

オマール・ハサン・アフマド・アル・バシル (Mr. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir) に対する検察官の逮捕状請求に関する決定

竹 村 仁 美

国際刑事裁判所予審裁判部I (2009年3月4日)

The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (“Omar Al Bashir”)
Case No. ICC-02/05-01/09

1. 事実の概要

スーダンは、アラブ系住民の多い北部とそれ以外の南部とで南北間の対立状況が続き、アデイス・アベバ協定による停戦合意後「1983年以降の第二次内戦に限って計算しても今日まで20年以上にわたって内戦の状況にあった¹」。この内戦とは別の構図の中、スーダン政府軍とこれに協力するアラブ系民兵組織が反政府武装集団と戦い、多くの文民の犠牲者をも巻き込んだ虐殺・残虐行為をスーダン西部のダルフル地域で繰り返し広げている²。この事態に対し、2004年9月18日に、国際連合（以下、国連）憲章第七章の下で行動する国連安全保障理事会は、決議1564を採択し、ダルフルにおける国際人道法及び国際人権法違反を調査するための報告書を作成するため国連事務総長に対して国際調査委員会（International Commission of Inquiry: ICI）を早急に創設するよう要請した³。これに応じて、国連事務総長により国際調査委員会が速やかに創設さ

1 松隈潤「スーダン・ダルフル危機と人道的援助」西南学院大学法学論集第37巻4号（2005年）247ページ。

2 同上、248ページ；清水奈名子「武力紛争下の文民の保護と国連安全保障体制—ダルフル紛争への対応を中心として—」宇都宮大学国際学部研究論集第26号（2008年）21-32ページ。

3 UN Doc. S/RES/1564 (2004) (18 September 2004) para. 12.

れ、2005年1月25日に国際調査委員会の報告書が国連事務総長に対して提出された。⁴ ダルフール地域の紛争はその凄惨さゆえに、時に「ジェノサイド（集団殺害）」と称されることがあった。この点について、国際調査委員会は、ジェノサイド罪（集団殺害罪）の要件を細かく検討した上で、スーダン政府がジェノサイドの政策を追及していたとはいえない、と結論付けた。⁵ とはいえ、国際調査委員会はスーダン政権に重大な人権侵害や国際人道法の重大な違反に対しての責任がまったくないといったわけではなかった。⁶ 国際調査委員会は、スーダン政府が人道に対する罪について責任を持つかもしれない、と述べた。また、国際調査委員会は、この問題を安全保障理事会によって国際刑事裁判所（The International Criminal Court：以下、ICC）へ付託することを勧告した。⁷

2005年3月31日、国連憲章第七章の下で行動する国連安全保障理事会は、国際刑事裁判所規程第13条(b)に基づき、2002年7月1日以降のスーダン・ダルフールの事態をICCの検察官に付託するため、決議1593を採択した。⁸ 2005年6月1日、検察官はICC規程（国際刑事裁判所規程の別称、ローマ規程ともいう）⁹第53条及び手続証拠規則（the Rules of the Procedure and Evidence）第104条に基づいて、ダルフールの事態について捜査を開始することを予審裁判部Iに通知した。

2008年7月14日、ICCの検察官は、ICC規程第58条1項に基づき、スーダン、ダルフールの事態の捜査に関して、アル・バシール（スーダン大統領）に対する逮捕状を、ICC予審裁判部Iに請求した。逮捕状請求にかかる犯罪の容疑は、

4 Report of the International Commission on Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General (25 January 2005).

5 *ibid* pp. 131-132, para. 518.

6 WA Schabas, 'Genocide, Crimes Against Humanity, and Darfur: The Commission of Inquiry's Findings on Genocide' (2006) 27 *Cardozo Law Review* 1703, 1706.

7 *Supra* note 4, para. 569.

8 UN Doc. S/RES/1593 (2005) (31 March 2005). 日本を含む賛成11カ国、反対0カ国、棄権4カ国（アルジェリア、ブラジル、中国、アメリカ合衆国）。

9 Rome Statute of the International Criminal Court, adopted by the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court on 17 July 1998. UN Doc. A/CONF/183/9, in 37 *ILM* (1998) 999.

2003年3月から2008年7月14日までにダルフールのFur（フル族）、Masalit（マサリート族）、Zaghawa（ザガーワ族）の集団に対して行われたジェノサイド罪、人道に対する罪、戦争犯罪であった。この検察官の逮捕状請求に対して、予審裁判部Iによって下された判断が2008年3月4日の本決定である。¹⁰

2. 予審裁判部の決定

2.1. 逮捕状発行の要件の確認

本件で検察官は、規程第58条に基づいて逮捕状の発行を請求する一方、オマール・アル・バシールが裁判所に出廷しようとしなければ、召喚命令（summons to appear）が実行可能な代案となる、と主張した。¹¹そこで、第一に、逮捕状の発行要件が問題となる。予審裁判部Iは、逮捕状の発行要件として以下の三つの質問が肯定的に答えられねばならないとする。

- ① 裁判所の管轄権にかかる少なくとも一つの犯罪が行われたと信ずるに足る合理的理由が存在するか
- ② オマール・アル・バシールがそのような犯罪に対して、規程に定められた責任の形式を負うと信ずるに足る合理的理由が存在するか
- ③ アル・バシールの逮捕が第58条1項の下で必要であると思われるかどうか。¹²

ICC規程第58条7項によれば、上記①と②の質問が肯定的に答えられる場合であって、第58条1項に基づいて彼の逮捕が必要でないと判断される場合にのみ召喚状を発行することになる。¹³したがって、①と②両方の質問が肯定的に答

10 *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (Omar Al Bashir)*, 'Decision on the Prosecution's Application for a Arrest Warrant against Omar Hassan Al Bashir' (hereinafter *Al-Bashir Arrest Warrant Decision*) Case No. ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I (4 March 2009).

11 *ibid* para. 23.

12 *ibid* para. 28.

13 *ibid* para. 29.

えられると予審裁判部が判断しなかった場合には、予審裁判部は逮捕状も召喚状も発行してはならない。また、予審裁判部が①と②の質問を肯定的に答えられると判断した特定の犯罪について逮捕状や召喚状が発行される。¹⁴

逮捕状の請求を根拠づけるために、どのようなものを裁判部に提示するかどうかの判断は、検察官の裁量に委ねられている。¹⁵したがって、逮捕状の発行の決定は、検察官が逮捕状の請求を根拠付けるために提示したものだけに依拠して下される。¹⁶

2. 2. 管轄権

ICC 規程 (国際刑事裁判所規程) 第19条 1 項は、裁判所にかかるいかなる事件も裁判所の管轄権内のものであることを要請する。場所的管轄 (*ratione loci*) と時間的管轄 (*ratione temporis*) について、予審裁判部は、規程第13条 (b) に基づく2005年 3 月31日の安全保障理事会の付託と規程第53条 1 項に基づく2005年 6 月 1 日の検察官の決定とが、ダルフルの事態の場所的及び時間的範囲を、2002年 7 月 1 日以降のスーダンのダルフル地域 (北ダルフル、南ダルフル、西ダルフルの州を含む) の領土に限定していることを想起する。¹⁷

事項的管轄権 (*ratione materiae*) について、検察官の逮捕状の請求は、2003年 3 月から逮捕状請求の2008年 7 月14日までに、ダルフルの地域において行われた文民に対する違法な攻撃、殺人、絶滅、強姦、拷問、強制移動、略奪を含む行為にかかわるものであった。¹⁸ 検察官によれば、これら行為は、① 2003年 3 月に既に始まっていて尚且つ2008年 7 月までの間続いていたといえるような犯罪行為で、ダルフル地域において国際的性質を有しない武力紛

14 *ibid* para. 31.

15 *ibid* para. 24.

16 *ibid*.

17 *ibid* para. 37.

18 *ibid* para. 38.

争の文脈で行われたものであり、②2003年3月に北部ダルフールのEl Facher (エルファシャ) でオマール・アル・バシールの行ったとされる演説をきっかけにして2008年7月を通じて続いていたような、ダルフールのFur (フル)、Masalit (マサリート)、Zaghawa (ザガーワ) の文民に対して直接に向けられた広範あるいは体系的攻撃の一部であり、③フル、マサリート、ザガーワという集団の主要部分を破壊しようと意図していただけではなく、それらの行為自体が破壊の結果をもたらしていたかあるいは対象となった集団に対する行為に関して少なくとも明白なパターンの一部となっていたといえる場合には¹⁹、とりわけICC規程第6条(a)項、(b)項、(c)項、第7条(1)(a)項、(1)(b)項、(1)(d)項、(1)(f)項、(1)(g)項、第8条(2)(e)(i)項、(2)(e)(v)項に該当し、集団殺害罪(ジェノサイド罪)、人道に対する罪、戦争犯罪を構成する。

人的管轄 (*ratione personae*) について、前提として、ダルフールの事態が規程第13条(b)に基づいて行動する安全保障理事会によって付託されている。したがって、この事件では、規程の締約国の国民でない者が規程の締約国でない国の領域で行った犯罪に対する刑事責任が問題となっているにもかかわらず、本件が裁判所の管轄権に服するものであると予審裁判部は判断した。²⁰

また、オマール・アル・バシールが現職の国家元首の地位を占めていること、いわゆる国家主権免除、国家元首の免責特権の問題について、予審裁判部は以下の理由から、本件に対する裁判所の管轄権の行使に何ら影響を及ぼすことはない²¹と判断している。第一点目に、規程の前文によれば、規程の主要な目的のひとつは国際社会全体の関心であるもっとも重要な犯罪の実行者に対する不処罰を終結させることであり、そのような犯罪は「不処罰にされてはならない」²²。第二点目に、この目的を達成するために規程第27条1項及び2項は次のとおり

19 *ibid* para. 39.

20 *ibid* para. 40.

21 *ibid* para. 41.

22 *ibid* para. 42.

定めている。²³

第27条（公的資格の無関係）

1 この規程は、公的資格に基づくいかなる区別もなく、すべての者についてひとしく適用する。特に、元首、政府の長、政府若しくは議会の一員、選出された代表又は政府職員としての公的資格は、いかなる場合にも個人をこの規程に基づく刑事責任から免れさせるものではなく、また、それ自体が減刑のための理由を構成するものでもない。

2 個人の公的資格に伴う免除又は特別な手続上の規則は、国内法又は国際法のいずれに基づくかを問わず、裁判所が当該個人について管轄権を行使することを妨げない。

第三点目に、裁判所の適用法に関する上訴裁判部の判例によれば、規程第21条(1)(b)項、第21条(1)(c)項に定められるその他の法源は以下の二つの条件が満たされる場合にのみ適用可能である。²⁴ すなわち、①規程、犯罪の構成要件、手続証拠規則の明文規定に欠缺（lacuna）の存在する場合であって、②この欠缺がウィーン条約法条約第31条及び第32条とICC規程第21条3項の定める解釈の適用基準によっても満たされない場合に限られる。²⁵ 第四点目に、安全保障理事会はダルフルの事態を裁判所に付託したことによって、当該事態の捜査及びそれから生ずるいかなる訴追も、規程・構成要件・手続証拠規則が一体として定めている法的フレームワークに従って行われるということを認めてい

23 *ibid* para. 43.

24 *ibid* para. 44 (quoting ‘Judgment on the Prosecutor’s Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I’s 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal’ Situation in the Democratic Republic of Congo, Situation No. 1CC-01/04-168, Appeals Chamber, paras. 22,-24, 32-33 and 39).

25 *ibid*.

るといえるからである。

2. 3. 受理許容性

規程第19条1項は、事件の受理許容性を判断するため、裁判部に対して、裁量的な独自の (*proprio motu*) 権限を認めている。しかし、この点既にも上訴裁判部の2006年7月13日の決定は以下のとおり述べ、裁判部のこうした裁量は例外的な場合にのみ行使されるべきだとしている。本件のように、検察の請求が非公開 (confidential) 及び一方的に (*ex parte*) 行われている場合には、関係者の利益を保護するため、規程第19条1項の裁判部の裁量は、「表面上の理由」あるいは「自明の要素」が裁量の発動を要請する場合にのみ例外的に行行使されるべきである。²⁶ 本件の場合、検察は、本件がスーダンで捜査や訴追の対象となっていないことを強調する以外、受理許容性を問題としていない。²⁷ さらに、検察側の提示する情報によれば、①検察官の請求する犯罪の容疑でオマール・アル・バシールに対する国内の訴訟が行われた、また、行われていた兆候 (indication) はなく、②規程第17条1項(d)に定められる重大性の要件が満たされない兆候もない。²⁸ したがって、裁判部は、この段階ではオマール・アル・バシールに対する事件の受理許容性を判断するため裁量的な独自の (*proprio motu*) 権限を発動することを差し控える。²⁹

2. 4. 戦争犯罪

予審裁判部によれば、検察の請求は大部分でジェノサイド罪の三つの訴因に焦点を当てたものであるけれども、予審裁判部は戦争犯罪と人道に対する罪の申し立てから検討する。³⁰ 検察官の申し立てによると、2003年3月から検察の

26 *ibid* para. 47.

27 *ibid* para. 49.

28 *ibid* para. 50.

29 *ibid* para. 51.

30 *ibid* para. 54.

逮捕状請求のあった2008年7月14日までの間、オマール・アル・バシールは、スーダン人民軍 (the Sudan People Armed Forces)、ジャンジャウィード民兵 (Janjaweed Militia) として知られる主にいわゆるアラブ族から構成される同盟軍、スーダン警官隊 (the Sudan Police Forces)、国家情報安全局 (the National Intelligence and Security Service : 略称NISS)、人道支援委員会 (Humanitarian Aid Commission : 略称HAC) を含むスーダン国家の「機関 (apparatus)」を用いて、規程第8条2項(e)(i)と2項(e)(v)の戦争犯罪に該当する行為をさせた³¹。

第8条2項(e)に規定される罪は非国際的武力紛争の文脈で行われている必要があるため、予審裁判部は非国際的武力紛争の有無を検討する。この点、規程第8条2項(f)が非国際的武力紛争を定義づけている。

第8条2項(f)

(e)の規定は、国際的性質を有しない武力紛争について適用するものとし、暴動、独立の又は散発的な暴力行為その他これらに類する性質の行為等国内における騒乱及び緊張の事態については、適用しない。同規定は、政府当局と組織された武装集団との間又はそのような集団相互の間の長期化した武力紛争がある場合において、国の領域内で生ずるそのような武力紛争について適用する。

ICCの上訴裁判部が既に述べているとおり、非国際的武力紛争というためには、暴力の持続性と激烈さの要件に加えて、ジュネーブ条約第二追加議定書第1条1項に書かれている二つの要件が必要である³²。武装集団が①持続的にかつ協同して軍事行動を行うことができ、この議定書を実施することができるよう

31 *ibid* para. 54.

32 *ibid* para. 59.

な支配を責任のある指揮の下に行っており、②持続的にかつ協同して軍事行動を行うために領域に対して支配を及ぼしているといえなくてはならない。³³ 予審裁判部によれば、第8条2項(f)の定義する非国際的武力紛争が存在するといえるためには、当該武装集団が組織された武装集団であって、長期間にわたって軍事行動を行うことを計画し、実行する能力を持っていたといえなくてはならない。³⁴ 予審裁判部の解釈では、関連武装集団が当該領域に対して支配を及ぼしていたかどうか、長期間にわたって軍事行動を行うことを計画し、実行する能力を持っていたといえるかどうかを決定付ける重要な判断基準である。³⁵

第一に、予審裁判部は、①スーダン解放運動・軍 (the Sudan Liberation Movement/Army : SLM/A) と正義と平等運動 (the Justice and Equality Movement : JEM) とがスーダン政府に対抗する二大勢力であったこと、②それらが2001年から2002年の間に組織されたこと、③2002年に武力を伴う暴力行為に従事し始めた、と信ずるに足りる合理的な理由が存在すると考える。³⁶ 第二に、内部紛争や分裂にかかわらず、少なくとも2003年3月から、スーダン解放運動・軍 (SLM/A) 及び正義と平等運動 (JEM) の双方が規程第8条2項(f)の組織性の要件を充足していたと信ずるに足る合理的理由が存在すると考える。³⁷ 第三に、長期化した持続的軍事活動を遂行する能力についても、予審裁判部は、スーダン解放運動・軍 (SLM/A) 及び正義と平等運動 (JEM) とが、スーダン政府軍に対抗する多くの軍事行動に従事していたと信ずるに足る合理的理由が存在すると考える。³⁸ 第四に、領域の支配の要件について、予審裁判部は、スーダン解放運動・軍 (SLM/A) 及び正義と平等運動 (JEM) が、関係の期間 (the relevant time)、ダルフルの特定地域を支配していたと信ずる

33 *ibid.*

34 *ibid.* para. 60.

35 *ibid.*

36 *ibid.* para. 62.

37 *ibid.*

38 *ibid.* para. 63.

に足る合理的理由が存在する³⁹と考える。結論として、予審裁判部は、スーダン解放運動・軍 (SLM/A) 及び正義と平等運動 (JEM) が規程第8条2項(f)に求められる長期化した持続的軍事活動を遂行する能力を有していたと信ずるに足る合理的理由が存在すると結論付ける⁴⁰。

非国際的武力紛争の存在した期間について、予審裁判部は、2003年3月から少なくとも2008年7月14日までの間、規程第8条2項(f)の意味での長期化した非国際的武力紛争が、ダルフル地域において、スーダン政府とスーダン解放運動・軍 (SLM/A) 及び正義と平等運動 (JEM) といったいくつかの組織された武装集団との間で存在したと信ずるに足る合理的理由が存在すると判断した⁴¹。

さらに、裁判部はダルフル地域において、上述の武力紛争の文脈において及びそれに関連して、検察官の逮捕状請求にかかる特定の不法な攻撃と略奪行為の行われたと信ずるに足る合理的理由が存在すると確認する⁴²。

裁判部は、スーダン政府による反乱軍対策作戦が検察による逮捕状請求のあった2008年7月14日まで継続していたと信ずるに足る合理的理由があると判断する⁴³。このような作戦は、①ダルフルで進行中の武力紛争に関するスーダン解放運動・軍 (SLM/A) 及び正義と平等運動 (JEM) その他の武装集団、②それらの武装集団に支援・援助を提供することで直接的に敵対行為に参加していた個人に対するものに限定されない、と信ずるに足る合理的理由が存在する⁴⁴。つまり、五年近く続いているスーダン政府の反乱軍対策作戦の主要部分は、フル、マサリート、ザガーワに大部分が属するダルフルの文民に対するものであって、スーダン政府からスーダンで継続中の武力紛争において

39 *ibid* para. 64.

40 *ibid* para. 65.

41 *ibid* para. 70.

42 *ibid* para. 71.

43 *ibid* para. 75.

44 *ibid*.

スーダン政府に対立するスーダン解放運動・軍 (SLM/A) 及び正義と平等運動 (JEM) と親しいと認識されているような文民に対する不法な攻撃であった。⁴⁵ 予審裁判部は、エルファシャ空港への2003年4月の攻撃の直後から始まったスーダン政府の反乱軍対策作戦の開始から2008年7月14日に至るまで、規程第8条2項(e)(i)及び同条2項(e)(v)に規定される戦争犯罪が、スーダン政府の反乱軍対策作戦の一環として、スーダン人民軍、ジャンジャウィード民兵 (Janjaweed Militia)、スーダン警官隊、国家情報安全局、人道支援委員会を含むスーダン政府軍によって行われたと信ずるに足る合理的理由が存在すると判断する。⁴⁶

2. 5. 人道に対する罪

ICC規程第7条の下、人道に対する罪は、「広範 (widespread) 又は組織的なもの (systematic) の一部として」行われている必要がある。そこで、検察の逮捕状請求にかかる人道に対する罪がこの文脈的要件 (contextual element) を満たしているかどうか⁴⁷が問題となる。この広範性と組織性の要件について、規程はなんらの定義を置かない。しかし、この点、ICCの予審裁判部がすでに判例で解釈を示している。すなわち、「広範又は組織的なもの」という文言は無作為で単発の (isolated) 暴力行為を除外し、「広範」という用語は攻撃行為及び被害者数の大規模な性質を指し、「組織的なもの」は、暴力行為の組織立った性質と無作為な (ランダム) 発生の起こりそうにないことを指している⁴⁸と解釈されている。

45 *ibid* para. 76.

46 *ibid* para. 78.

47 *ibid* para. 80.

48 *ibid* para. 81. *See The Prosecutor v. Ahmad Muhammad Harun* (“Ahmad Harun”) and *Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman* (“Ali Kushayb”), Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute, Situation in Darfur, Sudan, No. ICC-02/05-01/07-1-Corr., Pre-Trial Chamber I (27 April 2007) para. 62; *The Prosecutor v. Germain Katanga*, Decision on the Evidence and Information Provided by the Prosecution for the Issuance of a Warrant of Arrest for Germain

規程第7条2項(a)は「文民たる住民に対する攻撃」を「そのような攻撃を行うとの国若しくは組織の政策に従い又は当該政策を推進するため、文民たる住民に対して1に掲げる行為を多重的に行うことを含む一連の行為」と定義する。⁴⁹ 予審裁判部は、すでに戦争犯罪の検討において、スーダン政府による反乱軍対策作戦がダルフル地域への不法な攻撃であったと信ずるに足る合理的理由が存在すると述べた。⁵⁰ 予審裁判部は、この攻撃が何十万人もの人々へ影響を及ぼしたゆえに、大規模であり、ダルフル地域の領土の大半で行われたと信ずるに足る合理的理由が存在すると考える。⁵¹ そして、当該攻撃は五年以上もの間続いており、またそれらの暴力行為が同じような形式をとっているため、攻撃が体系的 (systematic) であったと信ずるに足る合理的理由が存在する、と予審裁判部は判断する。⁵²

ICC規程において、第7条1項の下、人道に対する罪に関する「広範又は組織的なもの」の要件は、客観的要件のみにとどまらず、主観的要件をも内包し、犯罪人が当該行為を文民に対する広範又は組織的な攻撃の一環としてあるいはそのような意図で行っているという認識を必要とする。⁵³ つまり、第7条1項は、「そのような攻撃であると認識しつつ行う」という主観的要件をも包摂しているのである。⁵⁴ しかし、既に判例で示されているとおり、こうした認識が、攻撃

Katanga, Situation in the Democratic Republic of the Congo, No. ICC-01/04-01/07-4, Pre-Trial Chamber I (6 July 2007) para. 33; *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathie Ndjigolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, Situation in the Democratic Republic of the Congo, No. ICC-01/04-01/07, Pre-Trial Chamber I (30 September 2008) para. 394.

49 *ibid* para. 82.

50 *ibid* para. 83.

51 *ibid* para. 84.

52 *ibid* para. 85.

53 Elements of Crimes, paragraph 2 of the Introduction to article 7 of the Elements of Crimes.

54 *ibid* para. 86. 人道に対する罪の国際刑事裁判所規程における主観的要件と旧ユーゴスラヴィア国際刑事法廷 (ICTY) 及びブルワンダ国際刑事法廷 (ICTR) の規程・判例との相違について、猪又和奈「刑事国際法における構成要件の考察 (下): 旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所及びブルワンダ国際刑事裁判所規程形成への影響」677-679ページ。

の性質の全体像や国家や組織の詳細な計画又は政策についての認識である必要はなく、文民に対する攻撃が存在することの認識と犯罪者の行為が当該攻撃の一部を構成しているという認識があれば足りるとされている。⁵⁵ 本件では、予審裁判部はこの主観的要件が満たされていると信ずるに足る合理的理由が存在すると、以下の理由から結論付ける。⁵⁶ 第一に、ダルフル地域でのこうした文民への攻撃が、五年以上もの間、少なくとも何十万人もの個人へ影響を及ぼしており、第二に、ダルフル地域の文民に対するスーダン政府軍の広範及び組織的な攻撃の存在に言及している多くの国連の報告書、いくつかの安全保障理事会決議、国連の調査委員会の報告書が関係の期間内に出版されており、広く公表されていたからである。⁵⁷ したがって、予審裁判部は規程第7条1項の人道に対する罪の文脈的要件が満たされていると信ずるに足る合理的理由が存在すると結論付ける。⁵⁸

次に、予審裁判部は裁判所の管轄権内にある少なくとも一つの人道に対する罪の特別要件が満たされると信ずるに足る合理的理由が存在するかどうか検討する。第一に、裁判部は、当該期間に武力紛争が存在していたことを考えると、次の二つの分類の個人の殺人については、国際人道法の違反を生じさせないので、不法 (unlawful) とは言えないと判断した。⁵⁹ こうして、予審裁判部によって、その殺人が不法であると判断されなかった個人の二分類とは、①ダルフル地域で継続中の武力紛争においてスーダン政府に反対するスーダン解放運動・軍 (SLM/A) 及び正義と平等運動 (JEM) その他の武装集団、②その他の個人であって、それらの武装集団の構成員ではないにもかかわらず、敵対行為に参加していたと考えられるほどそれらの集団のうちのいずれかを支援して

55 *ibid* para. 87.

56 *ibid* para. 88.

57 *ibid*.

58 *ibid* para. 89.

59 *ibid* para. 92.

いた者、である。⁶⁰さらに、多数意見は、スーダン軍が、主にフル、マサリート、ザガーワの居住する町と村の井戸と送水ポンプを度々汚染していると信ずるに足る合理的理由について、存在すると判断する一方で、このような汚染はスーダン軍の攻撃の基本的な特徴となっていたと信ずるに足る合理的理由は存在しないと判断した。⁶¹しかしながら、予審裁判部は検察官の提出する資料に基づき、2003年4月のエルファシャ空港への攻撃の直後に開始したスーダンの反乱軍対策から2008年7月14日までの間に、ダルフル地域全土で、主にフル、マサリート、ザガーワに属する何千人もの文民が殺人行為の被害を受けていたと信ずるに足る合理的理由が存在すると結論付ける。⁶²

検察は、人道に対する罪の殺人に関する証拠が、ダルフル地域で関係期間にスーダン政府により、フル、マサリート、ザガーワの文民に対して絶滅行為を犯したと信ずるに足る合理的理由を提供すると主張した。⁶³この点、予審裁判部は、ICCの構成要件の絶滅の罪に関する規定が、「文民の構成員を大量殺害することの一部として殺人を行っていること」を要件としていることを強調する。⁶⁴この要件は、旧ユーゴ国際刑事法廷（以下、ICTY）⁶⁵及びルワンダ国際刑事法廷（以下、ICTR）⁶⁶の判例で示された絶滅の罪の解釈と一致する。⁶⁷絶滅の罪について、予審裁判部は、2004年3月9日かあるいはその辺りの日にカ

60 *ibid.*

61 *ibid.* para. 93.

62 *ibid.* para. 94.

63 *ibid.* para. 95.

64 *ibid.* para. 96.

65 The International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. *See* United Nations Security Council Resolution 808 (27 February 1993); Resolution 827 (25 May 1993).

66 The International Criminal Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Genocide and Other Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Rwanda and Rwandan Citizens Responsible for Genocide and Other Such Violations Committed in the Territory of Neighbouring States between 1 January 1994 and 31 December 1994. *See* United Nations Security Council Resolution 955 (8 November 1994).

67 *ibid.*

イレク (Kailek) の町での攻撃に関して千人以上の住民が殺害されたように、関係の期間にダルフル地域で、絶滅行為がスーダン政府によって主にフル、マサリート、ザガーワ出身の文民に対して行われたと信ずるに足る合理的理由が存在すると判断した。⁶⁸

また、強制移送についても、予審裁判部は以下の通り認定した。すなわち、2003年4月のエルファシャ空港への攻撃から2008年7月14日までの間に、ダルフル地域全土で、主にフル、マサリート、ザガーワの集団に属する何十万もの文民がスーダン政府の強制移送行為の対象となったと信ずるに足る合理的理由があると結論付けた。⁶⁹そして、予審裁判部は、スーダン政府軍がその地域に、その他の部族の構成員が住むようしばしば奨励していたと信ずるに足る合理的理由が存在するとも判断した。⁷⁰

拷問について、予審裁判部は、2003年4月のエルファシャ空港への攻撃から2008年7月14日までの間に、ダルフル地域で、主にフル、マサリート、ザガーワの集団に属する文民がスーダン政府軍の拷問行為の対象となったと信ずるに足る合理的理由があると判断した。⁷¹また、強姦についても、予審裁判部は、2003年4月のエルファシャ空港への攻撃から2008年7月14日までの間に、ダルフル地域で、主にフル、マサリート、ザガーワの集団に属する何千人もの文民の女性がスーダン政府軍による強姦の対象となったと信ずるに足る合理的理由が存在すると結論付ける。⁷²

したがって、予審裁判部は2003年4月のエルファシャ空港への襲撃直後から2008年7月14日に至るまでに、スーダン人民軍、その同盟であるジャンジャウィード民兵 (Janjaweed Militia)、スーダン警官隊、国家情報安全局、人道支援委員会を含むスーダン政府軍がICC 規程第7条1項(a)(b)(d)(f)(g)に規

68 ibid para. 97.

69 ibid para. 100.

70 ibid para. 101.

71 ibid para. 104.

72 ibid para. 108.

定される殺人、絶滅させる行為、強制移送、強姦という人道に対する罪を行ったと信ずるに足る合理的理由が存在すると認定した。⁷³それらの行為は、ダルフル地域全土において行われ、スーダン政府によって、ダルフル地域で継続する武力紛争においてスーダン政府軍に反対するスーダン解放運動・軍(SLM/A)及び正義と平等運動(JEM)その他の武装集団と密接に関連がある、と認識された(大部分がフル、マサリート、ザガーワの集団に属する)ダルフルの文民に対して、不法な攻撃を行うという反乱軍対策作戦の主要部分としてのスーダン政府の政策にしたがって行われていた。⁷⁴

2.6. ジェノサイド罪(集団殺害罪)

検察は、オマール・アル・バシルが、①フル、マサリート、ザガーワの民族的な集団を殺害すること(規程第6条(a)、訴因1)、②フル、マサリート、ザガーワの民族的な集団の構成員の身体又は精神に重大な害を与えること(規程第6条(b)、訴因2)、③フル、マサリート、ザガーワの民族的な集団に対し、身体的破壊をもたらすことを意図した生活条件を故意に課すること(規程第6条(c)、訴因3)について、規程第25条3項(a)に基づきジェノサイド罪に対する刑事責任を有すると信ずるに足る合理的理由があると主張する。⁷⁵しかしながら、検察は、オマール・アル・バシルのジェノサイド罪に関する責任についての直接的な証拠を持たない。⁷⁶したがって、検察によるジェノサイド罪に関する申し立ては、事件の事実から導かれる推論のみに基づいている。⁷⁷

多数意見によると、検察は、フル、マサリート、ザガーワという三つの集団がジェノサイド罪の対象となったと主張しているのであるから、ジェノサイド罪の趣旨が特定集団あるいは人民の保護にあるということを考えると、検察

73 *ibid* para. 109.

74 *ibid*.

75 *ibid* para. 110.

76 *ibid* para. 111.

77 *ibid*.

は訴因を集団ごとに分けて詳述すべきであった。⁷⁸しかし、この点、検察の逮捕状請求は、容疑の基礎となる事実について、対象となった三つの集団それぞれについて個別の分析を行っているので、多数意見はジェノサイド罪に関する検察の申し立てにつき検討する。⁷⁹

多数意見は、まずジェノサイド罪の文脈的要件を検討する。1948年のジェノサイド条約（集団殺害罪の防止及び処罰に関する条約）の第2条はジェノサイド罪について明文でいかなる文脈的要件をも課すことはしていない。⁸⁰ICTY規程第4条とICTR規程第2条はジェノサイドの定義についてジェノサイド条約第2条と同様の定義を採用している。⁸¹ICTYとICTRの判例法は、この定義をジェノサイドの政策（policy）や計画（plan）といったいかなる文脈的要件も排除するものと解釈している。⁸²したがって、ICTYとICTRの判例法によれば、ジェノサイド罪は以下の場合にも成立すると考えられる。すなわち、個人の属した集団の全部又は一部を破壊する意図をもって、一個人に、特に殺害又は身体に重大な害を与えることでジェノサイド罪が成立する。⁸³そして、ICTYとICTRの判例法によれば、ジェノサイド罪を定義する刑罰法規によって集団へと与えられる保護は、集団の全部又は一部を破壊する意図の存在に依存する。⁸⁴

多数意見によれば、犯罪の構成要件に関する文書（the Elements of Crimes）の定める文脈的要件に従って、容疑者が責任を負うとされる行為は、対象となる集団に対して向けられた同様の行為の明白なパターンの文脈で執り行われていないとならない（in the context of a manifest pattern）。あるいは、集団の全部または一部に対し破壊する効果をもたらすような性質を持って

78 *ibid* para. 115.

79 *ibid* para. 116.

80 *ibid* para. 117.

81 *ibid* para. 118.

82 *ibid* para. 119.

83 *ibid* para. 119.

84 *ibid* para. 120.

いなくてはならない。⁸⁵ 犯罪の構成要件に関する文書中に規定される文脈的要件において、ジェノサイド罪は、関係行為が集団（の一部）の存在に対する具体的（concrete）脅威となった場合にのみ成立する。⁸⁶ 多数意見は、この文脈的要件が認められるべきかについては学説上争いがあると認識している。⁸⁷ この点、規程第21条1項(a)によれば、適用法として、裁判所は、第一に、ICC規程、犯罪の構成要件に関する文書及び手続及び証拠に関する規則を適用せねばならない。⁸⁸ 既にICCの判例で示されているとおり、規程第21条1項(b)及び(c)に定められる法源の適用は、①ICC規程、犯罪の構成要件に関する文書及び手続及び証拠に関する規則に表れる成文法に欠缺の存在する場合であって、②その欠缺がウィーン条約法条約第31条及び第32条、規程第21条第3項に定められた基準の適用によっても克服されない場合、という二つの条件の満たされた場合にしか認められない。⁸⁹ こうした場合に、構成要件における犯罪の定義は「現行の又は発展する国際法の規則を制限し、又はその適用を妨げるものと解してはならない」と定める規程第10条が有意義なものとなる。結論として、犯罪の構成要件に関する文書と手続及び証拠に関する規則は、これらの文書相互間に解決不能な矛盾がなく、さらにそれらの文書とICC規程との間に矛盾がない場合に、適用されることになる。⁹⁰ したがって、解決しがたい矛盾が生ずる場合には、常に規程に含まれる定めが優先する。⁹¹

本件について、多数意見は、規程第6条に定められるジェノサイド罪の定義とジェノサイド罪に関して犯罪の構成要件に関する文書に定められた文脈的要件との間にいかなる解決しがたい矛盾も見出せない。むしろ、多数意見によれば、ジェノサイド罪の成立に集団（の一部）の存在に対する現実的（actual）

85 *ibid* para. 123.

86 *ibid* para. 124.

87 *ibid* para. 125.

88 *ibid* para. 126.

89 *ibid*; ICC-01/04-01/07-717, para.64; ICC-01/04-01/06-803-tEN, para. 69.

90 *ibid* para. 128.

91 *ibid*.

脅威を要件とするジェノサイド罪の定義は、ジェノサイド罪を「犯罪中の犯罪 (crime of the crimes)」とみなす伝統的な考えと合致する。⁹²

上述の文脈の要件に加えて、ICC 規程第 6 条のジェノサイド罪の定義から、ジェノサイド罪について次の二つの要件が導かれる。⁹³ 第一に、被害者が特定の国民的、民族的、人種的又は宗教的な集団に属していなければならない。第二に、犯罪者は集団の全部又は一部を破壊する意図を有している必要がある。

第一の要件について、多数意見は、ジェノサイド罪（集団殺害罪）の対象となったフル、マサリート、ザガーワの集団に国民的、人種的、宗教的な弁別的特長があったと信ずるに足る合理的理由が存在しないと判断した。⁹⁴ これら三つの集団の構成員は、スーダン国籍を有し、同様の人種的特長を有し、イスラム教を共に信じているようである。⁹⁵ そこで、これらの集団にそれぞれ民族的特長があるかどうかの問題となる。多数意見によれば、フル、マサリート、ザガーワの集団は、それぞれに言語、部族習慣、土地への伝統的関連性を持っているので、これらの集団は民族的特長をそれぞれ持っているに足る合理的理由が存在する。⁹⁶

ジェノサイド罪の第二の要件、主観的要件について、多数意見によれば、これは規程第30条に定められる一般的な意図と認識の要素に付加される主観的要素である。⁹⁷ この要件は通常、特別故意 (*dolus specialis*) 又は特別意図 (specific intent) と呼ばれ、ジェノサイドの行為が集団の全部又は一部を破壊する意図をもって行われることを要請する。⁹⁸ これに関連して、多数意見は、近時の国際司法裁判所 (the International Court of Justice: 以下、ICJ) の判例であるジェ

92 *ibid* para. 133.

93 *ibid* para. 134.

94 *ibid* para. 136.

95 *ibid* para. 136.

96 *ibid* para. 137.

97 *ibid* para. 138.

98 *ibid*.

ノサイド事件判決のジェノサイド罪の特別故意への言及を引用した。⁹⁹ 特別故意を厳密に解釈すると、ICJの判例が示したように、一般に、民族浄化 (ethnic cleansing) として知られる単に集団を解消、駆逐しようとする行為と、ジェノサイド罪という集団を物理的に破壊することとは、区別されねばならないことになる。¹⁰⁰ しかしながら、通常は人道に対する罪に匹敵する民族浄化の行為も、ICC規程第6条や犯罪の構成要件に関する文書に定められるジェノサイド罪の客観的要件を構成する場合であって、且つ集団の全部又は一部を破壊する意図をもって行われている場合には、ジェノサイド罪を成立させる。¹⁰¹ 集団の「一部」の解釈について、多数意見は、ICTYとICTR判例を解析したICJの判決を引用している。¹⁰²

次に、予審裁判部は、スーダン政府のジェノサイド罪の意図に関して、ICC規程第58条の証明基準へ推論的証拠 (proof by inference) に関する法を適用することについて検討する。多数意見は、予審段階に適用される推論的証拠の法に関する検察の主張に同意する。¹⁰³ 多数意見によれば、そうした検察の主張は、推論的証拠の法に関するICTY及びICTRの判例法、国際人権基準、「疑わしきは被告人の利益に」の解釈の一般原則を包摂した規程第22条2項に合致する。¹⁰⁴ 推論的証拠の法を規程第58条の証明の基準へ適用するに当たり、検察官が主張するように、検察官の逮捕状の請求の裏付けとして検察官により提出された判断材料から、フール、マサリート、ザガーワの集団の全部又は一部を破壊する意図がスーダン政府に存在すると信ずるに足る合理的基礎があると判断できる場合にしか、証明の基準を満たさない、と多数意見は考える。¹⁰⁵ つまり、そ

99 *ibid* para. 140; The International Court of Justice, *The Application of the Genocide Convention Case* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment (hereinafter, Genocide Judgment) (26 February 2007) para. 187.

100 *ibid* para. 144; *Genocide Judgment* (n 99) para. 190.

101 *ibid* para. 145.

102 *ibid* para. 146.

103 *ibid* para. 156.

104 *ibid*.

105 *ibid* para. 158.

うしたスーダン政府のジェノサイドの意図の存在という結論が、検察側から提出された材料から導き出される唯一の結論である場合にのみ証明の基準を満たす。換言すると、スーダン政府のジェノサイドの意図の存在の結論がいくつか存在する結論のうちの一つである場合には、規程第58条の証明の基準を満たさない¹⁰⁶のである。

それでは、検察官により提出された判断材料は、フル、マサリート、ザガーワの集団の全部又は一部を破壊する意図がスーダン政府に存在すると信ずるに足る合理的基礎を提示しているか。検察官は、直接証拠がないことから、スーダン政府のジェノサイドの意図を推論するための9つの異なった要素を提示している¹⁰⁷。これらの要素を多数意見は三つに分類する。第一に、ダルフル地域でフル、マサリート、ザガーワの集団に対して行われた犯罪を否定及び隠ぺいしようとしたスーダン政府の戦略の存在、第二に、検察官によれば、スーダン政府のジェノサイドの政策の存在（の予兆）を信ずるに足る合理的な理由を提供するスーダン政府による公式声明、公的文書、第三に、フル、マサリート、ザガーワの文民に対してスーダン政府の行った暴力行為の性質と程度に関するものに分類できる¹⁰⁸。第一の分類に当てはまる要素について、多数意見は、仮にそのような戦略の存在が証明し得るとしても、そのような戦略をとる背景には、たとえば、戦争犯罪や人道に対する罪の隠ぺいなどというようにさまざまな理由が存在しうる、とした¹⁰⁹。第二の分類の証拠について、検察官が提示した公式声明・公的文書すなわち1992年のNIF（民族イスラム戦線）秘密会報、1994年のオマール・アル・バシールによる布告（decree）、1995年の地方改革は、それ自体ではスーダン政府のジェノサイドの意図の兆候を示すものではない¹¹⁰。多数意見によれば、それらの文書は、スーダン政府がフル、マサリー

106 *ibid* para. 159.

107 *ibid* para. 163.

108 *ibid* para. 164.

109 *ibid* para. 165.

110 *ibid* para. 167.

ト、ザガーワの集団を連邦政府から排斥し、彼らの故郷ダルフル地域での権限を制限しようという政治的処置を実施して、せいぜい彼らを差別的に待遇しようとした意図の兆候を証明するにすぎない。¹¹¹ さらに、多数意見は、1986年の軍覚書及び2003年の西ダルフル安全議事録に関しても、内部組織の存在と、連邦、州、地方というスーダン政府の様々なレベル間とそれぞれの政府の内部の様々な機関間での調整の存在を示すにすぎないと考える。¹¹² そして、軍、警察、諜報機関及び民間行政の間での密接な連携や連邦と州と地方の間の密接な連携を確保することについて、多数意見は不法の兆候を認めない。¹¹³ 2003年3月と4月に出されたオマール・アル・バシールによる公式声明、2004年のオマール・アル・バシールによるテレビ発言もそれ自体がスーダン政府のジェノサイドの意図の兆候を示すものではないと多数意見は結論付けた。¹¹⁴ 検察側は、アフマド・ムハマド・ハルーンといったスーダン政府の他の構成員の発言にも依拠したけれども、多数意見は、アフマド・ハルーンが実際にハルツームのスーダン政府の上層部であったと信ずるに足る合理的理由は存在しないと述べた。¹¹⁵ 多数意見は、2007年にダルフル地域でフル、マサリート、ザガーワの文民に対して行われた非道な暴力行為に対するアフマド・ハルーンの問題を追究するための召喚状を検察が請求した際に、迫害の意図を主張しただけで、ジェノサイドの意図の兆候を確認していなかったことを強調している。¹¹⁶

フル、マサリート、ザガーワの集団に対する暴行の性質と範囲について、多数意見は、スーダン政府のジェノサイドの意図の存在に関して、検察の主張の主たる根拠がダルフルの国内避難民キャンプの状況とスーダン政府の人道支援に対する妨害の容疑にあることを指摘する。¹¹⁷ 多数意見は、スーダン政府

111 *ibid.*

112 *ibid.* para. 168.

113 *ibid.* para. 169.

114 *ibid.* paras. 170-172.

115 *ibid.* para. 175.

116 *ibid.* para. 176.

117 *ibid.* paras. 177-178.

が国内避難民キャンプで十分な資源を提供しなかったことをスーダン政府によるジェノサイド・キャンペーンの主要な要素の一つと検察側が捉えていると考察する。¹¹⁸ その上で、そこでは当時武力紛争が展開していたこと、国連によれば2004年中期で200万人もの国内避難民がいたことを考慮すれば、検察の主張はあいまいで、特にスーダン政府がいかなる追加的資源を提供することができたのか、検察が十分に示していないとした。¹¹⁹

国内避難民キャンプの状況について、検察の逮捕状の請求と、検察が請求を支えるものとして提出した資料との間に重大な相違が存在すると多数意見は判断した。¹²⁰ 2004年2月以降のダルフル地域最大の国内避難民キャンプ、カルマキャンプの状況について、検察官の提出資料のうち、2009年1月23日に国連人権高等弁務官の出した報告書が特に以下のことを示していることから、多数意見はそのような食い違いがあるとの結論に達した。¹²¹ その国連高等人権弁務官の報告書によると、①国内避難民キャンプにおける武装勢力とスーダン政府との間には暴力的なやり取りがあり；②「軽・重火器」がキャンプに存在していたことについて、ダルフル国連AU合同ミッション（UNAMID）により信頼でき独立した情報源とされる複数の情報筋がそう伝えている；③スーダン政府とキャンプの武装勢力との対立は国内避難民コミュニティとスーダン政府との対立を強める重要な要因であった；④キャンプの悲惨な生活条件は体系的なものでなく、「しばしば」起こる程度のもので、安全に関してスーダン政府によってとられた措置によって悪化した。¹²² しかし、時には、そのようなスーダン政府の措置はUNAMIDの介入により撤回された。¹²³

国内避難民収容所においてスーダン政府が人道援助を妨害し、食物その他の

118 *ibid* paras. 178-179.

119 *ibid* para. 179.

120 *ibid* para. 180.

121 *ibid* para. 180.

122 *ibid*.

123 *ibid*.

必需品の供給を遮断したとの検察の主張について、多数意見は、当該集団の全部または一部を破壊することを意図する以外の様々な理由によってもそうした妨害がなされうると考える。¹²⁴そこで、多数意見は、検察官の申し立てを、その妨害の範囲（程度：extent）、組織性（systematicity）、期間、結果の観点から評価する。¹²⁵多数意見によれば、このアプローチは、ジェノサイド事件に対する近年のICJの判決によっても採用されている。¹²⁶ジェノサイド事件で、ICJは、「サラエボその他の都市で保護される集団の文民が故意に対象となった」と判断している。¹²⁷国連難民高等弁務官事務所（UNHCR）の食料および燃料輸送団がボスニア・セルビア軍とボスニア・クロアチア軍に妨害され、攻撃されたという事実を特にICJは強調している。¹²⁸サラエボを包囲するために人道援助の妨害が行われていた、という国連の専門家委員会の報告書に書かれていた結論もICJは強調している。¹²⁹しかしそうした判断にもかかわらず、ICJはそのような救援活動の妨害行為は対象とされた集団の全部または一部を破壊する特別故意を伴ってなされたものであると決定的には証明されていないと判断した。¹³⁰つまり、都市の包囲がムスリム人やクロアチア人を追放するためという目的にも用いられていたことをICJは重視していた。¹³¹

ダルフルの国内避難民キャンプにおける人道援助活動の不足はあるレポートによれば危機的状況を隠そうとするスーダン政府の試みであったといわれ、他方で、国際連合人道問題調整事務所の報告書によれば、国際社会（international community）の反応が遅かったことや、連携の欠如が原因であった。¹³²また、検察の提出資料によれば、人道援助は困難に直面したにせよ継

124 *ibid.* para. 181.

125 *ibid.*

126 *ibid.* para. 182.

127 *ibid.*; *Genocide Judgment* (n 99) para. 328.

128 *ibid.* para. 182; *Genocide Judgment* (n 99) para. 324.

129 *ibid.*

130 *ibid.* para. 183; *Genocide Judgment* (n 99) para. 328.

131 *ibid.*

132 *ibid.* para. 185.

続されていたと考えられる、と多数意見は指摘する。¹³³ 検察側が逮捕状請求の申し立てを支持するものとして提出した資料によれば、ダルフルの国内避難民の医療・人道援助に対するスーダン政府による妨害の範囲、組織性、及び妨害の結果は、時とともに変化していたと信ずるに足る合理的な理由を提供している。¹³⁴ そして、こうした資料の示すダルフルの国内避難民キャンプでの医療・人道援助のスーダン政府による妨害の程度 (level) が、検察官の逮捕状の請求の記述と大きく異なっている、と多数意見は指摘した。¹³⁵

多数意見によれば、スーダン政府のジェノサイドの意図の存在に関する検察の主張の第二点目は、フル、マサリート、ザガーワの文民に対してスーダン政府の容疑の掛けられている大量殺りくの明白なパターンから推定されている。¹³⁶ また、その推定は、戦争犯罪と人道に対する罪の容疑についての検察の主張する基本的な事実に基づいている。この点、スーダン政府がそうした重大な戦争犯罪と人道に対する罪を広範かつ組織的に行っていたと信ずるに足る合理的な理由が存在しているからといって、スーダン政府がフル、マサリート、ザガーワの集団の全部または一部を破壊する意図をもっていただけると信ずるに足る合理的な理由があるという結論を自動的に導くことはできない、と多数意見は判断する。¹³⁷ この点、多数意見は、ICJが同様のアプローチをジェノサイド条約適用事件で採用していたとする。¹³⁸ つまり、ICJは何十万人ものムスリム系ボスニア人が5年の間に大量殺りくされたという明白なパターンからセルビア系ボスニア人の指導部がジェノサイドの意図をもって行動していたことを推論できるとはしなかった。¹³⁹

スーダン政府の行ったとされる広範かつ組織的な方法による戦争犯罪や人道

133 *ibid* para. 187.

134 *ibid* para. 189.

135 *ibid*.

136 *ibid* para. 190.

137 *ibid* para. 193.

138 *ibid* para. 194.

139 *ibid*.

に対する罪の遂行によって、スーダン政府にジェノサイドの意図があったということが、果たして唯一合理的な結論となると信ずるに足る合理的な理由が存在することにつながるかどうかを考慮するに当たって、多数意見は様々な要素を考慮せねばならないと述べた。¹⁴⁰ 第一に、スーダン政府軍によるフル、マサリート、ザガーワの集団の構成員の住んでいた町村への攻撃の大部分については、住人の大部分を殺害も負傷もさせなかったと信ずるに足る合理的な理由が存在する。¹⁴¹ 第二に、検察は、スーダン政府軍がダルフルに収容者を組織的に虐待、拷問、処刑するような長期間存在する収容所を設置したとは主張しなかった。¹⁴² 第三点目、攻撃から生じた強制退去について、スーダン政府軍がフル、マサリート、ザガーワの集団に属する文民に対しチャドの難民キャンプへ行くため国境を越えることを妨害しなかったため、スーダン政府軍の攻撃後に村を逃れた者の大部分がダルフルの国内避難民キャンプやチャドの難民キャンプに到達したと信ずるに足る合理的な理由が存在すると多数意見は判断した。¹⁴³ 第四に、検察はジャンジャウィード民兵が国内避難民キャンプに駐在し、キャンプから逃げようとする女性を強姦し、男性を殺害しようとしたという合理的な理由の存在を資料が提示している、との自身の主張を実証しなかった。¹⁴⁴ 第五点目に、ダルフルで起きた事件のうち組織性と残忍さの点から最も重大だと思われるアフマド・ハルーンとアリ・クシャイブの事件で、検察は事件の事実からスーダン政府のジェノサイドの意図が推論できると信ずるに足る合理的基礎が存在するとは主張しなかった。¹⁴⁵ したがって、スーダン政府の行ったとされる広範かつ組織的な方法による戦争犯罪や人道に対する罪の遂行から、スーダン政府にジェノサイドの意図があったということが唯一合理的な結論と

140 *ibid* para. 195.

141 *ibid* para. 196.

142 *ibid* para. 197.

143 *ibid* para. 198.

144 *ibid* para. 199.

145 *ibid* para. 200.

なる、と信ずるに足る合理的な理由は存在しないと多数意見は結論する。¹⁴⁶

結論として、多数意見は、検察がスーダン政府のジェノサイドの意図について直接証拠を持っていないことを認めており、検察は推論的証拠に依拠したと考える。¹⁴⁷多数意見によれば、第58条の証明の基準は次の場合にだけ満たされることになる。¹⁴⁸つまり、検察の逮捕状請求を支持するため検察によって提供された資料によって、スーダン政府がフル、マサリート、ザガーワの集団の全部または一部を破壊するという特別故意（意図）をもって行動していたと信ずるに足る合理的理由が存在したということを唯一の合理的結論として導くことができるのならば、第58条の証明の基準が満たされることになる。

また、多数意見は以下の結論に達する。第一に、たとえスーダン政府の側にダルフールでなされたジェノサイド罪を否定し隠ぺいする政策があったと証明されたとしても、その政策を採用したことについて、たとえば戦争犯罪や人道に対する罪を隠ぺいする意図によってその政策が採用されたなどとジェノサイド罪を隠ぺいする以外にも説得力ある理由が存在しうる。¹⁴⁹第二に、スーダン政府が国内避難民キャンプの生活状況を確保するために不十分な資源しか配布していなかったとする検察の申し立てについては、スーダン政府によっていかなる資源が提供されるべきであったかについて検察が特定の情報を提示しなかったことに加えて、当該時期には継続中の武力紛争があり、国連によれば国内避難民の数は2004年中頃までには200万人にも上り、今日では270万人にも上っている、という事実があるので、あいまいな申し立てであると判断される。¹⁵⁰第三に、国内避難民キャンプの状況について、検察が逮捕状の請求を支持するために提出した資料と検察の逮捕状請求中の記述とで著しく異なっている。¹⁵¹第四

146 ibid para. 201.

147 ibid para. 202.

148 ibid para. 203.

149 ibid para. 204.

150 ibid.

151 ibid.

に、ダルフルの国内避難民キャンプでの医療・人道援助についても同様に検察が逮捕状の請求を支持するために提出した資料と検察の逮捕状請求中の記述とで著しく異なっている。¹⁵²第五に、2003年から2008年の間にダルフル地域でスーダン政府軍によって行われたようである戦争犯罪と人道に対する罪の特別な重大性にもかかわらず、検察側の出した多くの資料は、このような犯罪の遂行が、フル、マサリート、ザガーワの集団の全部または一部を破壊するスーダン政府の意図の存在以外によって合理的に説明されることを示している。¹⁵³第六に、(アル・バシール自身によるとされるものを含め) スーダン政府の公式声明及び検察官の依拠する公式文書は、フル、マサリート、ザガーワの集団に対する(ジェノサイドの意図とは区別される)スーダン政府の迫害の意図を示すものでしかない。¹⁵⁴第七に、アフマド・ハルーンとアリ・クシャイブの事件での検察の主張に見られるとおり、検察は、上述のスーダン政府の公式文書に含まれるアフマド・ハルーンによるものとされる一層激しい言葉にもかかわらず、アフマド・ハルーンにジェノサイドの意図を見いださなかった。¹⁵⁵以上の見解に基づいて、多数意見は、フル、マサリート、ザガーワの集団の全部または一部を破壊するスーダン政府の特別意図が存在したという合理的な理由の存在が検察の資料に基づいて導き出しうる唯一の結論であるとは言えないと判断した。¹⁵⁶したがって、多数意見は、訴因1及び訴因3についてアル・バシールに対して逮捕状を発行すべきでない¹⁵⁷と考える。

2.7. 個人の刑事責任について

2003年3月から検察の逮捕状請求のあった2008年7月14日までの間、オ

152 *ibid.*

153 *ibid.*

154 *ibid.*

155 *ibid.*

156 *ibid.* para. 205.

157 *ibid.* para. 206.

マール・アル・バシールが、スーダン人民軍、ジャンジャウィード民兵、スーダン警官隊、国家情報安全局、人道支援委員会を含むスーダン国家の「機関 (apparatus)」を用いてジェノサイド罪、人道に対する罪、戦争犯罪を行ったので、規程第25条3項(a)の刑事責任を負う、という検察の主張について、予審裁判部は、*Lubanga* 事件でも *Katanga and Ngudjolo* 事件でも規程25条3項(a)が正犯の責任と共犯の責任の区別の基準として支配 (コントロール) の概念を用いていることを強調する。¹⁵⁸

エルファシャ空港への2003年4月の攻撃の直後に、反乱軍対策作戦を遂行するという共謀が、オマール・アル・バシール及びその他のスーダンの政治的・軍事的上級指導者つまりスーダン政府の上層部で合意されていたと信ずるに足る合理的理由が存在する、と多数意見は判断する。¹⁵⁹ 多数意見によれば、そのような共謀の核心は、ダルフルにいる文民、とりわけフル、マサリート、ザガーワの集団に属し、スーダン政府からスーダン解放運動・軍 (SLM/A) 及び正義と平等運動 (JEM) と親しいと認識されているような文民への攻撃であった。¹⁶⁰ さらに、アル・バシールを含むスーダン政府の政治的・軍事的指導者たちが、当該共謀を共同して実施するためにスーダン国家の「機関 (apparatus)」の各部 (branches) を協調的な方法により指揮した (directed)、と信ずるに足る合理的な理由が存在すると多数意見は判断する。¹⁶¹ 特に、多数意見は、当該共謀が、かなりの程度、州安全委員会及びダルフルにおける地方安全委員会 (Local Security Committees) によって実施されていたと信ずるに足る合理的な理由が存在すると判示した。¹⁶² 地方安全委員会について、多数意見によれば、以下の三つのことを信ずるに足る合理的な理由が存在する。¹⁶³ 第一

158 *ibid* paras. 209-210.

159 *ibid* para. 214.

160 *ibid* para. 215.

161 *ibid* para. 216.

162 *ibid* para. 217.

163 *ibid* para. 218.

点目、地方安全委員会は地域の長とスーダン人民軍、ジャンジャウィード民兵、スーダン警官隊、地域の国家情報安全局の代表からなっていたこと；第二点目、地方安全委員会は関係の地域で当該共謀を実施するためにジャンジャウィード民兵と共に活動していた；第三点目、委員会は州知事（State Governor）に報告していた。¹⁶⁴ また、ダルフルのいずれの三つの州もひとつの州安全委員会を有していたと信ずるに足る合理的な理由が存在する。¹⁶⁵ 多数意見は州安全委員会について以下の三つのことを信ずるに足る合理的な理由が存在すると考える。¹⁶⁶ 第一に、州安全委員会は州知事とスーダン人民軍、ジャンジャウィード民兵、スーダン警官隊、地域の国家情報安全局の代表からなっており；第二に、関係の地域で当該共謀を実施するためにジャンジャウィード民兵と共に活動し；第三に、副連邦内務大臣を通じて報告していた。¹⁶⁷ 多数意見によると、副連邦内務大臣であったアフマド・ハルーンについて、ダルフルの三つの州安全委員会を監督し、三つのダルフルの州の政府とカートゥームのスーダン政府の最高部との連携を行う任務を委任されていたと信ずるに足る合理的な理由が存在する。¹⁶⁸ オマール・アル・バシールは、法律上も（*de jure*）事実上も（*de facto*）検察の逮捕状請求に係る期間を通じてスーダン国家の大統領として、及びスーダン軍（Sudanese Armed Forces）の最高司令官として共謀の計画と実施を調整する主要な役割を担っていたと信ずるに足る合理的な理由が存在する。¹⁶⁹ あるいは択一的に、オマール・アル・バシールが共謀の実施の調整を超えた役割を担い、スーダン人民軍、ジャンジャウィード民兵、スーダン警官隊、国家情報安全局、人道支援委員会を含む国家の「機関（apparatus）」の各部（branches）に対して完全な支配を及ぼし、共謀の実施のためにその支配力を

164 *ibid.*

165 *ibid.* para. 219.

166 *ibid.*

167 *ibid.*

168 *ibid.* para. 220.

169 *ibid.* para. 221.

利用していたと信ずるに足る合理的な理由が存在すると多数意見は考える。¹⁷⁰

結論として、予審裁判部は、オマール・アル・バシールが第25条3項(a)の下で、戦争犯罪と人道に対する罪で間接正犯 (indirect perpetrator) あるいは間接共同正犯 (indirect co-perpetrator) としての刑事責任を負うと信ずるに足る合理的な理由が存在すると判断する。¹⁷¹

2. 8. 逮捕状の発行の要件

規程第58条1項によれば、予審裁判部は、以下の二点が満たされたときに被疑者に係る逮捕状を発することができる。①当該容疑者が裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪を行ったと信ずるに足りる合理的な理由が存在すること、②当該被疑者の逮捕が次のいずれか、すなわち (i) 当該被疑者の出廷を確保すること；(ii) 当該被疑者が捜査又は訴訟手続きを妨害せず、又は脅かさないことを確保すること；(iii) 妥当な場合には、当該被疑者が当該犯罪または裁判所の管轄権内にあり、かつ、同一の状況から生ずる関連する犯罪を継続して行うことを防止すること、に必要と認められること、という要件を満たすことが逮捕状の発行には必要とされている。

第一に、予審裁判部は、検察側の資料によれば、アル・バシールが大統領を務めるスーダンは2007年5月2日のアフマド・ハルーンとアリ・クシャイプへの逮捕状発行以来裁判所への協力を組織的に拒否している。¹⁷² 予審裁判部は、オランダにあるスーダン大使館が裁判所の書記局からのアフマド・ハルーンとアリ・クシャイプへの逮捕状の執行の協力要請の書類などを受け取ることを拒否している点にも注目する。¹⁷³ また、アフマド・ハルーンに対するダルフル地域での重大な国際人道法違反容疑での逮捕状発行時に、アル・バシールは被疑者

170 *ibid* para. 222.

171 *ibid* para. 223.

172 *ibid* para. 228.

173 *ibid* para. 229.

を連邦人道問題大臣の地位に置いていた。¹⁷⁴スーダン政府の裁判所に対する非協力的な姿勢は変わっていない。¹⁷⁵したがって、裁判部は、規程第58条1項(b)(i)に定められるとおり、アル・バシールの出廷を確保するために逮捕をする必要があるという要件が満たされたと確信する。¹⁷⁶

また、アル・バシールが、国家の「機関 (apparatus)」をコントロールしていると信ずるに足る合理的な理由が存在することから、結果として、アル・バシールは訴訟手続を妨害し、証人を脅迫することができる地位にある。¹⁷⁷この点、少なくとも一名の個人が、ICCへの協力の容疑について反逆罪につきスーダンで有罪となったことを憂慮する。¹⁷⁸ゆえに、裁判部は、規程第58条1項(b)(ii)にしたがって、アル・バシールが捜査又は訴訟手続を妨害せず、又は脅かさないことを確保するために逮捕の必要があると確信する。¹⁷⁹

規程第58条1項(b)(iii)の事由についても、2009年1月23日の国連人権高等弁務官のスーダンの事態に関する最新の報告書がスーダン政府による裁判所の管轄に属する犯罪行為の継続を記しているため、裁判部は、アル・バシールの逮捕が犯罪を継続して行うことを防止するために必要であると考えた。¹⁸⁰

2.9. スーダン政府の裁判所への協力義務について

スーダンは裁判所の締約国ではなく、規程第12条3項及び手続証拠規則第44条にしたがった管轄権受諾宣言も行っていない。¹⁸¹しかしながら、裁判所はスーダン国家に裁判所と十分協力する義務があると強調する。¹⁸²これに関して、裁判所はオマール・アル・バシールの事件が、規程第13条(b)にしたがって安全保

174 *ibid* para. 230.

175 *ibid* para. 231.

176 *ibid* para. 232.

177 *ibid* para. 233.

178 *ibid* para. 233.

179 *ibid* para. 234.

180 *ibid* para. 235-6.

181 *ibid* para. 240.

182 *ibid* para. 241.

障理事会によって付託されたダルフルの事態の捜査から生じていることに注目する。¹⁸³ この点、安全保障理事会は、規程第13条(b)に基づいて、国連憲章第七章の規定の下、2005年3月31日に出された決議1593においてダルフルの事態を付託することを決定している。¹⁸⁴ 安全保障理事会は、決議1593で「スーダンの事態が国際の平和と安全に対する脅威となり続けている」と明示した上で、決議1593の決定的部分 (dispositive part) において「スーダン政府およびダルフル紛争に関係するすべての当事者は、この決議に従って、裁判所及び検察官に十分協力しすべての必要な支援を提供せねばならない」と決定している。¹⁸⁵ 国連憲章第24条1項と第25条によれば、スーダンを含めた国連加盟国は、①「国際の平和及び安全の維持に関する主要な責任を安全保障理事会に負わせるものとし、かつ、安全保障理事会がこの責任に基づく義務を果たすに当たって加盟国に代わって行動することに同意する」、②「安全保障理事会の決定をこの憲章に従って受諾しかつ履行することに同意する」。¹⁸⁶ 予審裁判部は、さらに国連憲章第103条を引き、「国際連合加盟国のこの憲章に基づく義務と他のいずれかの国際協定に基づく義務とが抵触するときは、この憲章に基づく義務が優先する」ことを強調する。¹⁸⁷ したがって、ICCに十分協力し必要な支援を与えなくてはならないという国連安全保障理事会決議1593の下でのスーダン政府の義務は、スーダン政府の負っている他のいかなる「国際協定」に基づく義務にも優先する。¹⁸⁸ さらに、裁判部は、規程第87条7項を引用し、スーダン政府の不協力が安全保障理事会への問題の付託を招く可能性があることを示唆する。すなわち、第87条7項は「締約国がこの規定に反して裁判所による協力の請求に応ぜず、それにより裁判所のこの規程に基づく任務及び権限の行使を妨

183 *ibid* para. 242.

184 *ibid* para. 243.

185 *ibid* para. 244.

186 *ibid* para. 245.

187 *ibid* para. 246.

188 *ibid* para. 247.

げた場合には、裁判所は、その旨の認定を行うことができるものとし、締約国会議又はこの事案が安全保障理事会によって裁判所に付託されたものであるときは安全保障理事会に対し、その問題を付託することができる」と定めている。続けて、予審裁判部は、国連憲章第41条、42条の安全保障理事会による非軍事的措置、軍事的措置の決定の規定を引用し、スーダン政府の裁判所への非協力の問題が安全保障理事会に付託された場合の制裁の可能性を示唆している¹⁸⁹。最後に、予審裁判部は、決議1593が決定的部分 (dispositive part) で、「ICC規程の非締約国は規程上の義務を負わないことを認識しつつ、(国連安全保障理事会は) 全国家と関係地域的及びその他の国際組織が十分に協力するよう要請している」と強調する¹⁹⁰。

2. 10. 決定

予審裁判部Iは検察官の逮捕状の請求に対して次の通り決定した。すなわち、オマール・アル・バシールに対して人道に対する罪と戦争犯罪について、規程第25条3項(a)に基づく以下の七つの容疑で逮捕状を発行すると決定する¹⁹¹。第一に、規程第8条2項(e)(i)の意味における戦争犯罪として文民たる住民それぞれ又は敵対行為に直接参加していない個々の文民を故意に攻撃したこと；第二に、規程第8条2項(e)(v)の意味における戦争犯罪として略奪を行ったこと；第三に、規程第7条1項(a)の意味における人道に対する罪として殺人を行ったこと；第四に、規程第7条1項(b)の意味における人道に対する罪として絶滅させる行為をしたこと；第五に、規程第7条1項(g)の意味における人道に対する罪として強姦を行ったこと；第六に、規程第7条1項(f)の意味における人道に対する罪として拷問を行ったこと；第七に、規程第7条1項(d)の意味における人道に対する罪として強制移送を行ったこと、以上の容疑につ

189 *ibid* para. 248.

190 *ibid* para. 249.

191 p. 92.

いてである。続いて、予審裁判部はオマール・アル・バシールに対する逮捕状が、規程第58条3項で要請される情報を含む自力執行的な文書に含まれるべきであると決定する。

実施可能になり次第、書記は、規程第89条1項及び第91条、そして手続証拠規則第187条により要請される情報及び文書を含むオマール・アル・バシールに対する逮捕及び引渡し¹⁹²の要請を準備しなくてはならない；また、書記は、手続証拠規則第176条2項(ii)にしたがって、そのような要請をスーダンの権限ある当局及び次に掲げる国に伝達せねばならない¹⁹²。すなわち、ICC規程の全締約国及びICC規程の締約国でない安全保障理事会の全理事国に対して伝達する必要がある¹⁹³。適当な場合には、規程第89条及び第91条に従って、書記に、オマール・アル・バシールの逮捕と裁判所への引渡しに必要ないかなる追加的請求をいかなる国に対しても準備し送付するよう命ずる。そして、状況によっては、規定第92条に従って、書記は仮逮捕の請求を準備し送付するよう命ずる¹⁹⁴。さらに、第89条3項に従って、書記に、オマール・アル・バシールの引渡しに必要な通過についての請求をいかなる国に対しても準備し送付するよう命ずる¹⁹⁵。検察局に対し、守秘義務の範囲内で、上述の協力の請求の送付に関連して被害者又は証人に対する危険を回避するために役立つであろうすべての情報を裁判所及び書記局に送付するよう命ずる¹⁹⁶。検察局に対し、守秘義務の範囲内で、上述の協力の請求の送付及び執行を促進すると思われるすべての情報を裁判所及び書記局に送付するよう奨励する (invite)¹⁹⁷。

国連安全保障理事会決議1593に従って、裁判所に十分に協力し必要な援助を与えなければならないというスーダン政府の義務は、スーダン国家が「他の

192 *ibid.* p. 93.

193 *ibid.*

194 *ibid.*

195 *ibid.*

196 *ibid.*

197 *ibid.* p. 94.

いかなる国際協定」の下で負っているいかなる義務にも優先することを、予審裁判部は想起する¹⁹⁸。もしも、スーダン政府がこのまま上述の裁判所に対する協力義務に応じないでいれば、権限ある裁判部は、規程第87条7項に従って、「その旨の認定を行」い、国連憲章にしたがった適切な措置をとるため「安全保障理事会に対し、その問題を付託」すると決定することを、予審裁判部は想起する¹⁹⁹。最後に、国連安全保障理事会決議1593の決定的部分は、スーダン以外のすべての国家並びに地域的組織及び国際組織に対して、裁判所に「十分に (fully)」協力するよう明示的に要請していることが想起される²⁰⁰。以上が、多数意見の内容である。

3. アニタ・ウサカ判事の個別・一部反対意見

本決定には、ラトビア出身の判事、アニタ・ウサカ (Anita Ušacka) 判事の個別・一部反対意見 (Separate and Partly Dissenting Opinion) が付されている。ウサカ判事は、人道に対する罪と戦争犯罪についてオマール・アル・バシールが刑事責任を負うと信ずるに足る合理的な理由が存在することを認めるので、それらの容疑について逮捕状を発行するという多数意見の結論に異論はない。他方で、ウサカ判事は、オマール・アル・バシールがジェノサイドの意図を持ち、ジェノサイド罪について刑事責任を負うと信ずるに足る合理的な理由があると結論するので、個別・一部反対意見を付している²⁰¹。

ジェノサイド罪に対する合理的な理由の存在に関し、多数意見が他の組織の決定や判例を参照したことについて、ウサカ判事は、逮捕状の請求に関わる予審裁判部の任務 (mandate) とそれらの組織の任務の間には本質的相違があ

198 *ibid.*

199 *ibid.*

200 *ibid.*

201 Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, Case No. ICC-02/05-01/09-3 (4 March 2009) para. 1, pp. 1-2.

ることに留意すべきだという。²⁰²たとえば、ICCとICJの人的管轄権の違い、すなわち、前者は個人の国際法上の刑事責任を取り扱い、後者は国家間紛争しか取り扱わないという違いを指摘する。²⁰³また、国連の調査委員会（UNCOI）による報告書が、2003年2月から2005年1月半ばのダルフル地域でのジェノサイド罪に匹敵するような国際人道法及び国際人権法違反に対するスーダン政府の責任について事実認定（ファクト・ファインディング）をすることが任務とされていたことに、ウサカ判事は注目する。²⁰⁴つまり、検察局の請求は2003年3月から2008年7月14日のより長い期間に関するものであり、しかもオマール・アル・バシールの個人の責任に焦点を当てている。²⁰⁵ICTYとICTRというアド・ホック（*ad hoc*：臨時の）国際刑事法廷の判例でさえも、「詳細な分析（detailed analysis）」なしにICCへ直接適用されることはない。²⁰⁶とはいえ、ICTY規程、ICTR規程、ICC規程のジェノサイド罪の規定いずれもジェノサイド条約の規定に基づいているので、ICTYとICTRの判例は特にジェノサイド罪に関して有益であると思われる。²⁰⁷

検察の提示する証拠に対する予審裁判部の評価と再調査について、ICC規程は以下の三段階を区別して規定している。第一段階は、ICC規程第58条に基づく逮捕状及び召喚命令の発行の段階であり、第二段階は、ICC規程第61条に基づく犯罪事実の確認及び公判のための当該者の引渡しの段階、第三段階は、ICC規程第66条に基づく被告人の有罪判決の段階である。²⁰⁸第一段階の逮捕状及び召喚命令の発行の段階では、予審裁判部は、ICC規程第58条1項に従って「当該被疑者が裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪を行ったと信ずるに足りる

202 *ibid* para. 3, p. 2.

203 *ibid* para. 4, p. 3.

204 *ibid* para. 5, p. 3.

205 *ibid* para. 5, p. 3.

206 *ibid* para. 6, p. 4, quoting *The Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ‘Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial’ Case No. ICC-01/04-01/06-1049. 30 November 2007, para. 44.

207 *ibid* para. 6, p. 4.

208 *ibid* para. 7, p. 5.

合理的な理由が存在すること」という要件を満たせば良い。第二段階の犯罪事実の確認においては、ICC 規程第61条7項に従って、予審裁判部は、「訴追された者が訴追された犯罪を行ったと信ずるに足りる実質的な理由を証明するために十分な証拠」が存在するかどうかを決定せねばならない。最後に、第一審裁判部が、被告人を有罪と決定するためには、ICC 規程第66条3項に従って、裁判部が合理的な疑いを超えて当該被告人の有罪を確信していなければならない。²⁰⁹つまり、逮捕状の発行の時点で検察官に要求される証明の要件は、公判で必要とされる合理的な疑いを超えるという結論を支持するのに十分なものである必要はない。²¹⁰

このように、ICCの手続きはアド・ホック法廷のものとは本質的に異なっている。²¹¹つまり、ICCには予審手続があるのに対して、ICTYとICTRの判例は、第一審と上訴審の段階から生じたものである。したがって、アド・ホック法廷の判例で支持された証拠の基準が現在のICCの判断に直接適用されることはない²¹²とウサカ判事は考える。

証明の基準を上述のように捉えた上で、ウサカ判事はジェノサイド罪の容疑の証明について、多数意見の決定の第128段落にある以下の主張、「犯罪の構成要件に関する文書と手続及び証拠に関する規則は、これらの文書相互間に解決不能な矛盾がなく、さらにそれらの文書とICC規程との間に矛盾がない場合に、適用されなければならない」²¹³に反対する。そもそも構成要件は、その概略 (general introduction) の部分で示されるように、規程第6, 7, 8条の解釈及び適用について、第9条に基づいて規程に合致するよう裁判所を支援 (assist) しなくてはならないものである。²¹⁴実際に、構成要件が裁判所を拘

209 *ibid* para. 8, p. 5.

210 *ibid* para. 9, p. 6.

211 *ibid* para. 10, p. 6.

212 *ibid* para. 10, pp. 6-7.

213 *ibid* para. 17, p. 8.

214 *ibid* para. 17, p. 9.

束するものではないと解釈している者もいる。²¹⁵ここでは、ジェノサイド罪の文脈的要件が必要かどうかの結論を留保するけれども、いずれにせよ予審裁判部が、フル、マサリート、ザガーワの構成員に対する広範かつ組織的な攻撃があると信ずるに足る合理的な理由があると結論しているので、この事件に関しては、文脈的要件が必要であろうがあるまいが、文脈的要件は満たされていると考えられる。²¹⁶

規程第6条の下で保護される集団の要件、すなわち反乱軍対策作戦のターゲットについても、ウサカ判事は多数意見のジェノサイド罪の保護される集団の分析に反対する。²¹⁷つまり、ウサカ判事は、検察側の提示する証拠によって、保護される集団をフル、マサリート、ザガーワの小集団を含む「アフリカの部族 (African tribes)」という単一の民族的集団 (ethnic group) として定義する。²¹⁸

また、ジェノサイド罪の主観的要件に関する証明の基準について、多数意見は高い基準を採用しており、ウサカ判事はこれに反対する。一旦、ジェノサイドの意図を合理的に推論するに十分な証拠が提示されれば、ジェノサイドの意図が存在するという推論を不合理にする証拠が提示されない限り、ジェノサイドの意図が存在すると信ずるに足る合理的な理由が存在するということができる。²¹⁹訴訟手続きの各段階で異なった証明の義務が課されていることに鑑み、逮捕状の発行段階では、検察局は容疑の推論が証拠から導き出される唯一の合理的推論であることを証明する必要はない。²²⁰続いて、ウサカ判事は、検察側の提出した証拠に基づいてオマール・アル・バシールのジェノサイド罪の容疑を検討する。ここでは、個別・一部反対意見の証拠の認定を省略する。

215 *ibid.*

216 *ibid.* para. 20, p. 10.

217 *ibid.* para. 26, p. 13.

218 *ibid.*

219 *ibid.* para. 34, p. 16.

220 *ibid.* para.32, pp. 15-16.

結論として、ウサカ判事は、オマール・アル・バシールがジェノサイド罪を犯したと信ずるに足る合理的な理由が存在すると判断した。²²¹ また、オマール・アル・バシールの支配力は明白ではなかったとして、ICC 規程第25条3項(a)の下での共同正犯者 (co-perpetrator) としての刑事責任を認定する多数意見に反対した。²²²

4. 若干の検討

4.1. 本決定の意義

スーダン大統領、オマール・アル・バシールに対する逮捕状の請求事件では、主に以下の三つの論点が注目される。2008年7月14日、ICCの検察官は、スーダンの大統領であるオマール・アル・バシールに対する逮捕状をICCに請求し、これにより、ICCにおいて初めて現役国家元首に対する逮捕状の発行が問題となった。したがって、ICC 予審裁判部Iによる逮捕状発行の決定に当たっては、第一に、ICCが現役国家元首のICCにおける免責特権 (immunity) をどのように取り扱うかが議論を呼んだ。2009年3月4日の予審裁判部Iの本決定により、ICCが初めて現役国家元首に対して逮捕状を発行することになった。第二に、ICCの検察官がオマール・アル・バシールに、人道に対する罪、戦争犯罪に加えてジェノサイド罪の容疑で逮捕状を請求したので、果たしてジェノサイド罪がダルフル地域で起こっていたと認定されるのか、また、アル・バシールにジェノサイド罪の特別故意が認められるのかどうか注目された。第三に、アル・バシールの個人の刑事責任について、彼が物理的にあるいは直接的に人道犯罪、戦争犯罪ジェノサイド罪をしたという責任ではなく、ICCにおいて、はじめて間接正犯者としての責任が問われた事件であることが

221 *ibid* para.105, p. 50.

222 *ibid* para.106, p. 51.

注目された。²²³これは、ICTY及びICTRといったアド・ホック国際刑事法廷では共同犯罪企図 (Joint Criminal Enterprise) の概念が用いられることが多かったことと対照的である。以下、この三つの論点を簡単に考察する。

4. 2. 国際刑事裁判所における現役国家元首の免除 (immunity) の問題

重大な人権侵害を行った国家元首に対する裁判管轄権からの免除の問題は、国内の裁判所の管轄権との関係で現在でも議論の多い問題である。特に、ICJがイエロディア事件で外務大臣の国際法違反行為に対する国内裁判管轄権からの免除の問題を取り扱ったことは記憶に新しい。しかし、国際刑事法廷においては、現役国家元首に対して、免除の問題が大きな障壁となることはなしに、ICTYではスロボダン・ミロシェビッチ、セルビア大統領 (当時) に対して、シエラレオネ特別法廷 (略称、SCSL) では、チャールズ・テイラー、リベリア大統領 (当時) に対して在任中に起訴状が発行されている。²²⁴この流れを受け、さらにICJの判決であるイエロディア事件 (逮捕状事件) においても、国際刑事法廷・国際裁判所における免除の問題は、国内裁判管轄権の問題とは区別されているので、²²⁵ICCにおける現役国家元首に対する免除の問題は大きな問題と

223 See eg F Jessberger & J Geneuss, 'On the Application of A Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir' (2008) 65 JICJ 853.

224 ただし、彼らが裁判所に身柄を拘束された時点では現役の国家元首ではなかった。したがって、本決定で初めて国際刑事訴訟において、現役国家元首の免除の問題が取り扱われたといえる。See S Williams & L Sherif, 'The Arrest Warrant for President al-Bashir: Immunities of Incumbent Head of State and the International Criminal Court' 14 JC & SL 71, 73. ミロシェビッチ及びテイラーに対する起訴状について、see *The Prosecutor v Milosevic et al.*, Indictment, Case No IT-99-37, Indictment, (24 May 1999); *Prosecutor v Charles Taylor*, SCSL-03-01-PT-263, Indictment (3 March 2003).

225 国際司法裁判所は、原則として、現役の国家元首の外国裁判管轄権からの免除は絶対的なもので、在任中に外国訪問をしている場合に逮捕されることもない、と述べた。この原則に対する例外が以下の四つの場合である。第一に、国際法上の免除は当該者が自国の刑事裁判で訴追されることを妨げるものではない。第二に、国家は現役の高級官吏に対する免除をいつでも放棄することができる。第三に、高級官吏もいったん職を離れば、現存する機能的免除 (immunity *ratione materiae*) を条件として、刑事訴訟に服することになる。第四に、現役の国家元首は、管轄権を有する一定の国際裁判において訴追される場合がある、とした。Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Dem Rep Congo v Belg) (2002) 41 ILM 536 (hereinafter, *ICJ Arrest Warrant case*) paras

なりえないと予測できた。また、ICC規程第27条が、ICCにおいて現役国家元首の免除の問題は争われないであろうと予想させる法的根拠となった。ICC規程第27条は、「公的資格の無関係」との条文見出しがつけられており、その第1項は「この規程は、公的資格に基づくいかなる区別もなく、すべての者についてひとしく適用する。特に、元首、政府の長、政府若しくは議会の一員、選出された代表又は政府職員としての公的資格は、いかなる場合にも個人をこの規程に基づく刑事責任から免れさせるものではなく、また、それ自体が減刑のための理由を構成するものでもない」(公定訳のまま)と規定する。したがって、ICCにおいても、アド・ホック国際刑事法廷同様に、公的地位は刑事責任を免除させる抗弁とはならず、また減軽事由ともならないので、アル・バシール大統領の公的地位のみではICCの裁判管轄権からの免除を認められることはないと考えられた。

スーダンは2000年9月8日にICC規程へ署名しているものの、2005年3月の安全保障理事会によるICCへの付託の当時から現在(2010年1月現在)に至るまでICC規程の加盟国ではない²²⁶。そこで、スーダン大統領がICCやICC規程の非締約国における刑事訴訟からの免除を主張する可能性があるのではないかと考えられたわけである²²⁷。しかし、スーダンのダルフルの事態は、国連憲章第七章下での安全保障理事会の決定により付託されているので、これによって黙示的にアル・バシール大統領の元首としての免除が放棄されると考えることもできる²²⁸。つまり、国連加盟国であれば、国連憲章第25条及び第103条に基づ

60-61.

226 アル・バシール大統領は、国際刑事裁判所による逮捕状の発行をアフリカに対する偏見をもった新植民地主義に基づくものと非難している。See 'Warrant Issued for Sudan's Leader' BBC News (4 March 2009) available at <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/7923102.stm>> (last visited, 5 January 2010). 国際刑事裁判所のモレノ・オカンボ検察官もこのアル・バシール大統領に対する偏見の主張に言及し、反論している。Luis Moreno-Ocampo, Statement: "Working with Africa: the View from the ICC Prosecutor's Office", ISS Symposium on 'The ICC that Africa Wants' (9 November 2009) para. 5.

227 *Williams & Sherif* (n 224) 73.

228 See M Milanovic, 'ICC Prosecutor Charges the President of Sudan with Genocide,

いて、安全保障理事会の決定に拘束されるのであるから、安全保障理事会の決定によってICCへ付託されたスーダンの事態に関して、国連加盟国たるスーダンは協力義務を負い、国家元首に対する免除も否定されると考えられる。こうして、ICCにおける公的地位に基づく免除の否定は、ICC規程の非締約国との関係においても問題とならないとも予想された。ただし、このように安全保障理事会によるスーダンの事態の付託がICCとスーダンとの関係に影響を与えると解釈することは、以下の問題を生じさせると指摘される。²²⁹すなわち、安全保障理事会決議1593によるスーダンの事態のICCへの付託は、スーダンがICC規程の締約国でないという通常の条約法上の関係に影響するものではない。また、スーダンがICC規程の締約国でない以上、規程を履行するための国内立法を整備していないのであるから、実際のICCに対する協力に必要なメカニズムや法律を欠いており、法的抜け穴 (legal loopholes) の存在が指摘できる。

この他、スーダンはジェノサイド条約の当事国であるため、ジェノサイド条約第4条の国家元首の地位の否定に基づいて、ジェノサイド罪の責任を追究されるアル・バシール大統領の免除が否定されるとの考え方もある。²³⁰しかし、ICCの予審裁判部による本決定では、アル・バシール大統領に対してジェノサイド罪で逮捕状を発行することはしなかったため、アル・バシール大統領がジェノサイド罪で将来的に訴追されることにならない限り、この議論は意味をなさない。²³¹

ICCの予審裁判部は、国家元首の免除の問題について、アル・バシール大統領に対する逮捕状の請求事件では非常に短く触れたにとどまる。ICC規程の締

Crimes Against Humanity and War Crimes in Darfur' 12 (5) ASIL Insights (28 July 2008) available at <http://www.asil.org/insights080728.cfm#_edn1> (last visited, 5 January 2010).

229 *Williams & Sherif* (n 224) 80; see also G. Sluiter, 'Obtaining Cooperation from Sudan—Where is the Law?' (2008) 6 JICJ 871.

230 D Akande, 'The Bashir Indictment: Are Serving Heads of State Immune from ICC Prosecution?' Oxford Transitional Justice Research Working Paper Series, 30 July 2008.

231 *Williams & Sherif* (n 224) 82.

約国でない国家の元首であるオマール・アル・バシールの現在の地位は、裁判所が本件に対して管轄権を及ぼすことに何らの効果を及ぼさないと予審裁判部は判断したのである。²³² この結論に達するのに予審裁判部は、四つの理由を挙げている。第一に、予審裁判部は、最も重大な犯罪に対する不処罰の終焉というICC規程の前文に掲げられた規程の目的を挙げた。²³³ 第二に、ICC規程第27条1項及び2項が明文で公的資格の無関係を謳っている。²³⁴ 第三に、適用法に関する裁判部の判例によれば、一貫して、国際刑事裁判所規程第21条によって規程第21条1項(b)、1項(c)に規定される他の法源は以下の二点の条件が満たされる場合にのみ依拠されうる。²³⁵ 一点目、規程、犯罪の構成要件に関する文書、手続及び証拠に関する規則に欠缺の存在する場合であって、二点目、そのような欠缺が条約法条約第31条及び32条に定められた解釈の基準及び国際刑事裁判所規程第21条3項を適用することによっても克服できない場合である。第四に、国連安全保障理事会は、規程第13条b項にしたがってダルフルの事態を裁判所へ付託したことによって、当該事態の捜査及びそれに関連するいかなる訴追も、規程、犯罪の構成要件に関する文書、手続及び証拠に関する規則これら全体としての枠組みに基づいて執り行われることを認めている。²³⁶

現役国家元首の免除の問題に対する本決定における検討の簡潔さは、国際法学徒にとっては、少なくとも残念なものであるには違いない。²³⁷ とはいえ、上述の通り、簡潔な扱いは予想できた上に、実務的配慮で、規程第27条が明白に公的資格の無関係を規定している以上、ICCはこの問題に深入りしないことを望んだと考えられる。シエラレオネ特別法廷も、国家元首の享有する免除につき、シエラレオネ特別法廷は「国際」法廷であるから、国家管轄権で現役国家元首

232 *Al-Bashir Arrest Warrant Decision* (n 10) para. 41.

233 *ibid* para. 42.

234 *ibid* para. 43.

235 *ibid* para. 44.

236 *ibid* para. 45.

237 *Williams & Sherif* (n 224) 82.

に通常認められている免除は同法廷では通用しないと簡潔に述べたにとどま²³⁸ている。

免除についての論旨に関する批判として、前文への言及について、締約国に対してさえ前文が拘束力を持たないことにかんがみて、不可解であると指摘される。²³⁹ というよりも、むしろICC規程前文への言及よりも前に、なぜICC規程の締約国でない国家の現役国家元首に対する免除の問題について規程を根拠に論ずることができるのか、という点を裁判所は明らかにすべきだったというべきではないか。この決定で、予審裁判部は、裁判所の人的管轄権の問題に続いて、現役国家元首の免除の問題を取り扱っている。つまり、予審裁判部は、ICC規程の非締約国の国民が非締約国で行われた裁判所の管轄権内の犯罪について責任を問われるかどうかという裁判所の人的管轄権の問題について、ダルフルの事態が安全保障理事会により、ICC規程第13条b項に基づいて付託されている以上、裁判所の管轄にかかる、と判断した。²⁴⁰ その上で、予審裁判部は現役国家元首の免除の問題についてICC規程に依拠しながら免除を否定したわけである。したがって、予審裁判部は次のように考えたのであろう。国連憲章第七章に基づいて行動する安全保障理事会の付託によって非締約国国民の人的管轄権が認められるということは、当該非締約国国民に対してICC規程が適用されることを示唆する。であるならば、そもそも人的管轄権の問題についての予審裁判部の主張が簡略に過ぎたとも考えられる。つまり、国連憲章第七章に基づいて行動する安全保障理事会が事態を付託することで、非締約国の国民に対して、慣習国際法化していない部分を含めたICC規程が一体として適用されるという主張を予審裁判部は、免除の問題を検討する上で最初に明確にしておく必要があった。この点については、本決定が第四番目の理由として掲げて

238 *The Prosecutor v Charles Taylor*, 'Decision on Immunity from Jurisdiction' Case No. SCSL-03-01-I-059, Appeals Chamber (31 May 2004) paras. 38, 41, 53.

239 *ibid.* *Williams & Sherif* (n 224) 82.

240 *Al-Bashir Arrest Warrant Decision* (n 10) para. 40.

いる点と関係する。安全保障理事会が第13条b項に基づいて事態を付託したことで、ICC 規程その他の裁判所の法律文書に準拠して付託された事態の捜査及びそこから派生する訴追が執り行われることを安全保障理事会も認めている、と予審裁判部は述べている。ゆえに、予審裁判部は安全保障理事会による付託であるから、非締約国に対して規程その他の裁判所の法律文書が適用されるのだ、と主張する。予審裁判部は、何よりもまずこの点を明確にした上で、関連のICC 規程の前文や条文に言及すべきではなかったか。最後に、本決定が裁判所の適用法に言及し、ICC 規程の存在は免除に関する国際法の原則についての考察を妨げることを示唆していることについては、規程第98条が同様の免除に関する国際法の原則を取り扱っていることに鑑み、おかしいのではないかとの指摘がある。²⁴¹

たとえアル・バシール大統領の現役国家元首としてのICCの管轄権からの免除が認められなかったとしても、もしもアル・バシール大統領が他国との関係で現役国家元首としての国際法上の免除を享有しているのであれば、国家はアル・バシール大統領を逮捕し、ICCへ引渡す義務があるのかどうか問題となる。換言すれば、国家のICCへの協力義務と免除の関係である。この問題を難しくしている背景には、本件アル・バシール大統領に対する逮捕状請求が国連憲章第七章下で行動する安全保障理事会の付託したダルフルの事態から派生しているという事実が存在する。したがって、ダルフルの事態を付託した安全保障理事会決議1593とICC 規程、安全保障理事会決議1593と慣習国際法との関係が特に問題となる。そして、周知の事実であるが、ICCは、独自の警察権力といった法執行のための独立した権限を持たないことにも注意しなくてはならない。²⁴² また、ICC 規程は、第63条で欠席裁判を禁じていることにも注目しなければならぬ。²⁴³

241 *Williams & Sherif* (n 224) 83.

242 *ibid.*

243 *ibid.*

この問題については、村井論文が詳しいので、本決定について包括的検討を行う本稿では、論点整理にとどめることとする。²⁴⁴ まず、スーダンについては、国連加盟国として、憲章第七章下で行動する安全保障理事会の採択した決議1593に従ってICCに協力する義務を負うことは明白である。²⁴⁵ 第二に、ICC規程の締約国である国家については、ICC規程第86条が「締約国は、この規程に従い、裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪について裁判所が行う捜査及び訴追において、裁判所に対し十分に協力する」と定めているので、ICCに協力すべき法的義務を負っている。しかしながら、この義務は以下の二つの法規範に矛盾することとなる。第一点目、現在、慣習国際法上認められているとされる現役国家元首に対する免除であり、これに反してICC規程締約国がアル・バシール大統領を逮捕することで慣習国際法に違反することにならないかが問題となる。第二点目、ICC規程第98条1項が「裁判所は、被請求国に対して第三国の人または財産にかかる国家の又は外交上の免除に関する国際法に基づく義務に違反する行動をもとめることとなり得る引渡し又は援助についての請求を行うことができない。ただし、裁判所が免除の放棄について当該第三国の協力をあらかじめ得ることができる場合は、この限りでない」と定める。仮に、第三国を「非締約国」と解釈するにしても、²⁴⁶ スーダンはICCの非締約国であるから、スーダンが免除を放棄しない限り、ICCはアル・バシール大統領の引渡し又は援助についての請求を締約国に行うことができなくなると解釈しうる。²⁴⁷ とはいえ、被請求国が予審裁判部の本決定に沿って規程第27条が優先されると解釈し、引渡しをしても慣習国際法上の義務に反することとならないと解釈する

244 村井伸行「国際刑事裁判所 (ICC) によるバシール・スーダン大統領の逮捕状の発行及び逮捕・引渡請求の送付に関する法的検討」外務省調査月報2009/No.2 pp. 31-61。また、村井伸行「国際刑事裁判所に対する国家の協力」村瀬信也・洪恵子『国際刑事裁判所—最も重大な国際犯罪を裁く』(東信堂、2008年)265-298ページも参照。

245 *Williams & Sherif* (n 224) 84-85.

246 「第三国」の語に対するとりうる解釈については、前掲、脚注233、村井 (2009年)35-36ページ参照。

247 *Williams & Sherif* (n 224) 86.

かもしれない。²⁴⁸あるいは、被請求国からICCが判断をあおがれることとなれば、予審裁判部は将来的に、アル・バシール大統領の逮捕状執行に関して、規程第98条は適用されないと述べることになる可能性もある。²⁴⁹加えて、安全保障理事会決議1593が免除に関する慣習国際法上の義務を凌駕する高次の義務を課していると解釈する被請求国もあるかもしれない。²⁵⁰この点、確かに安全保障理事会決議1593は第二段落で「^{パラグラフ}ICC規程の非締約国は規程上の義務を負わないことを認識しつつ、すべての国家及び関係の地域的・国際的組織に協力するよう要請する (urge)」²⁵¹。ただし、この解釈には、「要請する (urge)」という用語が、すべての国家に対する法的義務を意味せず勧告を示唆するに過ぎないので、スーダンとダルフル地域での紛争当事者以外に安全保障理事会決議上のICCへの協力義務はそもそも存在しないとの批判がなされる。²⁵²

第三に、ICC規程の非締約国は、直前でみたように、安全保障理事会決議1593においては、ICCに対して協力するような法的義務を課されておらず、勧告されるにとどまると一般に解釈されている。しかし、非締約国が、ダルフルの事態は憲章第七章に基づいて行動する安全保障理事会によって付託されているので現役国家元首の免除は排除されると解釈したり、国連憲章第103条に基づく義務が憲章第七章の下で安全保障理事会によりとられた非拘束的な措置にも及ぶと解釈することは可能である。²⁵³

学説には、一方で、安全保障理事会の国連憲章第七章に基づくICCへの付託が単なる管轄権発動メカニズム以上の何者でもないことに鑑みて、国家は慣習国際法上、現役国家元首の免除を認める義務の下にあり、これに反してICCに規程非締約国の国家元首を逮捕し、引き渡せば国際違法行為を構成するとの主

248 *ibid.*

249 *ibid.*

250 *ibid.*

251 UN Doc. S/RES/1593 (n 8) para. 2.

252 *Williams & Sherif* (n 224) 87; 前掲脚注233、村井、50-51ページも参照。

253 *Williams & Sherif* (n 224) 88.

張がある。²⁵⁴つまり、ICCは、アド・ホック国際刑事法廷と異なり安全保障理事会の補助機関ではないので、国連憲章第七章の下に行動する安全保障理事会によって付託された事件について行動するICCの行動といえども、そのこと自体で国連加盟国に対する拘束力を持つことになるわけではない、と考える。²⁵⁵他方で、国連憲章第七章に基づいて行動する安全保障理事会によるICCへの付託が黙示的にICC規程の第27条をスーダンにも適用させることになり、その場合、ICC規程は条約としてではなく安全保障理事会により機能しているので、国家元首の免除を否定する第27条は非締約国にも適用されると解釈する立場もある。²⁵⁶

現役国家元首や高級官吏の免除の問題について、ICCの予審裁判部は、管轄犯罪の性質と免除との関係についての考察を、前文への言及程度しか示さなかったことは、今世紀に入ってからの重大犯罪と免除の関係に対する意識の高まりからすれば、非常に残念である。2002年に出されたICJのイエロディア事件判決に対する反対意見において、Van den Wyngaertアド・ホック判事は、ピノチェト事件に関する英国貴族院やアル・アドゥサニ事件に関する欧州人権裁判所の態度が国際犯罪のユス・コーゲンス違反としての性質と免除とのバランスを凶るよう考慮するものであったと指摘する。²⁵⁷イエロディア事件の多数意見判決も、免除 (immunity) は手続的性質のものであって、免責 (impunity) とは区別され、免除の付与によって、当該者の犯した罪の重大性にかかわらず免責を享受することにはならないと指摘する。²⁵⁸

254 P Gaeta, 'Does President Al Bashir Enjoy Immunity from Arrest?' (2009) 7 JICJ 315, 332.

255 *ibid* 330.

256 D Akande, 'The Legal Nature of Security Council Referrals to the ICC and its Impact on Al Bashir's Immunities' (2009) 7 JICJ 333, 348.

257 *ICJ Arrest Warrant case* (n 225) Dissenting Opinion of Judge Van Den Wyngaert, 156.

258 *ICJ Arrest Warrant case* (n 225) Judgment, para. 60.

4. 3. ジェノサイド罪の文脈的要件

本決定は、アド・ホック国際刑事法廷の判例とは異なって、犯罪の構成要件に関する文書に基づきジェノサイド罪に文脈的要件を導入した。文脈的要件とは、人道に対する罪についてのICC規程第7条に見られるとおり、犯罪の成立につき「広範または組織的なものの一部として」、「そのような攻撃であると認識」して行われているという要件を満たさねばならないというものである²⁵⁹。文脈的要件は、ジェノサイド条約第2条にもICC規程にも見られない。しかしながら、犯罪の構成要件に関する文書には、ICC規程第6条(a)項から(e)項まで共通する要件として、「当該行為が集団に対して向けられた同一の行為の明白なパターンの文脈において執り行われていたか、又は、その行為自体が当該破壊をもたらしうるものであったこと」という要件が掲げられている²⁶⁰。この第6条の共通要件については、第6条のイントロダクションに次のような解説が付されており、さらに要件を詳細にしている。第6条のイントロダクションは、ジェノサイド罪の各犯罪行為の最後の要件に関して、

「『文脈において』の用語は、生じつつあるパターンの最初の行為を含むものである；

- ・『明白な』の用語は、客観的な条件である；
- ・第30条に規定される主観的な要素の通常要件にかかわらず、そして状況に対する認識は通常ジェノサイド罪の意図の証明に当たって取り上げられることを認識しつつ、この状況に関する主観的な要素の適切な要件が存在するとすれば、それ

259 人道に対する罪の文脈的要件に関する近時の論考として、坂本一也「人道に対する犯罪」村瀬信也・洪恵子『国際刑事裁判所—最も重大な国際犯罪を裁く』（東信堂、2008年）113-116ページ参照。

260 Assembly of States Parties, International Criminal Court, Elements of Crimes, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (9 September 2000).

は裁判所によって個別に判断される必要がある²⁶¹と定める。

この文脈的要件に従って、多数意見は、関係行為が集団（の一部）の存在に対する具体的脅威となった場合のみジェノサイド罪が成立すると解釈した。²⁶²これに対して、ウサカ判事の一部反対意見は、文脈的要件について判断を保留している。ウサカ判事は特に文脈的要件に関して具体的脅威が必要となるといふ多数意見の立場に反対する。

文脈的要件について、学会はどう反応したか。クラウス・クレス (Claus Kreß) 教授は、本決定が文脈的要件をジェノサイド罪の定義として受け入れたことには賛意を示す一方、文脈的要件は犯罪の客観的要素 (*actus reus*) としてとらえられるべきではなく、現実的なジェノサイド罪の意図の決定のための客観的評価基準であるべきだと考える。²⁶³

ここで問題となるのが、単独のジェノサイド罪実行者が国際刑事法上認められているかどうかという問題である。この問いに対して、二つのアドホック国際刑事法廷つまり ICTY と ICTR は、ジェノサイド罪に文脈的要件を課さないことで肯定姿勢を示したのである。²⁶⁴クレス教授は、ICC の犯罪の構成要件に関する文書はジェノサイド罪の単独犯 (*lone génocidaire*) のシナリオを否定していないと主張する。²⁶⁵ジェノサイド罪の共通要件として犯罪の構成要件文書に掲げられている「当該行為が集団に対して向けられた同一の行為の明白なパターンの文脈において執り行われていたか、又は、その行為自体が当該破壊を

261 *ibid.*

262 *Al-Bashir Arrest Warrant Decision* (n 10) 124.

263 C Kreß, 'A Comment on the ICC Pre-Trial Chamber's Decision in the Al Bashir Case' (2009) 7 JICJ 297, 299.

264 *The Prosecutor v Jelisić*, Appeals Chamber Judgment, Case No. IT-95-10-A (5 July 2001) para. 48. ただし、ルワンダ国際刑事法廷の上訴裁判部は、ジェノサイド罪が単独犯によって行われるかという問題について態度を示すことを控えている。*Prosecutor v Kayishema and Ruzindana*, Appeals Chamber Judgment, Case No. IT-96-23/1-A (12 June 2001) para. 172. See W A Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes* (2nd ed., Cambridge University Press, New York 2009) 245, fn 13.

265 Kreß (n 263) 299.

もたらしうるものであったこと」の后者の部分「その行為自体が当該破壊をもたらしうるものであったこと」では単独のジェノサイド罪の犯行が否定されていないと解釈できるというのである。とはいえ、実際に、ジェノサイド罪の単独犯が自分ひとりで集団（の一部）を破壊しようという意図を持っていた事例が生ずるとは考えにくい。国際刑事法廷も、ジェノサイド罪の成立に破壊の特別な計画は必要とされないけれども、逆に、計画や組織の後ろ盾なくジェノサイド罪を遂行することは困難であろうと認めている。²⁶⁶

国際刑事法学におけるジェノサイド罪研究の第一人者ともいべきウィリアム・シャーバス教授は、ジェノサイドの意図をもつ単独犯は国際刑事法の関心事であるべきでなく、ジェノサイド罪の意図をもって単独で行動する者は精神医学の関心事であるべきだ、と述べている。²⁶⁷ シャーバス教授は、ジェノサイド罪の成立には計画又は政策の認識が必要だと考えている。²⁶⁸

本決定で多数意見が、文脈的要件の解釈上、関係の行為の対象集団への「具体的脅威」をジェノサイド罪成立の要件としたことについて、クレス教授は、ジェノサイド罪の成立の要件を異様に高くしたものと批判する。²⁶⁹ この解釈については、仮にアル・バシール大統領が逮捕され、犯罪事実の確認、公判へと裁判が進行する中で論点となることだろう。

4. 4. 国際刑事法における間接正犯の概念

アル・バシール大統領のように、政府や軍隊など組織における地位の高い者

266 *The Prosecutor v Kayishema and Ruzindana*, Trial Judgment, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment (21 May 1999) para. 94; *The Prosecutor v. Jelisić*, Trial Chamber Judgment, Case No. IT95-10-T (14 December 1999) para. 101.

267 ICC Observers Project-Oxford Transitional Justice Research Exclusive Interview: William Schabas, Professor of Human Rights Law and Director of the Irish Centre for Human Rights at the National University of Ireland, Galway (26 March 2009), available at < <http://iccobservers.wordpress.com> > (last visited, 5 January 2010).

268 WA Schabas, *Genocide in International Law: The Crimes of Crimes* (2nd ed., Cambridge University Press, New York 2009) 243-256.

269 *Kreß* (n 263) 306.

を訴追しようとするとき、どのような責任の形態を追及すべきかという問題が生ずる。責任の形態の選定にあたり、ICCが対象とする大規模な組織的犯罪においては、以下の三つの特徴を考慮せねばならないと指摘される。²⁷⁰ 第一に、政府や軍隊で上位に立つ者は、通常、国際犯罪を自らの手で行わない。²⁷¹ 第二に、体系的な犯罪の規模が犯罪者の数の多さを物語っている。²⁷² 第三に、軍事力や人材を集めて協調した行動をとらせるには詳細な計画と階級的な組織が必要となる。²⁷³ こうした特徴を踏まえ、アル・バシール大統領のように政府機関のトップの地位にある者を訴追しようすると、主観的要件及び客観的要件の立証について刑法の限界に直面することとなる。²⁷⁴

上位の地位にある者の刑事責任について、アド・ホック国際刑事法廷は Joint Criminal Enterprise の概念に基づいて責任を追及してきた。これに対して、ICC 規程は、国内刑事法体系においても知られる概念である共同正犯 (co-perpetration) と間接正犯 (perpetration through another person) の概念を第25条 3 項(a)に定めており、ICC 検察官は今までのところ主にこの責任形態に依拠している。²⁷⁵ 規程第25条 3 項(a)は、「(いずれの者も、次の行為を行った場合には、この規程により、裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪について刑事上の責任を有し、かつ、刑罰を科される。) 単独で、他の者と共同して、

270 H G van der Wilt, 'The Continuous Quest for Proper Modes of Criminal Responsibility' (2009) 7 JICJ 307, 307.

271 *ibid* 307-308.

272 *ibid* 308.

273 *ibid*.

274 *ibid*.

275 *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, 'Decision on the Confirmation of Charges', Public Redacted Version with Annex I, Case No. ICC-01/04-01/06, Pre-Trial Chamber I (29 January 2007); この Lubanga 事件の犯罪事実の確認決定は、*The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, 'Decision on the Confirmation of Charges, Katanga and Chui' Case No. ICC-01/04-01/07, Pre-Trial Chamber I (30 September 2008); *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 'Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo', Case No. ICC-01/05-01/08, Pre-Trial Chamber II (15 June 2009) paras. 347-401.

又は他の者が刑事上の責任を有するか否かにかかわらず当該他の者を通じて当該犯罪を行うこと」と規定する。

アド・ホック国際刑事法廷においても、共同正犯概念の導入が試みられたことはある。ICTYの第一審は、2003年7月の *Stakić* 事件判決で、ICTY規程第7条の定める「実行 (commission)」について、共同正犯や間接正犯といった伝統的な「実行」の概念をJCEの法律用語の下での刑事責任の検討の前に行う必要がある、と述べた。²⁷⁶しかし、国内刑事法体系で見られる共同正犯概念で個人の刑事責任を検討しようとした第一審の判断は、上訴裁判部によって覆される。2006年3月22日、ICTYの上訴裁判部は、第一審裁判部が上訴人の責任を共同正犯の枠組み内で分析したことによって誤りを犯したと判断した。²⁷⁷上訴裁判部は、共同正犯という個人の刑事責任の形態が、慣習国際法上もICTYの判例上も確立していない (does not have support) もので、これに対してJCEが慣習国際法上確立している、と判断した。²⁷⁸

*Stakić*事件上訴審判決の同日、2006年3月22日に、*Šainović et al.*事件でICTYの第一審裁判部は、検察側が用いた間接共同正犯 (indirect co-perpetration) の概念に言及した。²⁷⁹弁護側が、間接共同正犯 (indirect co-perpetration) の概念は裁判所の管轄権の範囲外であると主張したためである。²⁸⁰第一審裁判部は、*Stakić*事件第一審判決の用いた共同正犯 (co-perpetration) や *Šainović et al.*事件で検察の用いた間接共同正犯 (indirect co-perpetration) が起訴状に挙げられている犯罪行為時に慣習国際法として確立していなかった

276 *The Prosecutor v. Milomir Stakić*, Judgment, Case No. IT-97-24, Trial Chamber II (31 July 2003) para. 438.

277 *The Prosecutor v. Milomir Stakić*, Judgment, Case No. IT-97-24-A, Appeals Chamber (22 March 2006) para. 62.

278 *ibid.*

279 *The Prosecutor v. Milan Milutinović*, 'Decision on Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction: Indirect Co-Perpetration' Case No. IT-05-87-PT, Trial Chamber (22 March 2006).

280 *ibid.* paras. 25, 27-29.

と判断した。²⁸¹このように、ICTYでは、判例上、JCEという刑事責任の概念が慣習国際法上確立したものとして捉えられているので、共同正犯や間接共同正犯 (indirect co-perpetration) の概念がドイツその他の国内法で認められる法の一般原則であるかどうかにかかわらず、JCEの概念が罪刑法定主義にかなう刑事責任の形態であると捉えられているようである。²⁸²

ICTYの判例に反して、ICCでは、間接共同正犯 (indirect co-perpetration) による責任追及がよく見られる。たとえば、*Katanga and Ngudjolo* 事件、²⁸³*Abu Garda* 事件²⁸⁴においてindirect co-perpetrationの形態で刑事責任追及が試みられている。本件スーダンのアル・バシール大統領に対する責任追及もこの責任形態を問題としている。ただし、犯罪行為を共謀しただけではなく、物理的にも実行に携わったThomas Lubanga (コンゴ愛国者解放戦線 (FPLC : Forces Patriotiques pour la Libération du Congo) の最高司令官) に対しては、犯罪の共同支配に基づく共同正犯の概念によってのみ犯罪事実の確認が裁判部によってなされている。²⁸⁵

学説では、間接共同正犯 (indirect co-perpetration) の責任形態を支

281 *ibid* para. 40.

282 ICTYの第一審は、「第一審の任務は、共同正犯や間接共同正犯 (indirect co-perpetration) が法の一般原則として確立しているかどうかを決定することではなく、修正版合同起訴状の第22段に書かれた責任の形態が関連時に慣習国際法として存在していたかどうかである」と述べている。 *ibid* para. 39.

283 *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathie Njugolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, Situation in the Democratic Republic of the Congo, Case No. ICC-01/04-01/07, Pre-Trial Chamber I (30 September 2008).

284 *The Prosecutor v. Bahr Idriss Abu Garda*, 'Summons to Appear for Idriss Abu Garda' Case No. ICC-02/05-02/09, Pre-Trial Chamber I (7 May 2009) para. 18.

285 Olásolo 教授は、この他に *Bemba* 事件も indirect co-perpetration に依拠していると指摘する。 *See the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 'Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo' Case No. ICC-01/05-01/08, Pre-Trial Chamber III (10 June 2008); Héctor Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political Leaders as Principals to International Crimes* (Hart Publishing, Oxford 2009) 305.

286 *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, 'Decision on the Confirmation of Charges', Public Redacted Version with Annex I, Case No. ICC-01/04-01/06, Pre-Trial Chamber I (29 January 2007) para. 410.

持する者に、ICCの法務官でもありユトレヒト大学のOlásolo教授がいる。Olásolo教授によれば、間接共同正犯 (indirect co-perpetration) の表現が、権力的組織構造の中での間接正犯 (indirect perpetration) の形態と共同支配 (joint control) の理論とを融合して適用するその性質をよく表現しているからである。²⁸⁷したがって、間接共同正犯 (indirect co-perpetration) の成立には、権力的組織構造と共同支配 (joint control) それぞれの客観的及び主観的要件を同時に満たしていることが必要となる。²⁸⁸客観的要件には、交換可能な構成員に特徴づけられ、物理的行為者の所属先となる権力の組織的構造又はそうした構造の一部が必要となる。²⁸⁹また、権力的組織構造の上層にいる政治的・軍事的指導者が権力的地位を支配し、その地位を犯罪の客観的要件遂行を確保するために利用していることも権力的組織構造の要件である。²⁹⁰他方で、共同支配の客観的要件は、共同正犯者の間に犯罪性の要素を含む合意や共謀の存在を必要とする。²⁹¹そして、共同正犯者全員が共謀の実施に著しい貢献をし、その全員が協調して行動していることも、共同支配の概念は要件とする。²⁹²

権力的組織構造と共同支配の主観的要件では、必要とされる目的や特別故意 (*dolus specialis*) などの当該犯罪の主観的要件が満たされていることが必要となる。²⁹³さらに、権力的組織構造の主観的要件には、当該指導者が支配する権力的組織構造における自己の権力的地位に気付いていることも含まれる。²⁹⁴ただし、権力的組織構造の理論においては、犯罪の物理的行為者が犯罪の主観的要件を全て満たしていたかどうかは、組織の政治的・軍事的指導者の刑事責任を確認する上で問題とならない。²⁹⁵加えて、共同支配では、共同正犯者全員が共

287 Olásolo (n 285) 304.

288 ibid 306.

289 ibid.

290 ibid 306-307.

291 ibid 307.

292 ibid.

293 ibid.

294 ibid.

295 ibid.

謀の実行の結果として犯罪の客観的要件を実現することについての未必の故意 (*dolus eventualis*) を共有していることが必要となる。

アムステルダム大学の Van der Wilt 教授も *Katanga and Ngudjolo* 事件で共同正犯の概念と組織に対する支配を通じた実行 (組織支配の概念を包摂する間接正犯) の概念とが融合されたと指摘している。²⁹⁶ Van der Wilt 教授は、間接共同正犯 (indirect co-perpetration) の要件について、ウサカ判事のアル・バシール大統領に支配が存在していたとみなす証拠の不存在を理由に共同正犯 (co-perpetration) の成立を否定する意見に注目する。多数意見は、指導者たちによる組織に対する支配の証拠を提示することなく、アル・バシール大統領とその他のスーダンの政治的・軍事的指導者層が彼らの率いるスーダン国家機関の各部に対して、共同して共謀を実施するため、協調した方法で指示を与えていたことを当然ととらえている。²⁹⁷ 問題は、間接共同正犯の成立にとって、共同正犯者全員が組織に対する支配を共有している必要があるか否かであり、本件 *Al-Bashir* 事件決定の多数意見はこれを肯定したと考えられる。²⁹⁸ これに対して、*Katanga and Ngudjolo* 事件の予審裁判部は、他者に対する支配を欠いていた者についても、もしも直接的な実行行為者を道具として支配していた者と共同して行動していれば、その者の犯罪行為に対して責任を問われうると判断している。²⁹⁹

本稿では、‘indirect co-perpetration’ の用語を「間接共同正犯」と訳した。思うに、この概念は、ドイツ刑法や日本の刑事法学上の間接正犯類似の共謀共同正犯概念に近いのではないか。この点については詳しい検討を別途する必要がある。少なくとも間接共同正犯 (indirect co-perpetration) の概念は、日

296 *Van der Wilt* (n 270) 309.

297 *ibid* 313.

298 *ibid*.

299 *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathie Ndjugolo Chui*, Decision on the Confirmation of Charges, Situation in the Democratic Republic of the Congo, No. ICC-01/04-01/07, Pre-Trial Chamber I (30 September 2008) para. 493.

本の刑事法学においても知られている共謀共同正犯と間接正犯という概念の融合系であるといえそうである。この間接共同正犯 (indirect co-perpetration) の概念は、上層部にある者を訴追する上で、ICCの検察局及び裁判部によって今後活発に利用されることになるかと予想される。判例の蓄積が待たれるとともに、今後、国際刑事司法に固有のこの概念を我が国においても研究し、日本社会に紹介していくことが期待される。

5. 2010年2月3日の上訴裁判部の決定

2009年3月4日の予審裁判部の本決定に対して、検察官は2009年3月10日付でオマール・ハッサン・アフマド・アル・バシールに対する検察官の逮捕状請求に関する決定に対する上訴の申し立てを行った³⁰⁰。これに対して、2009年6月24日、予審裁判部は、検察官の上訴理由のうち一点のみについて上訴の申し立てを認めた³⁰¹。規程第58条の下での証明基準は、当該者が裁判所の管轄犯罪を行ったと信ずるに足りる合理的な理由が存在するというを、証拠から導かれる「唯一の」合理的な結論として求めているかどうかという問題である。

国際刑事裁判所の上訴裁判部は、2010年2月3日、2009年3月4日の予審裁判部 I の決定のうちジェノサイド罪について逮捕状を発行しないという点について、原決定を破棄した (全員一致)³⁰²。上訴裁判部は予審裁判部に対して、

300 *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 'Prosecution's Application for Leave to Appeal the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir"' Case No. ICC-02/05-01/09 (10 March 2009).

301 *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 'Decision on the Prosecutor's Application for Leave to Appeal the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir"' Case No. ICC-02/05-01/09, Pre-Trial Chamber I (24 June 2009).

302 *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, 'Judgment on the appeal of the Prosecutor against the "Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir"' Case No. No. ICC-02/05-01/09-OA, the Appeals Chamber. *See also* 'Al Bashir case: The Appeals Chamber directs Pre-

逮捕状がジェノサイド罪を含むべきかどうか再度決定するよう命じた。上訴裁判部は、予審裁判部がオマール・アル・バシールに対してジェノサイド罪で逮捕状を発行すべきかどうかについて逮捕状の発行段階にもかかわらず高すぎる証明基準を当てはめたと判断した。

つまり、上訴裁判部によれば、逮捕状の発行に関する規定であるICC規程第58条1項(a)に定められた「当該被疑者が裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪を行ったと信ずるに足りる合理的な理由が存在する (傍点筆者)」という基準は、犯罪事実の確認段階で必要とされる規程第61条7項にある「実質的な理由 (substantial ground)」の基準や有罪を証明するために必要とされる規程第66条3項に定められる「合理的な疑いを超えて」という基準とは区別されねばならない。³⁰³したがって、逮捕状の請求を処理する際には、予審裁判部は犯罪事実の確認や有罪の証明のために必要な証明のレベルを要求してはならない。³⁰⁴

ジェノサイドの意図が唯一の合理的な結論であることを要求することは検察官に対して他の合理的な結論を反証し、いかなる合理的な疑いも除去することに匹敵する、と上訴裁判部は考える。³⁰⁵上訴裁判部は「証拠から導き出せる唯一の合理的な結論がジェノサイドの意図の存在であるならば、そのような決定は単に『信ずるに足りる合理的な理由』を証明したものとはいえず、むしろ『合理的な疑いを超えて』ジェノサイドの意図を証明することになろう」と述べた。³⁰⁶そして、上訴裁判部は、予審裁判部が「信ずるに足りる合理的な理由」という適切な基準を理解しながらも、その基準を誤って適用したと判断する。³⁰⁷したがって、上訴裁判部は、予審裁判部が推論的証拠に関してICC規程第58条1項(a)で求められているよりも高く厳格な証明基準を採用したので、このこと

Trial Chamber I to decide anew on the genocide charge' ICC-CPI-20100203-PR494 (3 February 2010).

303 *ibid.* para. 30.

304 *ibid.*

305 *ibid.* para. 33.

306 *ibid.*

307 *ibid.* para. 39.

は法律の瑕疵に匹敵すると判断した。³⁰⁸ 本件で、予審裁判部は検察官による証拠の提示に際して、誤った証明基準を適用し、ジェノサイド罪に関して検察官の逮捕状請求を拒否した。³⁰⁹ 予審裁判部のジェノサイド罪について逮捕状を発しないという決定は法律の瑕疵によって実質的な影響を受けている。³¹⁰ ゆえに、上訴裁判部はその限度で原決定を破棄することが適切であると結論付ける。³¹¹ 検察官は、上訴裁判部に対して、事実に正しい証拠基準を当てはめてオマール・アル・バシールがジェノサイド罪に対する刑事責任を負うと信ずるに足りる合理的な理由が存在するかどうかの決定を行うよう要請している。³¹² そしてそれら訴因について予審裁判部に逮捕状を発行するよう上訴裁判部が命令するよう検察官は求めている。³¹³ しかし、事案の実質的な部分については、上訴裁判部ではなく予審裁判部が決定すべきであると上訴裁判部は考える。³¹⁴ したがって、事案については、正しい証明基準を用いて予審裁判部が新しい決定を下すため、予審裁判部に差し戻す。³¹⁵

6. おわりに

本決定が出てから一年が経とうとしている。依然としてアル・バシール大統領は逮捕されないままである（2010年1月現在、アル・バシール氏がスーダン大統領を務めている）。ICCが警察権力を持たない以上、アル・バシール大統領への逮捕状が安全保障理事会の憲章第七章に基づく裁判所へのスーダンの事態の付託から生じた事件であるといえども、法の執行面の難しさに変わりな

308 *ibid.*

309 *ibid.* para. 41.

310 *ibid.*

311 *ibid.*

312 *ibid.* para. 42.

313 *ibid.*

314 *ibid.*

315 *ibid.*

いことを示唆していよう。アル・バシール大統領への国際社会のプレッシャーも十分とは言えない。2009年12月だけをとってみても、アル・バシール大統領は、モーリタニア・イスラム共和国、サウジ・アラビア王国を訪れたといわれる³¹⁶。2009年12月時点で、モーリタニア・イスラム共和国もサウジ・アラビア王国もICC規程の締約国ではないから、国際法上、ICCへの明白な協力義務が存在するわけではない。ひるがえって、日本はICCの締約国として、また安全保障理事会の非常任理事国としての責任を果たすため、アル・バシール大統領の逮捕を実現すべく、積極的に国際社会へ働きかけていく必要がある。実際、ICCにおける日本の地位及び役割は高まりつつある。2009年11月8日、第8回ICC締約国会議において、日本から立候補していた尾崎久仁子政策研究大学院大学教授・外務省参与がトップ当選を果たしている³¹⁷。2009年12月21日から22日にかけては、ICCの上訴裁判部の裁判官でICC所長を務める宋相現判事 (Judge Sang-Hyun Song) が、日本を公式訪問し、ICCに対する日本の継続的支援に感謝した³¹⁸。このように、今日、日本はICCにおける益々の貢献を期待されている。

スーダンは2010年4月に総選挙及び大統領選挙を控えている。スーダンでは、なお、援助活動の困難な戦闘状況が続いていると伝えられる。スーダンについては、国際社会の関心事となる重大な犯罪の継続する中、いかにして、犯罪を止め平和を実現するための和平交渉を実現させるかが重要課題となっている。スーダン地域の平和と安全を確保するのは、国連の枠組みの中では安全保障理事会の関心事と考えられ、ICCの検察官にとって一義的にはICC規程の課

316 See eg 'President Al-Bashir Begins Three-Day Visit to Mauritanian' Sudan Vision (23 December 2009); 'Al Bashir Leaves for Saudi Arabia Today' Sudan Vision (30 December 2009).

317 尾崎判事は、2009年11月18日から2018年3月10日までの任期を務められることになる。2009年4月に逝去した日本人の国際刑事裁判所裁判官、齋賀富美子氏に次いで二人目の日本人の国際刑事裁判所裁判官となる。

318 The International Criminal Court Press Release 'President Song's official visit to Japan' ICC-CPI-20091218-PR486 (18 December 2009).

す使命である正義の追及が主要な関心事項である。ICCの検察官は、今のところ、アル・バシール大統領に対する逮捕状の執行について、いかなる政治的干渉にも屈しない様子を示している。

2008年7月21日、アフリカ連合は、2008年7月21日、安全保障理事会に対し、アル・バシール、スーダン大統領への逮捕状請求の申し立てについて、ICC規程第16条の下で介入し手続を延期するよう要請するコミュニケを発している。³¹⁹これに対し安全保障理事会は、決議1828において、このコミュニケに「留意する ([t]aking note of)」と明言した。³²⁰ただ、アメリカは、この決議をスーダン大統領らを裁こうという努力を損なうものであるとみなし、決議に棄権している。そして、結局、2009年3月4日のICCの予審裁判部Iの本決定によってICCからアル・バシール大統領に対して逮捕状が発行される運びとなった。

ICCの検察官がウガンダの事態で反政府側ばかりを訴追対象としていることについて、公平性を欠くとしばしば批判される。しかし、スーダンの事態では、反政府組織の指導者である Bahr Idriss Abu Garda (バハル・イドリス・アブ・ガルダ) がアフリカ連合の平和維持軍要員を故意に攻撃したなどの戦争犯罪で訴追されている。ガルダに対しては、予審裁判部Iから2009年5月7日に召喚状が出されていた。³²¹ガルダは、2009年5月18日、ICCの予審裁判部Iに出頭した。スーダンの事態では、2007年4月27日、政府の要人であったアフマド・ハルーン (Ahmad Harun) と民兵組織ジャンジャウィードの指導者アリ・クシャイブ (Ali Kushayb) に対して予審裁判部Iから逮捕状が出ている。³²²アフマド・

319 UN Doc. S/2008/481, annex.

320 SC Res. 1828, 5947th mtg., SC UN Doc. S/RES/1828 (31 July 2008) 2.

321 *The Prosecutor v. Bahr Idriss Abu Garda*, 'Summons to Appear for Idriss Abu Garda', Case No. ICC-02/05-02/09, Pre-Trial Chamber I (7 May 2009).

322 *The Prosecutor v. Ahmad Mubammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Mubammad Al Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb")*, 'Warrant of Arrest for Ahmad Harun', Case No. ICC-02/05-01/07, Pre-Trial Chamber I (27 April 2007); *The Prosecutor v. Ahmad Mubammad Harun ("Ahmad Harun") and Ali Mubammad Al Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb")*, 'Warrant of Arrest for Ali Kushayb', Case No. ICC-02/05-01/07, Pre-Trial Chamber I (27 April 2007).

オマール・ハサン・アフマド・アル・バシール (Mr. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir)
に対する検察官の逮捕状請求に関する決定

ハルーンもアリ・クシャイブもいまだ身柄を拘束されておらず、現政権の関係者への逮捕状の執行の困難を示しているともいえる。

この決定では、ジェノサイド罪に関するICC規程の構成要件に関する文書が規程の解釈に取り込まれたことが注目される。また、国家元首の免除の問題を深く掘り下げなかったことで、逆説的に、免除の問題がICCにとって大きな問題となりえないとの立場を示したといえる。ただ、上で示した通り、逮捕状の執行面での免除の問題、特に非加盟国における免除の問題を掘り下げなかったことで、課題が残されたといえる。

謝辞 本研究は平成21年度科学研究費補助金・若手スタートアップ (20830133) の助成を受けたものである。ご厚意に深く感謝する。

法学部准教授 (国際法) 竹村仁美