

国際刑事法における文化遺産破壊の 規制に関する一考察

胡 加 美

- 一 はじめに
- 二 文化財から文化遺産へ
 - (一) 文化財と文化遺産の定義
 - (二) 日本における「文化財」という用語の歴史
 - (三) 「文化財」から「文化遺産」への変遷
 - (四) 国際刑法における用語法
- 三 文化遺産破壊について
 - (一) 文化遺産破壊に関する国際法規制の変遷
 - (二) 国際条約の国内法化
- 四 現行国際刑事法における文化遺産破壊に関する規制
 - (一) 戦争犯罪としての文化遺産破壊——ICC 規程 8 条 2 項 (e) (iv) に対する解釈
 - (二) 人道に対する犯罪としての文化遺産破壊
- 五 人道に対する犯罪における新罪名の設置——立法論の立場から文化遺産破壊を検討する
 - (一) 人道に対する犯罪の法典化
 - (二) 人道に対する犯罪の下で新たな罪名を設ける必要性および可能性
 - (三) 文化遺産破壊行為としての人道に対する犯罪の構成要件
- 六 終わりに

一 はじめに

人類の歴史の流れの中で生まれるさまざまな文明は、何百年もの伝承を経て残され、その大部分は文化遺産となった。しかし、自然要因以外に、人為的な破壊、特に戦争は、文化遺産に壊滅的な打撃を与えた。人類の戦争史を振り返ると、文化遺産の破壊は常に武力紛争と共にあり、たとえそ

の破壊が軍事的な必要性を伴わない場合でも、頻繁に行われた。国際法創始者の一人とされるヴァッテル (Emmerich de Vattel) は、『国際法または自然法の原則』の中に文化遺産の恣意的な破壊を批判し、それを人類全体の敵に立つ行為であると指摘した¹⁾。

ドイツ系ユダヤ人の政治哲学者ハンナ・アーレントは「物」について以下のように主張した。「人間世界のリアリティーや信頼性は、第一に、私たちが物に囲まれているという事実依存している。なぜなら物というもの、それを生産する活動、及びそれを創造した人間の生命よりも持続性があるからだ」²⁾。慣れ親しんだものの全てを失うこと——つまり自分の環境を破壊されることは、それに存在していた記憶から切り離され、迷子になることを意味する。更に、自分の集団的アイデンティティを失う恐怖、間違いなく続いていくはずだった集団的アイデンティティがなくなる恐怖にさらされる³⁾。フランスの哲学者アンリ・ルフェーヴルは、これについて次のように述べた。「記念建造物の空間は社会の各構成員に、その構成員のイメージ、自分の社会的顔のイメージを提供した……すなわち、個人の鏡より信頼のおける集団の鏡を構成したのである」⁴⁾。つまり、私たちは最初に自分の存在を認識するというより、自分が存在しているコミュニティに結びついているものによって、それに所属する自分を認識するので

1) Vattel, Emer de. *The law of nations, or, Principles of the law of nature: applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns*. New York, printed for Meffrs, Berry and Rogers, 1787, pp. 546-547. 国が荒らされる理由は何であれ、私たちは、人間社会の誇りとなっており敵の強力化に寄与しない建造物——寺院、墓、公共建築物、極めて美しい作品のような——を残すべきである。こうしたものを破壊することによって得られる利点などあるだろうか。それは、自らが人類の敵であると宣言することである。

2) ハンナ・アーレント『人間の条件』牧野雅彦訳（講談社学術文庫、2023年）166頁。

3) Robert Bevan, *The Destruction of Memory: Architecture at War* (London, Reaktion Books, 2006). ロバート・ベヴァン『なぜ人類は戦争で文化財破壊を繰り返すのか』駒木令訳（原書房、2022年）26頁。

4) Henri Lefebvre, *La production de l'espace* (Paris: Éditions Anthropos, 1974). アンリ・ルフェーヴル『空間の生産』斉藤日出治訳（青木書店、2000年）323頁。

ある。

この視点から見れば、ある集団の集合的記憶を伝える「物質」を壊すことと、集団そのものを殺害することは、いわば一本道のような関係である。それは戦争中の、各民族の文化遺産の運命から見て取れる。1938年の「水晶の夜」でナチスは、ドイツ全域のシナゴグ（ユダヤ人の教会）を破壊し、ユダヤ人の未来だけでなく過去も否定した。また、1990年代の旧ユーゴスラビア紛争中、ボスニアでは拷問、殺戮、強制収容所の設置と同時に、モスクの破壊、図書館の焼損、橋の粉碎が行われていた。さらに、第2次世界大戦の際、合衆国が原爆投下の目標を当初京都とした理由が、京都には日本を象徴する文化遺産が集中していることから、その破壊が日本人に心理的衝撃を与えることを期待できると考えられたためであったこと、そして、京都への原爆投下を回避した理由も、文化遺産の破壊によって日本人が連合国に対する悪感情を強め、戦後の和解が不可能になるおそれのためであったことが挙げられる⁵⁾。

21世紀になって、文化遺産は新たな脅威にさらされた。2001年に、タリバン政権は、5世紀頃にアフガニスタンのバーミヤン渓谷の崖に彫られた2つの記念的な像であるバーミヤン仏を破壊することで、国際社会を驚かせた。このような文化遺産を破壊する行為は、タリバンにより主導された、広範囲にわたるキャンペーンの一部であり、「イコノクラスム」(iconoclasm) と呼ばれる現象である。この後になされた国連の声明および宣言は、このような行為が人類と国際社会全体に与える影響を強調した。また、マリ内戦におけるアンサー・ディーン (Ansar Dine) によるトンブクトゥ地区の文化遺産に対する破壊を扱った国際刑事裁判所 (ICC) の Al Mahdi 事件では、ICC 検察官が「トンブクトゥの宗教的・歴史的世界遺産の破壊は人類の「良心」(conscience) を驚かせたようだ」と指摘し、「人間性を否定する、代えがきかない損失である」⁶⁾ と述べた。

5) 五百旗頭真『日米戦争と戦後日本』（講談社学術文庫、2005年）148-149頁。

6) Office of the Prosecutor: Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, at the opening of the confirmation of charges hearing in the case against Mr Ahmad Al-Faqi Al Mahdi, 1 March 2016.

文化遺産と人間性、および文化遺産に対する破壊と人間に対する破壊を同一視する見解が発展しているにもかかわらず、現行の国際刑事法では、文化財の破壊は、後述するとおり、いわば伝統的な範囲内に留まっており、特に戦争犯罪、人道に対する犯罪の「迫害」、あるいはジェノサイドの一つの指標として見られているにすぎない。また、現在のこの法体制は、文化遺産の破壊をいわば「財産犯」の一種と見なす保守的なパラダイムに基づいて⁷⁾、これを国際社会に深刻な影響を与える独立した「人道に対する犯罪」としては認識していない。

本稿においては、まず「文化財」から「文化遺産」への議論の推移に注目し、この2つの概念の区別や適用を検討する。また、文化財保護に関する国際法規制の変遷、および現行国際刑事法上の文化遺産保護に関する規定（可罰性の射程）を概観する。中には、主に今までの国際刑事裁判所の判例——Al Mahdi 事件と Ntaganda 事件を中心に、さらには上訴審に係属する Al Hassan 事件を概観し、国際刑事法廷にみられる戦争犯罪および人道に対する犯罪の枠内で文化遺産破壊の訴追・処罰しようとする立場と、それらに対する批判について検討する。最後に展望として、立法論の観点から、人道に対する犯罪の下位範疇として新たな固有の構成要件（ないし罪名）を設けるべきといった見解についても言及する。

二 文化財から文化遺産へ

(一) 文化財と文化遺産の定義

「文化財」(cultural property) という用語は、1954 年「武力紛争文化財保護条約」(1954 年ハーグ条約) において初めて、正式に出現した。条約の第 1 条は、文化財の定義を定めている。この定義において、文化財の外延には、建築学上、芸術上又は歴史上の記念工作物、考古学的遺跡、建造物群、

7) Yaron Gottlieb, *Attacks Against Cultural Heritage As A Crime Against Humanity*, Case Western Reserve Journal of International Law, Vol52, Issue1/2, (2020). p. 289.

芸術品、手書き、書籍又は以上に掲げるものの複製品、文化財を保存し、又は展示することを主要な及び実際の目的とする建造物、記念工作物集中地区などが含まれる。本条約以前、文化財保護に関する全ての国際条約と文書は、文化財を私有財産の一種として規制していた。しかし、1954年条約は、文化財を文化遺産（cultural heritage）の枠内で考え、特殊な財産と見なしている。文化財に関する国際法上の保護について、依然として「文化財」という用語を用いながらも、「文化財」は「文化遺産」の組成部分であることが示唆されている⁸⁾と思われる。したがって、現在の文化遺産の概念は1954年条約の中から発展してきたといえる。

「文化遺産」という用語は、より複雑な性質を持っているため、定義がより難しくなっている。「文化遺産」が、国際法上正式な用語として現れたのは、1972年に採択された「世界の文化遺産及び自然遺産の保護に関する条約」（以下、「世界遺産条約」と呼ぶ）においてである。本条約第1条によれば、文化遺産は、記念工作物、建造物群、遺跡という3つの表現形式に分かれる。「世界遺産条約」は、国際法的性質を有する「文化遺産」に対して明確な定義を下さないが、列挙の方式によって条約保護範囲の中に「文化遺産」の内包を示唆する。

文化遺産を保護する意識の向上に伴い、文化遺産を保護対象とする国際条約が続々と現れ、それに関する概念も変わっている。例えば、1992年「世界遺産条約履行のための作業指針」によれば、文化的景観も文化遺産の範囲内に属する。さらに、2003年、ユネスコで採択された「無形文化遺産の保護に関する条約」によって、文化遺産の概念は有形的遺産に限られないとされた。ところが、前記全ての条約は「文化財」又は「文化遺産」の全般的概念を明確に述べなかったため、その概念について定説と呼べるものがまだ存在していない。その原因を究明すると、第一に、各条約の時代と立法目的が違うために、それぞれの条約において文化遺産を保護する範囲に違いが見られると考えられる。第二に、明確な概念（厳格な定

8) 胡玉婷《“蓄意破坏文化遺産罪”の国際刑法研究》（重慶大学修士学位論文、2017年）6頁。

義づけ)は文化遺産の保護範囲を過度に限定し、文化遺産保護の進歩を阻害するかもしれない⁹⁾とも考えられる。すなわち、文化遺産の概念は、常に変化する動的なものであるべきであるといえるように思われる。

(二) 日本における「文化財」という用語の歴史

日本語において「文化財」という言葉を最初に使ったのは、文化主義を提唱した経済哲学者の左右田喜一郎である。左右田は「文化主義の論理」(『横浜貿易新報』1919年1月24日)の中で、文化財をKulturgüterの訳語とし、「文化生活全般の裏に於ける一方的努力の所産」と定義づけた。1932年に出版された『現代語大辞典』もおそらく左右田の解説に沿って「文化財〔ぶんかざい〕文化によって出来た産物のこと。学問・芸術・道徳・宗教など」としている。比較すればわかるように、現代日本語の「文物」と同義である。

日本の法学界では、「文化財」の概念の由来についての議論があった。1979年に発行された『文化財保護の実務』は「文化財保護をめぐる」の座談会記事を載せている。この座談会において、坪井清足は、1949年1月の法隆寺金堂の被災を契機として、この法の立案にあたった山本有三とアメリカの大学で学んだ岩村忍が、英語のcultural propertiesの訳語としてこの用語を採用した¹⁰⁾と述べた。関野克も1939年からある財閥が文化財の研究所をつくることを企図する中、国家総動員下で使われた生産財という用語に対して、精神文化的な意味で、文化財という用語を用いた¹¹⁾と考えた。このように、「文化財」という用語は次第に日本で定着していた。

(三) 「文化財」から「文化遺産」への変遷

1972年に採択された世界遺産条約は、国際社会の認識を、文化の「財」から「遺産」という概念にシフトさせた。それから90年代以降、文化に

9) 同上) 8頁。

10) 児玉幸多＝仲野浩『文化財保護の実務(上)』(柏書房、1979年)13頁。

11) 同上。

関する国際的な議論の場では「文化財」よりも「文化遺産」に言及されるようになった¹²⁾。この二つの言葉の区別について、大島暁雄によれば、ユネスコの「文化遺産」は当該文化遺産が現在生きた状態で機能していることを評価するという、現在の意義を強調するように見えるのに対して、日本の文化財保護法の「文化財」は長い歴史と伝統の中で作られ、伝承されてきたという過去の成果を評価しようとしているように考えられる¹³⁾。七海ゆみ子も同じ見解を持っている。「財」とは所有者（公私を問わない）の存在が強く意識される言葉であり、これに対して「遺産」は一義的には相続される財産の総体を指し、さらに「文化遺産」のコンテクストでは、単なる相続されるものではなく、「大事に残して、未来の世代に伝えていくべきもの」として、「遺産」という語の象徴的な意味合いが取られる¹⁴⁾。このような「文化財」から「文化遺産」へと変わる傾向は、条約が志向する時間の方向性が過去から未来へと広がっているとも言える¹⁵⁾。

さらに、根木昭は、日本の文化財保護法の「文化財」の範囲が、法改正により拡大していくことが予想されるため、概念のレベルでは、現行法上の文化財に限定するのではなく、将来これに加わることになる文化財も含んだ包括的な概念として把握する「文化遺産」の語を用いたが、目的のレベルでは、現行の文化財保護法に立脚した「文化財」の語を用いるのが適当と考えた¹⁶⁾。すなわち、概念上先験的に指定されている「文化遺産」の中から、法または実務レベルにおいて「文化財」に該当するものが、状況の変化に応じて顕在化なしに具体化されていったものと見なすことができ

12) ユネスコで世界遺産条約以後に作成された文化財・文化遺産関連の条約（2001年水中文化遺産保護条約と2003年無形文化遺産保護条約）は、どちらも文化財ではなく、文化遺産となっている。

13) 大島暁雄『無形民俗文化財の保護：無形文化遺産保護条約にむけて』（岩田書院、2007年）101頁。

14) 七海ゆみ子『無形文化遺産とは何か：ユネスコの無形文化遺産を新たな視点で解説する本』（彩流社、2012年）27-28頁。

15) 同上）28頁。

16) 川村恒明＝根木昭＝和田勝彦『文化財政策概論：文化遺産保護の新たな展開に向けて』（東海大学出版会、2002年）15-16頁。

る。したがって、彼は、目的のレベルでは、文化財概念の変動を視野に含めつつ、文化財保護法及びそれを基礎として展開される実務面を主体に、法律上の概念である「文化財」を対象とすることが適当であると考えたのである¹⁷⁾。

文化財と文化遺産が一致するかどうかについての議論に対して、筆者は特に日本で、文化財が文化遺産の概念と同等であるという立場を支持する。なぜなら、「財」または「遺産」という言葉のどちらを使用するかにかかわらず、その目的の核心は世代を超えて伝承される遺産を保護し、人類の物質文明と精神文明を後世に伝えることにあるからである。ユネスコの条約からは、表現の変化を見出すことができるものの、その核心理念と主旨は変わっていない。日本は1950年に「文化財保護法」が制定されており、また法律上及び学界で「文化財」という用語が使われているため、文化財の概念は文化遺産と同等とみなすことができると考える。

しかし、国際法のレベルでは、前述のように、国際社会の認識が「文化財」から「文化遺産」へ移行した。日本と対照的に、中国は1982年の文物(cultural relics)保護法を制定したが、1985年に世界遺産条約に加入し、国際社会と一致性を目指すため、その後「文物」から「文化遺産」への移行を推進した。2005年12月には国務院から「文化遺産保護強化に関する通達」¹⁸⁾が出され、数十年の「文物」の代わりに、初めて国家文書で「文化遺産」の用語が用いられる。2011年には「中華人民共和国非物質文化遺産法」が制定され、施行された。ヨーロッパでは、オランダも、2016年にこれまで個別に存在していた文化遺産に係る法律¹⁹⁾を統合し、美術

17) 同上) 16頁。

18) 国務院关于加强文化遺産保護的通知(国発(二〇〇五)四二号)。

19) Regulations on Material Management of Museum Objects (博物館所蔵品の物質的管理に関する規則)、National Museum Services (Privatization) Act (国立博物館民有化法)、Monuments and Historic Buildings Act (記念物歴史的建造物法)、Heritage Preservation Act (遺産保存法)、UNESCO Convention on Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (Implementation) Act (ユネスコ条約履行法)、Cultural Property Originating from Occupied Territory (Return) Act (占領地に由来する文化財返還法)など。

館・博物館およびその所蔵品、記念物、考古学遺跡がカバーされる「遺産法 (Heritage Act)」を制定した。

(四) 国際刑法における用語法

前述したように、筆者は、日本においては学術上「文化財」という表現を使用することが多いことから、基本的に「文化財」と「文化遺産」は同一の意味を持つとみなしている。修士論文においても、日本の学術伝統を尊重し、「文化財」の用語を使用している。しかし、国際法上の意識の変遷に鑑みると、「文化財」と「文化遺産」を同一視することは、実際に文化遺産に対する犯罪が伝統的な財産犯罪の範囲内に留まっている表れであるように思われる。特に、無形文化遺産の保護は新たな法的意識が必要なため、「財産」ではなく、「遺産」の性質が表れる用語を使うのが妥当であると考えられる。文化遺産は目に見える「物」だけでなく、ある民族または集団の歴史と記憶であり、その集団の存在の証拠であり、文化的アイデンティティの一形態として存在している。特定の極めて重要な文化遺産は、言語、宗教的信念、伝統的な慣習など、ある民族の存続に不可欠な条件となるかもしれない²⁰⁾。

以上のことから、現在の国際社会では、次第に「文化財」から「文化遺産」へとシフトしており、各国がユネスコ及び他の国際機関および裁判所と解釈を一致させようとする傾向が見られる。現行国際刑法の基礎としてのローマ規程も、前文の第一文において「この規程の締約国は、すべての人民が共通のきずなで結ばれており、その文化が共有された遺産によって継ぎ合わされていることを意識し…次のとおり協定した」²¹⁾との旨を述べ、「遺産」の用語を使った。そして、国際刑事裁判所の検察局が2021年6月に公布した「文化遺産に関する方針 (Policy on Cultural Heritage)」も、「文化遺産」の語を使用した。ローマ規程のコアクライムの正文においては「文化遺産」の法的用語はまだないが、国際刑事裁判所が文化遺産を重

20) 劉珊「破壊文化遺産行為納入危害人類罪の法理基礎与实践」齊魯師範学院学報、第36巻2号(2021年)74頁。

21) Preamble: Rome Statute of the International Criminal Court.

視する意図及びこの概念のシフトに対する認識が見られる。以上により、「文化財」と「文化遺産」を混同して使用することは国際上の先行研究と齟齬が生じるため、本稿と今後の研究では、「文化財」ではなく「文化遺産」の用語を使用することとする。

三 文化遺産破壊について

(一) 文化遺産破壊に関する国際法規制の変遷

人類社会の黎明期には、武力紛争における文化遺産の破壊や略奪は法律上禁止されておらず、道徳的に非難されることもなく、時には戦争における勝利の象徴とさえ見なされていた。しかし、人類の文明意識の向上に伴い、戦時中の教会財産や宗教施設の保護が強く求められるようになり、寺院、彫像、その他の神聖な物の破壊は許されなくなった。

世界各国の、武力紛争における文化遺産保護に対する法的規定は、19世紀後半から存在している。例えば、1863年アメリカの「リーバー戦時法典」においては、慈善機構、コレクション、そして芸術作品等の特別な役割が明確に認識されており、この「公共財産」を他の公共財産と区別あるいは保護する必要があると主張された²²⁾。このような文化遺産保護に関する規則はあくまで国内法であり、国際法の効力を持っていないが、これらは文化遺産に関する国際法上の条約の出現を触発した。その後、国際社会では、文化遺産の保護に関する国際文書と条約の作成も始まった。1907年に第2回万国平和会議において採択された、「陸戦ノ法規慣例ニ関スル条約」(ハーグ第4条約)の付属書としての「陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則」は、世界で最初の文化遺産保護に関する国際条約である。本規則第27条は、「歴史上ノ記念建造物」が「軍事上ノ目的ニ使用セラレサル限、之ヲシテ成ルヘク損害ヲ免レシムル為、必要ナル一切ノ手段ヲ執ルヘキモノ」としている。同様の規定は、同会議で採択された「戦時海軍砲撃条

22) 胡玉婷・前掲注8) 10頁。

約」(ハーグ第9条約)の第5条にも盛り込まれている。これらの規定は、戦時に文化遺産を打ち壊すことを禁止し、文化遺産の略奪ができないという原則を確立し、「歴史上ノ記念建造物」が民用物のなかでも特別な保護に値するものであることを宣言した点で画期的なものであった²³⁾。その後、ハーグ諸条約の内容も国際慣習法の一部となり、非締約国に対しても拘束力を持つに至った。

第二次世界大戦によって引き起こされた文化遺産の大規模な破壊は、国際社会における、文化遺産保護に関する既存の法的規制の不足が深刻であることを明らかにした。連合国は、1943年1月5日に、掠奪を非難する「敵国の占領地域における掠奪行為に対する連合国宣言」を採択した²⁴⁾。1938年に国際博物館事務局(International Museums Office)が作成した「戦時における歴史建造物および芸術作品の保護に関する条約仮草案」を原型として、戦後の1954年に、ユネスコの主導によって先述の「武力紛争文化財保護条約」が採択された。この条約は現在、武力紛争の際の文化遺産保護の問題を考えるうえで根幹となる条約である。また、1977年国連人道法外交会議で採択されたジュネーヴ諸条約第一追加議定書の第85条4項(d)が、文化遺産の破壊行為を戦争犯罪たる重大な違反行為と明示的にみなしている。

国際社会は文化財の重要性を認識しており、一連の文化遺産に関する国際条約を採択した。これらの国際条約の締約国も、条約で定める国内立法の義務をめぐり、国際条約の国内化を行っていた。以下は日本と中国、ドイツを例として、文化遺産に係る条約の国内立法を紹介する。

(二) 国際条約の国内法化

1 日本の場合

日本の文化遺産保護に関する現行の法制度は、各種の文化財に関する国宝保存法(昭和4年)、史蹟名勝天然記念物保存法(大正8年)及び重要美

23) 佐藤義明「武力紛争における文化財の保護」成蹊法学第85号(2016年)83頁。

24) 同上)85頁。

術品等ノ保存ニ関スル法律（昭和8年）を統合して、昭和25年に制定された文化財保護法を基礎として運用されている²⁵⁾。制定当初の文化財保護法は、これまでの法令を統合するとともに新たな保護対象に無形文化財と埋蔵文化財を加え、「有形文化財」、「無形文化財」及び「史蹟名勝天然記念物」の3類型²⁶⁾の文化遺産に関する統一の法体系を構成するものである。その後、数次の改正を経て、「民俗文化財」が単独的な類型として「有形文化財」から分離され、伝統的建造物群保護制度を創設し、「文化的景観」が新たな保護の対象となり、現在の文化財保護制度を形成してきた。

その上で、日本においても、前述した文化遺産に関する国際条約について対応がなされた。日本は、1952年に武力攻撃事態において適用されるジュネーヴ諸条約に加入したものの²⁷⁾、50年以上、条約上の義務の履行を担保するための国内法整備が放置され、条約に対する重大な違反行為（戦争犯罪）の一部については、一部の犯罪類型を定め刑罰を科すこととしている「国際人道法の重大な違反行為の処罰に関する法律」（平成16年6月18日公布）が、2004年になってようやく制定されることとなった。この法律の第3条は、ジュネーヴ諸条約第一追加議定書に規定している文化遺産破壊行為が「重要な文化財を破壊する罪」として日本国内法で処罰されることとしている。この条文により、ジュネーヴ諸条約第一追加議定書に規定する事態または武力紛争において、正当な理由がないのに、戦闘行為として、歴史的記念物、芸術品又は礼拝所のうち、重要な文化財として政令で定めるものを破壊した者は、七年以下の懲役に処される。また、この法律の第7条は、本法の罪が日本刑法第4条の2の例に従うことと規定している。日本刑法第4条の2は国外犯についての規定であり、条約によ

25) 文化庁『文化財保護法50年史』（2001年）29頁。

26) 制定当初の時点では、加えられた「埋蔵たる文化財」は有形文化財の章の中に、別種の視点で捉えた類型にすぎなかった。また、「史跡名勝天然記念物」も、有形文化財のような指定対象となる文化財の類型及びその定義が法文上で明らかにしなかった。

27) 1977年採択されたジュネーヴ諸条約に関する2つの追加議定書は2004年に加入した。

り日本国外において犯したときであっても、罰すべきものとされているものを犯したすべての者に日本刑法を適用することになっている。すなわち、重要な文化財を破壊する罪に該当する行為が国外で自国民のみならず、外国人によって行われた場合でも、日本刑法が適用される。

その後、先述の武力紛争文化財保護条約、武力紛争の際の文化財保護議定書、および1999年にハーグで作成された武力紛争の際の文化財保護第二追加議定書の適確な実施を確保するために、2007年4月27日に「武力紛争の際の文化財の保護に関する法律」が公布された。この法律では、武力紛争下における①被占領地域から流出した文化財の輸入規制、②保護する文化財又はその輸送時等における識別のための特殊標章（ブルーシールド）の使用について定め、そして③戦闘行為や軍事目的に利用することにより文化財を損壊する等の行為および輸入された被占領地域流出文化財を損壊する等の行為などについて罰則を定めている²⁸⁾。武力紛争文化財保護条約第1条における文化財の定義により、この法律では対象となる国内の文化財を、条約第1条(a)のうち、重要文化財、重要有形民俗文化財、史跡名勝天然記念物（文化財保護法に規定するもの）と特定文化財（条約第1条(b)又は(c)のうち、文部科学大臣が指定するもの）と規定している。これを文化財保護法で規定する文化財と比べた場合、「動産又は不動産」としている点では狭く、博物館や図書館等が加わる点では広く定義している²⁹⁾。そして文化財破壊行為に対する罰則について、武力紛争事態に、正当な理由なく、特別保護文化財又は強化保護文化財である、及びそれでない国内文化財又は第二議定書締約国等文化財を損壊した者は、それぞれ7年以下と5年以下の懲役に処するとされている。また、強化保護文化財又はその周囲を戦闘行為又は戦闘行為を支援するための活動に利用し相手方の戦闘行為による損壊の危険を生じさせた者は、三年以下の懲役に処するとされている。国外犯に関して、この法律は2004年の国際人道法の重大な違反行

28) 林晋「武力紛争の際の文化財の保護に関する法律案——1954年ハーグ条約等の締結に伴う国内法の整備——」立法と調査第226号（2007年）36頁。

29) 第三四回国会衆議院文教委員会議録第六号（昭35年3月11日）9頁。

為の処罰に関する法律と同様に、日本刑法第4条の2に依拠する規定があるために、前記の罰則は違反行為を国外において行った場合にも適用される。

なお、この法律の第7条4項によると、これらの規定の罪に当たる行為が国際人道法の重大な違反行為の処罰に関する法律第3条の罪（特別保護文化財を損壊する行為、7年以下の懲役）に抵触するときには適用されないことも注目に値する。

2 中国の場合

中国は日本と同様に、ジュネーヴ諸条約とその議定書、武力紛争文化財保護条約とその第一、第二追加議定書に批准したが、数十年間条約上の義務の履行を担保するための国内法整備が放置され、今までそれに関する国内立法はなかった。すなわち、中国において国際人道法レベルの文化遺産破壊規制はないために、これらの行為が一般国内刑法と行政法のみで処理できると解されている。

日本の「統合型」モデルとは異なり、中国は文化遺産の法的規制が「分散型」の立法モデル³⁰⁾を採用している³¹⁾。文化遺産破壊について、文物保護法第64条は、故意又は過失に国家の貴重な文物を損壊する行為に対して刑事責任を追及することと規定している。中国刑法第324条により、国が保護する貴重な文物、国家重点文物保護機関または省級文物保護機関に指定された文物を故意に損壊した者は、3年以下の有期徒刑または刑事拘留に処し、併科または単独で罰金に処し、情状が重大な場合は、3年以上10年以下の有期徒刑に処し、併科または単独で罰金に処するとされている。故意に国家が保護する史跡を破壊した者は、重大な情状の下で、5年以下の有期徒刑または刑事拘留に処し、併科または罰金に処する。

30) 「文物保護法」、「文物保護実施条例」、「名勝風景区条例」、「万里の長城保護条例」、「歴史文化都市・町村保護条例」、「水中文化遺跡保護条例」、「大運河文化遺産保護管理法」など法規がある。

31) 趙珊珊「文化遺産的法律保護：中日比較与本土選択」国外社会科学第6号（2018年）30頁。

しかし、中国刑法の規定は、一般的文化遺産破壊行為のみに対応し、武力紛争時の特別な規定がなく、国際人道法違反行為を正確に捉えることができず、ジュネーヴ諸条約と武力紛争文化財保護条約の国内法整備の義務も履行していないため、新たな国内立法が必要であると考えられる。

3 ドイツの場合

1992年に、ドイツは、批准した一連の武力紛争に関する国際条約に基づいて、ドイツ軍の行為を制約するための「武力紛争における国際人道法——マニュアル」を公布した。このマニュアルはドイツが締結した国際条約だけでなく、ドイツとその軍隊が負うべき国際条約や慣習法の義務についての解釈も提供している。

このマニュアルで注目に値するものは、テキスト第211段落に記載のある、国際的な武力紛争と非国際的な武力紛争を区別することの不要性である³²⁾。加えて、武力紛争中の文化財保護に関して、マニュアルの第9章には文化財の定義、文化財の一般的な及び特別な保護制度、文化財の不法輸送、文化財の特殊標章などの規定が含まれている。

まず、このマニュアルは「文化財」の定義について、武力紛争文化財保護条約第一条の一部と同じ文言を採用している。すなわち、「文化財」とは、出所または所有者のいかんを問わず、各人民にとってその文化遺産として極めて重要である動産または不動産である。また、文化財保護は、一般的保護と限定された文化財を収容する避難施設、記念工作物集中地区、他の特に重要な不動産に対する特別な保護を分けるという武力紛争文化財保護条約の二層の仕組みを踏襲している。

さらに2002年、ドイツは、ICC規程の発効に合わせて、国内法整備の一環として「国際刑法典」を制定し、公布した。この法典の第11条1項(2)は、ICC規程に照らして、「民用物、とりわけ、宗教、教育、芸術、科

32) 原文は、「ドイツと同盟国の軍人は、いかなる武装紛争の状況においても、国際人道法の規則を遵守する義務がある」ものである。See *Humanitarian Law in Armed Conflicts -Manual-* (1992), para. 211.

学若しくは慈善のために供される建物、歴史的建造物……が国際人道法によってそれ自体として保護されている限り、それに向けて、軍事的な手段を用いて攻撃した者」³³⁾ が禁止された戦闘方法の使用による戦争犯罪を構成するとしている。

前述したマニュアルと国際刑法典の存在が、ドイツの武力紛争中の文化財保護制度を構成する。マニュアルがドイツ自国の軍人だけではなく、加盟国の軍人にも人道法を遵守する要求をし、及び国際刑法典が集団殺害罪、人道に対する犯罪、戦争犯罪について、世界主義を採用し、つまり外国で行われ、または自国と関連性を有しない場合であっても適用できることにつき、文化財保護を含む人道法の管轄範囲がドイツで拡充された。

四 現行国際刑事法における文化遺産破壊に関する規制

国際刑事法の分野において、文化遺産破壊を規制する最初の国際刑事司法の実行は、第二次世界大戦後のニュルンベルク裁判であった。「ニュルンベルク国際軍事裁判所条例（憲章）」第6条によれば、非軍事目的による公私財産の掠奪は、戦争犯罪の範疇に属する。また、実際の裁判において、ニュルンベルク国際軍事裁判所の判決では、ナチス・ドイツによる文化遺産に対する破壊行為は、戦争罪のみならず、人道に対する罪にも該当すると認められた³⁴⁾。その後の旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所（the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia、以下、ICTY）規程第3条(d)も「宗教、慈善及び教育並びに芸術及び学術の用に供する施設、歴史上の記念建造物ならびに芸術上及び学術上の作品を押収し、破壊し又は故意の損傷をすること」を戦争犯罪と規定した。ICTYはこの規定を複数の事件で適用して判決を下した。例えば、ストルガー事件において、

33) フィリップ・オステン、久保田隆「ドイツ国際刑法典全訳（関連規定含む：二〇一七年一月一日現在）」法学研究90巻4号（2017年）44-45頁

34) Roger O'Keefe, *Protection of Cultural Property Under International Criminal Law*, 11 Melbourne Journal of International Law, Vol11, (2010). p. 380.

ICTY 上訴裁判部は、セルビア系勢力の兵士によるクロアチアのドゥブロヴニク旧市街の破壊を防止する義務の履行を怠ったことを1つの理由として、上官たるストルガーについて禁錮8年の有罪判決を下した³⁵⁾。1998年に採択された「国際刑事裁判所（ICC）に関するローマ規程」（以下、「規程」）も、第8条2項において、歴史的建造物などに対する故意の攻撃を戦争犯罪の1つとして挙げ（国際的な武力紛争の場合については(b) (ix)；国際的性質を有しない武力紛争の場合については(e) (iv)）、それらの行為についてICCの管轄権を設定している。その具体的展開・適用事例は以下で述べる。

国際刑事法上、文化遺産に関する犯罪は、主に戦争犯罪と人道に対する犯罪の範囲内に規定されている³⁶⁾。前者は、文化財を対象とする行為を明示的に犯罪化することによって「直接的な保護」を提供するが、後者は「間接的な保護」のみを提供し、これまで、文化遺産に明示的に言及する犯罪類型を設けなかった³⁷⁾。もう一つのアプローチは、文化財の破壊をジェノサイドの一つの指標として認識するとする立場³⁸⁾であるが、その行為自体はジェノサイド条約または国際法廷の規程に基づく犯罪の定義に該当しないといえる。

以下では、まず文化財破壊に係るICCの3つ判例をめぐる、戦争犯罪の関連条文の解釈及び争点について説明する。さらに人道に対する犯罪の枠内で、現在までの文化遺産破壊に関する国際裁判の処理及び可能となるアプローチを紹介する。最終的に、文化遺産破壊を単独的な人道に対す

35) ICTY: *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Judgment of July 17, 2008, IT-01-42-A, para. 279.

36) O'Keefe, *supra* note 34, p. 339.

37) Gottlieb, *supra* note 7, p. 291.

38) ICTY: *Prosecutor v. Krstic, Judgement*, Case No. IT-98-33-T (2 August 2001), para. 580. 裁判部は、物理的または生物学的な破壊が発生する場合、被害を受ける集団の文化的および宗教的財産や象徴に対する同時攻撃が多いことを指摘している。これらの攻撃は、その集団を壊滅させる意図の証拠として正当に見なされるとしている。そのため、集団のメンバーが所有するモスクや住宅の意図的な破壊を、集団を破壊する意図の証拠として考慮される可能性がある。

る犯罪として認定する見解を導入し、新たな罪名の必要性和可能性を検討する。

(一) 戦争犯罪としての文化遺産破壊——ICC 規程 8 条 2 項(e)
(iv) に対する解釈

1 Al Mahdi 事件

本事件はアフリカのマリ共和国の自己付託をした事態から生じた事件である。1988 年、マリのトンブクトゥ（主に 3 つのモスクと 16 の墓と霊廟を含む）は、ユネスコ（国際連合教育科学文化機関、UNESCO）の世界遺産に登録された³⁹⁾。その後、トンブクトゥは 1990 年から 2005 年までの期間および 2012 年から現在までの期間、危機遺産リストに登録されている⁴⁰⁾。

2012 年 4 月、本件の被告人である Al Mahdi は、イスラム過激派「アンサル・ディーン（Ansar Dine）」に加わり⁴¹⁾、その一員として、トンブクトゥの北部の宗教建築や歴史記念物の破壊を指示した。2012 年 7 月 13 日、マリの法務大臣は、マリには被疑者を訴追する能力がないとして、ICC 検察官に、2012 年 1 月以降マリ北部で行われた規程第 7 条の人道に対する犯罪と第 8 条の戦争犯罪の容疑について事態を付託した⁴²⁾。

2013 年 1 月 16 日の捜査開始の決定のための報告書において、検察官は、人道に対する犯罪の文言上の要件、すなわち「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」という要件が満たされないと判断し、人道に対する犯罪については捜査を開始する合理的な基礎がこの時点では存在しないと結論づけ、戦争犯罪の嫌疑についてのみ捜査開始

39) この登録は世界遺産基準 ii、iv、v に基づいた。

40) 竹村仁美「国際刑事裁判所において初めて有罪の自認についての公判手続が実施され、世界遺産の破壊行為につき戦争犯罪の成立を認めた事例：The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi（2016 年 9 月 27 日国際刑事裁判所第一審裁判部判決及び刑事の言渡し）」一橋法学第 16 巻 2 号（2017 年）203 頁。

41) ICC : Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Judgement and Sentence, ICC-01/12-01/15-171 (27 September 2016), para. 9.

42) Referral Letter by the Government of Mali (13 July 2012).

を決定した⁴³⁾。その後2013年4月25日、国連安保理は決議2100号において、「マリにおける文化的及び歴史的遺産を含むあらゆる人権侵害と国際人道法の侵害を強く非難し」た⁴⁴⁾。そして2015年12月17日、検察官はAl Mahdiに対して、2012年6月30日から7月11日にかけて、トンブクトゥに所在した宗教のために供される建物及び歴史的建造物10棟（霊廟9基とシディヤヤ・モスクの扉）を故意に直接的に攻撃した⁴⁵⁾として起訴に関する書類を提出した。訴因は非国際的武力紛争における宗教的・歴史的建造物に対する故意の攻撃の罪（規程第8条2項(e)(iv)）のみであった⁴⁶⁾。

2016年2月18日には、検察官と弁護側が「有罪の自認」に関連する合意（ICC規程において定められている独自のplea agreement）に達した⁴⁷⁾。2016年9月27日、第一審裁判部第八法廷により、有罪判決及び量刑決定が下され、Al Mahdiは禁錮9年の刑に処せられた。被告人は上記の司法取引で、刑期が9年から11年までであれば上訴しないことに予め同意していた。

本件においては、被告人が規程第64条8項に基づき有罪を自認したものの、問題となった文化財の破壊は、武装組織アンサル・ディーンがトンブクトゥを占拠中に、すなわち敵対行為外において行われたため、当該行為は第8条2項(e)(iv)上の「攻撃」に当たるかが注目されることとなった⁴⁸⁾。規程第8条における「攻撃」は、第7条の人道に対する犯罪の「攻撃」とは異なる⁴⁹⁾。第7条における「攻撃」とは、第7条1項に列挙された行為のことを指すもの⁵⁰⁾と理解されている。規程及び犯罪構成要件文書

43) 竹村仁美・前掲注40) 204頁。

44) UN Doc. S/RES/2100 (25 April 2013), p. 2.

45) Ibid para. 10.

46) Ibid para. 2.

47) Ibid para. 3.

48) マンスフィールド・デビッド宥雅「国際刑事裁判所における文化財破壊に係る判例の展開と規程の解釈」国際法研究第9号（2021年）164-165頁。

49) ローマ規程第7条における「人道に対する犯罪」に関連する「攻撃」は、民間人に対する組織的かつ広範な行為の一環として行われるものを指している。一方、第8条「戦争犯罪」で用いられる「攻撃」は、その適用範囲と文脈において異なる解釈がなされている。

50) 規程第7条1項が規定されている行為は殺人、絶滅させる行為、奴隷化す

は「攻撃」自体の概念を定義していないが、ジュネーヴ条約第一追加議定書第49条1項は「攻撃」を「攻勢としてであるか防御としてであるかを問わず、敵に対する暴力行為」と定義している⁵¹⁾。すなわち、「攻撃」の語を用いて定義される第8条における戦争犯罪に不可欠な要素は、「当該犯罪が敵対行為の最中に行われなければならない」というものである⁵²⁾。

ICCは、ジュネーヴ諸条約第一追加議定書53条(a)における「敵対行為(acts of hostility)」という概念を、規程第8条の文言の下で用いた。ジュネーヴ諸条約では、「人民の文化的または精神的遺産を構成する歴史的建造物、芸術品または礼拝所を対象とする敵対行為を行うこと」を禁止する規定は、文化遺産が武力紛争の一方当事者の支配下に置かれた後においても適用されると認められている。裁判所はそれを踏まえて、規程第8条2項(e)(iv)上の「攻撃」がジュネーヴ諸条約と同様に、敵対行為中に行われた行為に限られないと判断した。すなわち、物に対する「敵対行為」は、ICC規定第8条の文脈において用いられる「攻撃」よりも広い概念であるとした⁵³⁾。この判決において、裁判所はこのような解釈方法により、Al Mahdiの破壊行為をICC規程第8条の範囲内に包含した。

しかし、Al Mahdi事件で扱われたような文化遺産だけではなく、規程第8条2項(e)(iv)の保護対象は、「宗教、教育、芸術、科学又は慈善のために供される建物、歴史的建造物、病院及び傷病者の収容所」であると規定されている。それに対して、Al Mahdi事件第一審裁判部判決は、「宗教的、文化的、歴史的および同様の目標に与えられた特別な地位」に言及しており、同条内において宗教的、文化的および歴史的対象とそれ以外の対

ること、住民の追放又は強制移送、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、拷問、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、「迫害」、人の強制失踪、アパートメントヘイト犯罪などを指す。

51) 第8条「戦争犯罪」は主にジュネーヴ諸条約と確立された国際法の枠組みにおいて国際的な武力紛争の際に適用される法規及び慣例を踏まえて制定される。

52) マンスフィールド・デビッド宥雅・前掲注48) 163-164頁。

53) マンスフィールド・デビッド宥雅・前掲注48) 165頁。

象との間で「攻撃」の解釈が異なりうるのかという問題は判決文から明らかである。

2 Ntaganda 事件

(1) 第一審

コンゴ民主共和国の事態における Ntaganda に対する事件で、被告人は UPC/FPLC の兵士による①モングブワル病院からの医療器具の略奪、②サヨ衝撃後のサヨ教会内の要塞化につき、ローマ規程第 8 条 2 項(e) (iv) 上の犯罪を実行したかが争点となった⁵⁴⁾。

第一審裁判部は、まず Al Mahdi 事件の裁判部と同じ、ジュネーヴ条約第一追加議定書第 49 条 1 項により、「攻撃」を「攻勢としてであるか防御としてであるかを問わず、敵に対する暴力行為」と定義した。しかし裁判部は、8 条 2 項(e) (iv) は敵対行為の実際の進行中 (the actual conduct of hostilities) になされる犯罪のカテゴリーに属することを確認し、本件の病院における略奪行為及び教会に対する暴力行為は、実際の襲撃の後、すなわち敵対行為外にて行われたために、「攻撃」に当たらないと判断した⁵⁵⁾。一見すると、本件において裁判部の判断は前述の Al Mahdi 事件の判決と矛盾するようにも思える。

これについて、裁判部は次のような解釈を示している。

「戦争犯罪たる保護対象物に対する攻撃に関しての裁判所の判断は、特別な地位 (special status) を享有する文化財等が攻撃対象である場合における規程第 8 条 2 項(e) (iv) 上の「攻撃」に係るものではない。裁判部は、国際人道法における「文化遺産」の保護は、異なる規則に基づいていることに留意する。⁵⁶⁾」

54) ICC: Trial Chamber VI, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Judgement, ICC-01/04-02/06-2359, (8 July 2019), para. 1134-1148.

55) マンスフィールド・デビッド有雅・前掲注 48) 167 頁。

56) *supra* note 54 para. 1136.

すなわち、規程第8条2項(e)(iv)上の「攻撃」の射程には、2つの異なる層の保護が含まれる。換言すれば、一般的な保護対象物に対しては、敵対行為中の行為のみが「攻撃」に該当するものの、特別な地位がある文化遺産に対しては、より厚い保護が与えられ、敵対行為外の行為であっても、「攻撃」に該当するというものである⁵⁷⁾。そして裁判所は、本件の病院が文化的対象ではなく、サヨ教会も第8条2項(e)(iv)に基づき手厚い保護が与えられるべき程度に至らないことを認めている。

したがって、2019年7月8日、第一審裁判部は第8条2項(e)(iv)の犯罪は認定しないものの、他の5個の人道に対する犯罪及び13個の戦争犯罪につき、被告人を有罪とした。これに対し、被告人と検察官は同時に上訴した。本稿では、第8条(e)(iv)に関する上訴理由と裁判部意見のみを扱うこととする。

(2) 検察官申立て

第一審が終わった後、検察官はNtagandaの前述行為が規程第8条2項(e)(iv)を構成しないという判決に対して不服を申し立てた。本稿は文化的対象に対する破壊を注目するために、以下で主にサヨ教会に係る法的争いを検討する。検察官は規程第8条2項の「攻撃」について、裁判所の解釈より広い意味を持つべきであると主張し、自身の訴求を支持するために以下の理由を提出した。

まず、裁判所は文化的対象が特別な規則を適用する可能性を認識したものの⁵⁸⁾、「特別な地位」がある文化遺産に関してはより手厚い保護を享有する観点を持っている。この推論は誤りである。ローマ規程または確立された国際法の枠組みには、第8条第2項(e)(iv)の「攻撃」という用語について、「特別な地位 (special status)」の有無によって2つの定義を含んでいると考える根拠はない⁵⁹⁾。実際には、第8条2項(e)(iv)それ自体が特別な規定であり、それに係る対象は文民の対象あるいは敵対方の支配下

57) マンスフィールド・デビッド宥雅・前掲注48) 167頁。

58) *supra* note 54 para. 1136 (fn. 3147)

59) ICC: Office of the Prosecutor, *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Prosecution Appeal Brief, ICC-01/04-02/06, (8 October 2019), para. 19.

にある財産とは異なる。そのため、第8条2項(e)(iv)の「攻撃」という語は、「特別な意味 (special meaning)」を持つ必要があり、第8条の他の箇所、例えば第8条2項(e)(i)における意味とは異なるものは当然である⁶⁰⁾。

この「特別な意味」を証明するために、検察官はまず規程第8条2項(e)の冒頭における「確立された国際法の枠組み」という語に着目し、それは「本条文が国際人道法と完全に整合するために第8条の解釈を国際慣習法および条約法に訴えることを確保する」という規程の起草者の主張を示した⁶¹⁾。そして、検察官は規程第8条2項(e)(iv)が制定される礎となった文化財保護に関する国際条約の歴史を遡る。1907年のハーグ陸戦条約における27条と56条、1954年の武力紛争文化財保護条約、ジュネーヴ条約第一追加議定書の49条(1)と53条のいずれにおいても、敵対行為の実施時だけでなく、紛争当事者の占拠中においても、文化遺産に対する意図的な暴力行為から保護されている⁶²⁾。これにより、国際法における文化財破壊について、実際の敵対行為の中である、あるいは一方の当事者の支配下であることを区別する必要はないことが示されている。また、検察官も先例として同じアプローチを使ったAl Mahdi事件を援用し、「攻撃」を広義の意味で解釈すべきであると強調する。

さらに検察官は、「特別な地位」がある文化的対象だけが、「攻撃」という語についてより緩和的な解釈を取るべきだという第一審裁判部の判断を批判する。実際に、ローマ規程、犯罪構成要件文書、証拠手続規則、または裁判所規則のいずれにも、第8条2項(e)(iv)に適用される「特別な地位」に言及している箇所がない。また、裁判部はこの文脈で具体的にどのような文化的対象が「特別な地位」と認められるのかを説明していない。唯一確定できることは、裁判部が、サヨ教会にはその特別な地位がないとの見解を持っているということである⁶³⁾。検察官は前述の文化遺産保護に関する条約及び条文について検討し、「文化的対象」の判断基準は「重要

60) Ibid para. 19.

61) Ibid para. 24.

62) Ibid para. 31.

63) Ibid para. 65.

性」ではなく、それ自体の性質であると認める⁶⁴⁾。同様に、検察官も Al Mahdi 事件に係る 10 個の文化的対象（9 個は UNESCO 登録済、1 個は未登録）は判決で区別されないことに言及している。このうえで、現在の国際社会において、ある文化遺産がある程度の重要性を有するかどうかについて、明確な、そして公認を受ける基準はない。UNESCO 登録は、重大な価値があるすべての文化遺産を保護することを意図するのではなく、ただ国際的な観点から最も優れた文化遺産を厳選し、その保護を確保することを目的とした⁶⁵⁾。UNESCO 登録を文化財の重要性の判断基準としてみれば、これまでの文化財保護の条約やローマ規程の趣旨と目的、及び国際法の枠組みに合致しないということも考えられる。

上述の理由から、検察官は第 8 条(e)(iv) 自体が戦争犯罪における民物保護の特別法であると考えており、「攻撃」という用語は「特別な意味」を持ち、文化財としての「特別な地位」があるかどうかは関係ないという結論を下している。したがって裁判部は、本件の被告人による教会への破壊行為は同条の要件を満たし、犯罪行為となるべきであると主張する。

(3) 上訴審

上訴審裁判部は、多数決により検察官の上訴を棄却した。しかし、5 人の判事の間で検察側の主張に対する意見の相違が生じる。そのうち、Morrison 判事及び Hofmański 判事は第一審裁判部の規程第 8 条 2 項(e)(iv) の「攻撃」の解釈を支持し、Balungi Bossa 判事及び Eboe-Osuji 判事は第一審裁判部の解釈を誤りとしたが、同時に検察側の上訴理由も認容することはできないため、第一審裁判部の認定を破棄すべきでないとした。Ibáñez Carranza 判事は検察側の意見に同意し、第一審裁判部の認定を破棄すべきとしたが、本件（上記 2 件のみにおける被告人の無罪判決）では多数決により検察側の上訴を棄却した⁶⁶⁾。

64) Ibid para. 73.

65) UNESCO World Heritage: Operational Guidelines, para52.

66) 広見正行「国際刑事裁判所規程 8 条 2 項(e)(iv) いう「攻撃」の意味、間接共同正犯理論の妥当性、司法妨害の捜査に係る証拠開示——ンタガンダ事件上訴審判決」国際法研究第 10 号（2022 年）257 頁。

Ibáñez Carranza 判事の反対意見は検察官とほぼ同じであるため省略して、以下では主に他の 4 名の判事の見解を検討する。

① Morrison 判事及び Hofmański 判事の共同個別意見

2 名の判事は、検察の上訴理由に対して以下のような反論を行う。

まず、一般的に、規程の文言は、第 7 条 2 項(a)「文民たる住民に対する攻撃」のように特別の定義がない限り⁶⁷⁾、特にそれが同一の条文の中にある場合に、同一の意味を有するものと推定されるべきである。規程第 8 条の戦争犯罪は「攻撃」という用語を度々使うので、当該用語に同等の意味があることを仮定するのは当然である⁶⁸⁾。

また、検察が言及したように、「確立された国際法の枠組み」の下で条文を解釈するべきであるので、2 名の判事はさらに条文の起草歴史に関する国際条約を辿り、本条は「特別な意味」があるかどうかを確認している。この 2 名の判事は規定第 8 条 2 項(e) (iv) が 1907 年ハーグ陸戦条約第 27 条を基礎として起草されたことに同意するが⁶⁹⁾、一方で、同条約第 56 条はその基礎とはなっていないと考える。第 27 条は保護すべき物に対する「攻撃」を禁止し、第 56 条は「押収、破壊又は毀損」まで拡大される。規定起草時の歴史的背景により、ハーグ陸戦条約第 56 条は ICC の設立準備委員会の後続文書には記載されておらず⁷⁰⁾、また最終的に規程にも反映されていないため、8 条 2 項(e) (iv) の「攻撃」の意味は拡張できない⁷¹⁾。

2 名の判事も検察官も、ジュネーヴ条約第一及び第二追加議定書が「攻撃」という語を理解するための重要な文書であることに同意している。し

67) ローマ規程第 7 条 2 項(a)は「文民たる住民に対する攻撃」を特別な定義を下し、いわゆる攻撃を行う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同条 1 項に掲げる行為を多重的に行うことを含む一連の行為である。

68) ICC: *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Separate opinion of Judge Howard Morrison and Judge Piotr Hofmański on the Prosecutor's appeal, ICC-01/04-02/06 A A2, (8 October 2019), para. 11.

69) Ibid para. 13-20.

70) Ibid para. 21-23.

71) Ibid para. 23.

かし、Morrison判事及びHofmański判事は追加議定書が「攻撃」と「敵対行為」を区別することに注意している。例えば、第一追加議定書第12条1項と第二追加議定書第11条1項の規定によれば、医療組織は「常に尊重され、かつ、保護されるものとし、攻撃の対象としてはならない」とされている。同様に、第一追加議定書第52条1項によれば、「民用物は攻撃又は復讐の対象としてはならない」とされている。しかし、同議定書第53条(a)は、「国民の文化的又は精神的遺産を構成する歴史的建造物、芸術品又は礼拝所を対象とする敵対行為を禁止する」ことを規定している⁷²⁾。すなわち、第一及び第二追加議定書は「攻撃」と「敵対行為」を区別し、後者の概念は「攻撃」より広く、紛争の一方当事者の支配下にある物の破壊も含まれ⁷³⁾、第一追加議定書では「敵対行為」ではなく「攻撃」の語を選択したことで、「攻撃」に狭義の意味を用いるというような起草者の意図を示している⁷⁴⁾。

最終的に、Morrison判事及びHofmański判事は規程22条2項を厳格解釈する原則に言及し⁷⁵⁾、裁判所の判断が曖昧な場合には、被告人に有利な解釈を取る立場を強調する。

② Balungi Bossa判事の個別意見及びEboe-Osuji判事の一部同意意見

まず、2名の判事は第一審裁判部の「攻撃」に関する解釈を誤りとした。ローマ規程の中心となる目的は、前文に書いている通り、「国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪の加害者の免責を終結する」⁷⁶⁾ ことである。人道に対する犯罪と戦争犯罪の「攻撃」を意図的に区別するならば、不処罰を終わらせるという目的を達成することは困難となる⁷⁷⁾。その上、ICTYクナラツ事件が判示するように、戦争の法規の違反は、実際に戦闘

72) Ibid para. 30.

73) Ibid para. 31.

74) 広見正行・前掲注66) 258頁。

75) *supra* note 68, para. 41.

76) Rome Statute of the International Criminal Court, Preamble.

77) ICC: *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Partly concurring opinion of Judge Eboe-Osuji, ICC-01/04-02/06 A A2, (8 October 2019), para. 120.

が生じた時点及び場所で生じうる⁷⁸⁾。本件において、UPC/FPLCの兵士は特定の地域の支配権を取るために重火器による襲撃を開始し、支配が確立された後に「掃討作戦」と称えた生存者に対する攻撃及び殺害、病院、教会及び他の民用物の略奪又は破壊等を行った。襲撃と掃討作戦は分割されるべきでない。そのため、第一審裁判部の「攻撃」に対する解釈は狭すぎると考えられる。

しかしながら、検察官が上訴した2件について、Balungi Bossa判事及びEboe-Osuji判事は、8条2項(e)(iv)ではなく、同条(e)(xii)(敵対する紛争当事者の財産を破壊し、又は押収すること。ただし、紛争の必要性から絶対的にその破壊又は押収を必要とする場合は、この限りでない)の下で起訴すべきである⁷⁹⁾とし、第一審裁判部の認定を破棄することを否認した。

3 Al Hassan事件

前述したマリの事態について、2018年3月27日にICCは、Al Mahdiと同様に「アンサル・ディーン (Ansar Dine)」のメンバー、それに加えてイスラム警察の事実上のリーダーとされていたAl Hassan に対し、逮捕状を発行した。そして2024年6月26日に、第一審裁判部第十法廷は、Al Hassanが2012年4月2日から2013年1月29日までの間にマリ北部トンブクトゥにて行った戦争犯罪および人道に対する罪に関する起訴の一部において有罪であるとの判決を下した。

ICC検察官の起訴状において、Al Hassanは、トンブクトゥの住民に対して彼らの宗教的見解を押し付ける目的で、いくつかの霊廟やシディ・ヤヒア・モスク (Sidi Yahia mosque) の扉を攻撃し、破壊した行為が、第8条2項(e)(iv)に対する違反であるとして起訴されている⁸⁰⁾。検察局の調査によると、Al Hassanは実際に、破壊場所の安全性を確保し、警察の破

78) Ibid para. 131.

79) Ibid para. 136. See also Separate opinion of Judge Balungi Bossa on the Prosecutor's appeal para. 15.

80) Office of the prosecutor: Public redacted version of "Second corrigendum to the 'Prosecution clothing brief'", 17 April 2023, ICC-01/12-01/18, para. 440.

壊行動の支援を指示し、破壊行為に参加した者たちを奨励するなど行為⁸¹⁾を行ったとされる。ICC予審裁判部は、2012年6月30日から7月11日の間に、トンブクトゥおよび同地域においてアンサル・ディーンおよびAQIMのメンバーが非国際的な武力紛争の一環で、所在地の霊廟の破壊を行ったことを確認しており⁸²⁾、それはローマ規程第8条第2項(e)(iv)に基づく「宗教……に供される建物、歴史的建造物を故意に攻撃すること」として戦争犯罪を構成するものであるとした⁸³⁾。

しかし、2024年6月26日、ICC予審裁判部第十法廷はAl Hassanに対し、戦争犯罪および人道に対する罪のいくつかの罪状について有罪判決を下したものの、ローマ規程第8条2項(e)(iv)に対する違反としての訴因7については無罪であると決定した⁸⁴⁾。裁判部は、Al Hassanの行為と霊廟の破壊との関連性が必要な基準を満たしていないため⁸⁵⁾、規程第8条第2項(e)(iv)に基づく保護対象物への攻撃の戦争犯罪には適用できないと認定したのである。

Al Hassanの自供によると、彼は霊廟がトンブクトゥの住民にとって歴史的に重要であり、礼拝の場所であることを知っていた。また、霊廟の計画的な破壊を、それが実行される前に知っており、その破壊の理由も理解し、数ヶ月後にAl Mahdiと霊廟の破壊について振り返った際、彼は「これに対して賛同し、一つの成果であると考える」と述べている⁸⁶⁾。さらに検察局は、次のような証拠も提示した。すなわち、Al HassanとAl Mahdiが破壊活動の前後および期間中に頻繁に連絡を取り合っていたこと⁸⁷⁾、Al

81) Ibid, para459.

82) Pre-Trial Chamber I :Corrected Version of “Decision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud” (public version), 13 November 2019, ICC-01/12-01/18, para. 531.

83) Ibid, para. 532.

84) ICC: *The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mohamed*, Judgement, 26 June 2024, ICC-01/12-01/18, para. 1181.

85) Ibid, para. 1181.

86) Ibid, para. 1050. See also Mr Al Hassan’s statement MLI-OTP-0062-0969.

87) Ibid, para. 1051.

Hassan が Djingareyber モスクの最後の破壊現場で Al Mahdi および Talha⁸⁸⁾ に「挨拶」を送ったこと⁸⁹⁾、彼の指揮下にあるイスラム警察がバリケードを設置し、墓の破壊活動に関与していたこと⁹⁰⁾などである。裁判所は提出した証拠を承認しているものの、これらの証拠と Al Hassan が保護対象の破壊行為に関与したこととの関連性については、依然として疑問を持っている。

まず、Al Hassan と Al Mahdi が特定の期間に破壊行動について話し合った可能性はあるものの、さらなる証拠がない限り、裁判所は電話連絡がその唯一の合理的な推論であるとは結論できないとされた。そして、Al Hassan が携帯電話を独占していなかったことで、その携帯電話が他の警察の使用に回されたことを考慮すると、裁判所は彼がこの期間中すべての通話に対応したと結論することもできない。したがって裁判所は、2012 年 6 月および 7 月の電話連絡の頻度の増加だけで、Al Hassan が霊廟の破壊に関与したという決定的な結論を導くことはできないと判断している⁹¹⁾。また、「挨拶」することは Al Hassan が破壊行動を知っていたことだけを証明するが、Al Hassan にはこれらの個人 (Al Mahdi と Talha) に対する権限が欠けており、裁判所は現有の証拠に基づいて、彼が彼らの行為を承認したり、破壊を続行することを道徳的に奨励したりしたと結論付けることはできない⁹²⁾。さらに、裁判所は、Al Hassan が都市の治安維持、パトロール、警察隊員の任務指示といった一般的な役割を担っていたことから、彼が墓陵の破壊に関連する安全管理を担当していたと推定することもできない⁹³⁾。

Al Mahdi 事件と対比すると、Al Mahdi は彼が Ansar Dine の指導層にお

88) Talha は AQIM で高位に位置する人物の一人であり、トンブクトゥが陥落した際にイスラム警察の責任者の一人として、地元のモスクや霊廟の解体・破壊行為にも関与していた。

89) *supra* note 84, para. 1044.

90) *Ibid.*, para. 1048-1049.

91) *Ibid.*, para. 1051.

92) *Ibid.*, para. 1054.

93) *Ibid.*, para. 1053.

いて果たした役割や、宗教建築や歴史記念物に対する攻撃を決定した実効的な判断、攻撃前に行った説教、破壊される建物の順序を選定したこと、そして攻撃における関係者間の調整を行ったことにより、規程第25条第3項(a)の規定（「単独で、他の者と共同して、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」）に該当する個人責任が認定されている。しかし、Al Hassanは保護対象に対する破壊行動の直接的な指導者ではないため、規程第8条2項(e)(iv)についての個人責任が第25条3項(d)の下で追及される。裁判所は「共通の目的をもって行動する人の集団による既遂または未遂となる当該犯罪の実行に対し、その他の方法で寄与すること」⁹⁴⁾により、Al Hassanの刑事責任を検討している。

最終的に、裁判所は既存の証拠がAl Hassanの寄与を証明できないため、第8条2項(e)(iv)に該当する行為に無罪判決を下した。現在正式な上訴はなされていないが、検察局の上訴申立通知により、この条文について裁判所の判断を上訴する意思はないこととなっている⁹⁵⁾。

4 小 括

以上のAl MahdiとNtagandaの判例を見れば、規程8条2項(e)(iv)について、Al Mahdi事件の判決においては文化財が「特別な地位」にあり、文化遺産に対する攻撃行為が敵対行為中あるいは敵対行為外に実行されたという区別は不要であることが主張された。文化遺産とそれ以外の物を区別し、物に対する「敵対行為」の概念を巡り、文化遺産破壊行為を同条の「攻撃」の範囲に含めさせる。Ntaganda事件の第一審判決は「特別な地位」がある文化遺産だけがより厚い保護を享有すると認められ、サヨ教会のようなそれほど重要ではない文化遺産に対しては、敵対行為中又は敵対行為外の区別は必要であると考えられた。Ntaganda事件の検察官は基本的に

94) Rome Statute Article 25 3(d).

95) Office of the Prosecutor : Prosecution Notice of Appeal, 18 September 2024, ICC-01/12-01/18-2649.

Al Mahdi 事件判決に同意し、さらに、同条の文化遺産以外の物も文化遺産と同様の地位があること、いわゆる 8 条 2 項 (e) (iv) 自体が「特別な意味」を持てることを主張し、「宗教、教育、芸術、科学又は慈善のために供される建物、歴史的建造物、病院及び傷病者の収容所」に対する「敵対行為」は「攻撃」にあたるとした。Ntaganda 事件上訴審の判事の中で、Morrison 判事及び Hofmański 判事は第一審を支持し、Ibáñez Carranza 判事は検察の意見を支持し、Balungi Bossa 判事と Eboe-Osuji 判事は実際に第一審の「攻撃」に対する解釈は狭すぎると主張するものの、検察の申し立てに対しては同意しない姿勢をとった。

私見としては、Ntaganda 事件の第一審判決により、「特別な地位」がある文化遺産とそうでない文化遺産を区別することは、明確で公平な基準がないために、解釈方法として普遍的に許容しかねると考える。検察官の意見に関しては、Morrison 判事と Hofmański 判事の主張した通り、規程起草者の意図を追究すれば、確かに同条で言及した全ての対象が 8 条 2 項 (e) (iv) における「特別な意味」がなく、他の条文の保護対象より高いレベルに位置しており、厳格解釈の原則にも合致しない。Al Mahdi 判決の立場は両者の間に位置付けられるが、8 条 2 項 (e) (iv) において、文化遺産だけが他の保護すべき対象より「特別な地位」があるとも言い難い。全ての解釈方法において、多くの欠点があるように思える。したがって、戦争犯罪ではなく、人道に対する犯罪の枠内で処理できるかどうかが重要な問題となる。

Al Hassan 事件において裁判所が注目した点は、前述した争点ではなかった。Al Mahdi 事件判決の前例の上で、Al Hassan が関与した保護対象の重要性については疑義がなく、「特別な地位」がある文化遺産とそうでない文化遺産を区別する必要がないとされた。また、文化遺産に対する攻撃行為が敵対行為中あるいは敵対行為外に実行された区別は不要であるという検察局の起訴意見 (Al Mahdi 事件で確立した) について、裁判所も異議を示さなかった⁹⁶⁾。しかし裁判所は、正犯ではなく、初めて共犯として規

96) 裁判所は事実認定に基づいてこの問題を直接扱っていないものの、審判の

程第25条3項(d)の下で第8条2項(e)(iv)が起訴されたため、判断に慎重な姿勢を示した。

現代の国際法では、集団犯罪に対する個人の責任を迫りながら、責任の帰属における公平性を確保するためのバランスが取られている。ニュルンベルク裁判では、「共謀」罪は広く適用され、暴行の計画や調整に関与した個人も起訴の対象となった。しかしながら、ニュルンベルク憲章の「共同謀議 (conspiracy)」条項は多くの論争を巻き起こし、犯罪の範囲と責任の適用に関する議論が続いている。ローマ規程第25条3項(d)では、より厳格なアプローチが取られ、「共謀」という言葉が完全に排除された。その代わりに、少なくとも「共通の目的 (common purpose)」に基づく集団犯罪の企図に対して「寄与 (contribution)」することが求められている⁹⁷⁾。すなわち、「共通目的」に対する認識や「寄与」の程度のいずれにおいても、より高い基準が必要である。検察局が上訴しない立場から見ても、既存の証拠は確かに Al Hassan の文化遺産に対する攻撃行為がその基準に達していることを証明するに足りず、ゆえに有罪判決を下すことはやはり難しいと思われる。

(二) 人道に対する犯罪としての文化遺産破壊

戦時に比べて、平時の文化遺産破壊に関する規制は停滞しているといえ

メンバーの一人である赤根判事は、その独立した意見の中でこの問題に対して意見を述べている。この脚注の一部は以下の通りである (第100段、脚注178) : 「いずれにせよ、私は規約第八条第2項(e)(iv)が「攻撃」の存在を要求していることに注目する。そして、規約第8条の文脈において、「攻撃」は「敵に対する暴力行為、攻撃であれ防御であれ」と定義されている (Katanga 裁判判決、第798段を参照)。Morrison 判事や Hofmański 判事が他の場所で指摘しているように、私はこの解釈が既存の国際法の枠組みおよび立法準備作業に合致していると考え……本件では、霊廟の破壊は敵対行動が行われている期間には発生していない。」すなわち、赤根判事は、これらの暴力行為が戦争犯罪における「攻撃」の定義には該当せず、それらが敵対行動の外で発生したためだと考えている。

97) Ambos, Kai. *Rome Statute of the International Criminal Court : article-by-article commentary*. Fourth edition., München, Germany, Beck, 2022, p. 1126.

る。国際法廷の規程や条約は、武力紛争における文化遺産の破壊行為に対する個人の責任を規定しているが、武力紛争以外の同様の行為を犯罪化する条約が極めて少ない。1970年の文化財不法輸出入禁止条約と2001年の水中文化財保護条約のみが、平時における文化遺産の破壊に言及している⁹⁸⁾。また、ローマ規程第8条によれば、戦時であれば、文化遺産は文民の財産として直接的な保護を受け、それに対する破壊や略奪について、戦争犯罪として刑事責任を問われうる。一方、平時における文化財に対する破壊については、戦争犯罪の要件を満たさないため、同条による規定から外れている。

しかし、国際慣習法上の人道に対する犯罪は、平時か戦時かにかかわらず、文化遺産破壊に関する犯罪行為を禁止している。従って、非武力紛争時の文化財破壊行為を法制度に組み込むためには、それを人道に対する犯罪として考えることが必要であり、そうすることで、この法的間隙を埋めて、直接的な法的保護を提供すれば、バーミヤン仏を破壊するような行為が罰せられない可能性を避けることができる⁹⁹⁾。以下では、現行国際刑事法体系における、文化財破壊を人道に対する犯罪に帰属させるためのいくつかの方法およびその欠点を概観する。

1 人道に対する犯罪の「迫害」としての文化遺産破壊

先述のとおり、IMT（ニュルンベルク国際軍事裁判所）による裁判では、第二次世界大戦におけるナチス・ドイツによる文化遺産に対する破壊について有罪と判断された。同判決によれば、ナチス・ドイツによる行為は戦争犯罪のみならず、人道に対する犯罪にも該当するとされている。この裁判では被告人の一人であるRosenbergが、ヨーロッパ諸国の公共および私有財産を組織的に奪っていた。彼が指導した「Einsatzstab Rosenberg」と呼ばれる組織は、主に美術館、図書館、民家を劫掠し、芸術品やコレクションを略奪した。これらの行為により、彼は戦争犯罪と人道に対する犯

98) Gottlieb, *supra* note 7, p. 294.

99) Ibid. p. 295.

罪を構成したと認められた¹⁰⁰⁾。他の例として、Julius Streicherのような事件もあり、被告はユダヤ人教会の破壊を指揮し、ユダヤ人に対する他の迫害行為に関与したため、人道に対する犯罪を犯したと判示された¹⁰¹⁾。しかしながら、ニュルンベルク裁判では、人道に対する罪がまだ初期段階にあり、この罪の合法性について国際社会全体において議論の余地がある状態であった。また、1954年成立の武力紛争中の文化財保護条約がまだ存在していなかったため、国際社会は文化遺産について明確な概念を持っておらず、芸術作品やコレクションなどの物は一般的な財産とは異なり、特別な保護が必要であるという程度の認識にとどまっていた。法廷の判決は、被告人が特定の文化的価値がある物品を破壊または略奪したために人道に対する罪を犯したという指摘は特にしていなかった。それは戦争で人類に対する迫害の一環として、他の行為と共にその罪を構成していたものであり、文化遺産を人道に対する犯罪と結びつけることは、ある種の「偶然的結果」であったと言える¹⁰²⁾。

文化遺産破壊を人道に対する犯罪とみなす司法的実行は特にICTY（旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所）の判例で認められた。宗教的建造物の破壊は、戦争犯罪として認識される一方、ICTY 規程第 5 条(h)（「政治的・人種的または宗教的理由に基づく迫害」のこと）にあたるとして、人道に対する犯罪における「迫害」にも該当するとされた¹⁰³⁾。Blaskic 事件では、裁判所は「迫害」を解釈する際、それが肉体的および精神的な害や個人の自由の侵害だけでなく、見かけ上はそれほど深刻ではない行為など、たとえば特定の集団に属する被害者の財産に対する行為も含まれるとさらに認識した¹⁰⁴⁾。また、Dario Kordic と Mario Cerkez 事件では、裁判所は宗教機関

100) Trial of the Major War Criminals before International Military Tribunal (October, 1946), p241-242.

101) Ibid p. 302.

102) 刘珊・前掲注20) 77 頁。

103) ICTY : *The Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez*, Judgment, Case No. IT-95-14/2-T (26 February 2001). para. 207.

104) *Prosecutor v. Blaskic*, IT-95-14-T, Judgment. 3 March 2000, p. 233.

の破壊と迫害の関係がさらに明確になった。宗教や文化の遺産、建造物への攻撃は、対象となる民族のアイデンティティを破壊することを意図している。このような差別の意図がある犯罪は、実際に特定の集団のアイデンティティへの攻撃に等しいものであり、つまり、人道に対する犯罪の「迫害」を構成する¹⁰⁵⁾。

ICCにおいては、未だに文化遺産に対する破壊を人道に対する犯罪における「迫害」とみなす判決が出されていない。ICTY 規程と比較してみれば、ICC 規程第 7 条(1)(h)における「迫害」の範囲は、ICTY 規程第 5 条(h)における「迫害」より幅広いといえる¹⁰⁶⁾ かもしれない。原則として、ICTY で訴追の根拠とされたような文化遺産に対する行為は、ローマ規程の下でも迫害と見なされる可能性が高いということが認められる¹⁰⁷⁾。しかし、ICC 規程において、「迫害」の行為は、人道に対する犯罪の他の（迫害以外の）類型、または（全く別の犯罪である）ジェノサイドまたは戦争犯罪に関連して行われたものでなければならないと定められている（一種の「関連性要件」）。そのゆえに、これまで、単独の「迫害」を訴因として訴追された先例がない。「迫害」には残酷で非人道的な行為が必然的に伴うために、實際上この要件は過度に厳しいものであってはならないと主張する見解もある¹⁰⁸⁾。しかしながら、この見解は殺人や拷問などの犯罪には該当し得るものの、文化遺産の破壊については説得力が欠けると考えられる。

また、「迫害」の場合には行為の対象（客体）が「特定の集団」に該当することが要件とされている。そのため、特定の集団に向けられた行為を意図する必要もある（いわゆる差別的意図）。「イコノクラスム」のような文化遺産に対する破壊の対象は文化財から発現された文化的価値という抽象的なものであるために、人道に対する犯罪における「迫害」による捕捉は

105) 刘珊・前掲注 20) 77 頁。

106) ICTY 規程の「迫害」が政治的、人種的及び宗教的理由に基づき、ICC 規程はこの上で、国民的、民族的、性に係る理由及び国際法の下で普遍的に許容されない理由も「迫害」の意図を該当されることになっている。

107) Gottlieb, *supra* note 7, p. 296.

108) Ibid p. 296.

妥当ではないといえる。

2 人道に対する犯罪の「その他の同様の行為」としての文化遺産破壊

文化遺産に対する破壊を、ICC規程第7条(1)(k)の下で、「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」とみなすという見解もある¹⁰⁹⁾。しかし、同項は、範囲及び概念上の不明確さにより、裁判所はアド・ホック的な解決を取らなければならないため、このような解釈は、罪刑法定主義の原則、厳格解釈の原則及び疑わしきは被告人の利益にといった原則に抵触するおそれがあるように思われる。また、同項が前項の補足的規定として位置付けられていることからすれば、その適用は本来慎重でなければならない、長期的にある特定の犯罪行為を同項で規制されることは妥当ではないといえる。

五 人道に対する犯罪における新罪名の設置—— 立法論の立場から文化遺産破壊を検討する

(一) 人道に対する犯罪の法典化

「人道」概念の成立を古代、中世の戦争法に部分的に登場する人道類似概念に求める見解もあるが、一般には、1868年のサンクト・ペテルブルク宣言において、炸裂弾・焼夷弾の使用を「人道の法に反する」として制限したことが起源であると考えられている¹¹⁰⁾。実定法においては、1907年のハーグ陸戦関連条約の前文中のいわゆるマルテンス条約が「人道の法」に言及している。1915年5月、仏英露のトルコ・アルメニア人虐殺に関する宣言が国際的文書において「人道に対する犯罪」という文言を初

109) Ibid p. 298.

110) 東澤靖「国際法委員会(ILC)における『人道に対する犯罪の防止及び処罰に関する条約草案』の作業状況と課題」明治学院大学法律科学研究所年報第三四巻(2018年)7頁。

めて用いた¹¹¹⁾。その後「人道に対する犯罪」は、ニュルンベルク法廷、旧ユーゴ法廷及びルワンダ法廷で国際犯罪の一つとして発展した。1998年のICC規程は、「人道に対する犯罪」を歴史上初めてその対象行為と要件を明記した法典化を行った。

ICC規程は人道に対する犯罪の法典化の終焉ではない。国家管轄権がICCの管轄権に原則として優先する補完性原則のために、人道に対する犯罪の個別条約を作成する努力が引続き行われている。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。ILCは、2017年に第1読会を終了し、全15条と付属文書からなる人道に対する犯罪に関する条文草案ならびにその注釈を採択した¹¹²⁾。そして、ILCは2019年に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、第2読会の終了後新たな注釈を付して国連総会に提出した¹¹³⁾。

これまでの草案内容においては、文化遺産破壊についての規制を規定する傾向が表れないものの、将来的に、文化遺産破壊を人道に対する犯罪の中に組み込むかどうか、及びその具体的な構成要件はどうなるのかといった問題めぐって議論の余地があると思われる。

(二) 人道に対する犯罪の下で新たな罪名を設ける必要性および可能性

まず、前述したように、現行の(ローマ規程に基づいた)国際刑事法制度において、主として文化遺産に対する破壊行為は戦争犯罪の枠内のみにおいて処罰される。しかし、犯罪行為が発生する前提である戦争犯罪中の定義における「攻撃」という語について、判事、検察官、また学者の間で解釈の相違がある。最も、平時に行われる文化遺産への攻撃には完全に対応

111) 竹村仁美「人道に対する犯罪の系譜」法律時報90巻10号(2018年)29頁。

112) 東澤靖「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——」明治学院大学法学研究第108巻(2020年)85頁。

113) 同上。

することができない旨が指摘されている。そのため、これらの法的間隙を解決する方策が望ましいといえる。

また、IMTとICTYの国際刑事法廷を回顧すると、文化遺産破壊と人権に対する侵害には関連性があり、文化遺産の破壊は人道に対する犯罪に該当しうる。この事実は、すでに国際文書と司法の実務においても確認されているといえる。これは、文化遺産の破壊を人道に対する犯罪と見なす今後の発展に一定の基盤を与える。

人道に対する犯罪の発展過程から見れば、その犯罪を設立する最も重要な目的は、人類の基本的な人権を保護することである。1966年に国連によって採択された「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約（社会権規約）」第15条1項(a)は文化的な生活に参加する権利を基本的人権の一つとして確認されている。また、「市民的及び政治的権利に関する国際規約（自由権規約）」の第27条によると、ある民族その集団及び構成員が、自己の文化を享有し、自己の宗教を信仰しかつ実践し又は自己の言語を使用する権利を有している。同27条の射程はマイノリティである先住民族を中心としているように思われるが、実際に、自由権規約委員会は1994年の一般的意見23において、27条権利の享有主体は、マイノリティである先住民族に限定しない¹¹⁴⁾ 立場を表した。

文化遺産は目に見える「物」だけでなく、ある民族または集団の歴史と記憶であり、その集団の存在の証拠であり、文化的アイデンティティの一形態として存在している。特定の極めて重要な文化遺産は、言語、宗教的信念、伝統的な習慣など、ある民族の存続に不可欠な条件となるかもしれない¹¹⁵⁾。当然に、「物」に対する破壊は実際的な「人」への犯罪と同等ではない。しかし、人道に対する犯罪（crime against humanity）という用語は登場から人類（human）ではなく、人道（humanity）の概念を使うことから見ると、人の身体に対する侵害のみならず、精神への侵害を含む黙示が

114) General Comment No. 23, U. N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 1994, para. 5.2.

115) 刘珊・前掲注20) 74頁。

見られる。実際に、人類は、単なる人間の集合体だけでなく、各民族がそれぞれの特異性を有している。文化遺産は人々を結びつけ、国際社会の基盤として機能している¹¹⁶⁾のである。国連の特別報告者ギタ・サーガル (Gita Sahgal) が述べたように、「遺産とは人類そのものである」¹¹⁷⁾としている。ローマ規程前文においても、「この規程の締約国は、すべての人民が共通のきずなで結ばれており、その文化が共有された遺産によって継ぎ合わされていることを意識し……次のとおり協定した」¹¹⁸⁾と記載されている。

ここまで、「文化財」から「文化遺産」への移行と、文化的対象が「物」とする表徴を弱体化し、「人」を反映する本質を強調してきた。2003年に採択された「文化遺産の意図的破壊に関するユネスコ宣言」は特に、「文化遺産は文化的特性と社会の結束力の重要な構成要素であり、文化遺産の破壊は人の尊厳と人権を侵害するものであるとしている」¹¹⁹⁾と示している。そのため、文化遺産は全人類の精神と尊厳を表し、基本的人権の一側面であると思われる。ICCの検察局が2021年に公布した「文化遺産についての方針」においても、人権保護は文化遺産への保護と切り離せない関係にあり、検察局はそれを指導原則として文化遺産に関する事務を処理する旨を確認している¹²⁰⁾。

国際刑事裁判所の管轄権は、国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪——いわゆる4つの中核犯罪に限定されている¹²¹⁾。Al Mahdi事件において、ICCはトンブクトゥの住民、マリの国民、そして国際社会全体を被害者の範囲に含め、被告人に金銭的賠償と非金銭的賠償（謝罪等）の両方

116) Gottlieb, *supra* note 7, p. 304.

117) “Heritage is Humanity.” Rep. of the Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights, para. 48, U. N. Doc. A/HRC/31/59 (Feb. 3, 2016).

118) Preamble: Rome Statute of the International Criminal Court.

119) UNESCO General Conference 32nd session, *Draft UNESCO Declaration concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage* (2003), the preamble, para. 4.

120) The Office of the Prosecutor: Policy on Cultural Heritage, June 2021, para. 7.

121) See Rome Statute Article 5.

を負担させることを決定した。これにより、一般的な財産の破壊とは異なり、文化財破壊行為は所有者の財産権だけでなく、文化遺産に関連する人々や全人類の基本的な人権をも害することが示唆された。さらに、文化遺産破壊行為は世界の平和と安全に対する脅威になる可能性がある。国連安全保障理事会は、2017年の第2347号決議でこの点を確認し¹²²⁾、文化遺産破壊行為を非難した。したがって、文化遺産が基本的な人権の価値を内包すること、また、ある文化的共通性を持つ集団や普遍的な人類社会の象徴であることから見れば、それに対する破壊は、全人類共通の価値基盤を揺るがし、この重大さと悪質さは国際社会の平和と安全に対する脅威となりうることが認められる。以上より、文化遺産破壊行為は「最も深刻な犯罪」、すなわち中核犯罪を構成するものであるといえる。

さらに、国内刑法とは異なり、ローマ規程は各中核犯罪に対して具体的または最低限の刑期を規定していない。そのため、文化遺産への攻撃を人道に対する犯罪として扱うことで罪刑の均衡が崩れるという懸念を抱く必要はないと考えられる。

したがって、文化遺産の破壊行為を人道に対する犯罪に包含することは、現実的であり、人道に対する犯罪自体の保護法益や処罰対象とも矛盾しないと言える。

(三) 文化遺産破壊行為としての人道に対する犯罪の構成要件

ローマ規程において、人道に対する犯罪が成立するための第一の要件は、「広範または組織的な攻撃 (widespread or systematic attack)」である。規程が採択された際に、「広範」及び「組織的」という2つの要件は択一的 (alternative) な関係であるべきか、または累積的 (cumulative) な関係であるべきかについて意見の相違があった。最終的に択一的関係の意見が認められたが、実務上は通常、双方に該当している¹²³⁾。人道に対する犯罪は一

122) United Nations Security Council: Resolution 2347, S/RES/2347 (2017).

123) Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law* (2014), para. 897. 実務上で大量の目標を広範的に攻撃したことはある形式の計画又は組織に頼っている。

定のパターンに従う必要があるため、偶発的な孤立した行為¹²⁴⁾は人道に対する犯罪として罰せられない。また、「広範」という基準は数量的な要素を示しているが、攻撃の質も考慮すべきである¹²⁵⁾。

そして、「政策要素 (policy element)」も構成要件の一つとして、計画された、指示された、または組織された犯罪として広範な意味で解釈される¹²⁶⁾。政策要素の存在は、実際の事件、政治的な宣言や著作、公の発言やプロパガンダ、政治的または行政的な構造の存在¹²⁷⁾などから推察される。

主観的要件 (mens rea) については、ICC 規程の人道に対する犯罪は、行為者が文民への攻撃を認識した上で行動することを明確に要求している。すなわち、行為者は、(広範または組織的な) 文民に対し行う攻撃と、自身の行動がこの攻撃の一部であることを認識する必要がある¹²⁸⁾。ただし、行為者は国家または組織の計画や政策を詳細に認識する必要はない¹²⁹⁾。つまり、文化遺産破壊行為がその国家または組織の政策や計画の一部である場合、行為者はその政策や計画の「存在」を明確に理解している必要がある。攻撃行為が文化財破壊に関する一連の行為のみを含む場合、行為者はこの一連の行為の存在を明確に知っている必要があるが、攻撃の詳細な計画や政策の全ての内容を完全に理解している必要はない。また、文化遺産破壊について、対象 (保護された文化遺産) の地位 (少なくともそれが一定の歴史的または文化的価値を持つことを必要とする) への認識と、それを深刻に

124) Ibid para. 896.

125) Ibid para. 895. 極端的に悪い性質を持つ、又は重大な被害を引き起こす行為も「広範」に含まれる可能性がある。

126) Ibid para. 901.

127) Ibid para. 902. See also Blaškić ICTY, judgement (3 March 2000), para. 204.

128) Ibid para. 914.

129) Elements of Crimes for Art. 7 of the ICC Statute, Introduction: ‘...the last element should not be interpreted as requiring proof that the perpetrator had knowledge of all characteristics of the attack or the precise details of the plan or policy of the State or organization...the intent clause of the last element indicates that this mental element is satisfied if the perpetrator intended to further such an attack.’

損傷する意図の存在¹³⁰⁾が、主観的要件を構成する際に必要なことである。

当然に、もし人道に対する犯罪の枠内で新たな罪を新設すれば、引き続き詳細な構成要件の緻密な検討が必要であると考ええる。以上言及した要件のほか、特に罪として処罰するレベル上で、「文化遺産」の犯罪客体としての定義（有形および無形）や実務上の認定¹³¹⁾（裁判所あるいはユネスコ登録による）についても学界で論争がある。これらの問題を今後の課題としたい。

六 終わりに

以上概観してきたように、国際社会で目まぐるしく変化している情勢に伴い、既存の文化遺産保護制度では想定外の事態が次々に発生しており、新たな課題を提起しているといえる。現行の国際刑事法上、単なる文化遺産破壊の行為を罰せられるのは戦争犯罪のみであるが、戦争犯罪の適用にも大きな制限が存在している。他方では、文化遺産が持つ精神的価値をより深く理解していくことで、文化遺産の破壊は単なる「物」の破壊ではなく、歴史の「証拠」を消し去り、人々の存在をその歴史から抹殺するような行為である以上、その保護を前進させていく必要があるといえる。つまり、国際刑事法上で、文化遺産破壊に係る補填しなければならない。

私見によれば、戦争犯罪自体の制限のために、文化遺産破壊を人道に対する犯罪に含めることは、これらの行為をより適切に処罰するのみならず、文化遺産を保護する意識も高められ、この法的ギャップを補う最も良い方法であると考ええる。具体的に、第一のアプローチは、ICC 規程の人道に対

130) Gottlieb, *supra* note 7, p. 323.

131) ICC 規程には、「文化財」や「文化遺産」という用語ではなく、「宗教、教育、芸術、科学又は慈善のために供される建物、歴史的建造物」という言葉が使用されている。判例においては「文化的対象 (cultural object)」と呼ばれることもある。ICTY も同様の用語を使っている。またカンボジア特別法廷の規程には異なる方法が反映されており、犯罪自体や「文化遺産」の具体的範囲は規定されていない。代わりに、1954年の武力紛争文化財保護条約が規定した犯罪は、特別法廷の管轄対象に含まれている。

する犯罪の「迫害」の要件を改正し、ICTY 規程に照らして、他の人道に対する犯罪との関連性要件を削除することである。さらに、「迫害」の「特定の集団」に対する意図的要件を緩める必要もある。そうすると、平時に行われる文化財破壊を国際刑事法で処理できるかもしれない。第二のアプローチは、ICC 規程または人道に対する犯罪条約草案で、文化遺産破壊を単独の類型として加えることである。しかし、今の条約草案は ICC の人道に対する犯罪の定義や範囲などとはほぼ同じであり、その ICC 規程と一致している立場から見れば、条約草案において新たな罪名を新設する可能性は低い。だからこそ、条約草案より、ICC 規程の人道に対する犯罪の改正を推進する方がより適切であると考ええる。無論、短期間でこれを行うことは困難であると思われるが、各国及び国際社会が国内立法と新しい文化遺産保護に関する国際条約の制定を行うことにより、文化遺産破壊の法規を次第に国際慣習法に馴染ませ、文化遺産破壊に係る国際刑事法規の重要性を認識させることが可能になるであろう。

胡 加美 (コ カビ)

所属・現職	慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴	慶應義塾大学大学院法学研究科修士課程
所属学会	日本刑法学会
専攻領域	国際刑事法、文化遺産法