪不成立という結論を導く上では、殺人といった実質的行為が行われたと ICJ が述べる必要は理論的にはなかったとの判例評釈もある。しかし、これは後述するようにジェノサイドの構成要件該当性を審査する手法に従ったものである。また、クロアチア及びセルビアの各地で暴力行為が行われていたことを判決本文で言及したのは両国の被害者達に配慮した結果とも考えられる。そもそも ICJ が 2007 年判決で厳格解釈の姿勢を既に示していたため 2015 年判決が下される以前からジェノサイド罪が認定される可能性は低いと予測されていた。ジェノサイド罪を認定しない点で結論は予測と同じながらも、ICJ がジェノサイド罪は成立しないが実質的行為の存在に言及することによりジェノサイド以外の重大な犯罪と疑われる行

Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Judgment of 3 February 2015, ICJ Reports 2015 (hereafter, referred as 2015 Judgment).

18 2015 Judgment, *ibid.*, para. 440.

為があったことを示唆した¹⁹ 意味に注目したい。ICJ は自らの判断権限がジェノサイド条約の範囲内という制限に服していることを述べた上で、同条約以外の国際的義務の違反に関する責任について予断を与えるものではなく、そのような違反がある場合には紛争当事国はそれらの責任があり、紛争当事国双方がそれら違反の被害者に対して適切な補償を与えるために協力し続けることを奨励すると 2015 年判決で述べた²⁰。本件において ICJ の管轄権の根拠がジェノサイド条約のみである以上、ICJ はジェノサイド条約の解釈と適用についてのみ判断する権限があり、ジェノサイド以外の犯罪の成立有無について判断する権限が与えられていないという限界の中で、ICJ は被害者感情への配慮を行ったものと解される。

3 先例から考える ICJ でミャンマーのジェノサイド疑惑を審理する場合の課題

3-1) ジェノサイド罪の定義の厳格解釈

ジェノサイドは、その犯罪としての重大性について国際社会の意見の一致が見られるが、条約上の概念と世間が一般的に「ジェノサイド」と認識している事象とは往々にしてずれがある点に注意しなければならない。ジェノサイド条約上のジェノサイドの定義（第 2 条）は以下のとおりである。

「この条約では、ジェノサイドとは、国民的、人種的、民族的又は宗教的集団を全部又は一部破壊する意図をもって行われた次の行為のいずれをも意味する。

a 集団構成員を殺すこと。

19 ジェノサイド罪に該当しうる実質的行為が存在したことを明記した多数意見のみならず、個別意見でもジェノサイド罪以外の国際法違反行為に言及されている。例えばキース裁判官は、ICY の諸判決や証拠等に鑑み、本件においてジェノサイド罪の特別な意図の立証に紛争当事国が失敗したとはいえ双方が重大な犯罪を犯したという明確な判断に影響しないと述べた。See, *Separate Opinion of Judge Keith to the 2015 Judgment*, para. 34. See also *Separate Opinion of President Tomka to the 2015 Judgment*, para. 34.

20 2015 Judgment, para. 523.

- b 集団構成員に対して重大な肉体的又は精神的な危害を加えること。
- c 全部又は一部に肉体的破壊をもたらすことを意図した生活条件を集団に対して故意に課すこと。
- 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こと。
- e 集団の児童を他の集団に強制的に移すこと。」

上記定義は一言一句変わることなく ICTY 規程第 4 条 2 項およびルワンダ国際刑事裁判所規程第 2 条 2 項並びに ICC 規程第 6 条にも採用された。この定義において、ジェノサイドには 2 つの構成要件がある。2 つの構成要件とは、①上記 a から e に列挙された実質的行為 (*actus reus*) と、②故意 (*mens rea*)、すなわち「国民的、人種的、民族的又は宗教的集団を全部又は一部破壊する意図」という特別な意図 (*dolus specialis*) である。このようにジェノサイドの構成要件を 2 つに分けて各々の構成要件該当性を審査する手法は国際的刑事裁判機関で用いられており²¹、ICJ もこれを踏襲した。

学術的にもジェノサイドの犯罪構成要件については論争が多い。定義上、ジェノサイドに該当する実質的行為（上記の犯罪構成要件①）は、殺害、重大な身体的又は精神的危害、身体的破壊を目的とした生活条件の賦課、出生阻止、子どもの強制移送という 5 つの行為である。罪刑法定主義に基づくならば a から e に列挙された 5 つの行為以外はジェノサイドに該当しないが、条約上の定義から外れるものも往々にしてジェノサイドとして政治的又は社会的に糾弾されてきた。文化的ジェノサイド²²、経済的ジェノサイド、政治的ジェノサイドなどの主張や多様な拡大説が存在するのである。政治的及び社会的には特定の集団に対する大規模な迫害や差別をジェノサイドとして非難する傾向がある。しかし、旧ユーゴにおけるジェノサイド条約適用事件において ICJ はジェ

21 See for example, *the Prosecutor v. Akayesu*, ICTR, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment of 2 September 1998, para. 498.

22 榎澤幸広「ジェノサイド条約 2 条と文化的ジェノサイド」筑波学院大学紀要第 1 集 (2006 年)、参照。

ノサイドの定義の拡大を認めず厳格な解釈を示した。ICJはジェノサイド条約の起草者が定義に含まなかった点を重視して政治的集団に対するジェノサイドや文化的ジェノサイドを条約上のジェノサイド罪とは認めていない²³。

また、「国民的、人種的、民族的又は宗教的集団を全部又は一部破壊する意図」という「特別な意図 (*dolus specialis*)」(上記の犯罪構成要件②)の解釈についてもICJは厳格な姿勢を示した。2015年判決では集団の「破壊」や集団の「一部」の破壊の意味や意図の証拠が論争となったが、ICJは破壊とは肉体的及び物理的破壊を意味し、集団の一部とは特定の集団の相当な部分でなければならないとの2007年判決で示した解釈を再確認した。この解釈はICTYにて示された解釈²⁴を踏襲したものであり、社会的破壊は対象外とされるのである。

なお、ジェノサイド条約はジェノサイドを犯罪として立法し処罰する義務を締約国に課しているが、国に対してジェノサイドを禁止する明文の条文が存在しない。そのため国がジェノサイドを行わない義務が条約上存在するか争点とされたが、2007年判決でICJはジェノサイド条約が国にジェノサイドを禁止していると解釈した。ジェノサイドの禁止義務の国による違反がICJにおいて認定された例は未だ存在しないが、ミャンマーに禁止義務違反が存在するか否か審理に入る上での義務の根拠条文の問題は旧ユーゴにおけるジェノサイド条約適用事件で解決済みといえる。

3-2) ジェノサイド罪は民族浄化とも強制移住とも異なる

ICJはセルビア系勢力の行為は「大セルビア (Greater Serbia)」から他の住民集団を追い払い排除することが目的であり、集団の全体又は一部を破壊する政策又は意図ではなかった²⁵として、ジェノサイドの「特別な意図」の要件を欠くと判示した。ICJは「民族浄化 (*ethnic cleansings*)」とジェノサイドを区別し

23 2007 Judgment, para 194.

24 例えば、*Prosecutor v. Krstić*, ICTY, Case No. IT-98-33, Judgment of 2 August 2001, para. 577-580.

25 2007 Judgment, para. 190. See also, 2015 Judgment, para. 435.

ており、民族を特定の領域から排斥する要望ではなく、標的の集団を物理的に破壊する意図がジェノサイドの成立要件であると指摘した。さらに「特別な意図」を持たない強制的移住もジェノサイドには該当しないと 2015 年判決は述べている。

このように ICJ は「特別な意図」を厳格解釈した結果、「民族浄化」政策をジェノサイドとみなす社会的な一般評価と異なる結論を下したのであった。ICJ が用いた論法に対しては、「民族浄化」政策に基づく行為をジェノサイドの「特別な意図」が欠如していることの証拠と扱ったと批判する声もある²⁶。ミャンマーの「浄化政策」が立証されたとしても、それはジェノサイドに該当せず、ジェノサイドの「特別な意図」の欠如を示すが故にジェノサイドの不成立によりミャンマーにジェノサイド条約上の義務違反がないとミャンマー側が主張する際の根拠先例として用いられる可能性がある。ミャンマーは ICJ の管轄権を否定し自国はジェノサイド条約に違反していないと主張する姿勢を継続していくことが予想される。ミャンマー政府が設置した独立調査委員会が 2020 年 1 月 20 日に発表した報告書において治安部隊による人権侵害を認めつつジェノサイド罪の意図はなかったとしたのも、ミャンマー政府の訴訟戦略に沿ったものとみられる。

ICTY と ICJ とは異なる解釈を示した国際裁判所もある。ヨーロッパ人権裁判所の *Jorgic v. Germany* 事件²⁷では、ドイツがジェノサイドの定義を広く解釈し社会的単位としての破壊をもたらす「民族浄化」に *Jorgic* が参加したことをジェノサイドで有罪とした点が争点とされたが、ヨーロッパ人権裁判所はドイツが採用した広い定義を肯定した。*Jorgic* 側は肉体的又は物理的破壊に該当しない *Jorgic* の行為をジェノサイドで罰することはヨーロッパ人権条約第 7 条が定める「法律なければ犯罪無し」の原則に反すると主張したが、ヨーロッパ人

26 See, Martin Steinfeld “When Ethnic Cleansing is Not Genocide: A Critical Appraisal of the ICJ’s Ruling in Croatia v. Serbia in Relation to Deportation and Population Transfer” *Leiden Journal of International Law* Vol. 28 No. 4 (2015), pp. 941-944.

27 *Jorgic v. Germany*, Judgment (merits), ECHR, 12 July 2007.

権裁判所は国連総会決議 47/121 などがボスニア・ヘルツェゴビナにおける民族浄化をジェノサイドの一形態としていることを考慮して、ドイツ裁判所が用いた広い解釈はジェノサイド罪の本質と合致しており、ジェノサイドが社会的単位としての集団の破壊を企図した行為を含むという解釈と自らの行為がジェノサイドとして有罪とされる危険性があることは予測可能であったとして、ヨーロッパ人権条約第 7 条違反はないと判示した。このようにヨーロッパ人権裁判所は ICJ と ICTY より柔軟な解釈を諸国が採用することを許容している。

3-3) 高い立証基準

次に ICJ において要求されるジェノサイドに関する国家の義務違反の立証基準の高さが注目される。旧ユーゴにおけるジェノサイド条約適用事件において ICJ は例外的に重大な容疑に関連する主張については決定的な証拠により証明されなければならない²⁸ とした。従来の ICJ における手続よりも高度な立証基準が要求されたとみられるのである。容疑について ICJ が完全に説得される (fully convinced) ほどに明確に証明されなければならないと述べつつ、これが刑事訴訟法上の挙証責任と同一であるかまでは ICJ は言明していない。しかし、後述するように ICJ はジェノサイド罪の成立の有無について ICTY の判断に依存していたことから、高度の蓋然性を超える基準であったと考えられる。無罪の推定の下で個人の刑事責任を合理的な疑いを越える立証基準での挙証責任を負った ICTY の判断に依拠して、国家責任の有無が判断されたのである。今後も ICJ でジェノサイドの禁止義務違反について国家責任を追及する場合には、高度な立証基準を満たす必要が示唆されている。なお、2007 年判決ではジェノサイドの防止義務違反は禁止義務違反ほどの高い立証基準が要求されていないように見受けられる。しかし 2015 年判決はジェノサイドの発生が防止義務の違反有無についての審理の前提条件とした。結局、ジェノサイドに関する

28 See, 2007 Judgment, para. 209, and see also, 2015 Judgment, paras. 178-179. 2007 年判決におけるジェノサイドの証明の基準及び方法に関する問題については、湯山智之「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）(2)」『立命館法学』第 338 号（2011 年 4 月）、420～423 頁、参照。

る国家責任全般について、まず高い立証基準を満たしてジェノサイドの存在を立証する挙証責任が生じるのである。

3-4) 原告国の負担——当事者適格、訴訟費用、立証責任

ICJ 規程第 34 条に基づき国のみが ICJ における争訟事件の当事者となることができる。ミャンマーの事態について被害者のロヒンギャ民族は ICJ に提訴する資格はない。ICJ でミャンマーの国家責任について審理されるためには国家からの付託が必要とされた。ロヒンギャ難民の大量流入により損害を被ったバングラデシュといった隣国の場合には損害賠償の請求を付した提訴とすることも可能であろう。しかし実際に ICJ に提訴したのはガンビアであった。ガンビアがミャンマーが行ったとされる違法行為の被害国の範疇に入るか疑問視される。ミャンマー側から原告国の訴訟当事者適格を争う抗弁が提起されるであろう。ジェノサイド条約の締約国間の問題とはいえ直接的な損害を被っていない国からの提訴を ICJ が許容しうるか、民衆訴訟 (*actio popularis*) の問題も論争とされる可能性がある。

2007 年判決で ICJ の厳格解釈の姿勢が示されたために 2015 年判決が下される前から敗訴する可能性が高いと予測されながらも、クロアチアとセルビアは ICJ での争訟を取り下げることなく最終判決に至るまでの訴訟の手間や費用の負担を甘受した。クロアチアとセルビアの両国とも国内に存在する被害者達の要求と国内政治状況等から提訴の撤回を行えない状況にあったといわれる。ミャンマーをジェノサイド条約違反で ICJ に提訴したガンビアは、同様の負担を覚悟しなければならない。

また、原告国は前節で述べた立証責任を負うことを忘れてはならない。ICJ は警察でも検察でもなく、独自に調査機関を有して事実を積極的に発見していく機関ではない。ICJ は書面及び口頭審問にて原告国と被告国の相方の主張を聞き判断を下す。したがって ICJ では立証責任は国際法違反を主張する国にある。主張を根拠づける十分な資料を提供し弁論を行う国の立証能力が試されるのである。ミャンマーの事態を ICJ が審理するにあたり、証拠の破壊を禁止証

抛保全をミャンマーに命じる仮保全措置命令は出されたが、ミャンマーが自らの違法行為を裏付ける調査や証拠の提出に協力するとは考えられず、提訴する原告国の訴訟能力に依存することとなりかねない。原告側の立証を補助する存在や訴訟費用を支援する存在が求められ、人権 NGO などガンビアを支持する動きが広がっている。また逆に、準備不十分な状態で提訴し立証不十分として「ジェノサイド罪の不成立」が ICJ により判示された場合のマイナス効果や被害者を含めた社会的衝撃は計り知れない。そのため十分な準備が必要とされるのである。

3-5) ICTY と同様の貢献は ICC に期待困難

旧ユーゴのジェノサイド条約適用事件でも相手国の違反を主張する国に立証責任があった点には違いはないが、関係国と ICJ が大いに依存した存在があった。それが ICTY であった。ICTY は旧ユーゴスラビア領域で犯された国際法上の犯罪について捜査し被疑者を訴追し裁判する過程で大量の資料を生み出したのであり、裁判で召喚された証人は 4,650 人、起訴状や判決文は 250 万ページに上ると言われる。ICTY の活動は、訴訟で用いることが可能な証人や物的証拠を明確にして権威ある法的判断を、後に同じ状況について国家責任を審理する ICJ に対して提供する結果となったのである。これらの証拠資料と ICTY の諸判断が大いに参考とされたのであり、ICJ の 2007 年判決及び 2015 年判決の随所で ICTY の判断が参照されたのであった。

また、ICJ が ICTY におけるジェノサイド罪での起訴の欠如を考慮に入れた点は問題がある。ICJ は 2007 年判決で、ジェノサイドが起訴容疑に含まれたという点は重視せず、検察官が起訴にジェノサイド容疑を含まなかったこと又は当初存在した起訴容疑を後に修正したことを重要と考える姿勢を示した²⁹。2015 年判決は、ICTY によるジェノサイドの起訴の欠如がジェノサイドがなかったことの決定的な証拠とみなすことは意図しないと述べつつ、ミロシェビッチ容疑者に対してはボスニア・ヘルツェゴビナでのジェノサイド容疑が起

29 See, 2007 Judgment, para. 217.

訴内容に含まれていたのに対してクロアチアにて生じた紛争に関係する政治的又は軍事的な指導者であった者達の事件においてはジェノサイドが起訴容疑に含まれていないという事実は、より重要な意味を持つと述べていたのである³⁰。しかし、ICTY におけるジェノサイドの起訴容疑の欠如や少なさを重視するのはには問題がある。なぜなら「特別な意図」等、ジェノサイド罪は立証が難しいため、ICTY はジェノサイドでの訴追を回避し、意図を立証する必要のない戦争犯罪や人道に対する罪で起訴し有罪化する訴訟戦略に途中から転じていたと考えられるからである。したがって、旧ユーゴ紛争の特定の時期や地域におけるジェノサイドでの訴追及び有罪判決の欠如はジェノサイドが犯されなかったことを意味するものではない。しかし ICJ は ICTY により認定された証拠及び事実に大いに依拠して判断を行ったのであり、ICTY が当時唯一ジェノサイド罪として有罪判決を下したスレブレニツァ以外の地域については結果として ICJ はジェノサイドと認定しなかったのである。メディアではスレブレニツァ以外の地域についても住民を対象とした暴力や非人道的取扱いや捕虜収容所の映像などが報じられ、旧ユーゴ紛争中に犯された民族浄化政策がジェノサイドとして社会的に認識されていたのであったが、ICJ でジェノサイド罪であると認定されたのはスレブレニツァの事態のみであった。世間一般でのジェノサイドの認識と法的な概念とは必ずしも一致していないのである。

旧ユーゴのジェノサイド条約適用事件で ICJ が ICTY の資料に依存したように、ミャンマーの事態を ICJ が扱うに際して原告国と ICJ に犯罪関連資料を提供しうる主体は存在するであろうか。ミャンマーの事態に関する国際法上の犯罪を ICC の検察が訴追検討していることから、ICC に期待する者もいるであろう。しかし、ICC が期待される役割を果たすことは2つの点で困難であると考えられる。まず第1に、ミャンマーは ICC 非締約国であり、ICC による管轄権の行使に同意していない。そもそも ICC は国連安保理からの事態の付託の場合を例外として、原則として管轄権を行使する前提条件として犯罪行為地国又

30 2015 Judgment, para. 187.

は被疑者の国籍国のいずれかからの同意が必要である。ロヒンギャ族に対する国際法上の犯罪を ICC が審理する上では、本来は犯罪行為地国であり被疑者の国籍国でもあるミャンマーの同意が不可欠である。しかし、ICC は難民が流入したバングラデシュが ICC 締約国であることを根拠として管轄権を成立させることを企図して、ロヒンギャ難民に対する犯罪の疑惑について捜査を開始したのであった。「犯罪行為地国」の概念を広く解釈し、犯罪の成立がバングラデシュで完結したと解したものと考えられる。ICC 検察官はこの解釈の妥当性に関する疑義や管轄権の制限という障害を乗り越えなければならない。第 2 に、ICC はミャンマーの事態についてはジェノサイド罪ではなく人道に対する罪の起訴容疑で審理すると予想される。現時点で ICC は 2017 年にミャンマー及びバングラデシュ領域において ICC 規程第 7 条 1 項 (d) の住民の追放又は強制移送、同項 (h) の民族的又は宗教的根拠に基づく迫害、帰国する権利の侵害を含む同項 (k) の非人道的な行為といった、人道に対する罪の容疑でミャンマーの事件を扱っている。そのため、たとえ将来 ICC がミャンマーの事態に関する事件について長期の公判後に有罪判決を下したとしても、それはジェノサイドに関する判断とはならない可能性が高い。したがって膨大な証拠並びに権威ある事実認定及び法的判断の提供という、旧ユーゴのジェノサイド条約適用事件に対する ICTY の貢献と同様のことを ICC に期待することは難しいのである。

ICJ がミャンマーの事態を審理する場合、国際的な刑事裁判機関によるジェノサイドの有罪判決が先行して存在しない状態で ICJ はジェノサイドが犯されたか否かの判断を迫られるのであるが、2015 年判決で ICJ がジェノサイドの成立を認めなかったことが想起されるのである。この点、ICC に代替して、前述の人権理事会の下でジェノサイドが存在したとの見解を示した調査団の報告書や、調査団を引継ぐために新設された機関が証拠の収集と提供といった点で ICJ と原告国を補助する役割を果たしうるか今後注目される。現に ICJ への訴状や仮保全措置手続において、ガンビアは調査団の報告書を多々引用して主張

を展開している。ただし旧ユーゴのジェノサイド条約適用事件における ICTY からの資料と諸判決の扱いと比較して、非司法的機関により提供される資料と見解を ICJ がどの程度重視するか、ICJ による事実と判断が同様なものとなるかは不明である。

3-6) ジェノサイド罪と人道に対する罪の交錯と ICJ の制限された管轄権

旧ユーゴのジェノサイド条約適用事件において ICJ はジェノサイド以外の国際法に違反する行為が犯されたことを示唆しつつも管轄権の基礎であるジェノサイド条約の範疇外であるその他の犯罪について判断を下すことができなかった。ミャンマーの事態が ICJ に提訴された際もジェノサイド条約が管轄権の基礎とされた。したがって ICJ は同様にジェノサイド以外については審理不能という管轄権の制限を受けている。ICJ の管轄権はジェノサイド条約第 9 条に基づき同条約上の紛争に限定されており、慣習法や強行規範（ユス・コーゲンス）又は対世的義務（エルガ・オムネス）としてのジェノサイドに関する規範についても ICJ での審理対象外とされる。

最後にジェノサイド罪と人道に対する罪との関係について述べたい。ジェノサイドに関するジェノサイド条約のような固有の基本条約が人道に対する罪については未だ存在しないことに注意しなければならない。国連国際法委員会が人道に対する罪に関する国際法規範の法典化を試みているが、人道に対する罪に関する多数国間条約は未だ制定されていないのである。

ジェノサイド罪と人道に対する罪は、双方とも国際法上の犯罪であり、最も重大な犯罪として国際的刑事裁判機関で個人の刑事責任が追及されうる。両罪とも人類の歴史上古くから行われた犯罪であるが、国際法上の犯罪として類型化され始めた歴史は浅く、犯罪類型としては第 2 次世界大戦中に犯された戦争犯罪とともにニュルンベルグ国際裁判と極東裁判における処罰対象として人道に対する罪が先に誕生した。ジェノサイドという犯罪類型が誕生したのは第 2 次世界大戦後に「ジェノサイド」という造語が創造された後である。ジェノサイド条約の制定により、ジェノサイドはニュルンベルグ国際裁判及び極東裁判

の管轄対象とされた人道に対する犯罪の一類型としての扱いから脱した。ジェノサイド条約第1条はジェノサイドが平時又は戦時を問わず国際法上の犯罪であることを明記することにより、戦争犯罪と当時の「人道に対する犯罪」に包含されない新たな犯罪類型を作り出した。ジェノサイド条約は、武力紛争中であるか否かを問わずジェノサイドが犯罪であると宣言したことにより、同罪と武力紛争及び人道に対する罪との連結を切り離し、国際人道法と国際刑事法と国際人権法が交錯する新しい現代国際法の様相の登場を示唆したのであった。

以上のように人道に対する罪とジェノサイドはそれぞれの概念の発展史を見るならば相互に影響し合い、重複する部分がある。ジェノサイドが人道に対する罪に包摂されていたものを新たに犯罪類型化したという犯罪類型の誕生経緯からその類似性がうかがわれるが、人道に対する罪もジェノサイド罪の影響を受けて時代により変化している点も注目される。人道に対する罪の犯罪類型自体が時代とともに変容しており、ジェノサイドの影響を受けて武力紛争との連結が切り離されるようになってきているのである。人道に対する罪がジェノサイドと同様に武力紛争中に犯されるものに限定されない形へと変形した現在においては、ジェノサイドが独自の犯罪類型として存在する意義を有するか疑問を呈する声もある³¹。しかし、固有の基礎条約を持たず各種の国際刑事裁判機関の規程と判例を通じて概念発展を遂げた人道に対する罪とは異なり、基礎とされる多数国間条約としてジェノサイド条約が存在するジェノサイド罪は基盤の強さがある。国家の義務や責任についても定めたジェノサイド条約の存在は明確な国際法根拠を提供しうるのである。ICJでの審理可能性を考える場合、ICJの管轄権の根拠を提供しうる基本条約の有無が大きな違いを生むことに注意しなければならない。

31 William Schabas “The Genocide Convention at Fifty” (Special Report, USIP, Washington DC, 1999), pp. 4-5.