

# ジェノサイド条約における 扇動罪規定の起草過程 (1)

八嶋貞和

## 《目次》

はじめに

第1章 国際連合事務総長起草の草案

第1節 草案作成に至るまでの経緯

第2節 扇動罪規定

第3節 公然たるプロパガンダ罪規定

第4節 アメリカ合衆国政府によるコメント

第5節 小括

第2章 ジェノサイド特別委員会における議論

第1節 ソ連覚書

第2節 扇動罪規定に関する議論

第1項 中華民国草案と第15回会合

第2項 第16回会合

第3節 プロパガンダ罪の処罰に関する議論

第1項 第5回会合

第2項 第6回会合

第3項 第16回会合

第4節 小括 (以上, 本号)

## はじめに

本稿は、ジェノサイド（集団殺害）罪の防止及び処罰に関する条約（以下、ジェノサイド条約と略称）第3条（c）に規定される「ジェノサイドを実行することの直接かつ公然たる扇動（direct and public incitement to commit genocide）」の起草過程を検討するものである。近年、ジェノサイドという語が頻繁に用いられている。2020年1月23日に国際司法裁判所（International Court of Justice, 以下、ICJと略称）は、ミャンマーの領域内に居住するロヒンギャ族が同国政府よりジェノサイドの被害に遭っているという疑惑を審理し、政府に対してジェノサイドを防止するよう仮保全措置を命じた<sup>1)</sup>。その後、ミャンマー側は、ICJは当該事案に管轄権および受理可能性を有していないなどの「先決的抗弁（preliminary objections）」（ICJ規則第79条）を提出していたが、ICJは、2022年7月22日にこれを退ける判決を下し、引き続き審理が継続することとなっている<sup>2)</sup>。また、中華人民共和国<sup>3)</sup>の領域内に居住するウイグル族などに対して、同国政府がジェノサイドを行っているとの疑惑について、欧州各国の議会がこれをジェノサイドであると非難する決議を採択する中、2022年6月9日には、欧州議会（European Parliament）もジェノサイドの重大な危険があるとの内容を含む決議を採択している<sup>4)</sup>。さらに、2022年2月24日に始まっ

1) *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Provisional Measures, Order of 23 January 2020, *I.C.J. Reports* 2020, p. 3.

2) *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*, Preliminary Objections, Judgement of 22 July 2022.

3) 本稿においてはChinaという語を中華民国と邦訳する。第二次世界大戦後に発足した国際連合は、アメリカ、ソ連、イギリス、そして中華民国を中心に設立された。その後、1949年に中国共産党が内戦に勝利し、中華人民共和国が建国されたことから、中華民国政府を率いていた蒋介石は台湾へ逃れた。ジェノサイド条約が成立した1948年12月9日以前の議論は、中華民国時代のものであることから、本稿において用いるChinaの訳は、中華人民共和国ではなく、中華民国を指すものであることをあらかじめ付言しておく。中華民国から中華人民共和国への移り変わりについてはさしあたり、小田滋「主権独立国家の『台湾』——『台湾』の国際法上の地位——（私の体験的・自伝的台湾論）」日本学士院紀要第62巻1号（2007年）43-68頁、田畑茂二郎『『二つの中国』論と台湾の国際法的地位』法律時報第28巻10号（1956年）35-41頁を参照。

4) European Parliament resolution of 9 June 2022 on the human rights situation in Xin-

たロシア連邦(以下、ロシアと略称)によるウクライナ侵攻に際して、ロシア軍がウクライナ的首都キーウ近郊のブチャなどで、ウクライナ国民に対してジェノサイドを行っているとの疑惑が報道される<sup>5)</sup>など、1946年12月11日に国際連合(以下、国連と略称)総会が、ジェノサイドを「国際法上の犯罪(crime under international law)」と宣言してから70年以上経過した現在においても、ジェノサイドが行われているとの疑惑が存在する<sup>6)</sup>。このようにジェノサイドという事象は、決して過去の事象ではなく、現今の国際社会にも具現化していると考えられることから、将来さらなるジェノサイドが行われる可能性は否定できない。その一方、もちろん将来起こり得るすべてのジェノサイドを防止することはできないであろうが、その発生数をいかに減少させるのかという点は、国際社会のみならず、人類にとって大きな課題であろう。

そこでジェノサイド条約に目を向けると、同条約には前稿で確認したように、ジェノサイドという語を創造したラファエル・レムキン(Raphael Lemkin)のジェノサイド防止思想がちりばめられている<sup>7)</sup>。その中でも筆者は、扇動の処罰という思想が特にジェノサイドの防止という観点において重要であると指摘した<sup>8)</sup>。この扇動罪の処罰は、レムキンのジェノサイド防止思想というだけでなく、実践的にもジェノサイドの防止に対して寄与するものであると考える。そこで過去の事例に目を向けると、ジェノサイドが現実のものへと至る前段階または被害が拡大していく途上には、扇動ないしプロパガンダが存在していた。例えば、ナチスにより行われたホロコーストにおいては、主にユダヤ人を悪として描写する扇動ないしプロパガンダが存在していたのであった。その中でも反ユダヤ主義の代表格として名高いユリウス・シュトライヒャー(Julius Streicher)は、主に自身が創刊した新聞『デア・シュ

---

jiang, including the Xinjiang police files (2022/2700 (RSP)).

- 5) 「戦争犯罪 本格捜査へ 国際刑事裁判 検察官 ブチャ入り」朝日新聞 2022年4月15日朝刊 1-2頁、「ウクライナ 米大統領『ジェノサイド』戦争犯罪 米欧が糾明支援」読売新聞 2022年4月14日朝刊 1頁など。
- 6) UN Doc. A/RES/96 (I)。同決議の起草過程については、拙稿「ジェノサイド条約の起草過程——国連総会決議96 (I)に関する議論を中心として——」青山社会科学紀要第49巻2号(2021年)1-30頁を参照。
- 7) 拙稿「ラファエル・レムキンのジェノサイド防止思想」青山ローフォーラム第10巻2号(2022年)27-55頁、特に48頁以下。
- 8) 同上、53-54頁。

テュルマー (*Der Stürmer*)』により、ユダヤ人への憎悪、殺害を扇動した。これに対してナチスの戦争犯罪人を処罰するために設立されたニュルンベルク国際軍事裁判所は、同裁判所憲章第6条(c)に規定される人道に対する罪の「迫害」でシュトライヒャーを有罪とし、彼は絞首刑となった<sup>9)</sup>。

また、1994年に発生したルワンダ内戦におけるジェノサイドは、隣人が隣人を殺害するという異常な形態をとった。このジェノサイドが行われている際に、国連ルワンダ支援団 (United Nations Assistance Mission for Rwanda, UNAMIR) の司令官として同国に駐在していたロメオ・ダレール (Roméo Dallaire) が、「ジェノサイドを行う者らは、メディアを武器のように使用していた。片手に鉋、もう片手にはラジオを持った殺人者の姿が頭から離れない」<sup>10)</sup>と述べるように、ラジオ、その中でも特にミルコリヌ自由ラジオ・テレビ (Radio-Télévision Libre des Mille Collines, 以下、RTLと略称) による民族間の憎悪およびジェノサイドの扇動が、被害を拡大させた<sup>11)</sup>。その後、1994年11月8日に採択された国連安全保障理事会決議955により設置されたルワンダ国際刑事法廷 (International Criminal Tribunal for Rwanda, 以下、ICTRと略称)<sup>12)</sup>において、ジェノサイドを扇動した者らも起訴さ

9) *Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal*, Vol. I (1947), pp. 301-304, 365. シュトライヒャーについては、Randall L. Bytwerk, *Julius Streicher: Nazi Editor of the Notorious Anti-Semitic Newspaper Der Stürmer* (Cooper Square Press, 2001), Alexander G. Hardy, *Hitler's Secret Weapon: The "Managed" Press and Propaganda Machine of Nazi Germany* (Vantage Press, 1967), pp. 82-83を参照。また、同判決の詳細な分析として、Margaret Eastwood, *The Nuremberg Trial of Julius Streicher: The Crime of "Incitement to Genocide"* (The Edwin Mellen Press, 2011)を参照。なお、シュトライヒャーと同様に、国民啓蒙・宣伝省のラジオ放送局長などを務めたハンス・フリッツェ (Hans Fritzsche) も、人道に対する罪の「迫害」を訴因に含み起訴されたが、無罪判決を受けている。この点については、Gregory S. Gordon, *Atrocity Speech Law: Foundation, Fragmentation, Fruition* (Oxford University Press, 2017), pp. 110-113を参照。

10) Roméo Dallaire, "The Media Dichotomy", Allan Thompson (ed.), *The Media and the Rwanda Genocide* (Pluto press, 2007), p. 12.

11) 例えばこの点については、申恵丰『国際人権入門——現場から考える——』(岩波書店, 2020年)92-93頁、武内進一『現代アフリカの紛争と国家——ポストコロニアル家産制国家とルワンダ・ジェノサイド——』(明石書店, 2009年)267-270頁を参照。

12) UN Doc. S/RES/955 (1994)。なお、ICTRの正式名称は、「1994年1月1日から同年12月31日までの間にルワンダ領域で行われたジェノサイドおよびその他の国際人道法の

れている<sup>13)</sup>。さらには、ICTRにおいて起訴状が提出されていた RTLM の共同設立者であったフェリシアン・カブガ (Félicien Kabuga)<sup>14)</sup>が、2020年5月16日に逃亡の末フランスで逮捕され、旧ユーゴスラビア国際刑事法廷 (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 以下、ICTY と略称) および ICTR の後続機関である国際刑事法廷残余メカニズム (International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, 以下、IRMCT と略称) において、2023年1月現在、扇動も訴因に含み起訴されている<sup>15)</sup>。

これらの事案より、ジェノサイドが現実のものへと至る前段階またはその途上には、扇動が存在していることがわかるのであって、扇動罪の処罰、そして、その解釈はいかにあるべきなのかという点を検討することは、将来のジェノサイド防止ないし被害の最小化に向けて重要であると考ええる。その上で、ジェノサイド条約の成立後にジェノサイドの扇動罪が史上初めて解釈、適用された ICTR におけるアカイエス事件判決、「国際刑事法の文脈における扇動法に関して、(中略) 最も重要な判決」<sup>16)</sup>といわれるナヒマナほか事件 (いわゆるメディア裁判) 判決をみると、次のような問題点が存在した<sup>17)</sup>。第1は、ジェノサイド行為と扇動罪との間に因果関係が認定されている点である。アカイエス事件の第一審裁判部は、ジェノサイド条約の起草過程も参照しつつ、扇動罪は結果が発生するか否かにかかわらず処罰されると判示した一方、ジェノサイド行為と扇動罪との間に因果関係を認定した<sup>18)</sup>。この認定は、メ

---

重大な違反に責任を有する者ならびに近隣諸国の領域で行われたジェノサイドおよびその他のこのような違反に責任を有するルワンダ市民の訴追のための国際刑事法廷」である。

- 13) *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (Case No. ICTR-96-4-T), Judgement, 2 September 1998, *The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana et al.* (Case No. ICTR-99-52-T), Judgement and Sentence, 3 December 2003, *The Prosecutor v. Georges Ruggiu* (Case No. ICTR-97-32-I), Judgement and Sentence, 1 June 2000, etc.
- 14) *The Prosecutor v. Félicien Kabuga* (Case No. ICTR-98-44B-1), Amended Indictment, 17 March 2011.
- 15) *The Prosecutor v. Félicien Kabuga* (Case No. MICT-13-38-PT), Prosecution's Second Amended Indictment, 1 March 2021.
- 16) Diane F. Orentlicher, "Criminalizing Hate Speech in the Crucible of Trial: Prosecutor v. Nahimana", *American University International Law Review*, Vol. 21, No. 4 (2006), pp. 557-558.
- 17) ICTR において扇動罪が扱われた個々の事案については、稿を改めて検討する。
- 18) *Akayesu*, *supra* note 13, paras. 561-562, 673 (vii).

ディア裁判の第一審裁判部により否定されたが<sup>19)</sup>、同裁判部は、扇動罪を共同謀議と同様に、想定される行為が既遂に達するまで継続するものであると分析した<sup>20)</sup>。このような因果関係の認定という問題点については、グレゴリー・ゴードン (Gregory S. Gordon) も指摘するように、メディア裁判が因果関係の認定を否定したことによって、法的判断においては解決されているように思われる<sup>21)</sup>。

第2の問題点は、ジェノサイドの扇動という文言自体をいかに解釈するのかという点である。メディア裁判の上訴裁判部は、「ジェノサイド行為の実行を挑発する (provoke) ことを目的としたあらゆる形態のプロパガンダ」は扇動罪規定と重複 (duplicate) しているゆえに、独立して処罰行為とはならなかったと、条約の起草過程における扇動罪規定を分析している一方で、ジェノサイドの扇動罪を構成する行為は、特定されていなければならないとの点を判断するにあたり、扇動という文言には、「ジェノサイドを挑発する傾向のあるプロパガンダ」は含まれていないと判示する<sup>22)</sup>。しかしながら、これが含まれていないと判示するのは、どのような理由からなのであろうか。同判決による起草過程の分析では、この点につき明確にされているとは必ずしもいえないように思われる。それゆえに、なぜプロパガンダ罪の処罰が独立して規定されなかったのかという理由を、条約の起草過程における議論を再度振り返ることにより、抽出する必要があると考える。

その一方、条約の起草過程における議論が、条約の解釈に影響を与えるのかという議論もあろう。この点、常設の国際刑事裁判所 (International Criminal Court, 以下、ICC と略称) 規程第9条は、ICC の管轄犯罪 (第6条: ジェノサイド, 第7条: 人道に対する罪, 第8条: 戦争犯罪, 第8条の2: 侵略犯罪) の解釈および適用につき、「犯罪の構成要件に関する文書 (elements of crimes)」を参考にすると規定している。しかしながら、ジェノサイドの扇動罪は、個人責任を扱った同規程第25条

19) *Nahimana et al.*, *supra* note 13, para. 1015.

20) *Ibid.*, para. 1017. なお、メディア裁判の上訴裁判部は、発言などが発せられた際に扇動罪は既遂に達するとして、この認定は誤りであるとした (*The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana et al.* (Case No. ICTR-99-52-A), Judgement, 28 November 2007, para. 723).

21) Gordon, *supra* note 9, p. 164. その一方でゴードンは、事実認定においては因果関係が考慮されていることも指摘している (*ibid.*, pp. 164-165).

22) *Nahimana et al.* (Appeal Chamber Judgement), *supra* note 20, para. 726, *also* para. 692, footnote 1658.

(e) に規定されていることから、当該文書の対象とはなっておらず、扇動罪の解釈については指針が存在していない。また、同規程第 21 条 1 項および 2 項は、裁判所が適用する法として、1. 「この規程、犯罪の構成要件に関する文書及び手続及び証拠に関する規則」、2. 「適当な場合には、適用される条約並びに国際法の原則及び規則」、3. 「裁判所が世界の法体系の中の国内法から見いだした法の一般原則」、4. 裁判所が従前の決定において解釈したような法の原則および規則、を挙げている。この点につき、既述したように扇動罪は、1 の「犯罪の構成要件に関する文書」において対象とはなっておらず、また、2023 年 1 月現在、ICC において扇動罪を含むジェノサイド罪の有罪判決は存在しないことから、4 の方法を採用することはできない。さらに、扇動罪の解釈は各々の法体系によって異なるものであることから、3 の方法より扇動罪の解釈を一義的に決することは難しいようにも思われる。そこで、2 の方法を採る場合、適用される条約としてジェノサイド条約もその例として挙げられており、その起草過程もまた事案の判断に関連する場合があるといわれている<sup>23)</sup>。加えて、条約の文言の解釈にあたり、その方法を定めている条約法に関するウィーン条約第 31 条 1 項は、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする」と規定し、第 32 条は、31 条の解釈により得られた意味を確認するため、または得られた意味が曖昧または不明確であるなどの場合には、解釈の補足的手段として、条約の準備作業（起草過程）および条約締結の際の事情に依拠することができると規定する。

そうである以上、条約の文言の解釈に影響を与え得る条約の起草過程を検討することは、ジェノサイドの扇動罪の解釈を精緻化するためにも、意義を有するのではなかろうか。のみならず、実際にジェノサイド罪で有罪判決を下している ICTR も、条約の起草過程を参照していることから、IRMCT および ICC においても同様の方法を採用する可能性は大きいと思われる。そこで、条約の起草過程における議論の検討を通じて、扇動という文言には「ジェノサイド行為の実行を挑発することを目的としたあらゆる形態のプロパガンダ」という文言が含まれていると解する余地が残されていることを明らかにし、そこからジェノサイド条約における扇動罪規定の

23) Margaret McAuliffe deGuzman, “Article 21 Applicable law”, Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers’ Notes, Article by Article* (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999), p. 440.

射程範囲を導き出すことを目的とする。しかるに、その方法としては以下の方法を採る。

第1章においては、ジェノサイドを「国際法上の犯罪」と宣言した国連総会決議96(I)の採択後、国連事務総長が起草した草案(以下、事務総長草案と略称)作成に至るまでの経緯を確認した上で、事務総長草案の中に具体化した扇動罪規定および公然たるプロパガンダ罪規定を確認するとともに、アメリカ合衆国(以下、アメリカと略称)政府よりこれらについて寄せられたコメントを確認する。第2章においては、国連経済社会理事会(以下、経社理と略称)設置のジェノサイド特別委員会(Ad Hoc Committee on Genocide)が作成した草案(以下、特別委員会草案と略称)における扇動罪規定およびプロパガンダ罪の処罰に関してなされた議論を確認する。第3章においては、国連総会第六委員会(以下、第六委員会と略称)における扇動罪規定およびプロパガンダ罪の処罰に関する議論を確認する。そして、第4章においては、以上の議論を踏まえて、ジェノサイド条約における扇動罪規定の射程範囲を導き出したいと思う。

## 第1章 国際連合事務総長起草の草案

### 第1節 草案作成に至るまでの経緯

国連総会決議96(I)が採択された後、1947年3月15日に開催された第70回会合において、ジェノサイドの検討をどの委員会が行うのかにつき議論が行われた。この点について事務総長は、ジェノサイドの必要な検討と条約草案の作成を人権委員会へ付託するのか、それとも経社理の数名の構成員により行うのかについて提案していた<sup>24)</sup>が、キューバ代表およびソビエト社会主義共和国連邦(以下、ソ連と略称)代表は、経社理の構成員により小委員会を構成し、事務局の補助の下で草案を作成した後に、国連加盟国政府に送付されるべきであると主張した<sup>25)</sup>。また、ノルウェー代表およびベネズエラ代表は、国際法の漸進的發展および法典化に関する委員会(Committee on the Progressive Development of International Law and its

24) UN Doc. E/330 (in Hirad Abtahi and Philippa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires Volume One* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), pp. 35-37).

25) UN Doc. E/PV.70, pp. 17, 51.

Codification) との協力を主張した<sup>26)</sup>。さらに、フランス代表、オランダ代表およびアメリカ代表は、人権委員会への付託を提案した<sup>27)</sup>が、イギリス代表は、同委員会が多く作業を行っていたことから、草案は法律家および専門家の協力の下、事務局において作成されることが望ましいと主張した<sup>28)</sup>。

この点について、同月 20 日に開催された社会問題委員会 (Committee on Social Affairs) においても同様の議論が行われたが、ニュージーランド代表より、国連事務総長に対して、(a) 国連総会決議 96 (I) にしたがって、条約草案の準備のために必要な研究を行うこと、(b) 国際法の漸進的發展および法典化に関する委員会と協力し、すべての国連加盟国政府にコメントを求めた後に、経社理の次回会期に条約草案を提出するよう求めること、以上の提案がなされ、これが採択された<sup>29)</sup>。その後、同月 24 日に開催された社会委員会の起草小委員会 (Drafting Sub-Committee of the Social Committee) において若干の修正が行われて<sup>30)</sup>、1947 年 3 月 28 日に経社理は、次のような決議を採択した。

「経済社会理事会は、1946 年 12 月 11 日の国際連合総会決議 96 (I) を考慮にいれて、国際連合事務総長へ求める。

(a) 国際法および刑法の分野における専門家の協力の下に、国際連合総会決議にしたがって、条約草案の準備に関する必要な検討を行うこと。

(b) 国際法の漸進的發展および法典化に関する委員会および、可能であれば、人権委員会と協議し、すべての加盟国政府へコメントを要請した後に、経済社会理

---

26) *Ibid.*, pp. 21, 46-50. なお、同委員会は、1947 年 11 月 21 日の国連総会決議 174 (II) に基づいて設置された国際法委員会 (International Law Commission) (UN Doc. A/RES/174 (II)) ではなく、1946 年 12 月 11 日の国連総会決議 94 (I) に基づいて設置された委員会 (UN Doc. A/RES/94 (I)) である。

27) UN Doc. E/PV.70, *supra* note 25, pp. 32, 41-42.

28) *Ibid.*, p. 32. また、中華民国代表は、この提案に賛同した上で、法律家による検討および経社理への報告の後、人権委員会の小委員会であった差別の防止と少数者の保護に関する小委員会 (Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities) へ付託されるであろうとの見解を示していた (*ibid.*, pp. 41-42)。

29) UN Doc. E/AC.7/8 (in Abtahi and Webb, *supra* note 24, pp. 44-46).

30) UN Doc. E/AC.7/W.14 (in *ibid.*, pp. 50-52).

事会の次回会期にジェノサイド罪の条約草案を提出すること<sup>31)</sup>。

以上の決議にしたがって、事務局が条約草案を作成することとなった。これに伴い、ルーマニアの法学者であり、国際刑法学会会長であったヴェスパシアン・ペラ (Vespasian V. Pella)、パリ大学法学部教授で、刑法および国際法の専門家であったヘンリー・ドンヌディウ・ドゥ・ヴァブレ (Henri Donnedieu de Vabres)、そして、レムキンの協力の下、条約草案の作成が始まるのであった。

## 第2節 扇動罪規定

以上の経緯から、事務総長草案が作成された。その中でも第2条2項2款は、「成功するか否かを問わず、いかなるジェノサイド行為の直接公然たる扇動」の処罰を規定していた<sup>32)</sup>。この事務総長草案には、個々の規定に注釈が付されている。それでは、扇動罪規定についてはどのような注釈が付されていたのであろうか。まず、高官から部下または、組織の長からその構成員へ下される命令ないし指示は、同条1項2款に規定される予備行為 (preparatory acts)<sup>33)</sup>で処罰されることから、扇動とこれらは異なるとした上で、本条は、「演説、ラジオ、出版を用いて、大衆 (public) に対して直接訴え、ジェノサイドを扇動することを指す」ものと注釈は説明している<sup>34)</sup>。つまり、扇動行為の受け手は大衆であり、限定的な対象では成立しないこと、その手段は演説に限らず、ラジオや出版も用いられるという説明であった。

次に、「この訴えかけは、合意された計画の一部である場合もあるが、単に発言者の純粋に自発的な判断 (initiative) を反映したものの場合もある。たとえ後者の場合でも、公然たる扇動は処罰されるべきである」として、計画されていない場合、換言すれば散発的な扇動であっても処罰対象になると説明されていた<sup>35)</sup>。このような

31) UN Doc. E/RES/47 (IV) ; UN Doc. E/325, p. 5.

32) UN Doc. E/447, p. 7.

33) 事務総長草案は、予備行為につき、「(a) ジェノサイドの技術発展を目的として、研究および調査をすること。(b) ジェノサイドを意図していることを知りながら、設備を設置、物品もしくは物質を製造、入手、所持または供給すること。(c) ジェノサイドを行う目的で、指示または命令を発出し、業務を分配すること」の処罰を規定していた (*ibid.*)。

34) *Ibid.*, pp. 30-31.

35) *Ibid.*, p. 31. この点については、拙稿・前掲注7) 53頁においても指摘した。

散発的な扇動は、熟慮せずに発せられる場合もあり得る。この点について注釈は、「ジャーナリストおよび発言者自身が実行できないことを推奨する軽々しい、または軽率な発言が、彼らの提言に基づいて行動することを自身の責務として考える一部の聴衆により、真剣に受け止められることは十分に起こり得る」と述べている<sup>36)</sup>。それゆえに裁判官は、被告人の地位および権限、その扇動が計画的あるいは軽率なものであるかに応じて、状況を考慮し、(犯罪の)軽重を示す必要があると説明していた<sup>37)</sup>。

以上の規定および説明より、事務総長草案における扇動罪規定は、レムキンの扇動に関する解釈と同様の内容が説明されているのみならず、「成功するか否かを問わず」と規定されていることから、目的たる犯罪の発生如何にかかわらず、独立して処罰される未完成犯罪 (inchoate crime)<sup>38)</sup>の形態を採用しており、ジェノサイドが発生しなくとも扇動罪を独立して処罰すると想定していたこと、さらには、聴衆に与える危険性から、軽率な発言などであっても処罰対象となり得ること、という広範な解釈を有していたものであった。

### 第3節 公然たるプロパガンダ罪規定

事務総長草案第3条は、国連総会決議 96 (I) の起草過程における「ヘイトプロパガンダ」の処罰という提案を受けるような形で、公然たるプロパガンダ罪の処罰を規定していた<sup>39)</sup>。同条は、「組織的かつ憎悪に満ちた性質によってジェノサイドを挑発する傾向のある、またはそれを必要、正当、もしくは弁明の余地がある行為と思わせる傾向のある、あらゆる形態の公然たるプロパガンダは、処罰される」と規定していた<sup>40)</sup>。それでは、同条にはどのような注釈が付されていたのであろうか。

まず、注釈は、本条は上述した扇動罪規定と関係するものではないとした上で、

36) UN Doc. E/447, *supra* note 32, p. 31.

37) *Ibid.*

38) See, Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 6<sup>th</sup> ed. (Oxford University Press, 2009), p. 437, see also, J.C. Smith and Brian Hogan, *Criminal Law* (London: Butterworths, 1965), p. 132.

39) 国連総会決議 96 (I) の起草過程における「ヘイトプロパガンダ」の議論については、拙稿・前掲注 6) 25-28 頁を参照。

40) UN Doc. E/447, *supra* note 32, p. 7.

プロパガンダ罪の主体は、ジェノサイドの実行を呼びかけるものではなく、プロパガンダが成功すれば、それに感銘を受けた人々が、ジェノサイドの実行を好意的に受け止めるよう説得するプロパガンダを継続して行くと説明する<sup>41)</sup>。つまり、この公然たるプロパガンダ罪規定は、ジェノサイドの実行を呼びかけるのではなく、ジェノサイドの実行の正当化という心理状態を形成するプロパガンダの処罰を、重視していたのである。

次に、注釈は、このようなプロパガンダは扇動罪よりも危険性を有するとした上で、ジェノサイドは、ある種の心理状態が形成されない限り実行されないとして、その形成過程を次のように分析している。1. ジェノサイドに参加する人々の大多数は、自身は誠実な市民であり、利益または個人的な復讐心を満たすために、個々の犯罪を行うことができないと信じている人々である。2. これらの人々は、ジェノサイドの対象となる集団の存在は巨悪であり、社会、国家、宗教および政治ならびに社会的な制度を危険にさらし、発展の障害になるものと当該プロパガンダにより確信させられるがゆえに、まず、ジェノサイドを容認し、その後、実行するよう誘導されるという過程を踏むという<sup>42)</sup>。

その一方で、政治的、社会的な生活は、激しい批判や議論を伴う対立で構成されていることから、たとえ極端な批判であってもすべてを禁止することはできず、また、ジェノサイドの禁止が意見の自由を侵害する口実となってはならないことから、明確に定義されていなければならないと注釈は述べる<sup>43)</sup>。そこで注釈は、各文言について次のように説明していた。

第1に、「あらゆる形態の公然たるプロパガンダ」における「公然」について注釈は、全体としての世論、あるいはその一部に対してプロパガンダは向けられなければならないと説明する。その反面、非公然に行われる会話は、わずかな影響にとどまり、また、ジェノサイドの実行という心理的、倫理的な影響を引き起こし得ないことから、「公然」という文言を挿入することで、非公然に行われる会話を除外しているという<sup>44)</sup>。さらに、「あらゆる形態のプロパガンダ」については、プロパガンダ

---

41) *Ibid.*, p. 32.

42) *Ibid.*

43) *Ibid.*, pp. 32-33.

44) *Ibid.*, p. 33.

の原因が政治ないし宗教的なものだけではないように、その手段も、演説や映画など様々な形態が想定できると説明する<sup>45)</sup>。

第2に、「組織的かつ憎悪に満ちた性質」について注釈は、人間集団の破壊という思想を聴衆に受容させるためには、対象となる集団を憎悪に満ちた形で表現しなければならないことから、そのプロパガンダは必然的に憎悪に満ちており、また、組織的でなければならない、つまり計画的に繰り返されなければならないものであると説明する<sup>46)</sup>。換言すれば、公然たるプロパガンダ罪規定は、対象となる集団を憎悪に満ちた表現で侮蔑し、それを散発的ではなく何度も繰り返すことにより、上述のような、ジェノサイドの実行の正当化という心理状態を形成するプロパガンダの処罰を目的としていたのである。

第3に、「ジェノサイドを挑発する傾向のある、またはそれを必要、正当、もしくは弁明の余地がある行為と思わせる傾向のあるプロパガンダ」について注釈は、プロパガンダが公然とジェノサイドを唱導する (advocate) 場合は、扇動罪規定の範疇にあるとした上で、本条はジェノサイドを奨励することなしに、必然的にジェノサイドへと導くプロパガンダを対象にしている説明する。また、すでにプロパガンダの対象となる集団は、国家や社会に重大な危険性を有する悪であると非難されていることから、このようなプロパガンダに説得された人々は、ジェノサイドを必要、正当、もしくは弁明の余地がある行為とみなす傾向があると説明する<sup>47)</sup>。

以上の注釈による説明からもわかるように、この公然たるプロパガンダ罪規定の核心は、ジェノサイドの実行を説くものではなく、むしろその実行の正当化という心理状態を形成するプロパガンダを、処罰することにあった。このようなプロパガンダに関する解釈は、レムキンの扇動およびプロパガンダに関する解釈の差異と同様の見解を示しているものであり、双方の規定にはレムキンの解釈が色濃く反映されていると思われる<sup>48)</sup>。

---

45) *Ibid.*

46) *Ibid.*

47) *Ibid.*, pp. 33-34.

48) レムキンの扇動およびプロパガンダに関する解釈の差異については、拙稿・前掲注7) 46頁以下において検討を加えた。

#### 第4節 アメリカ合衆国政府によるコメント

上記の内容を含む事務総長草案は、本章第1節で概観した経社理の決議にしたがい、国際法の漸進的發展および法典化に関する委員会に提出されたが、国連加盟国政府よりコメントが送付されていないなどの理由から、同委員会より具体的な見解は示されなかった<sup>49)</sup>。その後、同草案は決議にしたがい国連加盟国政府に送付され、これに対して6カ国よりコメントが送付された<sup>50)</sup>。その中でも、扇動罪規定および公然たるプロパガンダ罪規定について見解を示したのは、アメリカ政府であった。同国政府は、扇動罪規定について、「ジェノサイド行為の実行という合理的な結果に繋がり得る状況下で扇動が行われた場合、扇動が成功するか否かを問わず、個人または人々に対する、直接かつ公然たるジェノサイド行為の扇動(傍点、筆者)」は処罰されると修正すべきであるとの見解を示した<sup>51)</sup>。公然たるプロパガンダ罪規定については、英米法においては当該発言が他者の権利を侵害する「明白かつ現在の危険(clear and present danger)」を構成しない限り、言論の自由は制限されず、また、プロパガンダがこれを構成した場合には、扇動の性質を有するとして、扇動罪規定を上記のように修正することにより、公然たるプロパガンダ罪は処罰できるゆえに削除すべきであるとの見解を示した<sup>52)</sup>。

このような見解は、アメリカ法が表現行為の処罰について、いかに把握しているのかという点を明確にするものである。つまり、「明白かつ現在の危険」という法理は、1919年のシェンク対アメリカ合衆国事件において、オリバー・ウェンデル・ホームズ・ジュニア(Oliver Wendell Holmes Jr.)裁判官の法廷意見に端を発するも

49) UN Doc. A/AC.10/55 (in Abtahi and Webb, *supra* note 24, p. 208).

50) この6カ国は、インド、ハイチ(UN Doc. A/401)、フィリピン、ベネズエラ(UN Doc. A/401/Add.1)、アメリカ(UN Doc. A/401/Add.2)、フランス(UN Doc. A/401/Add.3)であった。また、NGOも事務総長草案を受けてコメントや提案を行っていたが、1948年2月6日の世界ユダヤ人会議(World Jewish Congress)による新たなコメントには、「(a)締約国は、ジェノサイドを扇動することを意図してプロパガンダ活動を行う組織を解散させる義務を負うべきである」との提案がなされていた(UN Doc. E/C.2/78, p. 2)。このようなプロパガンダ活動を行う組織の解散を国家に義務付けるとの議論は、条約の起草過程においてもソ連代表の提案に端を発して行われた。本稿においては紙幅の都合より、このような議論が行われていたことを指摘するにとどめる。

51) UN Doc. A/401/Add.2, *supra* note 50, p. 7.

52) *Ibid.*

の<sup>53)</sup>であって、ジェノサイド条約の採択より21年後に判決されたブランデンバーク対オハイオ州事件において、この法理は新たに定式化されたものであった<sup>54)</sup>。このように国内法で生成された法理をアメリカ政府は、言論の自由との関係から「国際法上の犯罪」についても導入しようとしていたのであった。

## 第5節 小括

本章においては、事務総長草案作成に至るまでの経緯を確認した上で、同草案における扇動罪規定および公然たるプロパガンダ罪規定の内容と注釈、さらに、アメリカ政府より寄せられたコメントを確認した。事務総長草案において扇動罪規定は、高官からの命令などとは異なり、大衆に対してジェノサイド行為を直接訴えかけるものであるとされていた。これには、「成功するか否かを問わず」という文言が含まれていたことから、事務総長草案における扇動罪規定は、目的たる犯罪の発生如何にかかわらず独立して処罰される、未完成犯罪の形態として明示されていた。また、扇動は計画的に行われなくとも処罰されると説明されていたことから、事務総長草案においては、計画的な扇動のみならず、散発的に行われる扇動をも処罰対象としており、扇動罪規定の処罰範囲は広範なものであった。

公然たるプロパガンダ罪規定については、扇動罪規定よりも危険性を有するものであると説明されていることから、特定の集団に対して行われるジェノサイドの実行の正当化という心理状態を形成する点で、扇動罪規定よりもその処罰が重要視されていたと考えられる。加えて、この心理状態を形成する公然たるプロパガンダ罪を処罰することにより、ジェノサイドの発生を防止するという趣旨で規定されたと考えられるものであった。

これに対してアメリカ政府は、言論の自由との関係から、国内法における「明白かつ現在の危険」という法理を、ジェノサイドの扇動罪規定に対しても導入しよう

---

53) Schenk v. United States, 249 U.S. 47 (1919). 同判決の翻訳として、伊藤博文「スケンク対アメリカ合衆国 (Schenk v. United States, 249 U.S. 47, 39 S. Ct 247, 63 L. Ed. 470 (1919))」豊橋創造大学短期大学部研究紀要第19号(2002年)119-123頁を参照。

54) Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969). 同判決については、辻雄一郎「ネット上の不特定多数者に対する情報発信についてのブランデンバークテストの批判的考察」法政論叢第46巻1号(2009年)122頁以下、曾根威彦『表現の自由と刑事規制』(一粒社, 1985年)27頁以下を参照。

としていた。このように、ジェノサイドの扇動罪という「国際法上の犯罪」に対しても国内法における言論の自由との関係性から、その処罰範囲を限定しようとしていたという歴史的展開が存在していたのであった。

以上の経緯を経て特別委員会において議論が行われることとなるが、それでは、扇動罪規定およびプロパガンダ罪の処罰について、アメリカ政府が主張した言論の自由との関係も鑑み、いかなる議論が行われたのであろうか。次章では、特別委員会における扇動罪規定およびプロパガンダ罪の処罰に関する一連の議論を確認することにする。

## 第2章 ジェノサイド特別委員会における議論

### 第1節 ソ連覚書

各国政府からコメントが送付された後、事務総長草案をどの委員会が検討するのかについて議論がなされたが、1947年11月21日に開催された第123回国連総会本会議は、経社理が引き続きジェノサイドの検討を行うとする内容の決議を採択した<sup>55)</sup>。その後、1948年3月3日に経社理は、事務総長草案および国連加盟国政府より寄せられたコメントなどを考慮にいれて検討を行う特別委員会を、アメリカ、ソ連、中華民国、フランス、ベネズエラ、ポーランド、レバノンの各国代表で構成する決議を採択した<sup>56)</sup>。そのような中でソ連代表が、「ジェノサイド条約の基本原則 (Basic Principles of a Convention on Genocide)」と題する覚書(以下、ソ連覚書)<sup>57)</sup>を提出したが、そこには、次のように扇動罪およびプロパガンダ罪の処罰に関する内容が含まれていた。

5-2. 「扇動が犯罪結果を生じさせるか否かを問わず、ジェノサイドを実行することの直接的な公然たる扇動」。

6. 「条約は、人種的、国民的または宗教的な敵意もしくは憎悪を扇動することを目的として、さらに、ジェノサイド行為の実行を挑発することを計画して、あらゆる

---

55) UN Doc. A/RES/180 (II).

56) UN Doc. E/RES/117 (VI); UN Doc. E/734.

57) UN Doc. E/AC.25/7.

る形態のジェノサイドのためのプロパガンダ (出版, ラジオ, 映画など) に従事することを処罰される犯罪とすべきである」<sup>58)</sup>。

1948年4月6日に開催された特別委員会第3回会合において、ソ連代表より自国が提出した覚書を基盤に、条約草案を作成すべきであるとの主張があった。これに対して、例えばベネズエラ代表は、事務総長草案を基盤に議論を行うべきであると主張した<sup>59)</sup>。結果として、ソ連覚書を検討し、その後、同覚書より明らかとなる諸原則に照らして事務総長草案を検討すべきとのレバノン代表による提案が採択された<sup>60)</sup>。このように、ソ連覚書に含まれる諸原則の確認から特別委員会における議論が始まるが、後藤倫子も指摘するように条約の個別規定の文言などについては、1948年4月16日に中華民国代表が提出した草案 (以下、中華民国草案と略称)<sup>61)</sup>を基盤として議論が行われることとなる<sup>62)</sup>。以下では、扇動罪規定に関する議論および、なぜプロパガンダ罪の処罰が独立して規定されなかったのかという議論について、その要点を抽出して確認する。

## 第2節 扇動罪規定に関する議論

### 第1項 中華民国草案と第15回会合

中華民国草案第1条は、ジェノサイドを国民的、人種的、宗教的または政治的な集団に対する身体的存在の破壊ないし、通常的发展を妨げる目的をもって行われる行為であると定義し、第1項では身体的ジェノサイド、第2項では生物的ジェノサイド、第3項では文化的ジェノサイドを挙げた上で、「第1項、第2項および第3項に列挙される行為を陰謀 (conspire)、未遂または人々へ扇動することは違法である」と規定していた<sup>63)</sup>。

---

58) *Ibid.*, p. 2.

59) UN Doc. E/AC.25/SR.3, p. 9.

60) *Ibid.*, p. 10.

61) UN Doc. E/AC.25/9.

62) 後藤倫子「ジェノサイド条約の成立におけるラファエル・レムキンの影響——ジェノサイド条約の準備作業以前のラファエル・レムキンの条約構想の分析を通して——」同志社法学第70巻2号 (2018年) 225頁。

63) UN Doc. E/AC.25/9, *supra* note 61.

このように中華民国草案は、ジェノサイドの定義内に扇動罪の処罰を規定していたが、1948年4月22日に開催された第15回会合において特別委員会は、扇動罪などを別条で規定することを決定した<sup>64)</sup>。また、同会合では扇動罪へ様々な文言の追加が提案された。中華民国草案は、事務総長草案およびソ連党書に含まれていた直接という文言を欠いていたことから、当該文言を挿入すべきであるとの提案をフランス代表が行い、また、ベネズエラ代表は、公然たる扇動のみならず、非公然たる扇動<sup>65)</sup>も含むべきであると提案した。加えて、ソ連代表は、直接的な扇動のみならず、間接的な扇動も含むべきであると主張した<sup>66)</sup>。議論の末、当該会合においてはフランス代表の提案が投票に付され、その結果、賛成3、反対3、棄権1で第16回会合に延期となった<sup>67)</sup>。

## 第2項 第16回会合

第15回会合同日に開催された第16回会合は、後述するプロパガンダ罪の処罰に関する議論のみならず、扇動罪規定の解釈につき重要な見解が示された会合であると思われる。議長は、第15回会合で延期となった、直接という文言を中華民国草案に規定される扇動罪へ挿入するか否かについて再度投票を行い、その結果、賛成3、反対2、棄権2で、当該文言は挿入されることとなった<sup>68)</sup>。また、第15回会合で非公然という文言の挿入を提案していたベネズエラ代表は、当該文言を挿入することで、出版、ラジオなどの個別的な手段を列挙する必要がなくなると述べた。このベネズエラ代表の主張にフランス代表は同意した上で、フランス国内法における

64) UN Doc. E/AC.25/SR.15, p. 1.

65) この非公然たる扇動につき、横田直文は、「事務総長草案では2条2項2款において『成功したかどうかに関わらず、ジェノサイド的行為を起させようとする、公あるいは私的な直接的煽動』を禁止している(傍点、筆者)」と述べる(横田直文「煽動の国際法的位置づけ——煽動放送を中心に——」本郷法政紀要第9号(2000年)182頁)。しかしながら、上記に筆者が邦訳した最終的な事務総長草案には、非公然たる(私的な)扇動は含まれていない。加えて、このように特別委員会においてベネズエラ代表により提案されていたことからわかるように、事務総長草案においては、非公然たる(私的な)扇動は含まれていなかったことを指摘しておく。

66) UN Doc. E/AC.25/SR.15, *supra* note 64, p. 3.

67) *Ibid.*

68) UN Doc. E/AC.25/SR.16, p. 2.

扇動という文言には、公然たる扇動のみならず非公然たる扇動が含まれているが、これについて疑問が投げかけられていたことから、ベネズエラ代表が提案する非公然という文言の挿入について、賛成票を投じると述べた<sup>69)</sup>。その結果、公然または非公然という文言は、賛成5、反対0、棄権2で、挿入されることとなった<sup>70)</sup>。

さらにベネズエラ代表は、事務総長草案が規定していた、扇動が「成功するか否かを問わず」という文言を挿入すべきであると提案した。その理由としては、「このような修正は、当該条約の目的は単にジェノサイド罪の処罰のみならず、それを防止することにもあるという事実を強調し得るものである」というものであった<sup>71)</sup>。つまり、当該文言を挿入することにより扇動罪規定を、ジェノサイド条約における防止目的を体現する規定であると明確にしようとしていたのであり、また、ジェノサイドが発生しなくとも扇動罪は独立して処罰されるとして、事務総長草案と同様に未完成犯罪の形態である点を強調しようとしていたのである。加えて、同国代表は、ベネズエラ刑法における扇動罪は独立犯罪 (separate crime) として処罰されているが、それでもなお、扇動がジェノサイドへ至るよりも前に扇動へ対抗することが、条約の目的であると考え、当該文言を挿入すべきであると強調した<sup>72)</sup>。

ポーランド代表も、扇動罪規定の性格を把握するために重要な発言を行っている。同国代表の見解では、犯罪が伴わない場合、扇動罪は不処罰となることから、条約はジェノサイドの扇動罪について、成功するか否かを問わず処罰される犯罪であると当該文言の挿入により明確にすべきであると主張した<sup>73)</sup>。この主張からもわかるように、扇動罪の処罰に目的たる犯罪の発生を要求するか否かは、各国の法体系や法文化により異なるものであることから、ベネズエラ代表の主張と同様に、ジェノサイドの扇動罪については、目的たる犯罪の発生如何にかかわらず、独立して処罰される未完成犯罪の形態であることを明確にすべきとの趣旨により、当該文言の挿入を同国代表は主張していたのである。

このように「成功するか否かを問わず」という文言を挿入することの重要性が、

---

69) *Ibid.*

70) *Ibid.*

71) *Ibid.*, p. 3.

72) *Ibid.*

73) *Ibid.*

ベネズエラ代表およびポーランド代表より主張されたが、これらの主張に対して反対意見が示された。レバノン代表は、フランス代表と同様に、当該文言は不要であり、冗語的 (tautological) でさえあると考えると述べ、これに加えてアメリカ代表も、レバノン代表およびフランス代表の見解に同意し、投票を棄権すると述べた<sup>74)</sup>。これらの対照的な見解が示されたのち、当該文言を挿入するか否かについて投票が行われ、その結果、「成功するか否かを問わず」という文言は、賛成4、反対0、棄権3で挿入されることとなった<sup>75)</sup>。その後、アメリカ代表は、同年同月23日に開催された第18回会合において、当該文言の削除を提案した。しかしながら、(ジェノサイドの発生が不要であるという点を) 明確にするためにも当該文言は削除すべきではないと数名の代表が考えていたことから、同国代表はこの提案を取り下げた<sup>76)</sup>。

最終的に扇動罪規定を含む第3条は、同年同月28日に開催された第24回会合において、賛成6、反対0、棄権1で採択されることとなり、扇動罪規定は、「成功するか否かを問わず、ジェノサイドを実行することの公然または非公然たる直接的な扇動」として成立することとなった<sup>77)</sup>。棄権票を投じたのはアメリカ代表であり、その理由として、条約で確立すべき内容は、身体的な行為を直接的に行った者およびジェノサイド行為を達成する目的で陰謀した者に対する責任を考えていたこと。直接的な扇動が、犯罪の実行をもたらす差し迫った危険を生じさせる性質のものである場合、未遂の一部ないし共同謀議の顕示行為 (overt act) を構成するので、これらの処罰のみで十分であり、扇動罪を規定する必要は無いこと、以上の点を挙げ

---

74) *Ibid.* なお、これらの代表は、なぜ冗語的であるのかという点について言及していない。そこで、扇動罪を含む未完成犯罪の本質を想起すると、これは、目的たる犯罪が発生しなくとも独立して処罰されるという犯罪類型である。それゆえに、「成功するか否かを問わず」という文言が、この未完成犯罪の本質的な内容と重複していると考えたがゆえに、このような発言に至ったのではなかろうか。また、レバノン代表は、この修正を不要なものであると発言している一方、反対するものでもないとも発言している (*ibid.*)。

75) *Ibid.*

76) UN Doc. E/AC.25/SR.18, p. 2.

77) UN Doc. E/AC.25/SR.24, p. 7. なお、扇動罪規定の条文については、特別委員会草案の報告書 (UN Doc. E/794) 20頁を参照。また、扇動罪規定を含む第3条は、同報告書において第4条に規定されている。これは、文化的ジェノサイドが第2条の定義から独立して規定されることとなった経緯によるものである。この点についても、同報告書17-19頁を参照。

ていた<sup>78)</sup>。

### 第3節 プロパガンダ罪の処罰に関する議論

#### 第1項 第5回会合

アメリカ政府は、「明白かつ現在の危険」という法理より、事務総長草案に規定される公然たるプロパガンダ罪規定の削除を主張していたが、1948年4月8日に開催された第5回会合においてアメリカ代表は、自国は出版・報道の自由 (freedom of the press) および情報の自由を重要視していることから、次の留保を付した上でプロパガンダ罪の処罰という原則に賛成すると述べた。第1に、他者の権利を侵害するプロパガンダのみが処罰対象となること、第2に、アメリカの裁判所がその審理にあたること、以上の点である<sup>79)</sup>。このような留保を付した上で、プロパガンダ罪の処罰に同意したアメリカ代表であるが、報道機関がジェノサイドを直接的に扇動した場合には処罰する必要がある一方、プロパガンダが必ずしも犯罪となる扇動を構成するとは限らないと述べた<sup>80)</sup>。その後、共同謀議や扇動罪の処罰を超えて自国政府にプロパガンダ罪の処罰を容認する報告はできず、合衆国憲法における出版・報道の自由との矛盾が明らかとなれば、上記の合意を取り消すと述べた<sup>81)</sup>。

ポーランド代表は、プロパガンダ罪の処罰に賛成の立場から、アメリカ代表はプロパガンダ罪の処罰を出版・報道の自由および表現の自由を危険にさらすものと考えているので、ソ連覚書に規定されるプロパガンダ罪の処罰という原則を受け入れていないと批判した。さらに、同覚書に規定される扇動罪は、実際にはプロパガンダ罪と関係していると考えられることから、(扇動罪の処罰に反対していない) アメリカ代表の主張は矛盾していると述べた<sup>82)</sup>。また、プロパガンダ罪が条約の処罰対象となるためには、1. 国民的敵意の扇動を目的としている場合、2. ジェノサイドの扇動とみなされる場合という2つの性質を有すべきであるとした上で、ポーランドの国内法では、敵意の扇動単体でも国内裁判所によるプロパガンダ罪の処罰が定め

78) UN Doc. E/AC.25/SR.24, *supra* note 77, p. 7.

79) UN Doc. E/AC.25/SR.5, pp. 8-9.

80) *Ibid.*, p. 9.

81) *Ibid.*, pp. 10, 15-16.

82) *Ibid.*, p. 9.

られていると述べた<sup>83)</sup>。

フランス代表は、自国が提出した条約草案<sup>84)</sup>を想起した上で、挑発や扇動の手段を詳細に列挙するよりも、一般的な定義が望ましいと主張した<sup>85)</sup>。また、フランス草案第2条が用いる挑発および教唆の文言につき、議長であるアメリカ代表よりこれらは共同謀議と同義であるかを問われた際、フランス代表は、挑発はある行為の達成に向けて駆り立てることを前提とすることから、教唆よりも強い文言であり、共同謀議については、有害な行為を行うために複数の個人が集合している状態を示していると説明した<sup>86)</sup>。

レバノン代表は、事務総長草案における公然たるプロパガンダ罪の注釈でも言及されていた、心理状態を形成するプロパガンダについて、条約で言及する必要があると述べる。その一方で、戦時において敵への憎悪を掻き立てることを目的とした運動を国家が行うことは珍しくなく、このような市民の道徳を高めるために役立つ運動は、ジェノサイドを扇動するためのプロパガンダとみなされるべきではないと主張した<sup>87)</sup>。また、同国代表は、戦時において政府や報道機関が、敵対国の完全な破壊ではなく、憎悪を掻き立てることを目的としている場合、戦争に勝利するという決意と、敵対国を破壊するという決意とをどのように区別すべきなのかと疑問を

83) *Ibid.*, p. 14.

84) UN Doc. E/623/Add.1. 同草案第2条は、「ジェノサイドの未遂、挑発または教唆 (provocation or instigation) もまた犯罪である」と規定していた (*ibid.*, p. 1)。なお、instigation という語は、扇動という訳も有している。しかしながら、例えば ICTY 規程第7条1項では、instigation という語につき、教唆と訳されており、扇動罪とは区別されていること (植木俊哉・中谷和弘編集代表『国際条約集』(有斐閣, 2022年) 414頁), instigate は、abet と同義であり (田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会, 1991年) 457頁), abet は、教唆または幫助と邦訳されていること (同上, 3頁), incitement は、教唆とも訳されるが、「他人が犯罪の実行に着手しない場合にも (中略) 処罰される」(同上, 433頁) といわれていることから、未完成犯罪の形態として把握されていること、我が国における教唆犯は、正犯による犯罪の実行がなければ成立しないことから、犯罪の実行や結果の発生如何にかかわらず独立して処罰される incitement とは異なること、以上の点から incitement を扇動、instigation を教唆と邦訳している。

85) UN Doc. E/AC.25/SR.5, *supra* note 79, p. 10.

86) *Ibid.*, p. 12. なお、議長であるアメリカ代表は、このフランス代表の見解は未遂および共同謀議の処罰の問題であるとの認識を示した (*ibid.*)。

87) *Ibid.*, p. 10.

呈した<sup>88)</sup>。その上で、ジェノサイド行為以前に憎悪の運動は禁止されるべきであるが、戦時における必要な防衛手段とは区別されるべきであると主張した<sup>89)</sup>。

ソ連代表は、プロパガンダ罪処罰の提案理由につき、出版・報道の自由への攻撃を意図しているものではないとした上で、ニューヨーク州刑法において当該自由を制限する規定が存在しているように、メディアを通じて行われるジェノサイドのプロパガンダについて非難が可能なのではないかと説明した<sup>90)</sup>。また、ヒトラー系のメディアが人々の心理に与えた影響を想起した上で、自国が提出した覚書におけるプロパガンダ罪と扇動罪との関係性から、両者を統合し、ジェノサイドを実行することの直接かつ公然たる扇動が、あらゆる形態のプロパガンダに適用されるようすべきであると主張した<sup>91)</sup>。

これらの見解が示された後にソ連代表は、議長の要請にしたがって、「委員会は、人種的、国民的または宗教的な敵意もしくは憎悪を扇動することを目的として、また、ジェノサイド行為の実行を挑発することを計画して、あらゆる形態のジェノサイドのためのプロパガンダ(出版、ラジオ、映画など)に従事することを条約の処罰対象とすべきであることに留意する」という原則を提案した<sup>92)</sup>。これに対してフランス代表は、この形式ではすべてのプロパガンダが網羅されていないとの懸念を示し、また、後段のプロパガンダは悪質な性質を有していると考えられることから、

88) *Ibid.*, p. 11.

89) *Ibid.*, p. 12. これらのレバノン代表の主張に対してフランス代表は、敵対国を完全に破壊することを目的としたプロパガンダは戦争の限界を超えるものであること、当該会合では具体的な事例を検討すべきではないこと (*ibid.*, p. 11)、戦時下における防衛手段との区別は、単に適用の問題であり、裁判所が判断すること (*ibid.*, p. 12) などと反論した。

90) *Ibid.*, pp. 10-11. 例えば 1939 年 1 月時点におけるニューヨーク州刑法は、第 10 章で広告に関する罪を規定し、その中でも第 120 条は、離婚させるための広告を配布または閲覧させるなどの行為の処罰を規定している。また、同法第 14 章で無政府主義 (anarchy) に関する罪を規定し、第 161 条において、無政府主義の唱道の処罰を規定していた。これらの点については、最高裁判所事務総局刑事局第三課編訳『ニューヨーク刑典』(法務府法制意見第四局、1950 年) 11-16 頁を参照。

91) UN Doc. E/AC.25/SR.5, *supra* note 79, p. 13. この主張に対してフランス代表は、ソ連覚書のようにプロパガンダの手段を限定的に列挙することは、予想外のプロパガンダを許容することになりかねないので、挑発という言葉を用いるべきであると述べた (*ibid.*, p. 13)。

92) *Ibid.*, p. 14.

直接的なプロパガンダに関する限りにおいてのみ、ソ連代表の提案を支持すると述べた<sup>93)</sup>。

## 第2項 第6回会合

1948年4月9日に開催された第6回会合においてソ連代表は、プロパガンダ罪の処罰を条約に列挙するか否かを決定すべきであると主張し、「ジェノサイドの扇動を目的としたあらゆる形態のプロパガンダ(出版、ラジオ、映画など)は、犯罪とみなされるべきである」との原則を提案した<sup>94)</sup>。これに対してフランス代表は、プロパガンダ罪の処罰に係る原則を法的な形式で委員会が表明することは時期尚早であり、委員会に全会一致で受け入れられる形式を模索することが重要であるから、現段階で得られた一般的な合意を記録するにとどめるべきであると述べた<sup>95)</sup>。

ソ連代表は、これに同意した上で、委員会はジェノサイドの扇動を目的としたプロパガンダを処罰すべき犯罪として決定したとの声明を記録に残すべきであると提案したが、これに対してアメリカ代表は、現段階でこのような声明を決定することはむしろ、見解の相違を激化させる恐れがあるので、記録を残すことは延期すべきであると述べた。また、中華民国代表も同様に、共同謀議、未遂、扇動および挑発は、犯罪とみなされるべきであると述べた一方、プロパガンダ罪に関する立場を留保して決定の延期に同意した<sup>96)</sup>。

レバノン代表は、折衷案としてプロパガンダの使用によるジェノサイドの教唆を処罰対象として認めるという原則を合意するよう提案した<sup>97)</sup>。これに対して、議長としてアメリカ代表は、条約にプロパガンダの概念を含めるべきか否かを決定するよう委員会は求められていることから、折衷案は不要であるとし、アメリカ代表としては基本的な原則について直ちに決定を下すことには賛成できないと述べた<sup>98)</sup>。以上のような議論の後に、プロパガンダ罪の処罰に関して各国代表より次のような

93) *Ibid.* また、レバノン代表は、ソ連覚書とフランス草案には根本的な差異がないことから、原則が関係する限りでフランス草案を支持すると述べた(*ibid.*)。

94) UN Doc. E/AC.25/SR.6, pp. 2-3.

95) *Ibid.*, p. 3.

96) *Ibid.*

97) *Ibid.*

98) *Ibid.*, p. 4.

見解が示された。

ポーランド代表は、上述した中華民国代表の発言に予備行為が含まれていない点について、未遂および予備行為は法的に区別されるものであるとの見解を示した。これに対して中華民国代表は、予備行為は共同謀議に包摂されていると考えていたが、「共同謀議、予備、未遂、直接扇動および公然たる挑発は、処罰される」との修正を行うと述べた<sup>99)</sup>。その上で、ポーランド代表は、議長であるアメリカ代表に対して、ジェノサイドの扇動罪を処罰対象とみなしているのかと問い、そうであるならば、扇動の一形態であるプロパガンダの問題は、すでに解決済みであると述べた。これに対してアメリカ代表は、扇動という文言には未遂、あるいは共同謀議の形態が含まれているということには同意するが、プロパガンダという新たな要素を含むとして扇動罪の解釈を拡大することには同意できないと述べた<sup>100)</sup>。

ベネズエラ代表は、委員会が直面している問題は言語や法制度の相違に由来するものであると述べた上で、扇動という文言にはプロパガンダの意味合いが包摂されていることから、ベネズエラ刑法においてはプロパガンダ罪についての言及は不要であると述べた<sup>101)</sup>。

ソ連代表は、上述した中華民国代表の修正に関する議論は起草段階に達するまで延期すべきであると述べ、現在の委員会に存在する問題は、犯罪を目的とする出版、ラジオ、映画のようなメディアの違法な使用を、処罰対象としてみなすのか否かであると述べた。また、同国代表は、第1章第4節でみたアメリカ政府によるコメントを引用し、アメリカにも絶対的な言論の自由は存在していないと反論した。その上でソ連代表は、「委員会は、出版、映画、ラジオを用いて、ジェノサイドを支持するあらゆる形態のプロパガンダの処罰を条約は規定すべきであると決定する」との提案を行い、これを投票するように求めた<sup>102)</sup>。

これに対して議長は、ソ連提案を直ちに投票に付しても全会一致には至らないであろうが、起草段階で折衷案が成立する可能性はあると述べ、プロパガンダ罪の処

99) *Ibid.* また、フランス代表は、この中華民国代表の発言に同意した上で、扇動と挑発の双方に公然たるという文言を挿入すべきであると述べた (*ibid.*)。

100) *Ibid.*

101) *Ibid.*, p. 5.

102) *Ibid.*, pp. 5-6.

罰に関する議論の延期についてまずは投票すべきであると主張した<sup>103)</sup>。その後、投票が行われ、延期賛成4、反対3で当該議論は延期となった<sup>104)</sup>。

### 第3項 第16回会合

既述のように第16回会合は、プロパガンダ罪の処罰についても重要な論点を検討していた。ソ連代表は、「人種的、国民的または宗教的な敵意もしくは憎悪を扇動することを、また、ジェノサイド罪の実行を挑発することを目的としたあらゆる形態の公然たるプロパガンダ（出版、ラジオ、映画など）」の処罰を採択するように提案した<sup>105)</sup>。その上で、これに対する各国代表の見解は次のようなものであった。

ポーランド代表は、上記ソ連提案の文言の下では、憎悪のプロパガンダ単体では有罪とはならない、つまり、犯罪を組織的かつ教唆する意図をもって、継続して行われることが必要であると分析し、実践的には最も極端な事案に当該提案は適用されると述べた。加えて、当該提案を採択しなかった場合、一個人が口頭でジェノサイドの扇動を行ったとして処罰される一方、報道機関を通じて同様の扇動を行った者は処罰されないという矛盾した状態に条約が陥ると主張した<sup>106)</sup>。

レバノン代表は、ソ連提案を、①人種的、国民的または宗教的な憎悪の間接的な(indirect)扇動、②犯罪の扇動と分析した上で、ポーランド代表の説明にしたがえば、プロパガンダの主体は憎悪の扇動に犯罪の扇動が伴わない限り処罰されないのので、この解釈が正しいとすれば、すでに委員会は当該行為を公然たる扇動として犯罪化しているゆえに、当該提案は不要であること。加えて、出版・報道の自由を著しく制限するのであれば、プロパガンダ罪の処罰を条約に規定しない方が望ましいと主張した<sup>107)</sup>。

中華民国代表は、ソ連代表がプロパガンダ罪の処罰という提案を行った道徳的動機には賛成するが、ソ連提案に列挙される行為は、すでに公然たる扇動として草案に規定されていることから、レバノン代表の考えに同調せざるを得ないと述べた<sup>108)</sup>。

103) *Ibid.*, p. 6.

104) *Ibid.*

105) UN Doc. E/AC.25/SR.16, *supra* note 68, p. 6.

106) *Ibid.*, p. 8.

107) *Ibid.*, pp. 8-9.

108) *Ibid.*, p. 9.

ベネズエラ代表は、条約には一般的な文言を組み込むべきであり、条約の規定を国内法化する際、具体的な事案を定義するのは国内立法機関であるがゆえに、ソ連提案に反対票を投じると述べた<sup>109)</sup>。

フランス代表は、レバノンおよび中華民国代表の主張に同意した<sup>110)</sup>上で、テレビ、ビラ張りなどのプロパガンダ手段が存在するにもかかわらず、ソ連提案はこれらについて言及がなく限定的であること、さらには、犯罪の扇動の手段としてもこれらは使用されるので、出版・報道の自由を危険にさらさないためにも、扇動罪の処罰で十分であると述べた<sup>111)</sup>。

議長としてアメリカ代表は、ジェノサイドの禁止は報道機関を封じるような措置と混同すべきでなく、当該プロパガンダ罪の処罰に関する提案が採択された場合、人間集団に対する敵対的な言説が、ジェノサイドの扇動罪として非難される恐れがあると述べ、このことは言論の自由、特に広範囲で出版・報道の自由を侵害し得るものであると主張した。加えて、扇動罪および予備行為を処罰することで合意されており<sup>112)</sup>、犯罪の扇動を表すかもわからない、あるいは犯罪の動機となるかもわからない憎悪の扇動など、犯罪の実行からかけ離れた理由による処罰規定を設けることにより、出版・報道の自由を損なう危険をおかすことは賢明ではない。したがって権利章典の廃止を意味し、また、自国の自由な出版・報道制度を危うくするような規定を受け入れることはできず、委員会の構成員に対して、条約の批准を危険に陥らせるような規定を採択しないように呼びかけた<sup>113)</sup>。

ソ連代表は、過去のプロパガンダによる被害を想起した上で、出版・報道の自由を制限する意図はなく、わいせつ出版物に関する犯罪以上に当該自由を制限するものではないと述べた<sup>114)</sup>。また、同国代表は、自国の提案に対する唯一の異議はアメリカ代表からであり、中華民国、レバノン、ベネズエラの各国代表は当該提案の重

109) *Ibid.*

110) *Ibid.*

111) *Ibid.*, p. 10.

112) なお、ジェノサイドの予備行為については、定義の困難性や、共同謀議または共犯規定で対処できるなどの理由から、後に削除されている (*see*, UN Doc. E/794, *supra* note 77, pp. 22-23)。

113) UN Doc. E/AC.25/SR.16, *supra* note 68, pp. 7-8.

114) *Ibid.*, p. 7.

要性に同意している一方、当該提案の目的は扇動罪規定に包摂されているとこれらの代表は考えていたと述べた。その上で、過去に何百万もの被害者を出した扇動の最も邪悪な形態の1つであるプロパガンダについて委員会は、明確に言及すべきであると主張し、大多数の代表は当該提案に反対する見解を示していないことから、プロパガンダ罪の処罰は委員会に受け入れられる形式に修正することが可能であると述べた。さらに、同国代表は、特にアメリカ代表が主張する出版・報道の自由との関係について、他国に対する敵対的な言説はジェノサイドとはみなされず、当該提案は、プロパガンダの手段を用いて、意図的かつ組織的に犯罪を準備することの処罰を目的にしていると述べた。加えて、上述した「明白かつ現在の危険」という法理の基盤を築いたホームズ裁判官による、劇場で火事だと叫ぶことは、人命を危険にさらす可能性があるため、言論の自由は抗弁にすらならないと言説を想起し、自国の提案は、アメリカ法とも矛盾するものではないなどと述べた<sup>115)</sup>。

これらの見解が示された後にソ連提案は投票に付され、その結果、賛成2、反対5でプロパガンダ罪の処罰は、独立して規定されないこととなった<sup>116)</sup>。

#### 第4節 小括

本章においては、特別委員会における扇動罪規定およびプロパガンダ罪の処罰に関する議論を確認した。同委員会において、現行の条約に規定される扇動罪の解釈にあたり重要な議論が展開された。事務総長草案に規定されていた、扇動が「成功するか否かを問わず」という文言についてベネズエラ代表は、当該文言を挿入することにより、条約の目的は処罰のみならず、防止も含まれていることを強調することになると主張していた。この主張は、扇動罪規定が防止規則としての側面を有していること、また、ジェノサイドが発生しなくとも扇動罪は独立して処罰されることとして、未完成犯罪の形態であることを強調する趣旨であったこと、以上の点を明らかにするものである。

加えて、ポーランド代表の見解では、扇動罪の処罰には目的たる犯罪の発生を要求することから、ジェノサイドの扇動罪に関しては、「成功するか否かを問わず」という文言を挿入すべきであると、同国代表が主張している点にも注視すべきである。

115) *Ibid.*, pp. 9-10.

116) *Ibid.*, p. 11.

これは、上述したように、各国の国内法における扇動罪の処罰が目的たる犯罪の発生を要求していようと、ジェノサイドの扇動罪に関しては、ベネズエラ代表の主張と同様に、目的たる犯罪の発生如何にかかわらず、独立して処罰される未完成犯罪の形態であることを明確にしようとする趣旨で主張されたものであった。それゆえに特別委員会は、このような趣旨で提案されていた当該文言の挿入を決定したことから、扇動罪の処罰にあたり、ジェノサイドという目的たる犯罪が発生することを不要であると考えたのである。この点で、特別委員会における議論は、ジェノサイドの扇動罪に対して因果関係を要求するの可否かという論点について、重要な議論であったと位置付けられよう。

次に、同委員会におけるプロパガンダ罪の処罰に関する議論は、ソ連代表の提案を基盤として行われた。同国代表は、憎悪の扇動に関するプロパガンダおよび「ジェノサイド罪の実行を挑発することを目的としたあらゆる形態のプロパガンダ」の処罰を条約に組み込むべきである旨主張し、これにポーランド代表が賛成の見解を示した。これに対してアメリカ代表は、合衆国憲法における出版・報道の自由を侵害し得ることなどを理由に、プロパガンダ罪の処罰に反対であるとの見解を示した。その他の代表は、憎悪の扇動に関するプロパガンダの処罰を条約に組み込むことについては否定していた一方、「ジェノサイド罪の実行を挑発することを目的としたあらゆる形態のプロパガンダ」は扇動罪規定に包摂されているとして、独立した規定は不要であるとの見解を示していた。

本章でみたプロパガンダ罪に関する議論より、同罪が独立して規定されなかった理由をみると、次のようにまとめることができよう。ソ連代表が提案したプロパガンダ罪の処罰は、① 憎悪の扇動に関するプロパガンダ、② 「ジェノサイド罪の実行を挑発することを目的としたあらゆる形態のプロパガンダ」と区分できるが、①に関しては処罰の重要性が認識されていた一方、出版・報道の自由との抵触も鑑みて、条約の処罰対象から除外されていた。その一方で、②については、扇動罪規定に包摂されているとレバノン、フランス、中華民国の各国代表は考えていたことから、独立して規定されることはなかった。また、プロパガンダの手段を同提案が列挙していたことについても不明確さを拭えず、それらは、扇動罪規定で処罰できると把握されていたことも独立して規定されなかった一要因であろう。さらには、レバノン代表が①のプロパガンダを、「間接的」な扇動と把握していたことも、扇動罪規定

の扇動という文言を解釈するにあたり注視すべきではなかろうか。すなわち、「間接的」な扇動とは、憎悪に関する扇動を指していたことから、この「間接的」な憎悪の範疇を扇動が超えた場合、直接的な扇動を構成するとレバノン代表は考えていたように思われる。加えて、特別委員会の構成員の多くは、レバノン代表のこの見解に反対の意見を示していない。

以上のことから、②の「ジェノサイド罪の実行を挑発することを目的としたあらゆる形態のプロパガンダ」が独立して規定されなかった理由は、これを「間接的」な扇動ではなく、直接的な扇動として把握した上で、扇動という文言に、②のプロパガンダを包摂することによって、扇動罪規定により処罰が可能であると特別委員会の大多数の構成員が結論付けたことによるものと分析し得るのである。この点で、扇動罪規定における扇動という文言をいかに解釈するのかという論点につき、重要な議論であったといえよう。

このような議論を伴って第六委員会に付託された特別委員会草案であったが、それではなぜ「成功するか否かを問わず」および「非公然」という文言が削除され、今日のような規定になったのであろうか。また、プロパガンダ罪の処罰についても、再度議論がなされるが、特に上記の②に関するプロパガンダに関して、同委員会においてはいかなる見解が示されていたのであろうか。次章では、これらの点について以下に確認することとする。

※本研究の一部は、青山学院大学アーリーイーグル研究支援制度の支援によって行われた。