

# 戦争犯罪としての子ども兵士の使用

—ICCにおけるLubanga事件判決の分析から—

War Crimes as Using Children to Participate Actively in Hostilities

坂本 一也

SAKAMOTO Kazuya

## I はじめに

1990年代以降の武力紛争は、国家間の武力衝突である戦争（国際的武力紛争）から一国内で生じる内戦（非国際的武力紛争）へとその性格を大きく変化させてきた。こうした非国際的武力紛争は、その国の全土を巻き込むような政府軍と反乱軍の間の軍事衝突といったものから、一地域や人口の多い都市部で勃発する武装集団間での戦闘行為といったものまで、その烈度や規模においてさまざまなものがある。紛争の発生原因についても、かつて中心的であったイデオロギー対立よりもむしろ、石油や天然ガスといったエネルギー資源、ダイヤモンドやレアメタルといった戦略資源、また、これらに対する経済利権をめぐる対立にある場合が多く、紛争状態が長期化するという傾向がある。また、こうした紛争の長期化は社会秩序、法秩序の崩壊をもたらし、その結果、民兵組織や武装集団による戦闘に関わらない一般住民への攻撃だけでなく、誘拐、性的暴力、強制的な徴兵、強盗などの犯罪行為が行われるようになってきている。さらには、紛争地域の人々、とりわけ脆弱な子どもたちは、安全な水や医療といった生活に不可欠なインフラにさえアクセスできず、紛争から派生するさまざまな被害に曝されるようになってきている<sup>1</sup>。

以上のような武力紛争の性格の変化がもたらした現象の一つとして、国際的な関心を引くようになったのが子ども兵士に関する問題である。子ども兵士の問題自体は新しい現象ではなかったが<sup>2</sup>、特に、アフリカ諸国で生じた武力紛争において、多数の子どもたちが国家の軍隊のみならず、武装集団の兵士として採用され、敵対行為に使用されるなど、悲惨な状況下におかれているとの報告<sup>3</sup>を受けて、再認識されたのである。子ども兵士が採用され、敵対行為に使用される理由にはさまざまあるが<sup>4</sup>、少なくとも兵士として軍隊や武装集団に取り込まれた子どもたちは、身体的暴力を含む過酷な訓練と厳しい規律、不十分な食事や医療といった大人の兵士と同一の状況におかれることになる。その際に、薬物の投与や虐待を受けるだけでなく、人を（ときには家族さえも）殺害するよう命じられるなど身体的傷害のみならず心的外傷 (trauma) を被ることになる。また、実際の戦闘行為だけでなく、基地内での調理や雑務、連絡係や兵站の補給係、偵察、指揮官の護衛や軍事目標の警護など多様な任務に従事させられる。さらに、少女については、こうした任務に加え、性的暴行、性的奴隷や強制結婚の対象とされ、その結果として、性感染症や生殖上の障害、強制的な妊娠といった情緒面でも筆舌しがたい被害を受けているとされる<sup>5</sup>。子ども兵士のおかれたこのような状況を受けて、近年、国際連

1 United Nations Children's Fund (UNICEF), *Machel Study 10-Year Strategic Review: Children and Conflict in a Changing World* (2009) p.8-31. この報告書は、武力紛争下の子ども、特に子ども兵士の問題を国際的な関心事とした国連の特別専門家Graça Machelの報告書“Promotion and Protection of the Rights of Children: Impact of Armed Conflict on Children”, U.N. Doc. A/51/306 (1996) (hereinafter '*Machel Report*') から10年を機に、「子どもと武力紛争に関する国事務総長特別代表 (OSRSG-CAAC)」とUNICEFが協同して戦略的再検討を行ったものであり、現在の武力紛争と子どもの問題を網羅的に扱っている。

2 A. B. Abbott, “Child Soldiers- The Use of Children as Instruments of War”, *Suffolk Transnational Law Review* vol.23 (2000), p.508; M. Happold, *Child Soldiers in International Law* (2005), p.4.

3 *Machel Report*, paras.34-48.

4 拙稿「武力紛争における子どもの保護—子ども兵に関する戦争犯罪について—」植木俊哉編『グローバル化時代の国際法』(2012年) 32-33頁。

5 *Machel Report*, paras.44-48; M. Happold, *supra* note 2, pp.15-19.

合等においては、戦闘員のみをイメージさせる「子ども兵士」ではなく、武力紛争に関連するさまざまな任務に従事するものを包摂する「武力紛争に関係する子ども」や「軍隊又は武装集団に関係する子ども」<sup>6</sup>といった用語が使用されるようになっていく。

子ども兵士に関するこうした国際的な関心は、この問題に関する新たな条約の締結を含め、その採用・使用を規制するための国際法規範の発展をもたらした。子ども兵士の規制に関しては、武力紛争を規律する国際人道法の一つである1977年に採択されたジュネーブ諸条約の二つの追加議定書（国際的武力紛争に適用される第一追加議定書（API）77条2項と非国際的武力紛争に適用される第二追加議定書（APII）4条3項（c））において既になされていた。その後、子どもを兵士とすることが人権を侵害する行為であると認識されるに至り、1989年の子どもの権利条約38条2,3項やこの内容を強化した2000年の武力紛争選択議定書1-4条といった国際人権法に関する条約にも規定されるようになった。ただ、こうした国際人道法や国際人権法に関する条約は当事国のみを拘束するに過ぎず、現代の紛争において実際に子ども兵士を採用・使用している武装集団や個人を直接拘束するものではない。そこで、新たな規制方法として発展してきたのが、子ども兵士の採用・使用を国際法上の犯罪とし、これに違反した個人に対して刑罰を科す国際刑事法に関する条約であった<sup>7</sup>。1998年に採択された国際刑事裁判所（ICC）規程は、国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪を訴追することを目的とするが、その8条において戦争犯罪の一つとして子ども兵士の採用・使用を規定している。そして、子ども兵士に関する問題が国際的な喫緊の関心事であることを受けて、ICCにおいてこの犯罪に基づく訴追が行われ、反乱組織の元司令官であったThomas Lubanga Dyiloに対する有罪判決（以下、Lubanga事件判決）が2012年3月14日に下された<sup>8</sup>。

ところで、戦争犯罪としての子ども兵士の採用・使用とはいかなる行為であろうか。ICC規程においては、国際的武力紛争に適用される8条2項（b）（xxvi）と非国際的武力紛争に適用される8条2項（e）（vii）が、その紛争の文脈に基づく一部の相違（子ども兵士を採用する主体）を除き、同様の構成要件を規定している。すなわち、「15歳未満の子どもを【自国の軍隊／軍隊若しくは武装集団：筆者補足】に強制的に徴集若しくは志願に基づいて編入すること又は敵対行為に積極的に参加させるために使用すること」である。子どもを軍隊等に徴集・編入することと敵対行為に使用することは、それぞれ異なる構成要件であると考えられ<sup>9</sup>、子ども兵士を使用することのみで犯罪となるとされる。前述のように、現代の武力紛争において、子どもは軍隊又は武装集団において戦闘行為のみならず、さまざまな任務に従事させられている。しかしながら、戦争犯罪とみなされるのは、「敵対行為に積極的に（actively）参加するために使用すること」とされており、子ども兵士のいかなる使用がこの構成要件に該当するかは解釈上の大きな問題となろう。まさに、この問題が、Lubanga事件判決に

6 子ども兵士の採用を防止し、また既に子ども兵士となった者の武装解除と社会復帰に関する原則と指針を提示することを目的として、UNICEFとフランス政府の呼びかけによりパリで開催された外交会議において採択されたPrinciples and Guidelines on Children Associated with Armed Forces or Armed Groups (February 2007)（以下、「パリ原則」）によれば、「軍隊又は武装集団に関係する子ども」とは、「18歳未満の者であって、戦闘員、調理師、運送人、伝令、スパイ又は性的目的で使用された子ども（少年及び少女）に限られることなく、あらゆる資格で軍隊又は武装集団によって現に採用又は使用されている又はされた者を指す。この定義は敵対行為に直接参加し又は参加した子どもにのみを指すものではない」と定義される（*ibid.*, p.7）。このパリ原則は法的拘束力を持つ文書ではないが、OSRSG-CAACなどでは主要な文書として取り扱われている。

7 子ども兵士の規制に関する国際法の概観については、拙稿（注4）38-52頁参照。

8 *Prosecutor v. Lubanga*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2842, Trial Chamber I, 14 March 2012 (hereinafter '*Lubanga Judgment*'). この判決に係る法的問題を取り上げた評釈としては、例えば、T. R. Liefländer, "The Lubanga Judgment of the ICC: More than just the First Step?", *Cambridge Journal of International and Comparative Law* vol.1 (2012), pp.191-212; K. Ambos, "The first Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A comprehensive Analysis of the Legal Issues", *International Criminal Law Review* vol.12 (2012), pp.115-153; R. Graf, "The International Criminal Court and Child Soldiers: An Appraisal of the Lubanga Judgment", *Journal of International Criminal Justice* vol.10 (2012), pp.945-969; 稲角光恵「《判例研究》国際刑事裁判所初のルバンガ事件判決の意義と課題」『金沢法学』55巻1号（2012年）63-79頁など。

9 *Lubanga Judgment*, paras.609,620.

おいても一つの争点となった。

そこで、本稿では、子ども兵士に関する戦争犯罪としての敵対行為への子ども（以下、特に言及のない限り、本稿においては、15歳未満の子どものを「子ども」とする。）の使用に着目し、特に、ICC規程において禁止される積極的な参加とはいかなるものであるかについて検討することにしたい。

## II Lubanga事件判決の分析

本稿の問題関心である敵対行為への子どもの使用に関する法的問題を検討する手懸りとして、この問題が争点となったLubanga事件判決を取り上げることにする。この判決は、2002年にその任務を開始したICCにおける最初の事件であり、また、子ども兵士に関する戦争犯罪のみが審理対象とされたものである。以下では、この事件の概要に触れた上で、この問題に関して判決でいかなる法的判断が下されたかを確認することにする。

### 1. 事件の概要

2002年4月11日にICC規程の締約国となったコンゴ民主共和国(DRC)では、1990年代後半から権力争いに加え、国内の鉱物資源の利権等をめぐる部族間の紛争が激化した。最終的には、国内の反乱組織、近隣諸国をも巻き込んだ大規模な武力紛争（「アフリカの世界戦争」とも呼ばれる）へと発展し、その犠牲者は数百万人に及んだとされる。特に、DRC北東部のIturi地区では、2002年から2003年にかけて発生した敵対行為において、女性に対する性的暴力や子ども兵士の使用といった戦争犯罪が繰り返されていた<sup>10</sup>。こうした事態に対し、2004年3月、DRCのKabala大統領は、ICC規程14条に基づき、同国領域内における事態をICCに付託した。これを受けて、同年7月5日、ICCはDRCにおける事態を予審裁判部(PTC)Iに割り当てることにし、検察局による捜査が行われた<sup>11</sup>。その後、2006年2月10日、Ituri地区で活動していた反乱組織であるコンゴ愛国同盟(UPC)の創設者の一人であり、その軍事部門であるコンゴ解放愛国軍(FPLC)の元司令官であった本件被告人Lubangaに対する逮捕状が発付された<sup>12</sup>。既に身柄を拘束されていたLubangaは、ICCの所在地であるハーグに移送され、2007年1月29日、ICC規程61条に基づき、PTCによる被疑者に対する犯罪事実の確認決定を受けた<sup>13</sup>。PTCにおいて確認された犯罪事実は、LubangaがFPLCに15歳未満の子どものを編入及び徴集し、また敵対行為に積極的な参加させるために使用したことについて、2002年9月初旬から2003年6月2日までの間にウガンダやルワンダの関与する国際的武力紛争においてICC規程8条2項(b)(xxvi)、また、2003年6月2日から8月13日までの間のDRC内での非国際的武力紛争において同項(e)(vii)の戦争犯罪を行ったというものであった<sup>14</sup>。

この決定を受けて、本件事案は第一審裁判部(TC)Iに係属したが、公判前の段階で検察官の証拠開示をめぐる問題により手続が中断し、実際に公判が開始されたのは2009年1月26日であった。さらに公判開始後も、裁判所規則55に基づく、事実の「法的な性格付け(legal characterization)」の変更に関する申立てがなされた。この申立ては、公判における被害者の証言等によって性的奴隷や非人道的又は残虐な取扱いといった性的暴力に関する犯罪事実が示されたことから、2009年5月22日に被害者の代理人がTCに対して、こうした犯罪事実をも対象とするように、事実の「法的な再性格付け(legal recharacterization)」を求めたものである。TCは、2009年7月14日、被害者の法的代理人の

10 See Human Rights Watch, "Ituri: "Covered in Blood", Ethnically Targeted Violence in Northeastern DR Congo", vol.15, No.11(A) (2003), pp.1,44-47.

11 *Lubanga Judgment*, para.9.

12 *Prosecutor v Lubanga*, Warrant of Arrest, ICC-01/04-01/06-2-tEN, Pre-Trial Chamber I, 10 February 2006.

13 *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/06-803-tEN, Pre-Trial Chamber I, 29 January 2007 (hereinafter '*Lubanga Confirmation of Charges Decision*').

14 *Lubanga Judgment*, para.1.

申立てを受け入れる決定<sup>15</sup>を行い、これによって、子ども兵士に関する戦争犯罪に加え、性的暴力も本件での審理の対象に含ませることになった。しかしながら、2009年12月8日、上訴裁判部 (AC) は、裁判所規則55に基づく事実の「法的な性格付け」では、犯罪事実及びその改定に記載された事実や状況を超えることはできないとして、TCの決定を破棄する判決<sup>16</sup>を下した<sup>17</sup>。こうしたいくつかの手續上の問題<sup>18</sup>から、審理は何度か中断、延期<sup>19</sup>され、審理が終了したのは2011年8月26日であった。

そして、2012年3月14日、TCは被告人が関与した2002年9月初旬から2003年8月13日までの間の武力紛争を非国際的武力紛争と性格付け<sup>20</sup>、その間に15歳未満の子どもをFPLCに編入及び徴集し、また、敵対行為に積極的に参加させるために使用するという ICC 規程 8 条 2 項 (e) (vii) に規定される戦争犯罪について有罪であると認定した<sup>21</sup>。なお、この判決には、Adrian Fulford 判事の個別意見と Elizabeth Odio Benito 判事の個別及び反対意見が付されている。この有罪判決を受けて、同年7月10日に量刑に対する決定がなされ、拘禁刑14年が言渡された<sup>22</sup>。

## 2. Lubanga事件判決における法的判断

では、子どもを「敵対行為に積極的に参加するために使用すること」について、TC はどのような判断を下したのであろうか。ここでは、子ども兵士に関する戦争犯罪の制定目的と「敵対行為に積極的に参加する」(以下、積極的参加) という文言の解釈に注目して、判決内容を確認することにする。

### (1) 検察官と弁護人の主張

まず、本件において、検察官及び弁護人はどのような主張を行ったのかを確認する。

検察官は、PTCで採用された見解<sup>23</sup>に従い、積極的参加には、戦闘行為への直接 (direct) 参加及び偵察、諜報、破壊工作のような戦闘行為に関連した活動及び子どもを検問所で使用し、囚、運搬人として使用することが含まれるとした。これには軍事目標の警護や軍司令官の護衛も含まれるが、「敵対行為に明らかに関連しない行為」、例えば、航空基地に食料を届けることや将校宿舎での使用人として働くことは除外されるとした<sup>24</sup>。また、積極的参加には子どもが従事する多様な行為が含まれるとしたシエラレオネ国際軍事法廷 (SCSL) の判決及び法廷の友 (*amicus curiae*) として子どもと武力紛争に関する国連事務総長特別代表 (OSRSG-CAAC) の Radhika Coomaraswamy が提出した少女に対する性的暴力の問題に留意すべきとする意見書<sup>25</sup>に言及しつつ、「子ども兵士により厚い保護を

15 *Prosecutor v Lubanga*, Decision Giving Notice to the Parties and Participants that the Legal Characterization of the Facts may be Subject to Change in Accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court, ICC-01/04-01/06-2049, Trial Chamber I, 14 July 2009, paras.33-34.

16 *Prosecutor v Lubanga*, Judgment on the appeals of Mr. Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled "Decision giving notice to the parties and participants that the legal characterization of the facts may be subject to change in accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court", ICC-01/04-01/06-2205, Appeals Chamber, 8 December 2009, para.109.

17 性的犯罪について、Lubanga事件における事実の「法的な再性格づけ」をめぐる対応についての批判的な検討として、S. Merope, "Recharacterizing the Lubanga Case: Regulation 55 and the Consequences for Gender Justice at the ICC", *Criminal Law Forum* vol.22 (2011), pp.311-346.

18 なお、本件判決に至るまでのICCにおける手續上の諸問題については、東澤靖「国際刑事裁判所 (ICC) における『公正な裁判』—ルバンガ事件を振り返って—」『明治学院大学法科大学院ローレビュー』第15号 (2011年) 91-110頁参照。

19 *Lubanga Judgment*, para.10.

20 *Lubanga Judgment*, paras.566-567.

21 *Lubanga Judgment*, para.1385.

22 *Prosecutor v Lubanga*, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/04-01/06-2901, Trial Chamber I, 10 July 2012, para.107.なお、それぞれの犯罪行為につき、子どもの徴集に対しては13年、編入に対しては12年、使用に対しては14年の拘禁刑が宣告され、ICC規程78条3項に基づき、刑が併合され14年とされた (*ibid.*, paras.98-99.)

23 *Lubanga Confirmation of Charges Decision*, paras.261,263.

24 *Lubanga Judgment*, para.575.

25 *Written Submissions of the United Nations Special Representative of the Secretary-General on Children and Armed Conflict*, ICC-01/04-01/06-1229-AnxA, 18 March 2008 (hereinafter '*OSRSG-CAAC Written Submission*'), paras.17-26.

与え、また、敵対行為に密接に関連する活動への子どものいかなる使用をも妨げるために」、積極的参加とは子どもが敵対行為に対して「直接的な支援機能」を果たしたか否かという解釈をとるべきであるとした<sup>26</sup>。

これに対し、弁護人は、PTCが積極的参加という概念の解釈において、上述のさまざまな行為を含むとする一方で、「敵対行為に明らかに関係しない行為」のみを除くと捉えたことを批判する。この解釈では過度に広範囲の行為を含むことになり、ICC規程22条2項において禁止される条文の拡大解釈であるとする<sup>27</sup>。また、旧ユーゴ国際刑事法廷 (ICTY) 及びルワンダ国際法廷 (ICTR) の先例に依拠して、積極的参加を「その性質又は目的によって敵対する軍隊の人員及び物資に実際の危害をもたらす戦争行為」を指す「直接参加」と同義に解すべきであるとした<sup>28</sup>。さらに、PTCによる解釈では、子ども兵士が敵対行為に参加しているか否かについても考慮しておらず、この規定が敵対行為に参加する子どもを危険に曝す者を処罰することを意図したものであることからすれば問題であるとした<sup>29</sup>。

## (2) 裁判部（多数意見）の判断

では、上記の検察官及び弁護人双方の主張に対して、裁判部はいかなる判断を下したのかを確認することにする。

裁判部は、前提的考察として、子ども兵士に関して非国際的武力紛争に適用される他の国際条約の諸規定を取り上げ、これらの諸規定が「子どもは特に脆弱であり、その他の文民に比べて特権的な取扱いを必要とする」という事実を認めるものであるとする。そこで、子ども兵士の禁止に係る諸規定の主たる目的は、伝統的に、武力紛争に関係する危険性から子どもを保護することであり、最も重要なのは、子どもの身体的、心理的健康を保証することにあつたとする。また、いくつかの学説に依拠しつつ、これには暴力及び戦闘の間にもたらされる傷害のみならず、軍隊への採用に伴う潜在的に深刻な心的外傷からの保護も含まれていたとする<sup>30</sup>。さらに、公判において、「武力紛争に関係する子ども」という概念が使用されてきたことから、伝統的な戦争行為には必ずしも含まれない様々な行為を子どもが担ってきたことを確認し、子どもが性的暴力や非人道的な取扱いを含めた多様な危険に曝されてきたとした<sup>31</sup>。

その上で、子どもの積極的参加が禁止されるのは、一般的に、武力紛争に関係するという危険性から子どもを保護することにあつたことを再確認する<sup>32</sup>。そこで、まず、ICC規程の起草過程において、積極的参加には戦闘行為との関連性が必要であるとされたこと、準備委員会が作成した規程草案に付された脚注において、「使用」及び「参加」という用語には敵対行為に明らかに関係しない行為は含まれないが、直接的な支援行為に子どもを使用することは含まれるとする広い解釈を示していたことを指摘する<sup>33</sup>。次に、PTCがこの準備委員会の見解に依拠しつつ、積極的参加には、戦闘行為を意味する直接参加のみならず、「戦闘行為に関連する活動」をも含むとする一方で、敵対行為に関しない行為は含まないとしたことを確認した<sup>34</sup>。さらに、法廷の友であるCoomaraswamyが子どもの参

26 *Ibid.*, paras.576-578.

27 *Ibid.*, para.583.

28 *Ibid.*, para.584.

29 *Ibid.*, para.586.

30 *Ibid.*, para.605.

31 *Ibid.*, para.606.

32 *Ibid.*, para.619.

33 *Lubanga Judgment*, para.621, citing UN Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, “Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Draft Statute for the International Criminal Court”, UN. Doc. A/CONF.183/2/Add.1, 14 April 1998, p.21, ft.12.

34 *Ibid.*, paras.622-623, citing *Lubanga Confirmation of Charges Decision*, para.261.

加が軍隊への本質的な支援機能を果たしたか否かに着目すべきであり、また、SCSLの判決<sup>35</sup>に言及しつつ、積極的参加とは「子どもの生命を戦闘行為の危険に直接曝すことを含む」ものであるとした意見書にも着目した<sup>36</sup>。

このことから、積極的参加という表現が構成要件として使用されたのは、(API 77条2項に規定される)「直接参加」という概念とは異なり、敵対行為に参加する子どもの行動や役割について広範な解釈を導入することを明らかに意図したものであったとする<sup>37</sup>。そこで、子ども兵士が直面する潜在的な危険性とその従事する役割の性質に関わるわけでないことから、敵対行為に積極的に参加する者には、前線で直接参加する者から戦闘員を支援する無数の役割に従事する少年又は少女までの広範な個人が含まれるとした。また、その従事する活動には、直接又は間接 (indirect) 参加の双方が含まれるが、少なくとも、それに関与する子どもが潜在的な標的となるという基本的に共通の特徴が存在していると結論付ける。それゆえ、間接的な役割が積極的参加とみなされる決定的な要因は、戦闘員に対して子どもが提供する支援活動によって当該子どもが潜在的な標的になるという現実の危険に曝されるか否であるとした。したがって、裁判部によれば、積極的参加か否かは、子どもの支援活動とその結果としての危険性の程度という複合的要因に基づいて判断されるのであり、敵対行為の緊迫した場面が存在しないにも関わらず、個人がそれに積極的に巻き込まれることがあるということになる。ただ、子どもが従事する役割の多様性からすれば、特定の活動が積極的参加を構成するか否かは事例ごとにのみ判断しうることになる<sup>38</sup>。このように述べた上で、付加的に、性的暴力の問題について触れ、それが積極的参加に含まれるか否かの判断を留保しつつ、性的暴力に関する犯罪事実が検察官により提起されなかったことから、判決は提起された犯罪事実を超えてはならないとするICC規程74条2項に基づき、この問題について決定することはできないとした<sup>39</sup>。

### (3) Benito判事の個別・反対意見

前述の裁判部(多数意見)の判断に対して、Odio Benito判事は、犯罪に関する定義を明確にしなかったこと及び性的暴力を積極的参加に含めなかったという二点につき、個別及び反対意見を提起した。

まず、多数意見が犯罪の法的定義と本件において提起された証拠の評価とを区別しておらず、積極的参加についての包括的な定義を行わなかったと批判した<sup>40</sup>。すなわち、子ども兵士の採用を禁止する関連規則(パリ原則など)においては、武力紛争の文脈で子どもが受ける多様な危険、例えば、劣悪な取扱い (ill treatment)、性的暴力や強制結婚といったことから彼らを保護することも目的とされている。にもかかわらず、多数意見がこのことを考慮せず、この概念を明確に定義しなかったことは、国際的に認められる人権に適合するようICC規程の適用、解釈を求める同22条3項に違反するものであるとする<sup>41</sup>。また、裁判部は具体的な犯罪事実についてICC規程の適用、解釈を行うよう求められているが、その際、そこに定められる犯罪が保護しようとする法益を無視してはならない。しかしながら、子どもの生命と人格的統合の保護を目的とする子ども兵士に関する犯罪について、包括的な定義を行うことを放棄し、事例ごとの分析又は犯罪事実に限定した判断のみに終始したと批判する。このことは、国際法の漸進的発達に対する後退になりうるものであると述べる。さらに、多数意見は被告人の有罪、無罪の判断のみに拘泥したが、裁判部は検察官の起訴内容に関わらず、犯罪の結果と

35 *Prosecutor v. Brima, Kamara and Kanu*, Judgment, SCSL-04-16-T, Trial Chamber, 20 June 2007 (hereinafter, 'AFRC Trial Judgment'), para.736.

36 *Lubanga Judgment*, para.626.

37 *Ibid.*, para.627.

38 *Ibid.*, para.628.

39 *Ibid.*, paras.629-630,896.

40 *Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito*, paras.4-5.

41 *Ibid.*, para.6.

して被害者が被った害悪にも留意して手続を進めるべきであったとする<sup>42</sup>。

次に、多数意見は、本件における性的暴力への言及があったことは認めつつも、積極的参加に性的暴力を意図的に含めなかったことによって、この犯罪の重大な側面を不明確にしたと述べる。その上で、むしろ、裁判部はICC規程74条2項に関わらず、性的暴力をこの犯罪行為に含めるべきであったとした<sup>43</sup>。また、武装集団への採用が禁止されているのは、子どもが「敵」からの潜在的な標的になるということだけでなく、「自ら」が属する武装集団から受ける厳しい訓練、拷問や性的暴力といった不可避の危険から保護されるためであるとする<sup>44</sup>。まさに、子どもに対する性的暴力は、武装集団に関与することの直接的かつ固有の帰結であって、積極的参加という構成要件の本質的要素であることから、性的暴力の対象となった少女は武装集団に対する本質的な支援行為を提供したことになるとした。このように判断した上で、性的暴力は子ども兵士に関する犯罪の法的定義に含まれるものであるとする一方で、裁判部が別途評価しうる独立した個別の犯罪を構成するものであるとも主張する<sup>45</sup>。

### III 敵対行為への子ども兵士の使用に関する法的問題

以上がLubanga事件TCにおける多数意見及びBenito判事の個別・反対意見の概要であるが、双方の意見の対立からは、次のような法的問題が想起される。まず、戦争犯罪とされる敵対行為への積極的参加という概念は、それへの直接参加という概念といかなる関係にあるかという問題である。伝統的に武力紛争に関連する国際人道法では後者の直接参加への言及が一般的であって、積極的参加は新たな概念であること、また、弁護人も主張していたように、これら二つの概念を同義と捉える見解もあることから、これらの概念の関係を明らかにすることは重要である。次に、積極的参加とされる子ども兵士の使用をいかなる基準で判断するかという問題である。これは、TCで議論されたように、子どもによる敵対行為への支援内容によるべきか、子どもが曝される危険によるべきかという判断基準についての問題であり、子ども兵士に関する犯罪がいかなる法益を保護するのかにも関わるものである。最後に、積極的参加に性的暴力が含まれるか否かという問題である。これは、Benito判事が強く主張した点であり、第二の問題にも関わるものである。以下では、これらの法的問題について検討することにする。

#### 1. 敵対行為への直接参加と積極的参加

##### (1) 国際人道法における子ども兵士の敵対行為への参加の規制

ICC規程8条に規定される戦争犯罪は国際人道法の諸規定に由来するものであり、ICCにおいて適用される法を規定するICC規程21条1項(b)において「確立された武力紛争に関する国際法の原則」への言及があるように、ICC規程と国際人道法には密接な関係が存在している。ところで、国際人道法の基本原則の一つは、紛争当事者のために敵対行為をとる戦闘員と敵対行為に直接参加しておらず、軍事行動から生じる危険から保護される文民との峻別にある<sup>46</sup>。戦闘員と文民の区別は、API 43条2項が、「軍隊の構成員（…衛生要員及び宗教要員を除く。）は、戦闘員であり、敵対行為に直接参加する権利を有する」と規定するように、その構成員性による（構成員性基準）。したがって、戦闘員以外の者は文民とされ、保護の対象とされることになる。しかしながら、文民が武器をとり、敵対する紛争当事者と交戦し、又は、軍事行動に密接に関連した活動に関与する場合であっても、この保護を

42 *Ibid.*, paras.7-8,15.

43 *Ibid.*, paras.16-17.

44 *Ibid.*, paras.18-19.

45 *Ibid.*, para.20.

46 See e.g. N. Melzer, “Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law: Adopted by the Assembly of the International Committee of the Red Cross on 26 February 2009”, *International Review of the Red Cross* vol.872 (2008), p.993.

享受できるのであろうか。これについては、API 53条3項及びAP II 13条3項が、文民は「敵対行為に直接参加していない限り」、保護を受けると規定するように、敵対行為に直接参加する場合には、保護を受けることができず、合法的攻撃の目標となるのである（行為基準）<sup>47</sup>。このように、敵対行為への直接参加は、国際人道法において武力紛争における攻撃の目標となるか否かの重要な指標であるといえる。なお、この直接参加という表現は、例えば、文民に対する攻撃を犯罪とするICC規程8条2項(b)(i)、同項(e)(i)においても使用されている。

ところで、子どもの敵対行為への参加を規制した最初の条約はAPI 77条2項とAP II 4条3項(c)であった。AP IIは、「敵対行為に参加することを許してはならない」と規定し、敵対行為への参加の形態については触れず、参加自体を規制しているが、APIは、子どもが「敵対行為に直接参加しないよう」措置をとることを紛争当事者に義務付けている<sup>48</sup>。これらの規定内容の相違については後述するが、ここにおいても直接参加への言及がみられる。双方の規定が異なることを措くとしても、少なくとも、あらゆる武力紛争において、子どもの敵対行為への参加を規制することの必要性は認識されていたといえる。その理由としては、国際人道法において、子どもはその脆弱さから一般の文民以上の保護が与えられることになっているにも関わらず<sup>49</sup>、軍隊に採用され、敵対行為に参加することによって攻撃の目標となるなど、重大な身体的傷害や心的外傷を被りうることが挙げられる。また、子どもは法を了知しておらず、また、しばしば予測不可能な行動をとるため、本来なら、国際人道法上保護される文民、捕虜、人道支援関係者又は傷病等により戦闘外に置かれた者 (*persons hors de combat*) に対して危害を加える可能性があることなども挙げられる<sup>50</sup>。こうした理由からすれば、子どもの敵対行為への参加を規制する規定の目的は敵対行為から子どもを遠ざけることにあり、API 77条2項に規定されるように、子どもを軍隊に採用せず、また、敵対行為に直接参加させないようにすることにあつたと考えられる。そうすることによって、子どもを人的な攻撃目標にさせないとともに、子どもによる攻撃から文民等を保護することができることになる。このように、直接参加への言及には一定の意義があつたものといえよう。

しかしながら、歴史的に、攻撃目標とならない文民であっても、経済的、政治的支援だけでなく、武器や軍需品の製造や運搬、食糧の補給といった活動を行うことによって、戦争活動に貢献してきた。現代の武力紛争においては、これらの活動に加えて、戦闘行為以外の軍事活動に密接に関連したさまざまな活動、例えば、軍事情報の収集、命令の伝達などに文民が従事するようになってきており、こうした活動を行う文民に対して敵対する紛争当事者による攻撃がなされることは稀ではない<sup>51</sup>。また、

47 真山全「文民保護と武力紛争法—敵対行為への直接的参加概念に関する赤十字国際法委員会解釈指針の検討—」『世界法年報』第31号(2012年)38頁。

48 なお、国際人権法の観点から規定する、子どもの権利条約38条2項及び武力紛争選択議定書1条はともに、締約国に「敵対行為に直接参加しないこと」を確保するよう義務付けている。ただし、武力紛争議定書4条1項は、非国家の武装集団に対して18歳未満の者を「敵対行為に使用すべきではない」と規定し、その参加の形態については触れていない。この規定によれば、締約国よりも武装集団に対して厳格な義務が課されていることになるが、そもそも条約は国家のみを規律するのであり、武装集団への義務付けを行い得ないことから、この規定の実効性については疑問が残る。See T. Vandewiele, “Optional Protocol The Involvement of Children in Armed Conflicts”, in A. Alen, J. V. Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans & M. Verheyde eds., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (2006), pp.40-42.

49 国際人道法において規定される子どもに対する特別の保護については、拙稿「武力紛争における子どもの法的保護—文民としての子どもと国際人道法—」『岐阜大学教育学部研究報告(人文科学)』60巻2号(2012年)23-40頁参照。

50 Y. Sandoz, C. Swinarski & B. Zimmerman eds., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (hereinafter 'ICRC Commentary AP') (1987), para.3183.; G. Werle, *Principles of International Criminal Law 2nd. ed.* (2009), p.414; M. Cottier, “Article 8 (2) (b) (xxvi): Participation of Children in Hostilities”, in O. Triffterer ed., *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (2008), p.467.

51 M. Happold, “Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal court”, in J. Doria et al. eds., *The Legal Regime of the International Criminal Court: Essays in Honour of Professor I. P. Blishchenko* (2009), p.593.



こうした活動の多くは子どもによって担われているのが現状であることから、子どもに対する攻撃が増加することは当然の帰結であるように思われる。以上の事態からは、そもそも国際人道法に違反する文民への攻撃が行われている、すなわち、子どもが従事する軍事活動に密接に関連する活動は敵対行為への直接参加に該当しないと捉えるか、反対に、こうした活動は敵対行為への直接参加であって、子どもを攻撃の目標としないようにさらなる規制が必要と捉えるかという見解の対立が想起されよう。この対立は、以下で検討する直接参加と積極的参加の双方の概念の理解に関わるものである。

では、最後に、APIとAPI IIの規定内容の相違について触れておくことにしたい。API II 4条3項(c)が、敵対行為への直接参加のみならず、あらゆる参加を規制していることから、API IIがAPIよりも子どもに対して広範な保護を与えていると考えられる。この相違は、いかなる議論や目的から生じたものであろうか。しかしながら、これらの議定書の採択に係る「国際人道法の再確認と発展のための外交会議」の記録を見れば、これが議論の末に採択されたものではなく、不注意 (inadvertence) の結果で生まれたものに過ぎないことが分かる<sup>52</sup>。この規定は、子どもの特権的取扱いに関するAPI II草案32条2項(f)として検討されており、当初「(f) 15歳の年齢に達しない子どもが敵対行為に直接参加することがないように、また、特に、軍隊に採用することを差し控えるようすべての適用可能な措置をとる」とされていた。この規定内容は、API 77条の前身であるAPI草案68条と同一のものであった。しかし、採択会議前の1977年6月6日の第53回予備会合で、パキスタンのHussain判事により現在の規定と同一内容の提案<sup>53</sup>に不意に差し替えられ、変更部分について十分な検討もなされないまま、コンセンサスによって採択された<sup>54</sup>。したがって、準備作業からは、API IIにより広範な保護を認めようとする起草者意思があったとはいえないように思われる。しかし、API II 4条3項(c)の文言からすればあらゆる敵対行為への参加が禁止されていることは明白であり、条約法条約32条によれば、その解釈において、こうした準備作業における議論に依拠する必要はないであろう。

## (2) 直接参加と積極的参加の関係

API 77条2項は、国際人道法上の戦闘員と文民の区別基準を反映した子どもの直接参加を規制するのに対し、ICC規程は、これとは異なる子どもの積極的参加を戦争犯罪としている。そこで、Lubanga事件TC判決においては、起草過程や本件PTCでの判断に依拠しつつ、積極的参加は戦闘行為を意味する直接参加とは異なる概念であり、多様な参加の形態を包摂する広範な概念であるとした<sup>55</sup>。しかしながら、TCが依拠した諸文書で示されたように、直接参加とは戦闘行為のみを意味するものと捉えられてきたのであろうか。また、積極的参加を直接参加と同義と捉える対場も強く主張されているように、これらを異なる概念とすることに対する批判とはいかなるものであろうか。

まず、この直接参加という概念は、国際人道法の主要な条約である1949年ジュネーブ諸条約、API及びAPI IIにおいてもその定義がなされていない<sup>56</sup>。国際赤十字委員会 (ICRC) の注釈によれば、「『直接』参加とはその性質又は目的によって、敵対する軍隊の人員及び物資に対する現実の被害をもたらすような戦争の行為を意味する」<sup>57</sup>とし、直接参加を限定的に解している。ただ、同注釈は、この概念を戦闘行為や活動中の軍事作戦への参加のみを指すのは制限的であり、また、逆に、一般の住民が従事するような兵器工場での武器の製造や軍で利用する食糧の生産といったあらゆる戦争支援活動をも直接参加とするのであれば、文民の保護は図れないであろうとも述べる<sup>58</sup>。このように、

52 See M. Happold, *supra* note 2, pp.66-68.

53 CDDH/427 (31 May 1977), in *Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts* vol.IV(1978), p.20.

54 CDDH/SR.53, 6 June 1977, in *Summary Records of the Plenary Meetings*, vol.VII(1978), pp.144-145.

55 *Lubanga Judgment*, paras.627-628.

56 N. Melzer, *supra* note 46, p.994.

57 *ICRC Commentary AP*, para.1944 (API Article 51).

58 *ICRC Commentary AP*, para.1679 (API Article 43); *ibid*, para.1945 (AP I Article 51).

ICRCは、この概念に戦闘行為以外の活動をも含むうる可能性を示唆している。なお、本稿で問題となる子どもの直接参加に関するAP I 77条 2項については、ICRCは上記の概念とはやや異なる見解を示している。同注釈によれば、この条文の起草者の意図が子どもを武力紛争から遠ざけることにあったとし、例えば、軍事情報の収集や伝達、兵器や軍需品の運搬、補給品の供給及び妨害行為といった現代の武力紛争において子どもが担う軍事活動への間接参加と考えられる活動についても、この概念に含まれるべきであるとする<sup>59</sup>。この解釈はあらゆる参加を禁止するAP II 4条 3項 (c) に関する注釈とほぼ同一の内容となっており<sup>60</sup>、ICRCは武力紛争の性質に関わらず、子どもの敵対行為への参加を同一の基準によって規制しようとしていたことが分かる<sup>61</sup>。このように、ICRCによる直接参加に関する先の定義は学説等において支持されているものの<sup>62</sup>、具体的にどのような行為が直接参加とみなされるのかについては、曖昧な部分が残されているといえよう。

しかし、現在の武力紛争においては文民がさまざまな軍事活動に関連する作業に従事していることからすれば、合法的な人的攻撃目標と否かを区別する直接参加について、明確な定義を行うことは喫緊の課題である。そこで、ICRCは2009年に「国際人道法における敵対行為への直接参加の概念に関する解釈指針」<sup>63</sup>を発表し、現代の武力紛争における状況を踏まえ、その勧告Vで直接参加とされるための三つの構成要件を提示した。すなわち、①行為が敵対する紛争当事者を害し、保護される者に対して危害を加えるものであること（危害の敷居）、②行為と危害の間の直接の因果関係があること（直接因果関係）、③行為が一方の紛争当事者を支援し、他方の紛争当事者に危害を加えるよう意図されたものであること（軍事上の関連）を満たす場合に直接参加になるとするのである<sup>64</sup>。直接参加するということは、文民が自ら合法的な人的攻撃目標となることを引き受けることであるから、ここで規定される要件は支援する意図をも必要とするなど厳格なものとなっている。ただ、この要件からは、兵器や軍需品の生産及び輸送、食糧や資金の調達、妨害行為といった戦争支援活動であっても、敵対行為の遂行と不可分の一体とみなされる場合には、直接参加とみなされることになる<sup>65</sup>。

確かに、ICRCの注釈及び直接参加に関する解釈指針は法的拘束力ある文書でもなく、また、条約の当事国の意思の表明でもないが、この分野における専門家の意見を示すものとして看過しえないものである。これらの文書から明らかなことは、直接参加という概念は戦闘行為のみに限られることなく、兵器や軍需品の生産及び輸送、軍事情報の収集や伝達、食糧や資金の調達といった戦争支援活動をも含むうる場合があるということである。したがって、Lubanga事件TCが示したように、直接参加を戦闘行為のみとする解釈は、この見解からすれば、過度に限定的であろう。さらに、ICC規程における直接参加のこのような解釈は、戦闘行為に関与しない戦争支援活動を行う（子どもを含む）文民を攻撃することはICC規程上の戦争犯罪となるが、他方で、国際人道法上は許容されるという不合理な結果を生むことになる<sup>66</sup>。

59 ICRC Commentary AP, para.3187 (AP I Article 77).

60 ICRC Commentary AP, para.4557 (AP II Article 4).

61 このことは、その後のICRCの慣習国際人道法に関する研究においても踏襲されている。See 'Rule 136' and 'Rule 137', in J-M. Heckaerts & L. Doswald-Beck eds., *Customary International Humanitarian Law* vol.I Rules (2005), pp.482-488.

62 E.g. H.-P. Gasser, "Protection of the Civilian Population", in D. Fleck ed., *The Handbook of International Humanitarian Law* (2008), pp. 261-262; A. Smith, "Child Recruitment and the Special Court for Sierra Leone", *Journal of International Criminal Justice* vol.2 (2004), p.1144; *Prosecutor v. Strugar*, Judgment, IT-01-42-A, ICTY Appeal Chamber, 7 July 2008, para.178(hereinafter 'Strugar AC Judgment').

63 ICRC, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law* (2009), 85pp.この本文は、N. Melzer, *supra* note 46 に掲載されている。なお、この解釈指針が非国際的武力紛争においても構成員性基準を導入したことに対する批判としては、真山全「前掲論文」(注47) 129-158頁を参照。

64 N. Melzer, *supra* note 46, p.1016.

65 *Ibid.*, pp.1016-1031.例えば、軍需品を前線に運搬する文民は現在継続している戦闘行為の不可分の一体であり、直接参加に該当する。工場から港へ軍需品を運搬することは、直接危害をもたらす軍事活動への当該物資の使用からは過度に離れているため、直接参加とはみなされないとする (*ibid.*, pp.1023-1024)。

66 N. Urban, "Direct and Active Participation in Hostilities: The Unintended Consequences of the ICC's decision in Lubanga", *EJ Talk!* (11 April 2012), cited in <http://www.ejiltalk.org/direct-and-active-participation-in-hostilities->

ところで、Lubanga事件における弁護人の主張にもあったように、国際人道法及びICTY、ICTRの先例<sup>67</sup>においては、この直接参加と積極的参加を同義とする見解が示されてきた。また、ICCのPTCにおいても、この見解を踏襲して判断を下したものがある<sup>68</sup>。ただし、これらの見解は、非国際的武力紛争に適用される1949年ジュネーヴ諸条約共通3条が、「敵対行為に積極的 (active/directement) (なお、公定訳では「直接に」) 参加をしていない者」は人道的に待遇しなければならないと規定していることを受けて、文民の保護の文脈において敵対行為への積極的参加を直接参加とみなしうるかが検討された際に示されたものである。それゆえ、子どもの積極的参加についても、この見解に従って、直接参加と同義と捉えなければならないかについては、検討の余地がある。

というのも、まず、ICC規程8条2項 (b) (xxvi) 及び (e) (vii) においては、「積極的 (actively/activement)」の用語が使用されており、共通3条とはそもそも異なるものであることが挙げられる。次に、ICC規程の起草過程において、この積極的参加という文言が採用されたのは、国際的武力紛争よりも非国際的武力紛争の方が子どもに対して厚い保護を与えているという矛盾をある程度緩和しようとし、また、この概念が直接参加に比べてより広範な活動を含む敵対行為への参加を禁止し、子どもの保護に資すると解されていたからである<sup>69</sup>。したがって、規定の文言及び起草過程からすれば、積極的参加は直接参加とは異なるものであり、子どもに対する保護の射程を意図的に拡大しようとして、この表現が使用されたものと考えられる<sup>70</sup>。なお、Lubanga事件TCは、ICC規程草案準備委員会においてこの条文に付された脚注が、積極的参加について直接参加よりも広範なものであるという解釈を採っていたことをその理由として挙げている<sup>71</sup>。ただし、これは積極的参加に「戦闘行為」と「戦闘行為に関連する軍事的活動」の双方が含まれることを示したに過ぎず、直接参加よりも広い解釈を示したものであるかというものは、直接参加の概念を捉え方（戦闘行為のみと捉えるか否か）にかかっており、不明確であろう<sup>72</sup>。

このように、子どもの敵対行為への参加の文脈において積極的参加と直接参加とは異なる概念であり、また、積極的参加を直接参加よりも広い活動を含む概念と捉えてもよいにも関わらず、これらを同義とすべきとする見解が主張されている。その理由として、上述のように、文民の保護の文脈においては、積極的参加は直接参加と同義とされており、積極的参加と評価される活動に関わるすべての子どもが合法的な人的攻撃目標とみなされることになるということが挙げられている<sup>73</sup>。それゆえ、積

the-unintended-consequences-of-the-iccs-decision-in-lubanga/ (last visited 15 January 2013).

67 *Struger AC Judgment*, para.173; *Prosecutor v. Akayesu*, Judgement, ICTR-96-4-T, ICTR Trial Chamber, 2 September 1998, para.629.

68 ICC規程8条2項 (b) (i) の文脈においてであるが、*Prosecutor v. Katanga and Chui, Public Redacted Version Decision on the confirmation of charges*, ICC-01/04-01/07-717, Pre-Trial Chamber I, 30 September 2008, para.266

69 See Summary records of the meetings of the Committee of the Whole 4th meeting (17 June 1998), UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.4 ; 5th meeting (18 June 1998), UN Doc. A/CONF.183/C.1/SR.5, reprinted in United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, UN Doc. A/CONF.183/13 (vol.II) (2002), pp.157-161,162-169; M. Cottier, *supra* note 50, pp.470-471.

70 C. Garraway, "Article 8(2) (b) (xxvi) – Using, Conscripting or Enlisting Children", in R. S. Lee ed., *The International Criminal Court: Elements of Crime and Rules of Procedure and Evidence* (2001), p.206.

71 *Lubanga Judgment*, para.621.

72 この脚注において、「使用」及び「参加」という用語は、「戦闘行為への直接参加及び偵察、諜報、妨害行為、囹、随員 (couriers) して、又は軍隊の検問所で子どもを利用することといった戦闘行為に関連する軍事的活動への積極的参加の双方を含むものとして採用された。この用語は、空軍基地への食料配達又は司令官居所における使用人といった敵対行為に明白に関与しない活動は含まれないと考えられる。しかし、前線への物資の運搬や前線自体での活動といった直接の支援機能に子どもを利用することはこの用語に含まれる。「(強調、筆者) としていることから、これが直接参加と積極的参加とを区別したのではなく、「戦闘行為」と「戦闘行為に関連する軍事的活動」とを区別をしたに過ぎず、積極的参加と直接参加が同義であるとの批判もある。See N. Melzer, *supra* note 46, p.1013-14.

73 See N. Urban, *supra* note 66; S. Vité, "Protecting Children during armed conflict: international humanitarian law", *Human Rights and International Legal Discourse* vol.5 (2011), p.25; S. Sivakumaran, "War Crimes before the Special Court for Sierra Leone Child Soldiers, Hostages, Peacekeepers and Collective Punishments", *Journal of International Criminal Justice* vol.8 (2010), p.1019; A. Smith, 'Child Soldiers' in A. Cassese ed., *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (2009), p.262.

極的参加の広範な概念を採用することは、結果として、そうした子どもから国際人道法上の戦闘外に置かれた者としての地位を奪うことになり、むしろその保護に資さないものとなるというのである<sup>74</sup>。確かに、ICC規程の各条文はそれのみで単独に存在しているのではなく、他の規定と関連性を持っており、同一の文言については整合的に解釈すべきである。また、英語正文においては、ジュネーヴ諸条約共通3条を受けて規定された同規程8条2項(c)が「積極的(active)」の用語を使用しており、これらの用語の解釈を統一すべきであるとの主張も理解できないわけではない。しかしながら、仏文正文においては、上述のように、これらの規定には異なる用語が使用されており、起草過程での議論からも明らかなように、必ずしも同一の基準を定めようとしたものではない。また、たとえば、国際人道法において、これらの用語が同一のものとして解釈されていたとしても、ICC規程の作成に関わった諸国家は、立法機関として新たな内容を持つ条約を制定することができたのであり<sup>75</sup>、その適用において当該国際人道法上の解釈に完全に一致する必要はない<sup>76</sup>。したがって、一方で、文民に対して与えられる保護を広くするために、ジュネーヴ諸条約共通3条及びICC規程8条2項(c)に規定される「積極的」の用語を「直接」と同義とし、他方で、敵対行為に使用される子どもの保護を広くするために「積極的」の用語を「直接」とは異なるより広い活動を含む概念として捉えることは、ICC規程の解釈上何ら問題はないであろう<sup>77</sup>。この点、Lubanga事件TC判決がこの文言の解釈の際に、国際人道法の関連規則とICC規程の規定内容の相違など、これらの異なる法分野を明確に区別せずに判断したことについては疑義が残るところである<sup>78</sup>。しかしながら、以上のように、ICC規程8条2項(b)(xxvi)及び同項(e)(vii)に規定される積極的参加を直接参加とは異なる概念として捉えることは、国際人道法と国際刑事法とにおける違法行為の差異を生じさせることになる。すなわち、国際人道法においては、API77条2項が子どもの直接参加を禁止しているにも関わらず、ICC規程ではそれとは異なる積極的参加を戦争犯罪とすることになる。したがって、ある個人が子どもを敵対行為に積極的に参加するために使用した場合、当該個人は戦争犯罪として処罰されることになるが、この積極的参加が直接参加でなければ、国際人道法の違反は行われておらず、それに伴う国家責任も発生しないということになる<sup>79</sup>。

## 2. 敵対行為への積極的参加の射程

### (1) 敵対行為への積極的参加の判断基準

ICRCの解釈指針を踏まえ、直接参加の概念を戦闘行為と一定の要件を満たした戦争支援活動の双

74 例えば、SCSLの判決においても、同様の判断が示されている。See *Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao*, Judgment, SCSL-04-15-T, Trial Chamber, 2 March 2009 (hereinafter '*RUF Trial Judgment*'), para.1723.

75 See G. M. Danilenko, "ICC Statute and Third States", in A. Cassese, P. Gaeta & J.R.W.D. Jones eds., *The Rome Statute of International Criminal Court: A Commentary* vol.I (2002), pp.1890-1896.

76 ただし、ICC規程10条が、同規程の諸規定が「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」とするように、この規定がいかなるものであれ、既存の国際人道法の解釈適用を制限するものとされてはならない。

77 R. Graf, *supra* note 8, p.964. ただし、ICC規程8条2項(b)及び(e)の冒頭に「確立した国際法の枠組みにおいて」という文言が付されており、これが国際慣習法において犯罪とされたもののみを対象とすることを意図して付されたと思われる(See A. Cassese, *International Criminal Law 2nd ed.* (2008), pp.94-95.)。それゆえ、この理解に従えば、国際慣習法上の定義に従って解釈されなければならないということになるが、本罪のように解釈上の争いが生じる場合には、ICCが刑事裁判手続であることから、同規程22条2項に従い、被疑者・被告人の予見可能性及び防御可能性を考慮して判断せざるを得ないのではないかと。

78 *Ibid.*, p.963. なお、TCは積極的参加の解釈に関して、API4条3項(c)には「直接」という用語が含まれていないことを挙げるが(*Lubanga Judgment*, para.627)、これが非国際的武力紛争において敵対行為への参加が絶対的に禁止されてきたことを示す証拠であったとしても、積極的参加の解釈にいかん資するかは不明確である。

79 国際刑事法は国際人道法の履行手段の一つとして発展してきた経緯があるが、こうした違法判断の相違は、国家責任と個人の国際法上の刑事責任の異動を考える端緒となりうるように思われる。なお、ICC規程草案準備委員会が付した脚注においては、積極的参加を規定する選択肢は、「既存の国際法上の基本原則を包含しようとするものであり、国家責任とは異なる個人の刑事責任に適した文言を用いたものである」との言及がなされている。

方を含むとする解釈の妥当性やその射程については、別途検討すべき重要な問題ではある。しかし、本稿ではこの問題を一先ず措くこととして、Lubanga事件TC判決が示した、積極的参加は直接参加とは異なるより広範な概念であり、それには直接又は間接参加とされる多様な活動が含まれるとの解釈を採ることとする。この解釈のように積極的参加に広範で多様な活動が含まれること自体は、ICC規程草案準備委員会、本件PTC及びSCSLの諸判決において同様の判断が示されており、革新的なものではない。しかしながら、TCが敵対行為への間接参加を積極的参加とみなす判断基準として、「戦闘員に対して子どもが提供する支援活動によって、彼又は彼女が潜在的な標的になるという現実の危険に曝されるか否か」<sup>80</sup>という新たな基準を提示したことは特徴的である。以下では、積極的参加とされる間接参加とはいかなるものかに着目し、従来の判断基準との相違について検討することとする。

子ども兵士に関する戦争犯罪は武力紛争に関連する危険性（これには戦闘において被る危害のみならず、軍隊に所属することによる心的外傷をも含まれる）から子どもを保護することを目的として定められたものである。それゆえ、積極的参加に合法的な人的攻撃目標とみなされることになる直接参加がこれに含まれることに疑いを差し挟む余地はないであろう。しかしながら、直接参加とはみなされないもの子どもに危険性が及ぶと考えられる諸活動に関与させること（間接参加）はどのように判断されるべきであろうか。

この点につき、本件PTCにおいては、ICC規程草案準備委員会の脚注に依拠して、積極的参加には「戦闘行為に関連する軍事活動」への参加も含まれ、敵対行為を「直接支援する活動」に子どもを使用することはこれに該当するが、敵対行為に明らかに関係しない行為は該当しないとし、具体的な諸活動を例示的に示している<sup>81</sup>。また、SCSLの判決においても、同様の判断基準が提示され<sup>82</sup>、さまざまな活動の区別を行っている<sup>83</sup>。これらが提示する積極的参加の判断基準からすれば、間接参加が「敵対行為に関連し、それを支援する活動」である場合には、積極的参加とみなされるということになる。ただ、この判断基準では、どの程度の支援機能を果たせば、積極的参加となるのかが不明確である。例えば、SCSLのAFRC事件TC判決では、「紛争における作戦に影響を与え、又はその継続を助けるあらゆる労働又は支援活動は積極的参加を構成する」<sup>84</sup>という基準が提示されたが、現代の武力紛争においては（子どもを含む）文民が何らかの形で当該紛争に対して支援する活動に従事する可能性があることからすれば、この基準ではその射程が過度に広すぎるということになる。また、OSRSG-CAACのCoomaraswamyがICCに提出した意見書では、「紛争の間に軍隊又は武装集団に対して本質的な支援機能を果たしている」か否かという判断基準が示されているが、これによっても、何を本質的と捉えるかによってその射程は大きく変わることになる<sup>85</sup>。このように、その射程については相違があるものの、従来の判断基準においては、当該活動が敵対行為を「支援」する機能を有しているか否かが重要な要素とされてきたと考えられる。その帰結として、「敵対行為に明らかに関わらない活動」は積極的参加に含まれないとされてきたのである。

ところが、Lubanga事件TC判決では、本犯罪の制定目的を考慮して、これまでとは異なる新たな判断基準を提示した。すなわち、間接参加が積極的参加とみなされる決定的な要因は、「戦闘員に対して子どもが提供する支援活動によって当該子どもが潜在的な標的 (a potential target) になるという現実の危険に曝されるか否か」であるとした。さらに、積極的参加は、子どもの支援活動とその結果としての危険性という複合的要因に基づいて判断されるのであり、「敵対行為の緊迫した場面 (the immediate scene of the hostilities)」に関わらない活動であっても積極的参加とみなされる

80 *Lubanga Judgment*, paras.628,820.

81 *Lubanga Confirmation of Charges Decision*, paras.261-262.

82 See *AFRC Trial Judgment*, paras.736-737; *RUF Trial Judgment*, paras.188,1720.

83 SCSLで積極的参加とされた諸活動については、see S. Sivakumaran, *supra* note 73, pp.1017-1018.

84 *AFRC Trial Judgment*, para.737.

85 *OSRSG-CAAC Written Submission*, paras. 21-23. それゆえ、積極的参加か否かは事例ごとに判断することになるとする。

としたのである<sup>86</sup>。この基準によれば、従来の判断基準において重要な要素であった『支援』する機能を有するかは前提的要素（二次的要素）に過ぎず、『危険』に曝されるか』が決定的要素（一次的要素）であるということになる。また、敵対行為との関連性も重視されておらず、「危険」に曝される場合には、敵対行為に明らかに関わらない活動であっても積極的参加とみなされうることになりうる<sup>87</sup>。この基準によれば、空軍基地への食糧運搬や司令官の家族用宿舎での使用人といった、従来の基準において敵対行為に明らかに関わらない活動とされたであっても、こうした活動によって潜在的な標的になりうる危険性があれば、それに子どもを従事させることは積極的参加とみなされることになる。確かに、この基準は武力紛争に関連することに起因する危険性から子どもを保護するという点に資するという点では評価できる。しかし、ここで問題とされる危険性とは、何に対するものを指すのかが判決において明確であるとはいえない。この点については、以下の性的暴力を積極的参加に含みうるかという問題の中で検討することにする。

なお、本罪は子どもを「敵対行為に積極的に参加させるために使用すること」が構成要件であることから、Lubanga事件TC判決が提示する基準に従えば、子どもを危険に曝す活動に「使用」することが問題となる。この文言からすれば、犯罪実行者の作為的行為が必要であるとも解しうるが、子どもが敵対行為に参加したこととそれを使用した者の間に関連性が存在していれば良く<sup>88</sup>、子どもが支援活動を提供したという前提的要素により充足されるものと解されよう<sup>89</sup>。さらに、子どもが敵対行為に積極的に参加するよう用いられることのないよう確保する措置をとらない軍隊の指揮官は、この違反に加えてICC規程28条の上官責任に基づく刑事責任をも追及されることになるとの見解もある<sup>90</sup>。

## (2) 積極的参加としての性的暴力の評価

Lubanga事件TC判決は積極的参加について、「子どもの支援活動とその結果としての危険性」という複合的要素によるとする判断基準を提示した。では、ここで問題となる危険性には、敵対行為に起因するもののみならず、子どもが所属する軍隊・武装集団に起因するものも含まれるのであろうか。というのも、判決に言及されるように「潜在的な標的」になる危険性という表現からすれば、敵対行為に起因する危険性のみが対象であるとも解しうるが、他方で、「敵対行為の緊迫した場面」（これが具体的にどういった場面であるのかは不明であるが）から離れていても積極的参加になりうるとしており、これによれば、敵対行為とは関わらない危険性、例えば自らが所属する軍隊・武装集団に起因するものをも対象であると解しうることになる。この問題は、性的暴力を積極的参加に含むべきと主張するBenito判事が、後者の解釈を採り、多数意見を批判した<sup>91</sup>ことにも関わる。確かに、多数意見は、性的暴力の証拠が数多く提出されたにも関わらず<sup>92</sup>、検察官により起訴されなかったため審理の対象としないとしたが<sup>93</sup>、この問題について見解を示したわけではない。そこで、新たに示された判断基準に従い、Benito判事が述べるように、性的暴力を積極的参加として評価しうるであろうかについて考えることにする。

Lubanga事件TC判決においては、PTCで決定された犯罪事実を受けて、積極的参加に含まれる活動として、兵士として戦闘行為に直接参加したこと、司令官等の護衛、軍務としての警備、子どものみからなる部隊（Kadogo Unit）の結成のみに言及した<sup>94</sup>。確かに、こうした活動には、少年及び少

86 *Lubanga Judgment*, paras.628,820.

87 T. R. Liefländer, *supra* note 8, p.203; R. Graf, *supra* note 8, p.962.

88 G. Werle, *supra* note 70, p.417; M. Cottier, *supra* note 50, p.471.

89 R. Graf, *supra* note 8, pp.962-963.

90 R. Graf, *supra* note 8, p.962; G. Werle, *supra* note 70, p.417; M. Cottier, *supra* note 50, p.471.

91 *Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito*, paras.18-19.

92 *Lubanga Judgment*, paras.890-895.

93 *Lubanga Judgment*, para.896.

94 *Lubanga Judgment*, para.915.

女がともに従事するものの、家事や性的暴力などをも含む武装集団内での非戦闘的行為や作業については典型的に少女が従事しており、こうした活動を考慮しないことは、少女に対する差別的な結果を生じるであろう<sup>95</sup>。また、上述のように、子ども兵士に関する犯罪は武力紛争に関連する危険性から子どもを保護することを目的としていることからすれば、敵対行為のみならず、自らが所属する集団に起因する危険からも子どもを保護すべきであろう<sup>96</sup>。ただ、こうした見解は、ICCが刑事裁判であることからすれば、被告人の権利を保障し、罪法定主義の原則を尊重した上でのみ、採用されるべきである。それゆえ、積極的参加に含まれるかは慎重に検討する必要がある。そもそも、本罪の構成要件においては、敵対行為への言及があり、それへの積極的参加が犯罪行為とされている。したがって、ICC規程22条2項に規定されるように、この定義を厳格に解釈すれば、敵対行為に明白に関係しない活動に従事させることをも積極的参加に含むとするのは、規定の文言から乖離し、規定の拡大解釈となるのではないかと考えられる<sup>97</sup>。

では、こうした性的暴力については、いかなる犯罪として評価されるべきであろうか<sup>98</sup>。上述のように、子ども兵士に関する犯罪は、徴集・編入すること及び積極的参加のために使用することという異なる構成要件からなる。Lubanga事件TC判決では、徴集・編入は軍隊・武装集団に関与又は加入したときに成立するとし<sup>99</sup>、それ以上の分析を行っていない。しかしながら、少女による性的な役務の提供はそれが武装集団等における義務の不可分の一部とされ<sup>100</sup>、性的犯罪は少女の徴集・編入の手続と密接に関わっていたとされるように<sup>101</sup>、性的暴力については、むしろ子どもの徴集・編入の禁止によって包摂されるものであるようにも思われる<sup>102</sup>。ただ、この解釈についても、文言の拡大解釈になるとの批判が考えられよう。また、徴集・編入とは別の構成要件として積極的参加が評価されることからすれば、この犯罪行為は軍隊・武装集団に関与又は加入していない子どもを積極的参加させたことのみによって生ずるものでなければならない。その際、積極的参加であるかは当該子どもが危険に曝されたか否かで判断されることになるが、例えば、そうした子どもに攻撃の可能性がある基地への伝令として使用する場合には、この基準を満たすことになるであろう。では、そうした子どもに対して性的暴力などを加えることはどう評価されるであろうか。この場合には、積極的参加というよりむしろICC規程7条1項(e)に規定される人道に対する犯罪としての性的暴力又は同規程8条2項(b)(xxii)及び同項(e)(vi)に規定される戦争犯罪としての性的暴力とみなされるべきであろう。このように、性的暴力を子ども兵士に関する犯罪の解釈によって判断しようとするのは、そもそも無理があり<sup>103</sup>、それに該当する的確な犯罪で訴追すべきであったと思われる<sup>104</sup>。

95 OSRSG-CAAC Witten Submission, paras.24-25; C. Aptel, “International Criminal Justice and Child Protection”, pp.67-114 in S. Parmar, M. J. Roseman, S. Siegrist & T. Sowa eds., *Children and Transitional Justice: Truth-Telling, Accountability and Reconciliation* (2010), p.80.

96 M. Cottier, *supra* note 50, p.470. Cottierは、戦争犯罪が一般的に敵対する紛争当事者に属する者に対して典型的に向けられる行為を規制しようとするのに対し、この犯罪は軍隊等に採用しようとする当該子どもが属する国家の行為を規制しようとするものであり、国際人権法の性格をも持つという特徴があるとす。

97 T. R. Liefländer, *supra* note 8, p.203; K. Ambos, *supra* note 8, pp.136-137, fn.156.

98 国際刑事法の観点から、性的暴力を含むジェンダー犯罪について包括的な分析を行ったものとして、ステファニー・クーブ『国際刑事法におけるジェンダー暴力』(2012年)。

99 Lubanga Judgment, para.618.

100 N. Quéniévet, “Girl Soldiers and Participating in Hostilities”, *African Journal of International & Comparative Law* vol.16 (2008), p.222.

101 K. Gallagher, “Towards a Gender-Inclusive Definition of Child Soldiers: The Prosecutorial v. Thomas Lubanga”, *Eyes on the ICC* vol.7 (2010-2011), p.131.

102 S. Vité, *supra* note 73, p.25.

103 Ambosは検察官が、犯罪事実の改定を要請する代わりにより広範な解釈を求める犠牲者の代表による支援を受けて、性的犯罪を子ども兵士に関する使用行為に押し込めようとしたとする。See K. Ambos, *supra* note 8, p.137

104 なお、Lubanga事件後においては、性的犯罪が行われたとされる事件については、性的犯罪に関する逮捕状や犯罪事実の確認が行われている。また、検察局による2009-2012年の「訴追戦略(Prosecutorial Strategy)」においても、性的及びジェンダー犯罪の訴追に取り組むことが明記されている。See The Office of the Prosecutor, *Prosecutorial Strategy 2009-2012*, 1 February 2010, paras.28,30.

#### IV おわりに

本稿では、敵対行為への子どもの使用に関する法的問題について、Lubanga事件を手懸りに検討してきた。このICCでの最初の判決が、子ども兵士に関する犯罪を取り上げ、この犯罪が国際社会で取り組むべき課題であると示したことは重要である。また、その中で、この犯罪の構成要件の一つである積極的参加について子どもの脆弱性に着目した「危険に曝されたか否か」という新たな判断基準を示したことは、武力紛争における子どもの保護にとって一定の評価ができよう。しかしながら、前述のように、いまだ未解決の問題が残されており、こうした点については、今後のICCでの判決の分析を踏まえた継続的な研究が必要となる。

ところで、性的暴力の取扱いにつき、Benito判事は個別・反対意見を付したが、多数意見との対立は、単に、積極的参加の解釈に関する問題にとどまらず、ICCに期待される司法機能それ自体にも関わるものであったといえる。最後に、今後の課題として、この問題に言及して、本稿を終えることにしたい。

まず、この対立は、性的暴力が行われていたという事実を了知していたにも関わらず、検察官が提起し、ICC規程61条7項に基づきPTCによって確認された犯罪事実に関する犯罪が含まれていなかったことに端を発する<sup>105</sup>。確かに、ICC規程53条に基づき、検察官にはいかなる事態につき捜査を行うか、いかなる事件につき訴追するかを選定する裁量権の行使が認められている<sup>106</sup>。したがって、嫌疑が不十分なものや訴訟を継続するに十分な証拠が存在しないものを排除し、訴訟経済上の必要から訴追する犯罪を絞ることは認められている。また、ICC規程58条1項に基づき、PTCは検察官の請求により、逮捕状を発付するか否かを決定する権限を有しているが<sup>107</sup>、その決定に対して同条6項に基づき、検察官は逮捕状に記載された犯罪事実を変更、修正を要請することができるとされている。さらに、公判前の犯罪事実の確認手続後であっても、検察官はICC規程61条9項に基づき、犯罪事実の改定や新たな犯罪事実の追加を行うことができるとされる。なお、この手続において、PTCにも同条7項(c)に基づき、検察官に対してさらなる証拠の提出や捜査、また、犯罪事実の改定を求めることができるとされている。このように、検察官及びその監督機関でもあるPTCにはいかなる犯罪をICCの公判での審理に付すかの広範な裁量権が認められていると考えられる。

本稿で取り上げたLubanga事件は子ども兵士に関する犯罪という非常に限定的な犯罪事実のみでの起訴であったことから、犯罪被害者や人権NGOを含め、多くの批判に晒された<sup>108</sup>。とりわけ、この事件では、検察官はその責務として効果的な捜査及び訴追を確保するために、ICC規程54条1項(b)に基づき、特に、考慮しなければならない二つの犯罪（性的暴力と子どもに対する暴力）の双方

105 このことにつき、検察官が女性や少女の窮状を考慮しない訴追戦略を採用し、結果、裁量権を適切に行使しなかったとの批判がなされている。K. O. Smith, "Prosecutor v. Lubanga: How the ICC Failed the Women and Girls of the Congo", *Howard Law Journal* vol.54 (2011), p.474; S. M. Pritchett, "Entrenched Hegemony, Efficient Procedure, or Selective Justice?: An Inquiry into Charges for Gender-Based Violence at the International Criminal Court", *Transnational Law & Contemporary Problems* vol.17 (2008) pp.283-287.

106 国際刑事裁判所における検察官の裁量については、see e.g. W. A. Schabas, "Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice* vol.6 (2008) pp.731-755; L. Côté, "Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law", *Journal of International Criminal Justice* vol.3 (2005), pp.162-186; M. R. Brubacher, "Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice* vol.2 (2004), pp.71-95; 竹村仁美「日本と国際刑事裁判所における検察官の裁量」『九州国際大学法学論集』15巻3号(2009年)200頁以下を参照。

107 なお、その際、当該事件について管轄権を有する国家による捜査、訴追を行われていないか、ICC規程17条1項に規定される補完性の原則をも顧慮しつつ判断が下されることになる。例えば、Lubanga事件の場合においては、DRC及び他の国家が子ども兵士に関する犯罪について捜査、訴追等を行っていないことを確認した上で、逮捕状を発付している。*Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Article 58, ICC-01/06-01/04-8-US-Corr, Pre-Trial Chamber I, 10 February 2006, Annex I to Decision Concerning Pre-Trial Chamber I's Decision of 10 February 2006 and the Incorporation of Documents into the Record of the Case against Mr. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/06-01/04-8-US-Corr, Pre-Trial Chamber I, 24 February 2006, paras.37-40.

108 See e.g. S. M. Pritchett, *supra* note 105, pp.303-304; W.A. Schabas, *supra* note 106, pp.744-745



に関わるものであったことからすれば、こうした批判は想定しうるものであろう。しかしながら、前述のように、公判後の裁判所規則55による犯罪事実の改定が認められなかったことから、最終的なTCの判決はICC規程74条2項に基づき、この限定的な犯罪事実を超えない範囲で下されることになった。このことからすれば、捜査、訴追における検察官及びPTCの裁量権の行使は非常に大きな意味を持つといえる。ICC規程前文に言及される国際社会全体の関心事である重大な犯罪に対する不処罰の歴史を終結し、そうした犯罪の防止を促すというICCの設立目的を鑑みれば、検察官及び裁判官は自らの裁量権を適切に行使し、行われた犯罪行為について、提示された事実や証拠を精確に判断し、それに該当する確かな犯罪で処罰する必要がある<sup>109</sup>。したがって、検察官が有する裁量権が適切かつ公正に行使されないことは、それを監督し、是正する権限を持つPTCも含め、ICCそれ自体の正当性に関わることになる<sup>110</sup>。

また、Benito判事の多数意見に対する批判は、前述のように、ICCの態度にも向けられ、裁判部は単に被告人の有罪、無罪を判断するだけでなく、被害者が受けた害悪や被害者の権利に留意して、法内容を明確にし、また、PTCで確認された犯罪事実を超える判決をも下すといった積極的な司法機能を果たすべきであるという<sup>111</sup>。これは既に述べた検察官及びPTCの有する裁量権が適切に行使されなかったというBenito判事の認識を受けてのものであろう。確かに、公判の中で明らかになった犯罪事実に対して、それがPTCで確認されなかったために、処罰しえないというのは、これまで不処罰とされてきた重大な国際犯罪の実行者を処罰するというICCの特別な目的からすれば、問題があろう。それゆえ、Benito判事が主張するような積極的な機能も必要であるとの見解には首肯すべき部分もあるといえる<sup>112</sup>。また、ICCに期待されるのは、刑罰を科すことによる応報、特別予防、一般予防といった一般的な刑事裁判の機能に加え、被害者、加害者及びそれを取り巻く共同体の被害の回復、和解を促す修復的正義、さらには、国際社会への規範の提示といった啓蒙的機能があるとされる<sup>113</sup>。このことからしても、ICCが有罪、無罪の決定に必要でない場合でさえ、そうする政策的理由があれば、あるべき法について見解を示すということも一定の意義があるといえよう。しかしながら、ICCも国際組織の一つであり、自らの設立条約であるICC規程に従って、手続を進めなくてはならないことは言うまでもない。また、国際刑事司法は犯罪を行った個人に対して刑罰を科す手続であることから、その機能は一般的な刑事司法と同様に抑制的であればならないであろう。したがって、ICC規程22条2項にも規定されているように、ICCにおけるあらゆる手続において、遡及処罰の禁止や罪刑法定主義を尊重せねばならず、また、刑罰規定の厳格な適用や被告人の権利保障といった手続的正義を害するといったことは許されない<sup>114</sup>。こうした相対立する二つの機能の双方を満足する司法制度とはいかなるものであるのか、ICCに期待される司法機能についてはいまだ解決をみていないといえよう<sup>115</sup>。

以上述べてきた検察官や裁判所の裁量権に対する統制やICCの司法機能のあり方については、現段階において評価をすることはできない問題である。こうした問題を念頭におきつつ、今後のICCにおける判決や関係諸国の動向などを継続的に検討して行く必要がある。

109 Ambosは検察官が、犯罪事実の改定を要請する代わりにより広範な解釈を求める犠牲者の代表による支援を受けて、性的犯罪を子ども兵士に関する使用行為に押し込めようとしたとする。See K. Ambos, *supra* note 8, p.137

110 See M. M. deGuzman, "Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Court", *Michigan Journal of International Law* vol.33 (2012), pp.271-299.

111 *Separate and Dissenting Opinion of Judge Odio Benito*, paras.7-8,16-17.

112 S. Zappalà, "Judicial Activism v. Judicial Restraint in International Criminal Justice", in A. Cassese ed., *supra* note 73, p.222.

113 See M. M. deGuzman, *supra* note 110, pp.299-319. なお、deGuzmanによれば、修復的正義と規範の表出機能が重視されるとする。

114 M. Happold, "Children participating in armed conflict and international criminal law", *Human Rights and International Legal Discourse* vol.5 (2011), p.100; S. Zappalà, *supra* note 112, p.233.

115 T. R. Liefländer, *supra* note 8, p.200.

