

人道に対する犯罪に関する防止及び 処罰に関する条文草案

—国際法委員会の第2読会を終えて—

東 澤 靖

1. 国際法委員会における起草作業

国連の国際法委員会（ILC）は、2014年の第66会期において、人道に対する犯罪のトピックについての検討作業を開始した⁽¹⁾。その内容は、人道に対する犯罪に関して、その防止と処罰に関する条約の条文草案の検討を含めて、ILCのシアン・マーフィー委員（アメリカ）を特別報告者に指名して作業にあたらせるというものであった。ILCは、特別報告者による2015年から2017年にかけての3次にわたるレポートを受けて、2017年の第69会期において、第1読会を終了し、全15条と付属文書から成る人道に対する犯罪に関する条文草案（以下、「第1次草案」）、ならびにその注釈（コメンタリー：以下、「第1次注釈」）を採択した⁽²⁾。

ILCは、国連事務総長を通じて第1次草案及びその注釈を付託して、各国政府、国際組織その他に、それらに対するコメントや見解（以下、「意見」と総称）を2018年12月1日までに提出することを求めた。各国政府、国際組織その他（以下、「各国政府など」）から提出された意見は、特別報告者において集約検討され、2019年に、第1次草案に対する修正提案を含めて第4次レポートとし

て提出された(以下、「(以下、「特別報告者第4レポート」)⁽³⁾。それを受けて ILC は、同年の第71 会期において、起草委員会において検討された第2 次の条文草案を採択し(以下、「ILC 条文草案」)⁽⁴⁾、第2 読会を終了して新たな注釈(以下、「ILC 注釈」)を付して国連総会に提出した⁽⁵⁾。

ILC が、人道に対する犯罪についてこのような作業を開始したのは、筆者なりにまとめれば、人道に対する犯罪に関する国際法の2つのギャップに対応するためであった⁽⁶⁾。その第一は、人道に対する犯罪については、戦争犯罪や集団殺害犯罪と異なり、各国内での犯罪化を義務づける国際法が存在しないということである。そのため、人道に対する犯罪の防止と処罰に向けた政策を採用するかどうか、そして同犯罪が何を意味するのかは、各国家の意思によって異なるままとなっている。第二には、人道に対する犯罪をめぐる国家間の国際協力を義務付ける国際法が存在しないということである。国連腐敗防止条約や国連越境組織犯罪防止条約など、いわゆる越境刑事法の分野では、今日ますます多くの国家間の国際協力を具体的に取り決める条約が存在する。しかし、人道に対する犯罪は、国際社会の関心事最も重大な犯罪(ICC 規程5条1項)とされながら、容疑者の身柄の確保や証拠の収集に関する国家間の水平的な国際協力は、その義務を扱う国際法が存在せず、不確実なままとされている。そのようなギャップに対応しようとする試みが、人道に対する犯罪に関する ILC の条文草案の検討作業であった。

そのような目的の下で ILC が最初に採択した第1次草案は、人道に対する犯罪の定義、国家の防止義務と処罰義務とを実施するための各種の義務、ノン・ルフールマン、引渡し又は裁判の義務、容疑者の公正な取り扱い、被害者・証人などの保護と権利、犯罪人引渡し、法律上の相互援助、紛争解決に関する規定を含んでいた。これらの規定や検討内容について、筆者は別稿で詳しく検討した⁽⁷⁾。そこには、人道に対する犯罪の防止と処罰に関する条約の起草に向けて少なからぬ問題が存在することもまた明らかとなった。

第1の問題は、人道に対する犯罪のそもそもの定義をめぐる問題である⁽⁸⁾。人道に対する犯罪という犯罪概念は、「人道の法」を根拠とする処罰が何度か試みられた後、第2次世界大戦後の国際軍事法廷（IMT）や極東国際軍事法廷（IMTFE）において、歴史上初めて登場した。その中で、殺害や迫害など国内法の一般犯罪と区別され、また、伝統的に国家主権の権能と考えられてきた国家の刑事管轄権に対し、国際法廷による訴追と処罰が正当化される国際犯罪を確立することは、決して容易な作業ではなかった。そのことを端的に示すのが、人道に対する犯罪の定義をめぐる変遷や紆余曲折である。人道に対する犯罪を国内法の一般犯罪と区別された国際犯罪とするために、同罪の成立要件として、さまざまな敷居要素（chapeau elements）、あるいは前提条件が用いられてきた。そうした敷居要素には、IMTなどで用いられた武力紛争関連要素—犯罪の成立に武力紛争との何らかの関連性を条件とするもの—にはじまり、国家関連要素、差別的要素、文脈的要素（広範性／組織性要素、政策要素、認識要素）などが試みられてきた⁽⁹⁾。

他方で、人道に対する犯罪は、IMT以降、特に1998年に国際刑事裁判所のためのローマ規程（ICC規程）が採択されて以降、各国の国内法においても、国内法において犯罪化される例が増加してきていた⁽¹⁰⁾。

第2の問題は、犯罪人引渡しや法律上の相互援助など、人道に対する犯罪に関する国際協力のシステムを設けるにあたって、どのような枠組みを定めるのかということである。人道に対する犯罪について従来は、国際刑事司法機関において裁かれる国際犯罪として、その国際刑事司法機関と各国との間の垂直的な国際協力関係を定めるシステムが存在してきた。それらのシステムは、狭い意味での国際刑事法の一部としてすでに存在し、ICC規程の「第9部 国際協力及び司法上の援助」における諸規定がその典型である。しかし、人道に対する犯罪についてそれぞれの国内法のもとで防止と処罰を行う国家間においては、垂直的な国際協力関係とは異なる、国家相互間での水平的な国際協力が必

要とされる。そのような水平的な国際協力を扱うものとしては、すでに特定の犯罪に関する国際条約などによって、犯罪人引渡しや法律上の相互援助を規律する越境刑事法という分野が存在する。人道に対する犯罪においても、諸国家の間で実効的な防止と処罰を目指すのであれば、そのような越境刑事法で用いられている法技術が参考となるはずである。

しかし、越境刑事法を用いる特定の犯罪に関する条約において、そこで定められる国際協力のシステムは必ずしも一様ではない。特別報告者は、そのような条約のシステムについて、そのレポートにおいて「より簡易な規定」(less detailed provisions)と「より詳細な規定」(more detailed provisions)という分類をしてきた⁽¹¹⁾。前者の例としては、集団殺害罪の防止及び処罰に関する条約(以下、「ジェノサイド条約」)、拷問及び他の残虐な、非人道的な又は品位を傷つける取扱い又は刑罰に関する条約(以下、「拷問等禁止条約」)、強制失踪からのすべての者の保護に関する国際条約(以下、「強制失踪条約」)などがある。また後者の例としては、腐敗の防止に関する国際連合条約(以下、「腐敗防止条約」)や国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約(以下、「越境組織犯罪防止条約」)などがある。これらの条約で用いられている国際協力に関する諸規定の、いずれをモデルにして条文草案を規定していくのかということが問題となった。

第3の問題は、人道に対する犯罪の条文草案において、規定すべき内容に関するものである。すでに述べた第1次草案の検討を通じて、それに含まれるべきであるとして提起された、いくつかの項目が存在した。それらは例えば、アムネスティ(恩赦等)の禁止、軍事法廷の排除、履行監視メカニズムなどである⁽¹²⁾。

ILCでの第2読会においては、以上に指摘したような問題が、引き続き検討された。

2. ILC 第2 読会を経て採択された条草案

人道に対する犯罪に関する第1次草案に対しては、38カ国の政府、7つの国際機関、5つの国連の専門委員会・任務保持者など、そして約700のNGO・個人から提出された（注3に掲げた文書を参照。以下、「各国政府などからの意見」）。以下では、ILCの第70会期で採択された条草案、そのもととなった起草委員会の報告（以下、「DC」として該当頁を記載）における理由付け、特別報告者第4レポート（以下、「SP」として該当項目番号を記載）における議論と特別報告者の勧告、そして必要に応じて新たに作成されたILC注釈における解説を、第1次注釈から内容に関わる変更・追加された部分を中心に紹介する。なおILC注釈は、パラグラフ別ではなく、総論、前文、各条、付属文書ごとに丸括弧で記載されていることから、文章末尾に項目・条文数と丸括弧数字を記載して特定する（例、「注釈総論(1)」,「注釈1(1)」など）。

2.1 前文及び適用範囲 (1条)

2.1.1 総論

ILC注釈は、実際の条草案の解説に先立ち、将来の人道に対する犯罪に関する条約を射程においた、条草案の目的や作成経緯などを示す総論（General Commentary）を付している。条草案は、その標題を単に「人道に対する犯罪に関する条草案」としているが、そのILC注釈では、「人道に対する犯罪の防止と処罰に関する条約となるであろうものの条草案」であることを意図している（注釈総論(3)）。

第1次注釈と比べて、ILC注釈で新たに加えられたのは、そのような条約ができたとしても、慣習国際法を含む他の国際法の規則によって規律され続けること（注釈総論(2)）、条草案は既存の慣習国際法の法典化というよりも、む

しる効果的で各国に受け入れられやすい規定を起草することであり、既存の慣習国際法に影響を与えるものではないこと（注釈総論(3)）、条文草案は、ICC 規程の当事国であるかどうかを問わず諸国家が約束する義務を想定していること（注釈総論(4)）である。

2.1.2 前文

前文 (Preamble) は、条文草案の一般的な文脈と主要な目的などの概念的な枠組みを明らかにするものであって、ジェノサイド条約や ICC 規程の前文において使用された用語によって着想された（注釈前文(1)）。

第1次草案の前文は、前文と題した全9文からなるものであったが、条文草案においては、「前文」という標題が削除され、新たな一文が加えられて全10文となり、その他に表現の修正や順序の変更がなされた。「前文」という標題の削除は、ILC の第2読会で採択される文書の慣行に照らして過剰なものとされたためである (DCp.2)。

新たな一文は、「国際連合憲章に規定する国際法の諸原則を想起し」という文章が第3文として加えられた。その文章が加えられた理由は、直前の第2文が人道に対する犯罪を世界の平和・安全の脅威であると断じていることとの関係で、人道に対する犯罪を理由とする武力の使用や干渉に懸念を示す国があったことから、それらを禁止する国連憲章の諸原則に言及することが相当と考えられたためである (DCp.3)。この点について、ILC 注釈は、国連憲章の諸原則として、主権平等及び武力による威嚇や使用の禁止をあげ、人道に対する犯罪の防止と処罰の措置が、武力の威嚇・使用に関する国際法に適合すべきことを指摘している（注釈前文(4)）。この第3文は、「国及びその財産の裁判権からの免除に関する国際連合条約」の前文をモデルとしている (DCp.3, 注釈前文(4))。

人道に対する犯罪の禁止が国際法の強行規範 (*jus cogens*) であるとする旧第3文は、各国政府などからは、それを歓迎する意見とその証拠は十分ではなく

不明確であるとする意見などが表明され、議論のあった規定である (SR paras. 34-5)。特別報告者は、すでに第1次注釈で示されていたICJの判断などを根拠に、強行規範性に関する前文の維持を勧告し、起草委員会もそれに同意して第4文として維持した (DCpp. 3-4)。併せて起草委員会は、その強行規範性が、新たに規定されるものではなくすでに存在している規範の確認であることを明確にするための表現の修正も行った (同前)。ILC注釈は、強行規範性がICJ以外の地域人権裁判所、国際刑事法廷、国内裁判所においても言及されてきたことを指摘してその補強を図る反面で、条草案が強行規範性から導かれる帰結を扱うものではないことも述べている (注釈前文(5))。

その他にも条草案は、第1次草案の前文にいくつかの表現の修正を加えている。その修正の一つは、後述するように第1次草案ではICC規程をほぼそのまま転用した人道に対する犯罪の定義に、いくつかの変更を加えたことによるものである (第7文)。この点はILC注釈でも、ICC規程の定義がそのまま利用されたのではなく、モデルであることが明記された (注釈前文(8))。二つ目は、項目の入れ替えとそれに伴う表現の微修正である (第9文と第10文)。この入れ替えは、条草案の中核的要素となる国内訴追と国際協力を謳った文章を以て、前文を締めくくるためのものである (DCp. 5)。

2.1.3 適用範囲

条草案の主要な目的が人道に対する犯罪の防止と処罰にあることは、前文の全体的な論旨に加えて、「適用範囲」(Scope: 第1条)においてあらためて明示されている。

起草委員会においては、第1次草案における「適用される (apply)」を「関わる (concern)」に変更すべきかとの議論があったが、通常の用法としての「適用される」を変更することなく維持した (DCp. 5, SR para. 42)。

この条文をめぐるのは、各国政府などから、本条の必要性に関する疑問、条

文案が遡及しないことを明示すべきだとの意見などもあった。しかし特別報告者は、適用範囲を規定するのは ILC の慣行であること、異なる定めがなければ条約法は非遡及性が原則であることを指摘して、それらの意見を採用しなかった (SR paras. 43-4.)。非遡及性の問題については、ILC 注釈が、条文案案はそれが条約となった場合に条約発効後の行為・事実・状況のみを対象としていることを、ウィーン条約法条約 (28 条) や ICJ の判決を引用して説明している (注釈 1(3))。同時に、条文案案とは別に、慣習国際法など他の国際法の下での国家の義務が存在することや、遡及を認める国内法を制定することが禁止されていないことも付け加えている (同上)。

2.2 犯罪の定義

「人道に対する犯罪の定義」(Definition of crimes against humanity: 第 2 条)は、第 1 次条文案案においては、第 3 条とされていたが、起草委員会提案は、犯罪の定義を最初に置くことが論理的に適切であると考え、従来第 2 条とされていた「一般的義務」と入れ換えることとなった (DCp. 6)。

犯罪の定義について ILC は、各国政府の大半の意向に従い、基本的に ICC 規程に従うことに一般的には合意していた一方で、同じく各国政府の多数意見を考慮して 2 カ所の変更を行った (DCp. 6, 注釈 2(1)(8))。

第 1 の変更点は、ICC 規程に存在する性 (gender) の定義に関する旧第 3 項の削除である。性を、男性及び女性に限定するこの規定に対しては、数多くの批判的な意見が提起されており、特別報告者もその削除を勧告していた (SR paras. 80-6.)。それを受けて起草委員会は、そのような性の定義が時代遅れとなったとする意見を取り入れ、削除することとした (DC pp. 6-7)。この点は、ILC 注釈が、ICC 規程採択後の数々の国際文書を挙げて詳しく説明している (注釈 2(41))。

第 2 の変更点は、「迫害」の概念である (第 1 項(h))。第 1 次草案の定義は、

ICC 規程 (7条1(h)) にならって、「この項で定められたいずれかの行為を伴い又は集団殺害犯罪若しくは戦争犯罪を伴う」という条件を付していた。このことに対しては、そうした条件を付けることは、ICTY 規程 (5条(h)) や ICTR 規程 (3条(h)) の定義とも異なる、「迫害」を他の犯罪の成立に従属させることは慣習国際法と調和しない、などの批判が加えられていた(SR paras. 60-5.)⁽¹³⁾。起草委員会は、この点について特別報告者の勧告を受け入れて、「又は集団殺害犯罪若しくは戦争犯罪を伴う」という条件のみを削除することとした(DC p. 7)。ILC 注釈は、その条件は、ICC の特別な管轄権のために設けられたものであり「迫害」の一般的な条件ではないと説明している(注釈2(38))。

さらに起草委員会の中には、「この項で定められたいずれかの行為を伴い」の部分も含めて削除すべきだとする意見もあった。しかし多数意見は、ICC 規程の定義を全面的に変更して差別的行為を広範にこの犯罪に含めるのは適切ではないとして、そうした意見を採用しなかった(DC p. 7)。ILC 注釈は、その部分を残した理由として、一方で、人道に対する犯罪に至らないような差別的慣行を除外する必要がある、他方で、「この項で定められたいずれかの行為」には「その他の非人道的な行為」(第1項(k))という補充的な行為が存在する(ため過度な限定とはならない)ことを挙げている(注釈2(38))。

また、前述の「性」に関する旧第3項の削除に伴い、「迫害」の概念に含まれていた旧第3項への言及も削除された。

また変更ではないが、条草案の定める定義が他のより広い定義に影響を及ぼすわけではないとする(第3項)対象に、国際文書や国内法と並んで慣習国際法が追加された(DCp. 8)。例えば、条草案すなわちそのモデルとなったICC 規程の定義が、他の国際文書に比べて狭すぎるのではないかということが問題となった定義として、「人の強制失踪」の犯罪類型の定義(第2項(i))がある。これは、ICC 規程(7条2(i))にならって、客観的な行為要件に加えて、「長期間法律の保護の下から排除する意図をもって」という特別の主観的要件を要

求するかのような規定となっている。このような規定は、ICC 規程後に成立した強制失踪条約の定義や他の国連文書（1992年の国連総会決議にある「強制失踪からのすべての人の保護に関する宣言」など）とも異なるものであり、ICC 規程の定義をそのまま用いることに対する批判が加えられていた（SR paras. 75-8）⁽¹⁴⁾。起草委員会では、上記の特別の意図を削除すべきだとの意見も存在したが、結局は、ICC 規程の定義を変更しないことを基本とすること、また、条文草案における犯罪の定義は他の国際法・国内法の定義に影響を与えないと定めていることを理由に、従前の定義を維持することとした（DC p. 8）。以上の点について、ILC 注釈は、条文草案における犯罪の定義が、国際文書・慣習国際法・国内法におけるより広い定義に影響を与えるものではないことの説明を補充し、「人の強制失踪」の犯罪類型の定義がその例であることを説明している（注釈2(44)-(46)）。

各国政府などからは、ICC 規程の定義に従うべきことに強い支持があった（SR para. 57）一方で、犯罪の定義をめぐっていくつかの問題点も提起された。それらの問題点には、人道に対する犯罪成立の前提となる第1項及び第2項(a)における各種の敷居要素のさらなる明確化や修正（SR paras. 58, 69-70）、「迫害」の前提となる差別に含まれるより広範な事由を明示すること（SR para. 60）、「その他の非人道的行為」（第1項(k)）の明確化や拡充（SR paras. 67-8）、「アパルトヘイト犯罪」（第1項(j)）のより一般的な人種差別・隔離への見直し（SR para. 66）、「住民の追放又は強制移送」の犯罪類型の定義（第2項(d)）の明確化や修正（SR paras. 59, 72）、「奴隷化すること」の犯罪類型の定義（第2項(c)）に含まれる「人の取引」の明確化（SR para. 71）、「拷問」の犯罪類型の定義（第2項(e)）と拷問等禁止条約での定義との整合化（SR para. 73）、「強いられた妊娠状態の継続」の犯罪類型の定義（第2項(f)）における「妊娠」に関する規定の削除（SR para. 74）、「他の国際法・国内法の定義に影響を与えないとする規定（第4項）の必要性や規定方法に関するもの（SR para. 87）である。これらは、特別報告者

の勧告には含まれず、条草案にも含まれていない。他方で、これらの懸念の中で、「その他の非人道的行為」(第1項(k))に関するものなど、定義の明確化を求める懸念に対して、ILC注釈は、ICC規程の構成要件文書を参照すべきことを新たに記載している(注釈2(9)(39))。

2.3 国家の一般的義務と防止義務

第1次草案では、旧第2条には、人道に対する犯罪が国際法のもとでの犯罪であること及び国家にはそれを防止し処罰する義務があることが規定され、その上で旧第4条には、国家の具体的な防止義務及び人道に対する犯罪がどのような事態でも正当化されないことが規定されていた。これらに対しては、旧第2条と旧第4条との関係について、各国政府などからの疑義が提起されていた(SR paras. 50-1)。

条草案では、これらの2つの条文が再構成され、また、人道に対する犯罪を行わない国家の消極的義務に関する規定が追加された。また、前述のように第1次草案では第2条とされていた条項が繰り下げられて第3条となった。その結果、第3条は、「一般的な義務」(General obligations)として、①人道に対する犯罪を行わない国家の義務(第1項)、②同犯罪を防止し処罰する国家の義務(第2項)、③同犯罪がどのような事態でも正当化されないという非逸脱条項(第3項)を3項にわたって規定することとなった(注釈3(1))。なお、第2項には、人道に対する犯罪が、武力紛争時に行われたどうかにかかわらず、国際法の下での犯罪であることが併せて規定されている。その上で第4条は、「防止の義務」(Obligation of prevention)として、国家の具体的な防止義務のみを規定することとなった。

2.3.1 国家の一般的義務

犯罪を行わない国家の義務に関する規定は、具体的には、「すべての国は、

人道に対する犯罪となる行為に従事（engage）しない義務を有する」（第3条第1項）と規定された。このような不作為の義務は、ジェノサイド条約にも明示されてはおらず、第1次草案においても、黙示的な国家の義務として含まれていると考えられていた（DCp. 10）。しかし、いくつかの政府からは、それを明示すべきであるとの意見があり、特別報告者もそのことを勧告していたことから、国家の一般的義務の一つとして、明示的に定められることとなった（注釈3(2), DCp. 10, SR paras. 107-9, 117.）。他方で、この消極的義務が条文草案にかかわらず存在する義務であって、条文草案によって新たに課されることになる防止と処罰に関する義務と区別されることから、独立の項として規定された（DCp.10）。実際にこの犯罪を行うのは人を通じてであることから、国家に関わる「犯罪となる行為」とは、国際不法行為に関する国家責任の法理のもとで、国家に帰責される行為を意味することになる（注釈3(2), DCp. 10）。さらにILC注釈は、この消極的義務が、国家が自らの機関や支配の及ぶ者を通じて犯罪に従事しない義務と、他の国家が行う犯罪に関与しない義務との2つの要素から成っていることを説明している（注釈3(3)(6)）。

防止と処罰の義務に関する一般的義務を定める規定（第3条第2項）は、人道に対する犯罪が国際法のもとでの犯罪であることを確認する部分を含めて、第1次草案の旧第2条と基本的に同じである。ただし、その一般的義務が条文草案によって課されることをより明確に示すために文章表現が修正された（DCp. 10）。ILC注釈は、この義務が絶対的義務ではなく国家がその能力において最善の努力をする義務であり、また、この義務への違反が生じるのは実際に犯罪が起こった場合であるとの説明を行っている（注釈3(7)）。これらの一般的義務のもと、第4条以下の規定において具体的な国家の義務の内容が規定されることになる。

非逸脱条項、すなわち人道に対する犯罪がどのような事態でも正当化されないことを示す規定は、第1次草案においては、具体的な防止義務を規定する旧

第4条の一部として規定されていた。特別報告者は、各国政府などの意見を受けて、むしろ国家の消極的義務と併せて規定することを勧告していた (SRpara. 118)。ILC は、この非逸脱条項がむしろ国家の一般的義務に関係することから、一般的義務を定める第3条において規定することとした (DC pp. 10-1)。同時に、この内容は、国家のみではなく反乱集団などの非国家主体にも当てはまることから、国家の一般的義務を定める第1項、第2項とは独立した項として規定されることとなった (DC pp.10-1, 注釈3(22))。

その他に各国政府などから提起された問題には、人道に対する犯罪が国際法のもとでの犯罪であると規定することの意味を明確にすること (SRpara. 48)、犯罪が武力紛争と関連しないことを第2項において明示することの是非 (SRpara. 49) などがある。

2.3.2 防止義務 (4条)

前述したように、旧第4条に規定されていた非逸脱条項が第3条に移動したことから、第4条では防止義務の具体的な措置のみが規定されることになった。その具体的な措置として国家が約束するのは、第1次草案と同じ、(a) 国内における立法、行政、司法その他の適切な実効的防止措置、(b) 他の国家、国家間組織、その他の組織との協力である (注釈4(6))。但し、本文において「含む (including)」という用語が削除されて、防止義務を履行するためのこれらの措置が限定的なものである趣旨が明確にされた (DCp. 10)。これは、防止義務の範囲を明確にすべきだとする各国政府の懸念に応じて特別報告者が勧告していたことである (SRparas. 107-8, 119)。また、(a) の防止措置については、「適切な (appropriate)」という用語が加えられて、措置の内容についての柔軟性を国家に与えることとされた (DCp. 11)。この点について各国政府からは、より詳細に義務の内容を規定すべきとの意見もあった (SRpara. 110)。

その他各国政府などからは、(a) の国内における措置を取る義務の範囲を、

国家の物理的領域に限ることなく、その管轄権の及ぶ領域をも対象とする「自国の管轄下にある領域」(in any territory under its jurisdiction)としていることについても各種の意見が表明された (SRparas. 111-2)。

2.3.3 ノン・ルフールマン

第1次草案は、人道に対する犯罪を防止するための措置の一つとして、国家の防止義務に引き続いてノン・ルフールマン (*Non-refoulement*) の規定を置いていたが、それは起草委員会提案においても第5条として維持されている。

他方で、第1次草案の文言は、第1項及び第2項において、「国の管轄の下にある領域」という文言が変更された。すなわち、人道に対する犯罪のおそれを理由に禁止される追放先として (第1項)、また、人道に対する犯罪のおそれの存在を判断する対象として (第2項)、「国の管轄の下にある領域」という表現に代えて、より一般的な「国」という表現が用いられることになった。ILCは、そうした変更の理由として、この規定が禁止するのは、領域に関わりなく、人を人道に対する犯罪の対象となる危険性のある国のコントロール下に置くことであるところ、そうした目的のためには「領域」に限定することなくより広範な状況を対象とすることが適切であるとしている (DCp. 12-3, 注釈5(2))。

各国政府などの意見においても、ノン・ルフールマンの規定において領域を基準とすることに疑義が示され、特別報告者は、第1項の追放等の先については領域の削除を提案したが、第2項のおそれの存在を判断する対象としては、領域を維持していた (SPparas. 123, 128)。しかし起草委員会は、第2項を第1項に合わせることは、条文草案がモデルとする拷問等禁止条約 (3条) や強制失踪条約 (16条2項) に照らしても妥当だとしている (DCp. 13)。

その他、各国政府などは、第1項について他の条約のノン・ルフールマンの規定との関係や、人道に対する犯罪以外の犯罪も含んだノン・ルフールマンの規定の必要性について意見を述べていた。しかし特別報告者は、この規定は人

人道に対する犯罪に関する防止及び処罰に関する条草案

道に対する犯罪に限られたもので、他の条約のノン・ルフールマンの義務に影響を与えるものではないというまとめを行っている（SPparas. 122, 124）。また第2項について、人道に対する犯罪のおそれの存在を判断する文言に関するさまざまな意見が各国政府から出されたが、特別報告者は、拷問等禁止条約や強制失踪条約における類似の規定の存在や、追放等の決定における「信ずるに足る実質的な理由」の判断は刑事手続における犯罪の証明とは異なることなどを理由に、第1次草案の規定を維持した（SPparas. 125-8）。

なお、人道に対する犯罪の対象とされるおそれの有無の判断に関する第2項は、前述のように拷問等禁止条約や強制失踪条約をモデルとするものであるが、他方でそれらの両条約の定める犯罪が基本的に国家の関与を前提とするのに対し、人道に対する犯罪は、非国家主体の犯罪も対象とする点で「おそれがあると信ずるに足る実質的な理由の有無」についての判断には、別途の考慮要素が必要となるかも知れない⁽¹⁵⁾。しかし、その点については、各国政府などから意見は表明されず、特別報告者も検討を行っていない（SPparas. 125-7）。ILC注釈も、このおそれの有無の判断については、国家の権限ある当局や司法機関によって「個別的に、公平に、独立して」検討されるべきだとする拷問禁止委員会の一般的意見(4)やヨーロッパ人権裁判所における判断要素を追加するに止めている（注釈5(7)(10)）。

2.4 国内での処罰義務

第1次草案は、人道に対する犯罪の国内での処罰義務の具体的措置として、国内法の下での犯罪化（6条）、国内裁判権の設定（7条）、捜査（8条）という3つの義務を規定していた。この構成は、条草案でも維持されたが、国内法の下での犯罪化の規定において上官責任の規定が大きく変更された他、捜査の規定において用語の修正がなされた。

2.4.1 国内法の下での犯罪化

「国内法の下での犯罪化」(Criminalization under national law : 6 条) と題する規定は、8 項からなる詳細なもので、一般的な犯罪化の義務(第1項)に加えて、拡張された責任形態(未遂及び共犯)(第2項)、上官責任の責任類型(第3項)、一定の責任・処罰阻却事由の排除(第4-第6項)、量刑(第7項)及び法人の責任(第8項)などに関する内容を含んでいる。一定の責任・処罰阻却事由の排除とは、政府や上官の命令への服従や公的地位が刑事責任を阻却することを認めず、また出訴期限(時効)の適用を否定することを確保するための必要な措置をとることである。

全文が書き換えられたのは、第3項の上官責任の責任類型であり、第1次草案では、ICC 規程(28条)の規定がそのまま利用されていた。しかしながら起草委員会は、簡素化されたよりシンプルな規定で置き換えた。その実質的な理由は、ICC 規程の詳細な規定方法が国内裁判所というより国際裁判所にふさわしいものかも知れないこと、既存の国内法・軍隊マニュアル・判例などで利用されている一般的基準の方がふさわしいこと、簡素化された規定によって各国家が既存の国内法に合わせて立法することが容易になることなどである(注釈6(17)-(21), DCp. 14)。そうした一般的基準とは、ジュネーブ条約第1追加議定書(86条2項)、ICTYやICTRの規程などに規定された枠組みである(同上)。このことは、各国政府などの意見でも指摘され、特別報告者もそのような書き換えを勧告していた(SRparas. 141-2, 158-161)。そのため、新しい第3項は、次のようになった。

3. すべての国は、また、指揮官その他の上官が、その部下によって行われた人道に対する犯罪について、その部下がその犯罪を行おうとしており又は行っていることを知っており又は知るべき理由があり、かつ、その行為を防止するために、または犯罪がすでに行われた場合に責任ある者を処

人道に対する犯罪に関する防止及び処罰に関する条草案

罰するために、権限を持つすべての必要かつ合理的な措置をとらなかったときに刑事責任を負うことを確保するための必要な措置を取る。

また ILC 注釈は、拡張された責任形態に共謀や扇動を含めない理由が補充している（注釈 6(13)）。出訴期間（時効）の不適用との関連で、「適用範囲」（第 1 条）で説明された条約の非遡及の問題について、条草案が条約となった際の国家の義務は、条約発効後に発生した行為・事実・状況にのみ適用されるとの説明を補充している（注釈 6(33)）。

その他に各国政府などの意見で提起された問題には、全般については、刑事責任規定と出訴期間規定との条文の分離（SRpara. 130, 148）、軍事法廷の排除（SRpara. 131）、主観的要件規定の追加（SRpara. 132）などがある。また、各項について、以下のような議論がなされた。

第 1 項：人道に対する犯罪を他の国内法犯罪類型で訴追することの可否について（SRpara. 134）

第 2 項：拡張された責任形態を ICC 規程にならってより詳細に規定する必要性（SRpara. 136）、拡張された責任形態として共謀（conspiracy）・扇動（incitement）・間接実行（indirect perpetration）を加える必要性（SRparas. 138, 140）

第 5 項：責任阻却事由としての公的地位の無関係についての規定の方法及び射程（SRparas. 144-7）

第 6 項：出訴期間禁止が遡及しないことの確認や民事手続への適用の可能性（SRparas. 148-9）

第 7 項：量刑における表現や死刑の排除（SRpara. 150）

第 8 項：法人責任と手続的主権免除の関係（SRpara. 151）、法人責任を含めることの当否（SRparas. 154-6）と刑事責任概念が存在しない国の履行方法（SRparas. 152-3）。

人道に対する犯罪を殺人罪などの他の国内法犯罪類型で訴追することの可否について特別報告者は、人道に対する犯罪の犯罪類型として国内法化する重要性を指摘し、既存の国内法を利用する場合の処罰されるべき行為の食い違いが生じうることに懸念を示している（SRpara. 134-5）。また、拡張された責任形態がICC 規程に比べて簡素なものとなっていることについて、特別報告者は、条文草案の規定がICC 規程の定める責任形態をすべて含んでいると同時に、各国の既存の国内法体系に対応できるようにしたものと説明している（SRpara. 137）。

2.4.2 国内裁判権の設定

国内裁判権に関する規定は、「国内裁判権の設定」（Establishment of national jurisdiction：第7条）と題して、裁判権を設定する義務を定める2つの規定と、それ以外の追加的裁判権を許容する規定とから成っている。すなわち、人道に対する犯罪について、国家は、属地主義（管轄の下にある領域内では又は自国において登録された船舶若しくは航空機内）、積極的属人主義及び消極的属人主義に基づく裁判権を設定するための必要な措置をとる義務を負うが（第1項）、消極的属人主義に基づく裁判権の設定、また積極的属人主義のもとで領域内に居住する無国籍者を含めることについては、「自国が適当と認めるときは」とする裁量が認められている。また国家は、容疑者が自国の管轄の下にある領域内に所在するにもかかわらず容疑者の引渡しを行わない場合には、自国の補充的な裁判権を設定するための必要な措置をとる義務を負う（第2項）。さらに以上に加えて、上記の義務に含まれないより拡張的な裁判権の設定が可能とされている（第3項）。

ILCはこの条文について、第1次草案に修正を加えることなく維持した。ILC注釈は、容疑者の所在に基づく裁判権を設定するための「必要な措置」（第2項）について、その適切な行使を確保するための手続的なセーフガードを採用すべきこと（注釈7(9)）、裁判権を持つ複数の国からの犯罪人引渡し請求がある場合の問題について（SRpara. 167）、新設された第13条第12項（後述）に

従い、犯罪が発生した国からの請求に適切な考慮を払うべきこと（注釈7(12)）という説明を補充している。

この規定に関して各国政府などの意見で提起されたその他の問題には、裁判権の拡張的指向（普遍的管轄権）と制限的指向（SRparas. 166-6）、同じ犯罪者に対し複数の国家の裁判権が競合する場合の扱い（SRpara. 167）、外国領域での国家の行為（SRpara. 169）、船舶・航空機を属地主義で扱うことの妥当性（SRpara. 170）、積極的属人主義と無国籍者（SRpara. 171）、消極的属人主義の採用を国家の裁量に委ねることの妥当性（SRpara. 172）、自国に所在する容疑者に対する補充的裁判権設定についてそれを義務づけることの当否やその対象となる者の国籍（締約国国民）（SRparas. 173-4）、各国に設定が認められたより拡張的な裁判権と普遍的管轄権との関係（SRpara. 175）などがある。

2.4.3 捜査

「捜査」（Investigation：8条）と題する規定は、前条の国内裁判権の設定に加えて、自国内で発生する人道に対する犯罪に関する捜査義務を、国に課している。同条の目的は、人道に対する犯罪がどこで発生しようと国家による捜査を開始させることにある（DCp. 15）。

各国政府などの意見では、国に義務づける捜査の性格をめぐっていくつかの用語の修正や追加の意見が出された（SRparas. 178-9）。ILCは、第1次草案の条文が義務づける「迅速かつ公平な捜査」に、完全（thorough）という文言を加えて「迅速、完全かつ公平な捜査」とした。この追加は、各国政府の意見が提起し、起草委員会も国家が真剣かつ意味のある捜査を行うことを確保するために有益と考えたためである（DCp. 15-6）。他方で起草委員会は、「完全な」捜査は「迅速な」捜査と均衡すべきであり、また、広範または組織的に発生する人道に対する犯罪の性質によって必要とされる時間が考慮されるべきだとしている（DCp. 16）。ILC注釈は、国に要求される捜査の内容についての各国政府の

懸念に対応して(SRparas. 180-1), その説明を補充している。「完全な」捜査とは、国際文書、人権条約の委員会や地域人権裁判所の判断に触れながら、利用可能なすべての合理的ステップをとることであるとし(注釈8(5)), また、「公平な」捜査には、政府の捜査機関だけではなく、独立調査委員会、真実和解委員会、国家人権委員会などの他の機関によっても行うことができるということなどである(注釈8(6))。

2.5 国家間協力の義務

条文草案は、前述の人道に対する犯罪に関する国家の一般的義務(第3条)を具体化するものとして、各種の国家間協力の義務に関する規定を設けている。具体的には、「容疑者が所在する場合の予備的措置」(Preliminary measures when an alleged offender is present : 第9条), 「引渡しまたは裁判」(*Aut dedere aut judicare* : 第10条), 「犯罪人引渡し」(Extradition : 第13条), 「法律上の相互援助」(Mutual legal assistance : 第14条), 「紛争の解決」(Settlement of disputes : 第15条), そして国家間協力を促進するための「付属文書」(Annex)である。これらの条文の構成は、第1次草案のものが条文草案においても維持されている。

2.5.1 自国に容疑者が所在する場合の予備的措置

条文草案は、自国に容疑者が所在する場合の予備的措置(第9条)として、抑留(第1項)、予備調査(第2項)、通報(第3項)など一定の予備的措置をとる義務を国に課している。この条文について条文草案では、第3項の通報についてのみ、「適当な場合には」(as appropriate)という文言が加えられた。この点については、各国政府などの意見において、他国への通報義務が継続中の捜査の支障となることに懸念が示され、また、特別報告者も、その点についての配慮を勧告していた(DCp. 16-7, SRparas. 192, 194-5)。ILC注釈は、この文言について、被害者や証人の身元や継続中の捜査を保護する目的などが考慮でき

ることを例示する一方で、非通知の判断は誠実に行われるべきであるとしている（注釈9(3)）。また、ILC注釈は、予備的措置を行う時期について、領域内に拷問行為に責任のある容疑者が所在すると疑う理由があるのに直ちに予備調査を開始しないのは条約違反であるとした拷問禁止委員会の判断を紹介している（注釈9(5)）。

その他に各国政府などの意見で指摘された問題は、国家による予備的措置が濫用されることに対するセーフガードの必要性（SRparas. 185-6）、予備調査がそれぞれの国内法に従うことの明示（SRpara. 190）、その他用語の変更（SRparas. 188-9, 191-3）などである。

2.5.2 「引渡しまたは裁判」

条文案における「引渡しまたは裁判」（第10条）は、自国の領域内に所在する犯罪の容疑者を他国に引き渡さない場合には自国において訴追しなければならないという原則を規定するものである。具体的にこの規定は、「引渡しまたは訴追」を国家に義務づけるとともに（第1文）とそれを各国の国内法に従って行うことを認めている（第2文）。

ILCは、この条文の内容を維持したものの、各国政府などの意見や特別報告者の勧告に従い（SRparas. 199, 207）、他の条約でも用いられているハーグフォーミュラ（注釈10(3)）に、より沿った表現へと変更した（DCp. 17）。また、引渡し先として掲げられた国際刑事法廷（international criminal tribunals）に、裁判所（courts）を追加した（注釈10(7)、DCp. 17-8, SRpara. 197）。その結果、条文案の同条の規定は次の通りとなった。

犯罪の容疑者がその管轄の下にある領域内に所在する国は、その者を他の国又は権限のある国際刑事裁判所又は法廷に引き渡さないときは、訴追のため自国の権限のある当局に事件を付託する。それらの当局は、自国の

法令に規定する他の重大な犯罪の場合と同様の方法で決定を行う。

ILC 注釈においては、その他、新設された第 13 条第 12 項（後述）に従い、犯罪が発生した国からの請求に適切な考慮を払うべきこと（注釈 10(6)）、国家が引渡しを行う「権限のある」国際刑事法廷・裁判所とは、事件・容疑者に管轄権を持ち関係国とすでに法的関係を持っている国際刑事法廷・裁判所であること（注釈 10(7)、SRpara. 20）、訴追のために付託を受ける当局が持つ訴追裁量の内容と限界（注釈 10(9)、SRparas. 204-5）、本条のもとでの国の義務とアムネステイ（後述）との関係（注釈 10(11)）について、説明を補充している。

その他に各国政府などの意見で指摘された問題は、引渡し請求の有無にかかわらず訴追の義務を強調するためのタイトルの「裁判または引渡し」への変更（SRpara. 198）、「引渡しまたは裁判」原則の慣習国際法性（SRpara. 200）、引渡しに代わる訴追の期限の設定（SRpara. 201）、刑の宣告を受けたが服役していない者の扱い（SRpara. 202）、一事不再理（*ne bis in idem*）を明記する必要性（SRpara. 206）などである。

2.5.3 犯罪人引渡し

犯罪人引渡しの規定は、第 1 次草案では、人道に対する犯罪を引渡し犯罪に含める義務（第 1 項）、「政治犯罪」の引渡し拒否事由からの除外（第 2 項）、条約前置主義・非前置主義をとる国のための規定（第 3 項、第 4 項、第 5 項）、引渡し拒否事由その他、引渡しの条件（第 6 項）、裁判権設定国を犯罪発生国と見なす規定（第 7 項）、自国民の不引渡しを定める国の対応（第 8 項）、差別的その他国際法で許容されない理由による引渡し請求に応じる義務の否定（第 9 項）、引渡し請求を拒否する場合の対応と協議（10 項）から成っていた。

条文草案は、特別報告者の勧告に沿って（SRparas. 252-6）、3 項の条文を追加することになった（DCp. 21）。第 1 には、最初に第 13 条の全般的な目的を示す

人道に対する犯罪に関する防止及び処罰に関する条文案

第1項を加えるものであり、腐敗防止条約(44条1項)がモデルとされた(注釈13(6))。第2には、犯罪人引渡しを迅速に行うように努めることを規定する第8項であり、腐敗防止条約(44条1項, 9項)や越境組織犯罪防止条約(16条1項, 8項)がモデルとなっている(注釈13(21))。迅速な手続について定める必要性については、各国政府から要望があり、特別報告者も必要性を指摘していた(SRpara. 241)。第3には、犯罪が発生した国からの犯罪人引渡し請求に適切な考慮を払うこと求める第12項であり、各国政府からの懸念に対応するために、ジュネーブ第1追加議定書(88条2項)を参考にして設けられた。この点については、各国政府などから、複数の犯罪人引渡し請求が競合する場合その優先順位について懸念が示されていた(SRparas. 238-240)。ILC注釈は、この規定を新設する理由として、被害者・証人その他の証拠の所在を考慮してそれが適切であることや、他の条約における例(前述の第1追加議定書に加えてジュノサイド条約(5条)やICC規程の補完性原則)をあげている(注釈13(31)(32))。

以上の3項目の規定は、具体的に以下ようになった。

1. この条文案の規定は、この条文案が扱う犯罪であって、当該請求を受けた国の管轄の下にある領域内に所在する者の犯罪人引渡しを、当該請求を行った国が求めるものについて適用する。
8. 請求を行った国及び請求を受けた国は、自国の国内法に従うことを条件として、犯罪人引渡手続を迅速に行うように努めるものとし、また、この手続についての証拠に関する要件を簡易にするように努める。
12. 請求を受けた国は、犯罪が行われたとされる領域がその管轄の下にある国の要請に妥当な考慮を払う。

なお、順送り第13項となった引渡請求を拒否する場合の対応と協議に関する規定において、「適当な場合には」の英文表現が他の条項での用語に合わ

せて修正された (DCp. 22)。また、ILC 注釈では、差別的その他国際法で許容されない理由による引渡請求に応じる義務の否定 (第 11 項) について、国際法の下での容疑者の権利を完全に保障するものであるとして、容疑者の権利保障を定める後述の第 11 条 1 項との関連づけがなされた (注釈 13(28))。

各国政府などの意見において立場が分かれたのは、犯罪人引渡しの規定を条文草案の規定のように詳しい規定とするか、あるいはより簡素な規定とするかについてである (SRpara. 235)。この規定は、腐敗防止条約や越境組織犯罪防止条約の対応する規定をモデルにしたものであるが、拷問等禁止条約 (8 条) や強制失踪条約 (13 条) などのより簡素なモデルも存在した。

その他に各国政府などの意見で指摘された問題は、犯罪人引渡しで通常問題とされる特定性や双罰性の原則も規定することの要否 (SRparas. 236-7, 注釈(37)-(39))、「政治犯罪」を引渡拒否事由からの除外する規定の運用における懸念 (新第 3 項関連: SRpara. 244)、条約の存在を犯罪人引渡しの条件とする国が国連事務総長への通報を行わない場合のデフォルトルールの要否 (新第 5 項(a) 関連: SRpara. 247)、死刑存置国への引渡拒否の明記 (新 7 項関連: SRpara. 249)、自国民不引渡し原則の利用禁止を規定することの要否 (新第 10 項関連: SRpara. 250)、引渡請求に応じる義務が否定される事由の適否 (新第 11 項関連: SRpara. 251) などである。ただし、特別報告者は、各国政府のさまざまな懸念に対し、この規定は、犯罪人引渡しを国家に義務づけるものではなく、いかなる理由であろうと引渡しを拒否して自国の権限ある当局に事件を付託できることを繰り返して説明している (SRparas. 236, 245, 249, 250)。

2.5.4 法律上の相互援助

「法律上の相互援助」(第 14 条)に関する規定は、第 1 次草案では、8 項目の規定がおかれていた。それらは、国の一般的義務 (第 1 項)、法人の責任に関する相互援助 (第 2 項)、相互援助の目的のリスト (第 3 項)、銀行秘密保持を理由

とする拒否の禁止（第4項）、追加的な合意の促進（第5項）、要請によらない情報の送付（第6項）、既存の条約上の義務の優先（第7項）と、付属文書が適用される場合（第8項）である。それらに加えて「付属文書」は、要請国と被要請国との間に法律上の相互援助に関する条約が存在しない場合、ならびに条約は存在するが両国間で付属文書を適用することに合意した場合に適用されるものとされ、20項目の規定が定められている。

法律上の相互援助に関する規定について、条文案は、第1次草案の第2項と第7項に修正を行い、また、新たな項目として第9項を追加した。修正・追加された規定は、以下の通りである。

2. 要請を行う国において条文案第6条8の規定に基づいて法人が責任を負う可能性のある犯罪に関して行われる捜査、訴追、司法及びその他の手続について、法律上の相互援助は、要請を受けた国の関連する法律、条約、協定及び取極の下で、最大限度可能な範囲で与える。
7. この条の規定は、関係国間の法律上の相互援助について全面的又は部分的に定める現行の又は将来締結される二国間又は多数国間の他の条約に基づく義務に影響を及ぼすものではない。
9. 国は、適当な場合には国際連合又はその他の国際組織によって設立されたものであって、人道に対する犯罪の証拠を収集する任務を持つ国際的な機構との間で協定又は取極の締結の可能性を考慮する。

第2項は、法人の責任に関する国際協力を定める規定であり、腐敗防止条約（14条2項）の規定を利用したものであった。しかし、第1次草案でも法人の責任に関する各国の法制度の違いに配慮し、捜査、訴追、司法手続のみならず「その他の手続」という文言を加えていた（注釈14(9)）。条文案ではさらに、各国政府などの意見と特別報告者の勧告に基づき（SRpara. 261, 276）、本項が法

人の責任に関するものであることが明確になるように文節を移動するという修正が行なわれた（注釈14(9), DCp.24）。

第7項に関する修正の背景は、少々複雑である。条文草案の「法律上の相互援助」（第14条）と後述の付属文書は、既存の法律上の相互援助に関する条約を持たない国家間には、いずれもそのまま適用される。他方で既存の条約を持っている国家間には、その関係国が付属文書の適用に合意しない限り、付属文書は適用されない（第8項、以上について、注釈14(3)）。しかし、既存の条約を持っている国家間において、第14条の諸規定が適用される場合に、既存の条約の適用との関係はどうなるのかという問題が生じる。

この点について、第1次草案は、旧第7項として、「この条の規定は、法律上の相互援助について全面的又は部分的に定める現行の又は将来締結される二国間又は多数国間の他の条約に基づく義務に影響を及ぼすものではない。但し、この条文草案の規定がより大きな法律上の相互援助を提供する限度においては、同規定が適用される。」ことを定め、条文草案は、既存の条約の下での義務に影響しないとしながら、「より大きな法律上の相互援助を提供する限度」での例外を認めていた。前段の影響を与えないとする規定は、越境組織犯罪防止条約（18条6項）や腐敗防止条約（46条6項）をモデルとするものであるが、両条約には、例外にあたる定めは存在せず、条文草案で新たに追加されたものであった。

この規定に対し、ドイツから「この追加は、法的不確実性をもたらすので拒否されるべきであり、既存の条約が優先するとの見解が提出されていた（注3のA/CN.4/726, p.116）。この見解について、特別報告者もこの例外を定める部分が法的な複雑性と不確実性をもたらすとして同意し、例外部分の規定を削除して、「関係国間の（between the States in question）」という文言で置き換えることを勧告した（SRpara. 268-9, 277）。これを受けて起草委員会も、法的不確実性を避け、腐敗防止条約により近い文言とするということで、特別報告者の勧告

を受け入れた (DCp. 24)。併せて起草委員会は、注釈において、国家間に既存の条約がある場合にはその条約が引き続き適用され、「条草案第 14 条の規定は、条約で扱われていない問題に関する関係を補充する」ことを注釈において説明するとしていた (DCp. 24-5)。

しかし、その後作成された ILC 注釈では、第 7 項の文言は、特別報告者や起草委員会の結論の通りに変更されたものの、以上の経緯とは異なる説明がされているように思われる。すなわち ILC 注釈は、例外の部分が削除された新第 7 項にかかわらず、「もし条草案第 14 条の特定の条項が他の法律上の相互援助の相互援助条約の下で定められたものよりも高いレベルの援助の提供を要求している場合には、その時には、それらの条項に定められた義務が同じように適用される。」との説明を行っている (注釈 14(19)、同様の説明は、14(3)にも見られる)。新第 7 項が例外の部分を削除したにもかかわらず、なぜそのように解釈しているのかについて ILC 注釈は特に説明をしてはいない。この点に関して第 1 次注釈では、削除された例外の部分は、「(腐敗防止条約) 46 条 6 項及び比較可能な条項において、黙示的であると見なされることを明示的に示すものである」(第 1 次注釈 14(19)) と記載していた。つまり、ILC 注釈は、「より大きな法律上の相互援助を提供する限度」で条草案が適用されることは、黙示的に示されていると考えているようである。しかしその場合には、「より高いレベルの援助」の判断をめぐる「法的不確実性」が引き続き生じるのではないかという問題が生じる。そのような ILC 注釈の解釈は、すでに指摘したドイツの見解やそれを受けた特別報告者、起草委員会の理解と整合的であるのかどうか、疑問の残るところである。

第 9 項は、国連その他の国際的な機構との間の協力に関する規定であり、各国政府などの意見と特別報告者の勧告に基づき (SRparas. 272-3, 278)、新たに加えられた。この規定の目的は、人道に対する犯罪の証拠を収集する任務を持つ国連や他の国際組織に存在する国際的なメカニズムと国家の協力を促進するこ

とである (DCp.25)。このような国と国際的な機構との間の垂直的な協力は、第4条の防止義務の文脈で規定された国家間組織などとの間の協力を補完するものであるが、この規定はそのような協力を奨励する一方で、具体的な行動を国家に義務づけるものではないとされる (注釈14(21))。また、ここでいう国際的な機構に国際刑事裁判所や国際刑事法廷は含まれず、それらの裁判所・法廷と国家との間の協力は、それらの裁判所・法廷に関わる文書や法的関係が適用されることになる (注釈14(22))。例えばICCと国家との関係は、ICC規程のもとで締約国に課された、あるいはICTYやICTRと国家との関係は、国連安全保障理事会の決議の下で国連加盟国に課された、国際協力に関する義務が適用されるということであろう。

その他に各国政府などの意見で指摘された問題は、第13条と同様に詳しい規定とより簡素な規定との選択をめぐる問題 (SRpara. 260)、要請によって取得する情報の使用目的 (捜査と訴追) を区別する必要性 (SRpara. 266)、インターポールの役割に言及する可能性 (SRpara. 274)、法律上の相互援助要請における使用言語の国連公用語への指定 (第3項関連: SRpara. 262)、容疑者・被害者・証人の特定・所在情報におけるプライバシーの考慮 (第3項(a)関連: SRpara. 263)、要請項目における証人保護・安全措施の実施・通信傍受への援助の明文化 (第3項関連: SRpara. 265)、既存の条約に対し付属文書の規定がより実効的な場合に優先される可能性 (第8項関連: SRpara. 271) などである。

2.5.5 付属文書

「付属文書」(Annex)は、前述したように20項目から成り、条文草案の第14条第8項に従い、要請国と被要請国との間に法律上の相互援助に関する条約が存在しない場合、ならびに条約は存在するが両国間で付属文書を適用することに合意した場合に適用される。条文草案は、この付属文書については、第1次草案に何らの修正・追加を加えていない。

各国政府などの意見では、第13条や第14条と同様に規定が詳細に過ぎるとの懸念（SRpara. 289）、要請を受ける中央当局による国内関係組織への遅滞のない伝達を確保するための規定の必要性（第2項関係：SRpara. 290）、要請を拒否できる事由の追加や修正（第8項関係：SRpara. 291）、要請に際してのデータ保護に関する規定の必要性（第14項関係：SRpara. 292）、法律上の相互援助における人の移送に関する規定の必要性（SRpara. 293）などが提起された。

2.6 容疑者の公正な取り扱い

「容疑者の公正な取り扱い」（Fair treatment of the alleged offender：第11条）の規定は、この条草案が規定する犯罪に関連して取られる手続のすべての段階で、公正な取り扱いを保障し（第1項）、自国以外で服役・拘束等された者の自国代表への通報・その訪問などの諸権利を保障し（第2項）、第2項の権利が所在国の法と規則に従って行使されること（第3項）の3つの項目を定めている。第1項の公正な取り扱いには、公正な裁判並びに人権法を含んだ国内法及び国際法の下での権利の完全な保護を含むことが明記されている。

条草案は、この中で第1項について、「国内法及び国際法の下での権利」の部分に付されていた「人権法を含む」という部分に、国際人道法を加えて「人権法及び国際人道法を含む」へと修正した。これによって、平時と武力紛争時のいずれにおいても行われる人道に対する犯罪に、より優先的に適用される法の存在を示すことが可能となる（DCp. 18-9）。特別報告者は、その報告においては、当初、「人権法を含む」の部分削除することを提案していた（SRpara. 218）。それは、人権法のみを例示することはもう一つの重要な法源である国際人道法を軽視することになり、むしろ国際法全般に言及しているもつては過剰であるなどの理由によるものであった。しかし、起草委員会は、人権法への言及をなくすことを嫌い、むしろ国際人道法を例示に加えることにした。そのことを前提として ILC 注釈は、第1項について、容疑者の公正な取り扱いにつ

いての国際法は、人権法と国際人道法の両方が特に関係するとして、人権法に関しては世界人権宣言（10-11条）と自由権規約（14条）、国際人道法に関してはジュネーブ諸条約における武力紛争の過程での刑事訴追に適用される諸権利、あらゆる形態の武力紛争における慣習国際法における諸権利を例示している（注釈11(7)）。

また、ILC注釈は、本条に言う容疑者とは広い概念であり訴追前、犯罪人引渡し手続、有罪確定後なども含むが、保障されるべき権利は手続段階に応じて異なること（注釈11(2)）、第2項の自国代表への通報・その訪問の権利について、国際人道法が適用される文脈では、通報を受け訪問を行うのが、利益保護国や国際赤十字委員会となること（注釈11(9)）などの説明を追加している。

その他に各国政府などの意見で指摘された問題には、罪刑法定主義に関する規定の要否（SRpara. 157）、一事不再理（*ne bis in idem*）を明記する必要性（SRpara. 206）、ICC規程（55条、67条）のように権利の広範なりストを定める必要性（SRpara. 211）、被疑者と被告人を区別すべきこと（SRpara. 211）、第3項において国内法による制限から保護されるべき諸権利の明示（SRpara. 217）など、この規定での権利保障をより具体的に拡充することを求めるものもあった。しかし、特別報告者は、人権法の諸規定を複製することの不適切さや、特別な文脈のもとに定められたICC規程との違いを理由に、それらの意見を採用しなかった（SRpara. 212）。他方で、各国政府などの意見には、そもそも本規定が不要であること（SRpara. 211）、公正な取り扱いにおいては犯罪の重大性を考慮すべきこと（SRpara. 213）、権利の保障が慣習国際法でもない自由権規約（市民的及び政治的権利に関する国際規約：14条）の保障する諸権利に及ぶことへの懸念（SRpara. 214）、第2項が保障する自国以外で服役・拘束等された者の権利が無国籍者について領事関係に関するウィーン条約（36条）の保障を上回っていることへの懸念（SRpara. 215）など、条文草案の定める権利保障に否定的な意見も存在した。

2.7 被害者、証人その他の者

「被害者、証人及びその他の者」(Victims, witnesses and others : 第12条)は、人道に対する犯罪により影響を受ける者の諸権利を定める規定であり、申立を行う権利と関係者の保護(第1項)、被害者の刑事手続への参加(意見・懸念表明)(第2項)、被害者が賠償を受ける権利(第3項)を確保するための必要な措置を、国に義務づけている。

ILCは、この中で、被害者が賠償を受ける権利(第3項)についてのみ修正を行った。それは、各国政府などの意見において、賠償を受ける権利の確保を国に義務づける旧第3項の適用範囲があまりに非限定的で、発生した犯罪に何ら関係がない国にも義務づけられかねないという懸念が表明されたためである(DCp. 19, SRpara. 230)。そのため起草委員会は、特別報告者の勧告(SRpara. 231)に従い、賠償を受ける権利に関する国の義務を2つの場合だけに、すなわち国が犯罪に関わった場合とその国で犯罪が発生した場合に限定することとした。それによって新たな第3項は、次のようなものとなった。

3. すべての国は、国際法の下で当該国に帰属する行為を通じて行われ又は当該国の管轄権の下にある領域内で行われた人道に対する犯罪の被害者が、物質的又は道徳的な損害について、個別的又は集団的な賠償を受ける権利を有することを、自国の法制において確保するために必要な措置を取る。その賠償には、適当な場合には、原状回復、補償、満足、リハビリテーション、犯罪の中止及び再発防止の保障の一つ若しくは複数のもの又は他の形態が含まれる。

ILC注釈は、この第3項の説明として、まず「すべての国は、自国の法制において必要な措置を取る。」という部分を、被害者が請求を行うために必要な法・

規則・手続・メカニズムを実施する義務があるとした上で、同時にそのような措置をとるべき国は文脈によるとして、関係する国は、(a) 人道に対する犯罪となる行為が国際法により帰責される国、(b) 同犯罪が行われた領域に管轄を持つ国であると説明している(注釈12(16))。しかしこの ILC 注釈の説明は、人道に対する犯罪に何らの関わりも持たない国に対しても、引き続き被害者の請求のための必要な措置を義務づけていると解釈していると読むことができる。その点では、前述の第3項の素直な解釈ならびに修正が行われた経過と少し齟齬があるのではないかという疑問が生じる。

また、第3項が義務づける賠償形態の「適当な場合には」という文言に関連して、起草委員会では、紛争後の社会が直面する状況に関して、各国政府などから指摘された懸念を受けて(SRpara. 229)、人道に対する犯罪が発生するさまざまな状況が存在することを前提とした意見も提起された(DCp. 20)。すなわち、紛争後の社会では政府が損害賠償を含む完全な賠償を提供することができない場合もあること、あるいは逆に、義務を比較的柔軟に定めるこの規定が、意味のある実効的な形態の賠償を回避するために利用されてしまう可能性などである。この点に関して、ILC 注釈は、賠償形態を決定する上で国に一定の柔軟さと裁量が認められるという従来の説明を維持した上で、「そうであるとしても、関係する国はこの義務を誠実に実行しなければならず、また、その柔軟性を適切な賠償を回避するように濫用してはならない。」という一文を加えている(注釈12(21))。さらに ILC 注釈は、賠償を受ける権利について、適切な状況では民事的請求に関わる出訴期間(時効)を排除する措置が検討されるべきであるとの一文を追加している(注釈12(22))。

その他に、各国政府などの意見では「被害者」をこの条文草案で定義すべきとする意見があった(SRparas. 222-3)。この点については、起草委員会においても意見が分かれ、国際法としてのこの条文草案が国内法に含まれるべき基準を示すべきだとする委員が存在した一方で、委員の大半は、そのような定義は

犯罪を扱う条約には通常含まれず、すでに行われている諸国家の適用より限定的な定義となってしまう危険があると主張した (DCp. 20, SRpara. 223)。この点について ILC は、結果的に「被害者」の定義を設けることはしなかったが (DCp. 20), ILC 注釈において、すでに第 1 次草案で紹介されていた拷問禁止委員会の一般的意見 3, 地域人権条約・裁判所での議論, ICC 規程の手続及び証拠に関する規則 (規則 85(a)) に加えて、強制失踪条約 (24 条 1 項) やクラスター弾に関する条約 (2010 年効力発生) における被害者の定義, 人と人民の権利に関するアフリカ委員会の一般的意見 4 など, 追加の国際文書を解釈の指針として紹介している (注釈 12(3)-(6))。

その他に各国政府などの意見で指摘された問題には、規定された諸権利が強制失踪条約 (24 条) に比べて不十分であるとの懸念 (SRpara. 221), 子どもなどの脆弱な被害者などにより大きな注意が払われるべきだとする意見 (1 項関係: SRpara. 224), 保護の対象として裁判官・検察官を含めるべきだとする意見 (1 項(b)関係: SRpara. 224), 刑事手続への参加が法律上の代理人通じてできることを明示すること (2 項関係: SRpara. 225), 刑事手続への参加がコモンロー法域に証人以外の「参加」を要求するものではないことの明示 (2 項関係: SRpara. 226), 被害者の「真実を知る権利」の追加 (SRpara. 231) などがある。これらの意見について、ILC 注釈は、第 1 項 (b) について子どもに関する保護の措置への言及 (注釈 12(12)), また情報や真実への権利については条草案に規定された以外の権利を各国の国内法で設けることは禁止されていないとの説明 (注釈 12(24)) を追加している。

2.8 紛争の解決

「紛争の解決」(Settlement of disputes: 第 15 条)の規定は、第 1 次草案において、条約暫定草案の解釈や適用に関する紛争を、国々がそれを交渉によって解決するように努力する義務 (第 1 項) と、解決できない場合に紛争を、合意による

仲裁か国際司法裁判所 (ICJ) に付託する義務 (第2項) とをまず規定している。その上で、この規定は、第2項の規定については、宣言を以てオプトアウトすることを許容する (第3項) と同時に、その宣言はいつでも撤回できることを定めている (第4項)。ILC は、これらの項目を含む第15条については、何らの修正・追加も行っていない。

各国政府などの意見では、国家間ではそのような紛争は提起されず人道に対する犯罪に責任がある国は交渉に応じないので同条が機能しないのではないかという懸念 (SRparas. 281-2)、ICJ に付託する前の交渉に期限を設ける必要性 (第2項関係: SRparas. 283-4)、この規定は最終規定として起草を諸国家に委ねるべきであること (SRpara. 285)、交渉と ICJ 付託との間に仲裁手続を含める必要性 (SRpara.285)、オプトアウト宣言の期限を設定する必要性 (SRpara. 286) などが提起された。

ILC 注釈は、オプトアウト宣言の時期について、それは通常、批准など条約に拘束されることについての同意の表明 (条約法に関するウィーン条約11条) までになされることを指摘した上で、ILC の慣行などを理由に条文草案には含めないとの説明を行っている (注釈15(5))。

3. 残された問題

以上のとおり、ILC での条文草案は、さまざまな議論を残しつつも確定した。この条文草案を基本とした将来の人道に対する犯罪の防止及び処罰に関する条約の必要性については、国連総会及びその第6委員会でも約40カ国から支持が表明され、その多くが条約化の基礎として条文草案を用いるのが望ましいことを指摘され (SRpara. 22)、ILC の起草作業の進め方についても、いくつかの国から好意的なコメントが寄せられた (SRparas. 16-8)。また、国際機関からも条約を採択していくことに対する反対はなかった (SRpara. 29)。

他方で、少数の国からはそうした条約が必要でも望ましくもないとのコメントが提出された（SRpara. 27）。その理由は、国内での犯罪化のためには ICC 規程が十分な法的根拠を提供しており、条約化は ICC 規程の広範な受け入れのための努力を妨げるといったもの（ギリシア）であるが、それに対して特別報告者は、ICC との垂直的関係を規律する ICC 規程に加えて、国家間の水平的関係を定める条約が国際社会の努力を強化するものであるとのコメント（日本）を引いて反論している。また、条草案のいくつかの条項が慣習国際法の規則から逸脱し国家実行を考慮していないとのコメント（イラン）もなされたが、特別報告者は、条草案の主要な目的は既存の国際法の法典化ではなく、むしろ将来の条約化の基礎となる実効的で国家が受け入れやすい条項の作成であると反論している（SRpara. 19）。

以下では、条草案には取り込まれなかったものの、その追加の是非を含めて引き続き議論が残っている問題を紹介する。

3.1 刑を言い渡された者の移送

特別報告者は、第 1 次草案の条文に加えて、スイスの示唆を受けて「刑を言い渡された者の移送」に関する第 13 条の 2 の新設を提案していた（SRparas. 295, 299）。その規定は、刑を言い渡された者が関係国間の協定等によって自国で刑を終えることを可能にするものである。そのような規定を加える理由として特別報告者は、腐敗防止条約（45 条）や越境組織犯罪防止条約（17 条）にそのような規定が存在することや、受刑者が自国において服役することが受刑者の公正な取り扱いや効果的な更生に役立つことを指摘する国連薬物犯罪事務所（UNODC）の諸文書などを挙げていた（SRparas. 296-8）。

起草委員会においては、そのような新たな条文の追加を支持する意見もあったが、新たな規定は採用しなかった。反対意見としては、移送の是非はむしろ各国の政策の問題に関するものであること、国内裁判所が望ましくない方法で

権限を行使するなど有害な効果を持つ可能性があること、新たな条文に対しては各国政府が意見を述べる機会がなかったことから各国政府の支持が明らかではないことなどが挙げられている (DCpp. 22-3)。

3.2 国際刑事諸法廷との関係

特別報告者は、フランスの提案を受けて、国際刑事諸法廷に関連する各国の国際的義務と条文草案との関係を検討している (SRparas. 300-1)。

そこで提起された問題は、国際刑事諸法廷の設置文書のもとでの国の権利義務と、条文草案の下での権利義務とが抵触する場合にいずれが優先するのかを規定しておくことの必要性である。この点について特別報告者の第3レポート及びフランスは、国際刑事諸法廷の下での国の権利義務が優先することを定める規定を提案していた (SRpara. 300)。またブラジルも、ICCの管轄権が国内の管轄権に優先すべきことを指摘していた。

この問題について、ILCは第1次草案を定める過程で、そのような規定は不要であるとの判断をしていた。その理由とするところは、条文草案の第10条の「引渡しまたは裁判」の義務は権限ある国際刑事法廷への引渡しによっても果たされるのでそこには何ら義務の抵触は存在しないこと、国際刑事法廷の性格(地域的や二国間もありうる)を問わずに優先させる義務を認めることへの懸念があること、ICCの補完性原則との関係での混乱を生じる可能性があること、万が一の抵触がある場合には国際法での既存の抵触ルールを適用できることというものであった。特別報告者も第4レポートでは、そのようなILCの判断を正しいものとした (SRpara. 301)。

3.3 アムネ스티

アムネスティの問題とは、国内法において特定の種類の訴追を妨げまたは刑事責任を遡って免除するアムネスティが実施される場合には、条文草案が国に

課している人道に対する犯罪の犯罪化や訴追の義務が、骨抜きになってしまうことである⁽¹⁶⁾。特別報告者や ILC は、すでに第 1 次草案を作成する過程でこの問題を検討し、条草案にはアムネ스티に関する規定を含めないとの判断をしていた。

この問題について、各国政府などからはあらためてアムネスティを禁止する規定を求める意見や、逆に否定的な意見が表明されていた (SRparas. 302-3)。特別報告者は、第 1 次草案の第 1 次注釈を引用して、再度アムネスティに関する規定を含めないとの結論を維持した (SRparas. 304-5)。その第 1 次注釈において述べられていたのは、ある国でアムネスティが採用されても他の国での訴追が禁止されるわけではないこと、アムネスティを採用した国についてはその実施の可否が条草案の下で課せられた各種の義務との関係で吟味されることになることなどであった。

3.4 制度化されたメカニズム

この問題は、条草案において、各国の履行状況を監視するための何らかのメカニズム、特に独立した専門家による委員会などを設置する規定を設けるかという問題である⁽¹⁷⁾。第 1 次草案の採択過程において、特別報告者の第 3 レポートは監視メカニズムが有用であることを認めながらも、その選択は利用可能な資源や現存するメカニズムとの関係などの政策的な要素によって判断されることを指摘しながらも、実際の規定の提案は行わなかった (SRpara. 311)。そして ILC による第 1 次草案には含められず、その第 1 次注釈でもその問題には触れていなかった。

この問題について各国政府などからは、制度上のメカニズムを提案しなかったことを評価する意見と、何らかの履行監視機関を持つことの必要性を指摘する意見とがあった (SRparas. 306-8)。それを受けて特別報告者は、結論としては、制度上のメカニズムを提案しないという第 1 次草案の立場を維持した (SRpara.

312)。他方で特別報告者は、国連ジェノサイド防止・保護する責任事務所 (United Nations Office on Genocide Prevention and the Responsibility to Protect) に、制度化されたメカニズムの機能を担わせる方法も示唆し、その具体的な機能を以下のように示している (SRpara. 309)。

- ・人道に対する犯罪に関する国家の義務の実施に関して、国家から報告書を受領すること。
- ・その報告書その他の情報のレポジトリを維持し、諸国家、国際機関、NGO にアクセスを提供すること。
- ・義務の実施に関して諸国家が利用できるベストプラクティスを発展させること。
- ・適当な場合には、諸国家がその義務を実行する能力を構築することについて援助すること。

3.5 条文草案の全領域への適用

特別報告者は、リヒテンシュタインの提案を受けて、条文草案の全領域への適用に関する規定の要否を検討している (SRparas. 313-4)。そこで提起された問題は、連邦制の国などを念頭にその国の全領域に条文草案が適用されることを確保しようとするものであり、特別報告者の第3レポートにはそのような規定が含まれていたが、ILCにおける第1次草案作成の過程では、各国の条約交渉に委ねられるべきとされていたものであった。

特別報告者は、この問題について、条文草案が課している義務は、国の自身の領域のみならず、占領した領域などその国の管轄の下にある領域にも適用されることを指摘しながら、従来の ILC の立場を変更する理由はないと判断している。

3.6 留保

この問題は、条文草案に、ICC 規程 (120 条) にあるような留保を禁止する規定を含めるかどうかというものである。この問題について各国政府などから

は、留保の禁止を求める意見と留保の可能性を認めるべきだとする意見とがあった (SRpara. 315)。

特別報告者は、諸国家が条文案を条約の基礎とする判断を行う前に批准、留保、効力発生、改正などの問題（いわゆる最終条項）を起草することはしてこなかったという ILC の慣行を指摘しながら (SRpara. 316)、留保については、留保を禁止する規定を定める、一部・全部の留保を許容する規定を明示に定める、何ら規定を置かずにウィーン条約法条約に定められた規則に従うなどの選択肢を示すにとどめた (SRpara. 317)。

4. 条文案の今後の行方

ILC において採択された条文案は、通常は、それに注釈を付して報告書として国連総会に提出される（国際法委員会規程一以下、「ILC 規程」—22 条）。その際に、ILC は、(a) 何らの行動を取らない、(b) 報告書に留意またはそれを採択する決議、(c) 条約採択の意見を付して加盟国に草案を勧告する、(d) 条約採択会議の招集のいずれかの勧告を行うことができる (ILC 規程 23 条 1 項)。さらに、ILC が条文案を基礎として条約締結を勧告する場合、過去の例に照らせば、そのような勧告は、(1) 条約採択会議の招集、(2) 国連総会自身での条約採択、(3) 国連総会の条約採択の意見を付した加盟国への勧告、(4) 国連総会による条約の仕上げ (elaboration) の検討などを勧告することによって行われるという (SRpara. 334)。

冒頭に述べたように ILC は、条文案と注釈とを 2019 年の国連総会第 74 会期に提出したが、その際に、国連総会または全権外交使節会議 (international conference of plenipotentiaries) による、条文案を基礎とした条約の仕上げを勧告した⁽¹⁸⁾。この提案が国連総会で受け入れられれば、人道に対する犯罪の防止と処罰に関する条約は、その成立に向けて大きく動き出すことになる。

人道に対する犯罪に関する防止及び処罰に関する条文草案

【人道に対する犯罪に関する条文草案】（訳文 付属文書は省略）

〔訳注〕第1次草案から変更のあった部分は、下線によって示している。なお（*）が付されている部分は、英文の言語においては用語の修正や削除があったが、訳文には表示されていないことを示している。

歴史を通じて多数の児童、女性及び男性が人類の良心に深く衝撃を与える犯罪の行為の犠牲者となってきたことに留意し、

人道に対する犯罪が世界の平和、安全及び福祉を脅かすことを認識し、

国際連合憲章に規定する国際法の諸原則を想起し、

また、人道に対する犯罪の禁止が一般国際法の強行規範（ユス・コーゲンス）であることを想起し、

国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪に含まれる人道に対する犯罪が、国際法に従って防止されなければならないことを確認し、

これらの犯罪を行った者が処罰を免れることを終わらせ、もってそのような犯罪の防止に貢献することを決意し、

国際刑事裁判所に関するローマ規程第7条に定められた（*）人道に対する犯罪の定義を考慮し、

（*）人道に対する犯罪について刑事裁判権を行使することがすべての国家の責務であることを想起し、

（*）人道に対する犯罪に関連する被害者、証人その他の者の権利、並びに容疑者の公正な取り扱いへの権利を考慮し、

また、人道に対する犯罪が処罰されずに済まされてはならないので、そのような犯罪に対する効果的な訴追が国内的な措置をとり、並びに犯罪人引渡し及び法律上の援助に関するものを含む国際協力を強化することによって確保されなければならないことを考慮し、

第1条 適用範囲

この条文草案は、人道に対する犯罪の防止及び処罰に適用される。

第2条 人道に対する犯罪の定義

1. この条文草案の適用上、「人道に対する罪」とは、文民たる住民に対する攻撃であって広範又は組織的なものの一部として、そのような攻撃であることを認識しつつ行う次のいずれかの行為をいう。

- (a) 殺人
- (b) 絶滅させる行為
- (c) 奴隷化すること
- (d) 住民の追放又は強制移送
- (e) 国際法の基本的な規則に違反する拘禁その他の身体的な自由の著しいはく奪
- (f) 拷問

人道に対する犯罪に関する防止及び処罰に関する条草案

- (g) 強姦、性的な奴隷、強制売春、強いられた妊娠状態の継続、強制断種その他のあらゆる形態の性的暴力であってこれらと同等の重大性を有するもの
 - (h) 政治的、人種的、国民的、民族的、文化的、宗教的、(*)性に係る又はその他の国際法の下で許容されないことが普遍的に認められている理由に基づく特定の集団又は共同体に対する迫害であって、1に掲げる行為のいずれかの行為(*)を伴うもの
 - (i) 人の強制失踪
 - (j) アパルトヘイト犯罪
 - (k) その他の同様の性質を有する非人道的な行為であって、身体又は心身の健康に対して故意に重い苦痛を与え、又は重大な傷害を加えるもの
2. 1の規定の適用上、
- (a) 「文民たる住民に対する攻撃」とは、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をいう。
 - (b) 「絶滅させる行為」には、住民の一部の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（特に食糧及び薬剤の入手の機会のはく奪）を含む。
 - (c) 「奴隷化すること」とは、人に対して所有権に伴ういずれか又はすべての権限を行使することをいい、人（特に女性及び児童）の取引の過程でそのような権限を行使することを含む。
 - (d) 「住民の追放又は強制移送」とは、国際法の下で許容されている理由によることなく、退去その他の強制的な行為により、合法的に所在する地域から関係する住民を強制的に移動させることをいう。
 - (e) 「拷問」とは、身体的なものであるか精神的なものであるかを問わず、抑留されている者又は支配下にある者に著しい苦痛を故意に与えることをいう。ただし、拷問には、専ら合法的な制裁に固有の又はこれに付随する苦痛が生ずることを含まない。
 - (f) 「強いられた妊娠状態の継続」とは、住民の民族的な組成に影響を与えること又は国際法に対するその他の重大な違反を行うことを意図して、強制的に妊娠させられた女性を不法に監禁することをいう。この定義は、妊娠に関する国内法に影響を及ぼすものと解してはならない。
 - (g) 「迫害」とは、集団又は共同体の同一性を理由として、国際法に違反して基本的な権利を意図的にかつ著しくはく奪することをいう。
 - (h) 「アパルトヘイト犯罪」とは、1に掲げる行為と同様な性質を有する非人道的な行為であって、一の人種の集団が他の一以上の人種の集団を組織的に抑圧し、及び支配する制度化された体制との関連において、かつ、当該体制を維持する意図をもって行うものをいう。
 - (i) 「人の強制失踪（そう）」とは、国若しくは政治的組織又はこれらによる許可、支援若しくは黙認を得た者が、長期間法律の保護の下から排除する意図をもつ

人道に対する犯罪に関する防止及び処罰に関する条文草案

て、人を逮捕し、拘禁し、又は拉（ら）致する行為であって、その自由をはく奪していることを認めず、又はその消息若しくは所在に関する情報の提供を拒否することを伴うものをいう。

(*)

3. この条の規定は、いかなる国際文書、慣習国際法又は国内法に定められたより広い定義に影響を及ぼすものではない。

第3条 一般的義務(*)

1. すべての国は、人道に対する犯罪となる行為に従事しない義務を有する。
2. すべての国は、武力紛争時に行われたどうかにかかわらず、国際法の下での犯罪である人道に対する犯罪を、防止し及び処罰することを約束する。
3. 武力紛争、内政の不安定又はその他の公の緊急事態のような事態であるかどうかにかかわらず、いかなる例外的な事態も人道に対する犯罪を正当化する根拠として援用することはできない。

第4条 防止義務

すべての国は、以下に掲げるものを通じて(*)、国際法に従って人道に対する犯罪を防止することを約束する。

- (a) 自国の管轄下にある領域における効果的な立法、行政、司法その他の適切な防止措置。
- (b) 他の国家、関係する国家間組織、及び適当なときはその他の組織との協力。

第5条 ノン・ルフールマン

1. 国は、ある者が人道に対する犯罪の対象とされるおそれがあると信ずるに足る実質的な理由がある他の国(*)へ当該者を追放し、若しくは送還し、又は当該者について犯罪人引渡しを行ってはならない。
2. 権限のある当局は、1に規定する理由の有無を決定するに当たり、すべての関連する事情(該当する場合には、重大、明らか若しくは大規模な人権侵害又は国際人道法の著しい違反についての一貫した傾向が関係する国(*)において存在することを含む。)を考慮する。

第6条 国内法における犯罪化

1. すべての国は、人道に対する犯罪が自国の刑法上の犯罪となることを確保するための必要な措置を取る。
2. すべての国は、以下に掲げる行為が自国の刑法上の犯罪となることを確保するための必要な措置を取る。
 - (a) 人道に対する犯罪を行うこと。
 - (b) 同犯罪の実行を試みること。
 - (c) 同犯罪の既遂又は未遂を命じ、教唆し、勧誘し、ほう助し、唆し、又はその他の方法で援助し若しくは寄与すること。
3. すべての国は、また、指揮官及びその他の上官が、その部下によって行われた人道に対する犯罪について、その部下がその犯罪を行おうとしており又は行っている

人道に対する犯罪に関する防止及び処罰に関する条草案

ことを知っており又は知るべき理由があり、かつ、その行為を防止するために、または犯罪がすでに行われた場合に責任ある者を処罰するために、権限を持つすべての必要かつ合理的な措置をとらなかつたときに刑事責任を負うことを確保するための必要な措置を取る。

4. すべての国は、この条草案に定める犯罪が政府又は上官（軍人であるか文民であるかを問わない）の命令に従って行われたという事実が、自国の刑法上当該従属者の刑事責任を阻却する理由とならないことを確保するための必要な措置を取る。
5. すべての国は、この条草案に定める犯罪が公的資格を持つ者によって行われたという事実が、自国の刑法上刑事責任を阻却する理由とならないことを確保するための必要な措置を取る。
6. すべての国は、この条草案に定める犯罪が自国の刑法上出訴期限の適用を受けるものではないことを確保するための必要な措置を取る。
7. すべての国は、この条草案に定める犯罪に対し自国の刑法上その重大性を考慮した適当な刑罰を科することができることを確保するための必要な措置を取る。
8. 国内法の規定に従い、すべての国は、適当な場合には、この条草案に定める犯罪のために法人の責任を設定するための必要な措置を取る。当該国の法原則に従い、当該法人の責任は、刑事上、民事上又は行政上のものであることができる。

第7条 国内裁判権の設定

1. すべての国は、次の場合において前条の犯罪についての自国の裁判権を設定するため、必要な措置をとる。
 - (a) 犯罪が自国の管轄の下にある領域内では又は自国において登録された船舶若しくは航空機内で行われる場合
 - (b) 容疑者が自国の国民である場合又は自国が適当と認めるときは犯罪が自国の領域内に常居所を有する無国籍者によって行われる場合
 - (c) 自国が適当と認めるときは、被害者が自国の国民である場合
2. 容疑者が自国の管轄の下にある領域内に所在し、かつ、自国がこの条草案に従って当該容疑者の引渡しを行わない場合において、すべての国は、この条草案が対象とする犯罪についての自国の裁判権を設定するため、必要な措置をとる。
3. この条草案は、国内法に従って行使される刑事裁判権を排除するものではない。

第8条 捜査

すべての国は、自国の管轄の下にある領域内で人道に対する犯罪に当たる行為がすでに行われ、又は行われていると信ずるに足る合理的な理由がある場合には、自国の権限のある当局が迅速、完全かつ公平な捜査を行うことを確保する。

第9条 容疑者が所在する場合の予備的措置

1. この条草案に含まれる犯罪の容疑者がその管轄権の下にある領域内に所在する国は、自国が入手することができる情報を検討した後、状況によって正当であると認める場合には、当該容疑者の所在を確実にするため、抑留その他の法的措置をとる。この措置は、当該国の法令に定めるところによるものとするが、刑事訴訟手続又は犯罪

人道に対する犯罪に関する防止及び処罰に関する条文草案

人引渡手続を開始するために必要とする期間に限って継続することができる。

2. 1の措置をとった国は、事実について直ちに予備調査を行う。
3. いずれの国も、この条の規定に基づいていずれかの者を抑留する場合には、第7条1項の場合に該当する国に対し、当該者が抑留されている事実及びその抑留が正当とされる事情を直ちに通報する。2の予備調査を行う国は、適当な場合にはその結果をこれらの国に対して速やかに報告するものとし、また、自国が裁判権を行使する意図を有するか否かを明らかにする。

第10条 引渡し又は裁判

犯罪の容疑者がその管轄の下にある領域内に所在する国は、その者を他の国又は権限のある国際刑事裁判所又は法廷に引き渡さないときは(*)、訴追のため自国の権限のある当局に事件を付託する。それらの当局は、自国の法令に規定する他の重大な犯罪の場合と同様の方法で決定を行う。

第11条 容疑者の公正な取り扱い

1. この条文草案が規定する犯罪に関連して措置が取られたいかなる者も、手続のすべての段階において、公正な裁判並びに人権法及び国際人道法を含む適用される国内法及び国際法の下での権利の完全な保護を含めて、公正な取り扱いを保障される。
2. 自らの国籍ではない国で服役し、拘束又は抑留されたいかなる者も、以下の権利を有する。
 - (a) その者が国籍を持つ若しくはその他その者の諸権利を保護する権限を持つ国(々)の然るべき代表に、又はその者が無国籍者である場合はその者の要請に基づきその者の諸権利を保護する意思がある国の然るべき代表に、遅滞なく通報すること。
 - (b) (a)の国(々)の代表による訪問を受けること。
 - (c) この項の下での諸権利を遅滞なく知らされること。
3. 第2項に規定された諸権利は、その管轄の下にある領域にその者が所在する国の法と規則が、第2項の下で付与された諸権利の意図する目的に完全な効力を与えなければならないという条件の下に、その法と規則に従って行使される。

第12条 被害者、証人及びその他の者

1. すべての国は、以下を確保するための必要な措置を取る。
 - (a) 人道に対する犯罪に該当する行為がすでに行われ、又は行われていると主張するすべての者が、権限ある当局に申立を行う権利を有すること。
 - (b) 申立をした者、被害者、証人並びにそれらの者の家族及び代理人、並びに捜査、訴追、犯罪人引渡し、又はこの条文草案の射程の範囲内にあるその他の手続に参加するその他の者は、申立て、情報提供、証言、又はその他の証拠の提供の結果生ずる不当な取扱い又は脅迫から保護される。保護の措置は、条文草案の第11条に定められた容疑者の権利を害してはならない。
2. すべての国は、人道に対する犯罪の被害者の意見及び懸念が、容疑者に対する刑事手続の適当な段階で、この条文草案の第11条に定められた権利を害さない態様

人道に対する犯罪に関する防止及び処罰に関する条草案

で、自国の法制に従って提示され、及び検討されることを可能なものとする。

3. すべての国は、国際法の下で当該国に帰属する行為を通じて行われ又は当該国の管轄権の下にある領域内で行われた人道に対する犯罪の被害者が物質的又は道徳的な損害について、個別的又は集団的な賠償を受ける権利を有することを、自国の法制において確保するために必要な措置を取る。その賠償には、適当な場合には、原状回復、補償、満足、リハビリテーション、犯罪の中止及び再発防止の保障の一つ若しくは複数のもの又は他の形態が含まれる。

第13条 犯罪人引渡し

1. この条草案の規定は、この条草案が扱う犯罪であって、当該請求を受けた国の管轄の下にある領域内に所在する者の犯罪人引渡しを、当該請求を行った国が求めるものについて適用する。
2. この条草案の定める犯罪は、国家間の現行の犯罪人引渡条約における引渡犯罪とみなされる。国は、相互間で将来締結されるすべての犯罪人引渡条約にこの条草案の定める犯罪を引渡犯罪として含めることを約束する。
3. 国家間の犯罪人引渡しの適用上、この条草案の定める犯罪は、政治犯罪、政治犯罪に関連する犯罪又は政治的な動機による犯罪とみなしてはならない。このため、政治犯罪、政治犯罪に関連する犯罪又は政治的な動機による犯罪に関係することのみを理由として犯罪人引渡しの請求を拒否することはできない。
4. 条約の存在を犯罪人引渡しの条件とする国は、自国との間に犯罪人引渡条約を締結していない他の国から犯罪人引渡しの請求を受けた場合には、この条草案をこの条草案の定める犯罪に関する犯罪人引渡しのための法的根拠とみなすことができる。
5. 条約の存在を犯罪人引渡しの条件とする国は、この条草案の適用を受けるすべての犯罪のために、次の措置をとる。
 - (a) 国際連合の事務総長に対し、この条草案を他の国との間における犯罪人引渡しに関する協力のための法的根拠とするか否かを通報すること。
 - (b) この条草案を犯罪人引渡しに関する協力のための法的根拠としない場合において、適当な場合には、この条の規定を実施するため、他の国と犯罪人引渡しに関する条約を締結するように努めること。
6. 条約の存在を犯罪人引渡しの条件としない国は、相互間で、この条の適用を受ける犯罪を引渡犯罪と認める。
7. 犯罪人引渡しは、請求を受けた国の国内法に定める条件又は適用可能な犯罪人引渡条約に定める条件に従う。これらの条件には、請求を受けた国が犯罪人引渡しを拒否することができる理由を含む。
8. 請求を行った国及び請求を受けた国は、自国の国内法に従うことを条件として、犯罪人引渡手続を迅速に行うように努めるものとし、また、この手続についての証拠に関する要件を簡易にするように努める。
9. 必要な場合には、この条草案の定める犯罪は、国家間の犯罪人引渡しの適用上、

人道に対する犯罪に関する防止及び処罰に関する条文草案

犯罪が発生した場所だけでなく、第7条1に従い裁判権を設定した国の領域内において行われたものと扱う。

10. 犯罪人引渡しの請求を受けた国は、刑の執行を目的とする犯罪人引渡しをその引渡しの対象となる者が自国の国民であるという理由により拒否した場合において、当該請求を行った国からの申出があるときは、自国の国内法が認め、かつ、その法律の要件に適合する限りにおいて、当該請求を行った国の国内法に従って言い渡された刑又はその残余の執行について考慮する。

11. この条約のいかなる規定も、犯罪人引渡しの請求を受けた国が、ジェンダー、人種、宗教、国籍、民族的出身、文化、特定の社会的集団の構成員であること、政治的意見若しくは国際法の下で許容されないことが普遍的に承認されたその他の原因を理由として、当該請求の対象となる者を訴追し若しくは処罰するために当該請求が行われたと信じ、又は当該請求に応ずることによりその者の地位がこれらの理由によって害されると信ずるに足る実質的な根拠がある場合には、引渡しを行う義務を課するものと解してはならない。

12. 請求を受けた国は、犯罪が行われたとされる領域がその管轄の下にある国の要請に妥当な考慮を払う。

13. 犯罪人引渡しの請求を受けた国は、その引渡しを拒否する前に、適当な場合には、請求を行った国がその意見を表明し、及びその主張に関する情報を提供する機会を十分に与えるため、当該請求を行った国と協議する。

第14条 法律上の相互援助

1. 国は、この条文草案の対象となる犯罪に関する捜査、訴追及び司法手続において、最大限の法律上の援助を、この条に従って相互に与える。
2. 要請を行う国において条文草案第6条8の規定に基づいて法人が責任を負う可能性のある犯罪に関して行われる捜査、訴追、司法及びその他の手続について、法律上の相互援助は、要請を受けた国の関連する法律、条約、協定及び取極の下で、最大限度可能な範囲で与える。
3. この条の規定に従って与えられる法律上の相互援助については、次の事項のために要請することができる。
 - (a) 容疑者及び、適当な場合には被害者、証人その他の特定及び所在
 - (b) 証拠又はビデオ会議を含む供述の取得
 - (c) 裁判上の文書の送達の実施
 - (d) 搜索及び押収の実施
 - (e) 法医学証拠の取得を含む物及び場所の見分
 - (f) 情報、証拠物及び鑑定を提供
 - (g) 関連する文書及び記録の原本又は証明された謄本の提供
 - (h) 証拠若しくはその他の目的のための犯罪収益、財産及び道具その他の物の特定、追跡又は凍結
- (i) 要請を行った国において人が任意に出頭することの促進

人道に対する犯罪に関する防止及び処罰に関する条草案

- (j) その他の種類の援助であって要請を受けた国の国内法に違反しないもの
4. 国は、銀行による秘密の保持を理由としては、この条の規定に基づく法律上の相互援助を与えることを拒否することができない。
 5. 国は、必要な場合には、この条の規定の目的に寄与し、この条の規定を効果的に実施し、又はこの条の規定を拡充するための二国間又は多数国間の協定又は取極の締結の可能性を考慮する。
 6. 国の権限のある当局は、刑事問題に関する情報が、他の国の権限のある当局が調査及び刑事手続を行い若しくはこれらを成功裡に完了させるための援助となり得るものであると信じ、又は当該他の締り約国がこの条約に基づいて援助の要請を行うことにつながり得るものであると信ずる場合には、事前の要請がないときでも、自国の国内法の範囲内で当該情報を当該他の国の権限のある当局に送付することができる。
 7. この条の規定は、関係国間の法律上の相互援助について全面的又は部分的に定める現行の又は将来締結される二国間又は多数国間の他の条約に基づく義務に影響を及ぼすものではない。
 8. この条草案の付属文書は、関係国が法律上の相互援助に関する条約によって拘束されていない場合には、この条の規定に従って行われる要請について適用する。当該関係国がそのような条約によって拘束されている場合には、そのような条約の対応する規定は、当該関係国がこれらの規定に代えて付属文書の規定を適用することに合意する場合を除くほか、適用する。国は、付属文書が協力を促進する場合には、同付属文書を適用することを奨励される。
 9. 国は、適当な場合には国際連合又はその他の国際組織によって設立されたものであって、人道に対する犯罪の証拠を収集する任務を持つ国際的な機構との間で協定又は取極の締結の可能性を考慮する。

第15条 紛争の解決

1. 国は、この条草案の解釈又は適用に関する紛争を交渉によって解決するよう努める。
2. この条約の解釈又は適用に関する二カ国以上の間の紛争で交渉によって解決することができないものは、それらの紛争当事国が紛争を仲裁に付すことに合意する場合を除いて、いずれかの紛争当事国の要請により、国際司法裁判所に付託される。
3. 国は、2の規定に拘束されない旨を宣言することができる。他の国は、そのような宣言をした国との関係において2の規定に拘束されない。
4. 3の規定に基づいて宣言をした国は、いつでもその宣言を撤回することができる。

付属文書（第1項～第20項 訳を省略）

注

- (1) ILC Report, A/69/10, 2014, Chapter XIV, para. 266.

人道に対する犯罪に関する防止及び処罰に関する条文草案

- (2) ILC Report, A/72/10, 2017, Chapter IV, para. 46.
- (3) ILC, 'Fourth report on crimes against humanity by Sean D. Murphy, Special Rapporteur,' A/CN.4/725, 18 February 2019, paras. 5-7. 各国政府などのコメントや見解を編集したものは、ILC, 'Comments and observations received from Governments, international organizations and others,' A/CN.4/726, 21 January 2019. また、この編集の後、オランダ政府から追加のコメント、アメリカ政府からのコメント、国連の作業部会等からのコメントが提出されている。A/CN.4/726/Add.1, 28 March 2019, A/CN.4/726/Add.2, 2 May 2019.
- (4) ILC, 'Crimes against humanity Statement of the Chair of the Drafting Committee, Mr. Claudio Grossman Guiloff,' 22 May 2019.
- (5) ILC 'Report of the International Law Commission Seventy-first session (29 April-7 June and 8 July-9 August 2019), A/74/10, pp. 10-140.
- (6) 以上の ILC の作業の経緯については、東澤靖「人道に対する犯罪の防止と処罰(2・完)—国際条約化に向けた課題—」(明治学院大学法学研究 105 号 1-83 頁)の「4.1 条約化作業の背景と条約暫定草案の採択」(1-6 頁)を参照されたい。
- (7) 同上 13-52 頁。
- (8) 人道に対する犯罪という犯罪概念が国際犯罪として登場してきた背景と経緯については、東澤靖「人道に対する犯罪の防止と処罰(1)—国際条約化に向けた課題—」(明治学院大学法学研究 104 号 105-172 頁)の「2. 人道に対する犯罪の歴史」(107-124 頁)を参照されたい。
- (9) 同上 124-155 頁。
- (10) 人道に対する犯罪を国内法で犯罪化している諸国家の状況については、同上論文の注(74)を参照されたい。
- (11) 両者の具体例については、東澤(注6) 28 頁。
- (12) それらの項目をめぐる議論については、東澤(注5) 58-61, 65-8 頁を参照。
- (13) 「迫害」の定義をめぐる問題については、東澤(注5) 56 頁参照。
- (14) 同じく東澤(注6) 56-7 頁参照。
- (15) 東澤(注6) 61-5 頁参照。
- (16) 東澤(注6) 58-60 頁参照。
- (17) 東澤(注6) 65-8 頁参照。
- (18) ILC Report (注5) para. 42.