

# 「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」

——国家の「侵略」を構成要件要素とする「侵略の罪」に基づく個人の処罰——

木 原 正 樹

## 目 次

はじめに

第一章 個人の「侵略の罪」をめぐる対立の焦点としての国家の「侵略」

第一節 「侵略の罪」に関する諸提案間の相異点

第二節 「侵略」を焦点とする対立の原因

第三節 個人の「侵略の罪」の構成要件要素としての国家の「侵略」

第二章 「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」の特異性

第一節 個人の行為を前提とする「ジェノサイド罪」、「人道に対する罪」及び「戦争犯罪」

第二節 国家の「侵略」を前提とする個人の「侵略の罪」と国家の刑事責任との関係

おわりに

## はじめに

一九九四年に国際刑事裁判所規程草案が起草され、一九九八年に「国際刑事裁判所規程に関するローマ条約」(以下、ローマ条約とする)<sup>1)</sup>が結ばれた。その第五条1項には、常設国際刑事裁判所の対象犯罪として、以下のように、

「ジェノサイド罪」、「人道に対する罪」および「戦争犯罪」と並んで、「侵略の罪」も規定されている。

ローマ条約第五条（裁判所の管轄に属する犯罪）

1 裁判所の管轄は、国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪に限られる。裁判所は、この規程に従って、次の犯罪について管轄権を有する。

- (a) ジェノサイド罪
- (b) 人道に対する罪
- (c) 戦争犯罪
- (d) 侵略の罪

このように、「侵略の罪」も、「ジェノサイド罪」、「人道に対する罪」または「戦争犯罪」と同様、個人が処罰される「個人の国際犯罪」として法典化が進展しているといえる。

ところが、ローマ条約第五条2項は、「侵略の罪」についてのみ、その定義について合意が得られるまで、かつ「当該犯罪に対して裁判所が管轄権を行使する条件を定める規定が採択され」るまで、常設国際刑事裁判所の管轄権行使が凍結されている<sup>(2)</sup>。なぜ、「侵略の罪」以外の犯罪については、常設国際刑事裁判所の管轄権行使が凍結されているにもかかわらず、「侵略の罪」についてののみ、常設国際刑事裁判所の管轄権行使が凍結されているのだろうか。その原因は、単なる手続上、各国間の政治的利害関係を調整するのが困難なだけなのだろうか、それとも、「侵略の罪」はそれ以外の犯罪とは法的に異なる性質を有しているためなのだろうか。これが、本稿で取り扱う問題である。

「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」（木原）

- (1) *International Legal Materials*, Vol.37, pp. 1002-1069 (1998).
- (2) *Id.*, p. 1004.

## 第一章 個人の「侵略の罪」をめぐる対立の焦点としての国家の「侵略」

### 第一節 「侵略の罪」に関する諸提案間の相異点

ローマ条約第五条2項は、「侵略の罪」について、常設国際刑事裁判所の管轄権行使を凍結する理由として、その定義について合意が得られていないこと、および「当該犯罪に対して裁判所が管轄権を行使する条件を定める規定が採択され」ていないことを挙げている。つまり、「侵略の罪」の定義および「侵略の罪」に対する常設国際刑事裁判所の管轄権行使の条件について、国際社会の合意が得られていないために、当該管轄権行使は凍結されているのである。そこで、ローマ会議の準備過程の段階から会議中まで主張された「侵略の罪」に関する様々な提案をみると、国際法委員会による国際刑事裁判所規程草案第二〇条および第二三条における「侵略の罪」の提案と、ローマ会議におけるアラブおよびアフリカの非同盟諸国一四カ国による「侵略の罪」の共同提案と、ドイツを中心とする数ヶ国がローマ会議で提案した「侵略の罪」は、それぞれ、大きく異なる特徴を有していた(別表参照)。以下、これら三つの提案(順に、国際法委員会提案、非同盟諸国提案およびドイツ・グループ提案と呼ぶ)について、それぞれの特徴を説明する。

まず、国際法委員会提案をみてみよう。これは、次の二つの条項からなる。

別表 「平和に対する罪」および「侵略の罪」における「侵略」、および個人の実行行為

	「侵略」	個人の実行行為
「平和 に対する 罪」	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 侵略戦争</li> <li>• 国際条約、協定もしくは保証に違反する戦争</li> </ul>	「侵略」の計画、準備、開始、遂行 又は以上の行為のいずれかを達成 するための共通の計画もしくは共 同謀議への関与
五一年 「法典 草案」 ( 1 )	侵略行為—この行為には、個別的もしくは集団 的自衛以外の目的をもった、又は、国際連合の 権限ある機関の決定もしくは勧告を履行する以 外の目的をもった、他国に対する武力行使が含ま れる。	国家の当局 ( authorities ) による 他国に対する武力行使が含まれる
非 同 盟 諸 国 提 案	<p>他国の主権、領土保全もしくは政治的独立性、 または、その国の人民の不可譲の ( inalienable ) 権利に対する脅威または侵害を目的として、国 連憲章に違反しての武力に訴える ( resorting to armed force ) ことにより、他国民から民族 自決、自由及び独立の権利を剥奪する行為：</p> <p>(a) 他国の武力行使による一国への領土侵攻 ( invasion ) もしくは攻撃、たとえ一時的で あっても当該侵攻から結果として生じる軍事 的占領、又は他国もしくはその一部の領域に 武力を行使することによる併合</p> <p>(b) 他国の領域に対する一国の武力行使による 爆撃または武器の使用</p> <p>(c) 武力行使によって他国の港または沿岸を封 鎖すること</p> <p>(d) 武力行使によって他国の領土もしくは領海 または空軍もしくは海軍を攻撃すること</p> <p>(e) 受入国との協定によって与えられた条件に 違反して他国の領域内で武力を行使すること または当該協定の満了期間をこえて当該領域 内に駐留しつづけること</p> <p>(f) 他国が自由に使用できる自国の領域におい て、当該他国が第三国に対する侵略行為を犯 すために使用することを許す行為</p>	国家の政治的、軍事的行動を指 示する権限ある者 ( person ) また は指揮を実行する立場にある者 によって犯される「侵略」

「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」(木原)

一一五七 (一一五九)

	(g) 上記の諸行為に相当する重大性を有する武力行為を他国に対して実行する武装部隊、集団、不正規兵又は傭兵の国家による派遣、もしくは国家のための派遣、又はかかる行為に対する国家の実質的関与	
ドイツ・グループ提案	他国の領土保全もしくは政治的独立性に対して向けられた、国家による武力攻撃 (armed attack directed by a State) であって、(軍事) 占領もしくは併合を達成する (establishing) という目的または結果を伴うもので、かつ国連憲章に (明らかに) 反している (と安全保障理事会によって決定された) もの	1. 国家の政治的もしくは軍事的行動を指示する権限ある個人 (individual) または指揮を実行する立場にある個人によって行われる、 (a) 開 始 (b) 実 行 2. 1項の攻撃が行われた場合に 国家の政治的もしくは軍事的行動を指示する権限ある個人 (individual) または指揮を実行する立場にある個人によって行われる、 (a) 計 画 (b) 準 備 (c) 命 令
ICC 規程草案 (2)	第二三条2項： 安保理によって、告訴 (complaint) の対象となる侵略行為を行った、と認定された国家の行為	第二三条2項コメントリー： 国家に代わって (on behalf of) 侵略の計画および遂行に参加することのできる個人による行為であるがために、起訴可能な行為
九六年「法典草案」(3)	国家によってなされた侵略	「侵略」の計画、準備、着手又は遂行に、指導者又は組織者として積極的に関与し又はこれを命令したもの

- 1: 国際法委員会による、1951年作成、1954年改定の「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」第二条
- 2: 国際法委員会による、1994年作成の国際刑事裁判所規程草案
- 3: 国際法委員会による、1996年作成の「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」第一六条

第二〇条（裁判所の管轄に属する犯罪）

裁判所はこの規程にしたがって、次の犯罪について管轄権を有する。

- (a) ジェノサイド罪
- (b) 侵略の罪
- (c) 武力紛争において適用可能な法または慣習の重大な違反
- (d) 人道に対する罪
- (e) 申立てによれば、国際的利害に関する例外的に重大な犯罪となるものであって、付属書に列挙された条約によって犯罪とされるもの

第二三条（安全保障理事会の行動）

2 告訴の対象となつている侵略行為について、国家が行つたということを安全保障理事会が告訴前に決定していない限り、侵略行為の告訴または侵略行為に直接関係する告訴はこの規定の下では認められない。

これらの条文からみて、この提案は、第一に、「侵略の罪」について規定するうえで「侵略」の定義については一切ふれていないこと、第二に、安保理による「侵略」の認定を「侵略の罪」に対する管轄権行使の条件としていることという特徴を有していたといえる。

次に、非同盟諸国提案をみてみよう。これは、以下のような規定であつた。<sup>(9)</sup>

1. この規程の適用上、侵略の罪とは、国家の政治的、軍事的行動を指示する権限ある者（person）又は指揮を

「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」（木原）

実行する立場にある者によって犯される犯罪であつて、他国の主権、領土保全もしくは政治的独立、又は、その国の人民の不可譲の(inalienable)権利に対する脅威又は侵害を目的として、国連憲章に違反しての武力に訴える(resorting to armed force)ことにより、他国民から民族自決、自由及び独立の権利を剥奪する犯罪である。

2・侵略を構成する諸行為とは、

- (a) 他国の武力行使による一国への領土侵攻(invasion)もしくは攻撃、たとえ一時的であつても当該侵襲から結果として生じる軍事的占領、又は他国もしくはその一部の領域に武力を行使することによる併合
- (b) 他国の領域に対する一国の武力行使による爆撃又は武器の使用
- (c) 武力行使によつて他国の港又は沿岸を封鎖すること
- (d) 武力行使によつて他国の領土もしくは領海又は空軍もしくは海軍を攻撃すること
- (e) 受入国との協定によつて与えられた条件に違反して他国の領域内で武力を行使すること、又は当該協定の満了期間をこえて当該領域内に駐留しつづけること
- (f) 他国が自由に使用できる自国の領域において、当該他国が第三国に対する侵略行為を犯すために使用することを許す行為
- (g) 上記の諸行為に相当する重大性を有する武力行為を他国に対して実行する武装部隊、集団、不正規兵又は傭兵の国家による派遣、もしくは国家のための派遣、又はかかる行為に対する国家の実質的関与

この規定からみて、この提案は、第一に、一九七四年に、総会で採択された「侵略の定義に関する決議」第三条の

「侵略」の定義をそのまま使つて<sup>(10)</sup>、「侵略」の定義を詳細に規定しており、この点で、この提案は、国際法委員会提案とは異なるものであつた。また、第二に、安保理による「侵略」の認定については規定されておらず、その認定を「侵略の罪」に対する常設国際刑事裁判所の管轄権行使の条件とすることは否定されていたといえる。したがつて、この点でも、この提案は、国際法委員会提案とは異なるものだったのである。

最後に、ドイツ・グループ提案をみてみよう。この提案では、安保理の「侵略」の認定を「侵略の罪」に対する常設国際刑事裁判所の管轄権行使の条件とすることを妨げない旨の注 (note) が冒頭に付されたうえで、以下のような「侵略」の定義が「侵略の罪」の定義のなかにおかれていた。<sup>(11)</sup>

他国の領土保全もしくは政治的独立に対して向けられた、国家による武力攻撃 (armed attack directed by a State) であつて、(軍事) 占領もしくは併合の達成 (establishing) という目的または結果を伴うもので、かつ国連憲章に(明らかに) 反している(と安全保障理事会によつて決定された) もの

このように、一方で、安保理による「侵略」の認定を「侵略の罪」に対する管轄権行使の条件とすることを認めていた点では、この提案は、国際法委員会提案と共通し、非同盟諸国提案とは異なる特徴を有していたといえる。他方で、「侵略の罪」の定義のなかに「侵略」の定義をおいていた点では、この提案は、非同盟諸国提案と共通し、国際法委員会提案とは異なる特徴を有していたともいえる。そのため、この提案は、非同盟諸国提案と国際法委員会提案とを折衷しようとするものであつたといえよう。但し、この提案は、「侵略の罪」の定義のなかにおかれた「侵略」の定義が「侵略の定義に関する決議」第三条の「侵略」の定義をそのまま使つたものではなかつた点でも、非同盟諸国提案とは異なつていたのである。



「侵略の罪」に関する諸提案間の相異点は、「侵略」を焦点として、以下の三点にまとめられる。すなわち、第一に、安保理による「侵略」の認定を「侵略の罪」に対する管轄権行使の条件とするかどうか、第二に、「侵略の罪」の定義のなかに「侵略」の定義をおくかどうか、第三に、「侵略の罪」の定義のなかに「侵略」の定義をおく場合、「侵略の定義に関する決議」第三条の「侵略」の定義をそのまま使うかどうか、という三つの点で異なる提案が行われてきたのである。このように、「侵略の罪」に関する諸提案は、三つの点で異なっていたが、これらの相異点は、いずれも、「侵略」を焦点とするものであったといえる。

## 第二節 「侵略」を焦点とする対立の原因

「侵略の罪」に関する諸提案が、「侵略」を焦点とする三つの点で異なっていた。どのような原因で対立が生じていたからなのだろうか。ここで、「侵略の罪」をめぐる対立の原因を明らかにするには、「侵略」を焦点とする三つの相異点について、それぞれ異なる見解にたつこととどのように法的効果が異なってくるのか、を検討することが必要であると考えられる。そこで、以下、第一に、安保理による「侵略」の認定を「侵略の罪」に対する管轄権行使の条件とするかどうか、第二に、「侵略の罪」の定義のなかに「侵略」の定義をおくかどうか、第三に、「侵略の罪」の定義のなかに「侵略」の定義をおく場合、「侵略の定義に関する決議」第三条の「侵略」の定義をそのまま使うかどうか、それぞれ、どのように法的効果が異なってくるのか、について順に検討する。

第一に、「侵略の罪」に関する諸提案が、安保理による「侵略」の認定を「侵略の罪」に対する管轄権行使の条件とするかどうかによって、どのように法的効果が異なってくるのか、について検討しよう。例えば、安保理による「侵略」の認定を「侵略の罪」に対する管轄権行使の条件とする場合、ある国家が「武力行使」を行ったとすると、

まず、憲章第七章の下で安保理が当該「武力行使」について、「侵略」に該当するかどうかを審議し<sup>12)</sup>、「侵略」が認定されれば、その後、国際刑事裁判所の管轄権行使が開始されることになる。逆に、安保理が「侵略」を認定しなれば、国際刑事裁判所の手続きは開始されず、「侵略の罪」に基づく処罰も不可能になる。また、安保理による「侵略」の認定を「侵略の罪」に対する管轄権行使の条件としない場合には、安保理が「侵略」を認定するかどうかにかかわらず、国際刑事裁判所の手続きは開始されることになる。

ここで、安保理による「侵略」の認定は政治的な理由で行われることから、その認定を「侵略の罪」に対する管轄権行使の条件とする場合には、「侵略の罪」に基づく訴追開始の点において不平等なものになり、ひいては処罰の点においても不平等なものになる場合がある。例えば、常任理事国の「武力行使」については、法的には「侵略」に該当する事例であつたとしても拒否権のため安保理が「侵略」を認定することはありえない<sup>13)</sup>。そのため、安保理による「侵略」の認定を「侵略の罪」に対する管轄権行使の条件とした場合には、「侵略の罪」に基づく処罰が不平等なものになる場合がある。逆に、常任理事国以外の国家の「武力行使」については、法的には「侵略」に該当しない事例でも政治的な理由から安保理が「侵略」を認定する可能性もある<sup>14)</sup>。そのため、安保理による「侵略」の認定を「侵略の罪」に対する管轄権行使の条件とした場合には、「侵略の罪」に基づく訴追が開始されるかどうかについて、不平等になるのである。したがって、このような不平等を避けるためには、非同盟諸国提案のように、安保理による「侵略」の認定を「侵略の罪」に対する管轄権行使の条件としないことが必要であるといえる。にもかかわらず、国際法委員会およびドイッグループが、安保理による「侵略」の認定を「侵略の罪」に対する管轄権行使の条件とすることを提案したのは、憲章第七章上、「侵略行為」に対する制裁が発動されないような場合にまで、「侵略の罪」に基づく個人処罰が行われることは避けるべきであると考えたからであるといえよう。

実際に、国際法委員会は、国際刑事裁判所規程草案のコメンタリーで、以下のように述べていた。まず、同草案第二〇条のコメンタリーでは、「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」は特別なものであり、国連憲章第七章の下で安保理に特別な責任を負わされているため、一定の保障措置(safeguards)に従うことを条件とする場合のみ、国際刑事裁判所の対象犯罪に含めうる犯罪である」と述べられていた。<sup>15)</sup>ここでいう「保障措置」は同草案第二三条に規定されていると解されるが、そのコメンタリーでは「侵略の罪」に基づくいかなる個人処罰も、国家が「侵略」を行ったという認定を条件としており、当該認定は国連憲章第七章の下で安保理によって行われる」と述べられていた。<sup>16)</sup>これらのコメンタリーでは、何を「保障」しようとしているのかは明らかではない。しかし、「侵略」の認定が国連憲章第七章の下で安保理によって行われるとすると、その結果、憲章第七章上、「侵略行為」に対する制裁が発動されないような場合にまで、「侵略の罪」に基づく個人処罰が行われることは避けられることになることは明らかである。このことからみて、国際法委員会は、少なくとも、「侵略の罪」に基づく個人処罰に関する規定が憲章第七章上の制裁に関する規定と抵触しないための「保障措置」として、安保理による「侵略」の認定を「侵略の罪」に対する管轄権行使の条件とすることを提案した、ということも明らかであるといえよう。

その他にも、一九九五年の国際法委員会の討議において、ブレグが、「憲章上、拒否権のため常任理事国が侵略国と認定されることがないのは残念であるが、これは一九四五年から続いている制度であり、国際法委員会はかかる制度を変更できない」と指摘している。<sup>17)</sup>これは、安保理による「侵略」の認定を管轄権行使の条件とすることを認めれば拒否権のために、常任理事国の行為について「侵略の罪」に基づく処罰は行われないことになるが、このような事態は、憲章第七章上の制裁に関する規定と抵触しないためにはやむをえず生じるものであって、現実的限界として認めざるをえないことを指摘したものである。また、このような見解は、ローマ会議においても主張された。例えば、

ヴェストディッケンベルグ（ドイツ）は、「憲章上、國際の平和と安全の維持には安保理が主要な役割を担う必要があり、そのことを國際刑事裁判所規程上改正することはできず、第七章上の安保理の侵略認定権限を介在させざるをえない」と主張したのである。<sup>(18)</sup> さらに、このように主張された結果、ローマ条約上、「侵略の罪」に関する規定は「國際連合憲章の関連する規定と両立するものでなければならぬ」とされている（第五条2項後段）。この規定は、「侵略の罪」に関する國際刑事裁判所の権限には憲章上の関連規定から生じる現実的限界が存在することを示していると考えられる。<sup>(19)</sup> 要するに、「侵略の罪」に基づく個人処罰に関する規定が憲章第七章上の制裁に関する規定と抵触することを避けようとしたために、國際法委員会とドイツ・グループは、安保理による「侵略行為」の認定を「侵略の罪」に対する管轄権行使の条件とすることを提案したといえよう。

第二に、「侵略の罪」に関する諸提案が、「侵略の罪」の定義のなかに「侵略」の定義をおくかどうかについて異なっていたのは、どのような原因で対立が生じていたからなのだろうか。「侵略の罪」の定義のなかに「侵略」の定義をおくかどうかで、どのように法的効果が異なってくるのか、について検討しよう。例えば、ある国家が「武力行使」を行い、「侵略の罪」に基づく訴追が行われた場合、國際刑事裁判所は、まず、当該「武力行使」について「侵略」に該当するかどうかを認定することになる。この認定が肯定された場合に限り、個人の行為が「侵略の罪」に該当するかどうかを認定し、これも肯定された場合には、「侵略の罪」に基づく個人処罰が行われるのである。その際、「侵略の罪」の定義のなかに「侵略」の定義がおかれていれば、その定義に従って國際刑事裁判所は「侵略」の有無を認定しなければならない。このことからみて、非同盟諸国およびドイツ・グループは、「侵略の罪」の定義におかれた「侵略」の定義に従って國際刑事裁判所が「侵略」の有無を認定すべきであると考えて、「侵略の罪」の定義のなかに「侵略」の定義をおく提案を行ったといえる。

これに対し、国際法委員会は、国際刑事裁判所が「武力行使」について「侵略」に該当するかどうかを認定する際、「侵略の罪」の定義のなかにおかれた「侵略」の定義に従う、という制約を受ける必要はないと考えて、「侵略の罪」の定義のなかに「侵略」の定義をおかない提案を行ったといえる。確かに、国際法委員会提案でも、「侵略の罪」に関する明文規定に従って、国際刑事裁判所が「侵略」を含む「侵略の罪」の構成要件該当性を認定し、この認定に基づいて個人処罰が行われる以上、罪刑法定主義の原則に反するとはいえないようにもみえる。なぜなら、刑法不遑及の原則には反せず、少なくとも形式的には、「法律がなければ犯罪はなく、法律がなければ刑罰はない」(nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege)という原則に反してはいないからである。<sup>(20)</sup>しかし、国際法委員会提案のように、「侵略の罪」のなかに「侵略」の定義がおかれていないと、「侵略」の内容が不明確であるために、刑法の明確性の原則に反し、実質的には罪刑法定主義の原則に反するのではないかと、という問題が残る。なぜなら、「侵略」の定義については様々な見解が存在しているために、<sup>(21)</sup>具体的に「侵略」に該当する行為を個人が正確に認識することができず、その行動の自由を不当に抑制されかねないからである。<sup>(22)</sup>

このように、「侵略の罪」の定義のなかに「侵略」の定義をおかないと、刑法の明確性の原則に反し、実質的には罪刑法定主義の原則に反するのではないかという点は、第二次世界大戦直後からローマ会議まで指摘されてきた。例えば、総会決議一七七(II)(b)で「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」を準備することが要請されたこと<sup>(23)</sup>に従って、一九四九年に、国際法委員会はその準備を開始した。その討議のなかで、セル(フランス)およびアルフォロ(パナマ)は、罪刑法定主義の観点から「侵略」の定義をおき構成要件を明確にする必要があると強く主張したのである。<sup>(24)</sup>また、ローマ会議において、ドイツ・グループは、罪刑法定主義の観点から、「侵略の罪」の定義に「侵略」の定義をおき構成要件を明確にすべきであると主張した。例えば、ヴェストディッケンベルグ(ドイツ)は、

構成要件を明確にして罪刑法定主義に反しないために、「侵略」の定義を「侵略の罪」の構成要件上規定することが必要である、と主張したのである。<sup>(25)</sup>

この観点からみて、ドイツ・グループが、安保理による「侵略」の認定を「侵略の罪」に対する管轄権行使の条件としつつ、「侵略の罪」の定義のなかに「侵略」の定義をおくことを提案したのは、「侵略の罪」に基づく個人処罰に関する規定が憲章第七章上の制裁に関する規定と抵触することは避けつつ、構成要件を明確にして罪刑法定主義に反しないようにすべきであると考えたからであるといえよう。なぜなら、ドイツ・グループ提案に従えば、憲章第七章上、「侵略行為」に対する制裁が発動されないような場合にまで、「侵略の罪」に基づく個人処罰が行われることは避けることはできるうえ、安保理が「侵略」の認定をした場合にも、「侵略の罪」の定義のなかにおかれた「侵略」の定義に従って国際刑事裁判所は「侵略」の有無を認定することになるからである。

ところが、ドイツ・グループ提案は、ローマ会議で、一般的な支持を得られなかった。<sup>(26)</sup> それは、一方では、非同盟諸国が自ら行った提案に固執したからであつたが、他方では、常任理事国が国際法委員会における討議からローマ会議まで一貫して、安保理による「侵略」の認定を管轄権行使の条件とし、「侵略の罪」の定義のなかに「侵略」の定義をおかない提案を支持してきたからであつた。例えば、一九九一年の国際法委員会において、「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」の特別報告者ティラム(セネガル)が提案した、安保理による「侵略」の認定を条件とする「侵略の罪」の刑事訴追手続は、<sup>(27)</sup> マッカーフリー(アメリカ合衆国)、<sup>(28)</sup> バルセゴフ(旧ソ連)、<sup>(29)</sup> およびシー(中国)<sup>(30)</sup> といった安保理の常任理事国代表によって強く支持された。また、ローマ会議の準備段階から討議においても、常任理事国は、国際法委員会提案、すなわち、安保理による「侵略」の認定を管轄権行使の条件とし、「侵略の罪」の定義のなかに「侵略」の定義をおかない提案を支持してきたのである。<sup>(31)</sup>



ここで、安保理による「侵略」の認定を管轄権行使の条件とし、「侵略の罪」の定義のなかに「侵略」の定義をおかない提案に従えば、「侵略」の認定にあたり、安保理の影響を受けることになる。すなわち、安保理による「侵略」の認定がない場合には、「侵略の罪」に基づいて個人は処罰できない。その一方で、安保理による「侵略」の認定がある場合には、国際刑事裁判所が、「侵略の罪」の定義のなかにおかれた「侵略」の定義に従う、という制約を受けることなく、「侵略」の認定を行うことになる。この場合でも、安保理は政治的に「侵略」の認定を行ったにすぎず、国際刑事裁判所は、別途、法的に「侵略」の認定を行うことになる。その際、法的には、国際刑事裁判所は、安保理による「侵略」の認定に従って、「侵略」の認定を行う必要はない。しかし、事実上、安保理による「侵略」の認定に従って国際刑事裁判所が「侵略」の認定を行う可能性がないわけではない。このことからみて、常任理事国が国際法委員会提案を支持したのは、「侵略の罪」に基づく個人処罰に関する規定が憲章第七章上の制裁に関する規定と抵触することを避けるべきであると考えただけではなく、「侵略の罪」に基づく処罰を安保理の裁量の下におきたい、少なくともその影響下におきたいという政治的意図からであるといえよう。つまり、常任理事国は、一方で「侵略の罪」に基づく個人処罰を望まない場合には、安保理において拒否権を行使することで処罰を阻止しようとし、他方で、「侵略の罪」に基づく個人処罰を望む場合には、事実上、安保理による「侵略」の認定に従って国際刑事裁判所が「侵略」の認定を行うことを期待して、一貫して、国際法委員会提案を支持してきたと考えられるのである。

第三に、「侵略の罪」の定義のなかに「侵略の定義に関する決議」第三条の「侵略」の定義をそのままおくかどうかについて、非同盟諸国提案が肯定し、ドイツ・グループ提案が否定したのは、どのような原因があったからなのだろうか。「侵略の罪」の定義のなかに「侵略の定義に関する決議」第三条の「侵略」の定義をそのままおくかどうかで、どのように法的効果が異なってくるのか、について検討しよう。この点、非同盟諸国提案の下では、「侵略の

罪」に基づく個人処罰は、「侵略の定義に関する決議」第三条の「侵略」の定義に従って、国際刑事裁判所が「侵略」を認定して行われることになる。

これに対し、ドイツ・グループは、「侵略の罪」の構成要件を明確にして罪刑法定主義に反しないようにしようと、「侵略の罪」の定義のなかに「侵略」の定義をおくことを提案したが、「侵略の定義に関する決議」第三条の「侵略」の定義をそのまま使うことは提案しなかった。それは、ドイツ・グループが、以下のように、「侵略の罪」に基づく個人処罰の範囲を法的に妥当な範囲に限定しようとしたからであると考えられる。つまり、ドイツ・グループは、「侵略の定義に関する決議」第三条の「侵略」の定義に従って国際刑事裁判所が「侵略」を認定しても、「侵略の罪」の処罰が法的に妥当な範囲に限定されず、個人の行動の自由が不当に抑制されかねないと判断して、これを避けようとした、と考えられるのである。

この点、同決議上の「侵略」の定義については、安保理の認定の指針にすぎず、国際刑事裁判所が「侵略の罪」の処罰を法的に妥当な範囲に限定するために従うべき定義にはなりえないのではないか、という問題点がある。なぜなら、同決議の本文では、安保理に対し「憲章にしたがって侵略行為の存在を決定する際の指針として妥当な考慮を払うよう勧告」されたにとどま<sup>32)</sup>っており、そのため、同決議上の「侵略」の定義は、一般に、安保理の認定の指針にとどま<sup>32)</sup>ったがゆえに、常任理事国の合意も得て国際社会の合意を得たものにすぎないと解釈されているからである。このように、同決議上の「侵略」の定義が安保理の認定の指針にすぎないからこそ、第三条で八つの「侵略行為」が示されているといっても「網羅的なものではなく、安全保障理事会は、その他の行為が、憲章の規定の下で侵略を構成すると決定することができる」とされ（第四条）、安保理の裁量が認められている。また、「国際連合憲章に違反する武力の最初の使用は、侵略行為の一応の証拠を構成する」にとどま<sup>32)</sup>っており、「国際連合憲章に違反する武力」が



「使用」されたからといって、ただちに「侵略」に該当するわけではないと規定されているのである(第二条)。

但し、当初は、法的拘束力をもつ文書ではなかったものでも、その採択以降の国家実行において受け入れられることにより、慣習国際法となることはある。例えば、世界人権宣言に関しては、憲章解釈として一般的に受け入れられてきた結果、慣習国際法となったとみる見解が存在する。<sup>(33)</sup>この観点からみると、非同盟諸国は、「侵略の定義に関する決議」第三条の「侵略」の定義について、当初、安保理の認定の指針にすぎなかったが、その後の実行において慣習国際法になったと考えたために、その定義に従う範囲で国際刑事裁判所が「侵略」の有無を認定する提案を行ったといえよう。実際に、非同盟諸国は、従来から、同決議上の「侵略」の定義に従って「侵略行為」(憲章第三十九条)を認定すべきである、という主張を行ってきた。例えば、一九八二年の安保理の「占領下のアラブ領域の事態」に関する討議において、シリア、ヨルダン、アラブ首長国の代表は、「侵略の定義に関する決議」第三条(a)に依拠して、イスラエルの「侵略行為」を非難し、若干のアフリカ諸国とキューバ、アフガニスタン代表は、同決議に言及して非難した。<sup>(34)</sup>このような非難は、同決議第三条の「侵略」の定義の内容が一般国際法上の「侵略行為」と一致しているという主張に基づくものといえる。さらに、一九八六年のニカラグア事件本案判決は、「侵略の定義に関する決議」第三条の「侵略」の定義が、少なくとも一定の範囲では、慣習国際法を反映していることを前提として、一九八〇年代にニカラグアが行った行為はその定義に該当しないと判示している。<sup>(35)</sup>そのため、このような主張が一般的に受け入れられてきたとすれば、当該「侵略」の定義が慣習国際法になったと考える余地はあるのである。

しかし、ニカラグア事件判決が出された以降であっても、「侵略の定義に関する決議」第三条の「侵略」の定義が慣習国際法になったかどうかについては、多数の疑問が指摘されてきた。まず、第一に、「侵略の定義に関する決議」第三条の「侵略」の定義全体について、慣習法になっていないという主張が行われてきた。例えば、一九九五年

の国際法委員会の討議においては、フォンバ（マリ）、ヤンコフ（ブルガリア）、イドリス（スーダン）、ベヌーナ（モロッコ）、エリクソン（アイスランド）、ブレ（フランス）、サラーム（スリランカ）といった多数の委員によって当該「侵略」の定義は安保理によって認定される政治的なものであり、国際刑事裁判所の認定の対象としての司法的機能を果たすものではない、と主張された。<sup>(36)</sup> これらの主張は、当該「侵略」の定義全体について慣習国際法になっていない、という見解に基づくものであるといえよう。これらの者は、「占領下のアラブ領域の事態」<sup>(37)</sup> に関する安保理決議案もアメリカ合衆国の拒否権の行使によって否決されており、実際の安保理の認定においては、最終的に「侵略」の定義に関する決議「第三条の「侵略」の定義に言及した決議は存在しないことを重視して、当該「侵略」の定義が慣習国際法になっていないという見解に基づく主張を行ったと考えられる。

第二に、ニカラグア事件判決によって、一定の範囲では、「侵略の定義に関する決議」第三条の「侵略」の定義全体について、慣習法になったことを認めつつも、同条は「侵略」に該当する余地のある行為を広く列挙したものにすぎず、これらの行為のうちどの範囲まで慣習国際法になっているのかは曖昧であるという見解も存在する。<sup>(38)</sup> この見解は、右に挙げたニカラグア事件判決についても、ニカラグアの行為が「侵略の定義に関する決議」第三条(a)または(g)の「侵略」の定義に該当しないことについては明らかにしたものの、<sup>(39)</sup> それ以外の同条(b)から(f)までの「侵略」の定義まで、慣習国際法になっているかどうかについては必ずしも明らかにしていない、<sup>(40)</sup> という点を根拠として考えられる。

さらには、第三に、「侵略の定義に関する決議」第三条(g)と同様に、非同盟諸国提案2項(g)における「侵略」には、「一国が他国に対し重大な武力行使を實行する軍団、組織、不正規軍または傭兵を派遣したり、実質的に関与すること」が含まれるが、この条項にも問題がないわけではない。確かに、この条項に該当する行為はいわゆる間接侵略の

典型的なものであるといわれており、それが慣習国際法上「侵略」に該当する行為であることはニカラグア事件判決において肯定されている。また、そのことを前提として、一九八〇年代にニカラグアが行った「準軍事活動」が「侵略」に該当するかどうかを、国際司法裁判所は認定している。しかし、国際司法裁判所が実際に当該認定を行うにあたっては、自己の認定権の行使として、「侵略の定義に関する決議」第三条<sup>(8)</sup>に該当する行為を、規模が大きくかつ効果が重大なもののみ限定している<sup>(41)</sup>。つまり、慣習国際法上、一定の規模の大きささと効果の重大さを備えた行為でなければ、「侵略の定義に関する決議」第三条<sup>(8)</sup>に該当する行為とはいえないことを前提としながらも、どの程度の規模と効果が必要であるかについては、明らかにしていないのである。<sup>(42)</sup>

このように、「侵略の定義に関する決議」第三条の「侵略」の定義は、慣習国際法になつてきているのかどうか自体についても争いがあり、仮に、慣習国際法になつている部分を含んでいても、どの範囲まで慣習国際法になつているかについて争いがある。そのため、「侵略の罪」の定義のなかに当該「侵略」の定義をおいても、国際刑事裁判所の認定権を法的に限定しうるほどの機能は有しているかどうか不明である、といわざるをえない。

この観点からは、ドイツ・グループが、「侵略の定義に関する決議」第三条の「侵略」の定義をそのまま使うことなく、「武力攻撃」を伴うものに限定した「侵略」の定義を「侵略の罪」の定義におく提案を行ったのは、国際刑事裁判所の認定権を法的に限定することを重視したからだと考えられる。この点、「武力攻撃」については、ニカラグア事件本案判決が以下のように判示した。すなわち、一九八〇年代にアメリカ合衆国がニカラグアに対して行った活動について、「準軍事活動」であることを判示したうえで、これは憲章第五条で許容されている自衛権行使の前提としての「武力攻撃」には該当しないが憲章第一条4項および慣習国際法によって禁止されている「武力行使」には該当すると判示したのである。<sup>(43)</sup>そのため、「武力攻撃」を伴うものの範囲で、「侵略」を認定することにすれば、

国際刑事裁判所の認定権は法的に限定される、とドイツ・グループは判断したといえよう。

これに対し、非同盟諸国は、国際刑事裁判所の認定権を法的に限定することよりも、「侵略の罪」に基づく個人処罰が安保理の裁量の下におかれることを拒否することを重視して、「侵略の罪」の定義のなかに「侵略の定義に関する決議」第三条の定義をおく提案を行ったと考えられる。なぜなら、非同盟諸国は、常に、広く安保理の裁量の下、憲章第七章に基づく「侵略行為」の認定が行われるおそれにさらされており、これに対抗する政治的意図から、「侵略の罪」に基づく個人処罰が広く国際刑事裁判所の認定権の下におかれる提案に固執しても当然であるといえるからである。

以上により、「侵略の罪」をめぐっては、同罪に基づく個人処罰の範囲について、安保理の裁量の下におきたい、少なくともその影響下におきたいという政治的意図を有する常任理事国と、これを拒否したいという政治的意図を有する非同盟諸国とが対立し、この対立をドイツ・グループは妥協させようとしたが、成功しなかったといえよう。そのため、「侵略の罪」をめぐっては、「侵略」を焦点とする三つの相異点が生じているのである。

### 第三節 個人の「侵略の罪」の構成要件要素としての国家の「侵略」

「侵略の罪」をめぐっては、「侵略」を焦点とする三つの相異点があり、そのために、ローマ条約上、「侵略の罪」に対する常設国際刑事裁判所の管轄権行使は凍結されている。但し、ローマ会議の準備段階から会議中における「侵略の罪」に関する諸提案をみると、「侵略」の「計画、準備、開始または遂行」を「侵略の罪」とする点では一致していた。言い換えれば、「侵略の罪」の主要な構成要件要素が、「侵略」自体とその「計画、準備、開始または遂行」という個人の行為であることについては一致していたのである。そこで、それぞれの構成要件要素に着目して、「侵略

の罪」に関する諸提案を比較してみると、「侵略」という構成要件要素については提案間で大きな相異があったのに対し、それ以外の「計画、準備、開始または遂行」等の構成要件要素については提案間で大きな相異がなかったといえる(別表参照)<sup>(44)</sup>。だからこそ、これらの構成要件要素については、ローマ会議の準備段階から会議中において、ほとんど議論が行われなかったのである。<sup>(45)</sup> 难怪、「侵略の罪」は「個人の国際犯罪」であるにもかかわらず、「侵略の罪」に関する諸提案をめぐる議論においては、個人の行為に関する構成要件要素よりも、「侵略」が重視されていたのだろうか。

一九九六年に国際法委員会が提案した「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」第一六条<sup>(46)</sup>の起草理由について、カレロ・ロドリゲス起草委員会議長(ブラジル)は、「国連憲章や総会決議を含む他の関連文書に依拠して、「侵略」の認定を行う機関としては国際刑事裁判所よりも安保理の方が適切であり、「侵略の罪」においては「侵略」における個人の役割の特定」のみに関する定義をおくべきである」と述べた。<sup>(47)</sup> これは、「侵略の罪」における「侵略」について、国家の行為に関する構成要件要素であるとしたうえで、「侵略行為」(憲章第三九条)と同様、第一次的には、「侵略」も安保理に認定される、と主張したものである。このような起草理由からみて、同法典草案第一六条では、個人に関する構成要件要素は国際刑事裁判所に認定されることが予定されていたが、国家の「侵略」という構成要件要素は、第一次的には、安保理に認定されることが予定されており、当該認定が「侵略の罪」に基づく個人処罰の前提とされていたといえる。

このような「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」第一六条と同様に、国際刑事裁判所規程に関する国際法委員会提案でも、安保理によって、国家の「侵略」という構成要件要素は、第一次的には、安保理によって認定されることが「侵略の罪」に基づく個人処罰の前提とされていた。なぜなら、同提案では、安保理による「侵

略」の認定が国際刑事裁判所の管轄権行使の条件とされていたからである（国際刑事裁判所規程草案第二三三條）。これに対し、個人に関する構成要件要素は、もっぱら、国際刑事裁判所に認定されることが予定されていたといえる。なぜなら、同条のコメントリーにおいて、「侵略の計画や遂行に果たした役割について、個人が国家のために（on behalf of）行動する権能を有していたといえるのか、その結果、当該個人を起訴しうるのか、といった重要な事項は、国際刑事裁判所によって決定される」と述べられていたように、<sup>(48)</sup>個人に関する構成要件要素は国際刑事裁判所に認定されることが予定されていたからである。このことからみて、国際法委員会提案において、「侵略」は「侵略の罪」の構成要件要素であり、かつ、「侵略の罪」に基づく個人処罰の前提となる国家の行為である、とされていたといえるよ。

次に、ドイツ・グループ提案は、安保理による「侵略」の認定を「侵略の罪」に対する常設国際刑事裁判所の管轄権行使の条件としたうえで、さらに、「侵略の罪」の定義のなかに「侵略」の定義をおいていた。これは、安保理による「侵略」の認定を、「侵略の罪」に対する管轄権行使の条件としたうえで、国際刑事裁判所による「侵略」の認定を通じて、「侵略の罪」に基づく個人処罰の範囲を法的に適正な範囲に限定しようとしたからにほかならない。つまり、「侵略」は、国家の「侵略行為」の認定（憲章第三九條）と同様、安保理に認定されたうえで、個人に関する構成要件要素と同様、構成要件上限定された範囲で、国際刑事裁判所にも認定される、とされていたのである。このことからみて、ドイツ・グループ提案においても、国際法委員会提案と同様、「侵略」は、「侵略の罪」の構成要件要素であり、かつ、「侵略の罪」に基づく個人処罰の前提となる国家の行為である、とされていたといえよう。

最後に、非同盟諸国提案においては、「侵略の罪」の定義のなかに「侵略の定義に関する決議」第三条の「侵略」の定義をそのまま使って、「侵略」の定義がおかれていたが、同決議は、国家の「侵略行為」に関するものである。そ

のため、非同盟諸国提案における「侵略」も国家の行為であるとはいえる。他方で、安保理による「侵略」の認定は「侵略の罪」に対する常設国際刑事裁判所の管轄権行使の条件とされていなかった。これは、「侵略の罪」に基づく個人処罰に関する規定と憲章第七章上の制裁に関する規定との抵触を避けようとしていなかったからにほかならない。そのため、国家の「侵略行為」が安保理によって認定される(憲章第三九条)のとは異なり、非同盟諸国提案においては、個人の行為に関する構成要件要素と同様に、「侵略」もつばら国際刑事裁判所が認定するとされていたのである。

但し、非同盟諸国から国際法委員会提案に対して行われた批判をみると、やはり、非同盟諸国も、個人の行為に関する構成要件要素よりも、国家の「侵略」を重視していたといえる。なぜなら、国際法委員会提案に対しては、非同盟諸国から、二通りの批判が加えられたが、以下のように、いずれも国家の「侵略」行為を第一次的には安保理が認定することに対することに対する批判だったからである。まず、第一の批判は、「侵略」を第一次的には安保理が認定することは司法権の独立を害するおそれがあるというものであった。その例としては、例えば、一九九一年に国際法委員会において、安保理による「侵略」の認定を条件として「侵略の罪」の刑事訴追を実施するという手続が提案された際、アル・バハナ(バーレーン)が、安保理は他機関が侵すことのできない政治的権限を有する一方、裁判所は司法的権限を有する司法機関であるので、双方がまったく別々のレベルで機能しなければならぬと批判したことが挙げられる。<sup>(50)</sup> また、一九九五年の国際法委員会の討議において、マヒュー(アルジェリア)も、「安保理は司法機能に介入すべきではない」と批判したことも挙げられる。<sup>(51)</sup> 次に、第二の批判は、「侵略」を第一次的には安保理が認定すると規定し、「侵略の罪」に基づく処罰を安保理の裁量の下におけば、「侵略」を前提として行われる「侵略の罪」に基づく処罰が不公平になるおそれがあるというものであった。その例としては、例えば、一九九五年の国際法委員会の討議



において、クラマー（グアテマラ）が、安保理による「侵略」の認定を管轄権行使の条件とすると、大国は拒否権により保護され、小国の処罰のみが広く行われることになる」と批判したことが挙げられる<sup>(52)</sup>。また、ローマ会議において、チュクリ（シリア）が、安保理において常任理事国が有する拒否権の特権性を批判し<sup>(53)</sup>、さらに、シャーヘン（リビア）が、安保理のダブル・スタンダードの問題を批判したことも挙げられる<sup>(54)</sup>。このように、安保理による「侵略」の認定を国際刑事裁判所の管轄権行使の条件とすると、司法権の独立を害する、という点についても、「侵略の罪」に基づく処罰が不公平になる、という点についても批判された。にもかかわらず、国家の「侵略」の認定も「侵略の罪」に基づく個人処罰の前提となる、という点については批判されなかった。これは、国際法委員会およびドイツ・グループと同様、非同盟諸国も、「侵略」が「侵略の罪」の構成要件要素であり、「侵略の罪」に基づく個人処罰の前提となる国家の行為であることは、当然のこととして認めていたからであるといえよう。

以上により、「侵略の罪」に関する諸提案は、「侵略」を焦点として対立していたが、「侵略」という国家の行為を、「侵略の罪」に基づく個人処罰の前提となる構成要件要素とする、という点では一致していたといえる。その後、一九九九年の国際刑事裁判所準備委員会において「侵略の罪」に関していくつかの提案が示されたが、これらにおいても、「侵略」という国家の行為が「侵略の罪」に基づく個人処罰の前提となる構成要件要素とされている。例えば、オブションーのヴァリエイション<sup>(55)</sup>2では「関係国による武力攻撃（armed attack directed by the State concerned）」が構成要件要素とされ、オブション<sup>(55)</sup>2でも「国家による侵略行為（an act of aggression by the State）」が構成要件要素とされているのである。

このような「侵略の罪」に関する諸提案からみて、国家の「侵略」は、「侵略の罪」という「国際犯罪」の構成要件要素であり、「国際犯罪」に基づく処罰の前提となる、という法的性質を有しているといえる。これは、「侵略」と



いう国家の行為が「国家の国際犯罪」としての「侵略」<sup>(56)</sup>である、ということを示していると考えられる。つまり、「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」が「国家の国際犯罪」としての「侵略」を前提としているからこそ、「侵略」という国家の行為が「侵略の罪」の構成要件要素となり、「侵略の罪」に基づく個人処罰の前提となると考えられるのである。このように、「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」が「国家の国際犯罪」としての「侵略」を前提としている点については、学説上、ブレが「国家を代表して (on behalf of) 行動した個人に刑事責任 (“penal” or “criminal” responsibility) が科されるのは、疑いなく、「国家の国際犯罪」が行われたことを経て (through) 科されるのである」と述べている<sup>(57)</sup>。これは、「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」のような、国家を代表して行動した個人に刑事責任を科す犯罪については、はじめに「国家の国際犯罪」に該当する国家の行為が存在することが前提となっている点を指摘したものである。この指摘にある通り、「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」は、「国家の国際犯罪」としての「侵略」を前提としており、そのため、国家の「侵略」は「侵略の罪」の構成要件要素となり、「侵略の罪」に基づく個人処罰の前提となっているのである。この観点からみると、「侵略の罪」に関する諸提案が、国家の「侵略」を「侵略の罪」に基づく個人処罰の前提となる構成要件要素とする点では一致していたのは、「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」が「国家の国際犯罪」としての「侵略」を前提としているからであるといえよう。このように、国家の「侵略」が「侵略の罪」に基づく個人処罰の前提であるとすると、国家の「侵略」を伴わない場合、個人の「侵略の罪」に基づく処罰は行えないことになる。しかし、「人類の平和と安全に対する犯罪について」の法典草案「中に規定する「侵略の罪」の起草過程においては、国家の「侵略」を伴わない場合でも、個人の「侵略の罪」に基づく処罰を行えるように規定すべきである」という主張がなされたことがある。具体的には、カバチ(ウガ ندا)やロヒンソン(ジャマイカ)といった委員達が、国家が「侵略」を行ったことまで要件とすると、国家が「侵

略」を行っていない場合に私人の集団が他国に侵攻したとしても、その指導者や組織者は処罰されなくなってしまうが、それは不都合である、と批判したのである。<sup>(58)</sup> この批判は、国家が「侵略」を行っていない場合でも、私人の集団が他国に侵攻したような場合には、当該侵攻によって国家の「侵略」と同様の結果をもたらすことがある、という理解を前提として、その場合の集団の指導者や組織者は「侵略の罪」の主体として処罰する必要がある、と主張したものである。

しかし、国家が「侵略」を行っていない場合の私人の行為は、まず、国内法で対処されることになるのに対し、国家が「侵略」を行った場合の個人の行為が国内法で対処されることはありえない。したがって、処罰の必要性の観点からみて、前者の行為と後者の行為は区別される。<sup>(59)</sup> そのうえ、理論的にも、国家が「侵略」を行っていない場合の私人の行為は、「国家の国際犯罪」としての「侵略」を前提としておらず、「国家の国際犯罪」としての「侵略」を前提とする場合の個人の行為とは区別されるといえる。実際に、国際法委員会の大勢は、国家が「侵略」を行っている場合には、私人の集団による行為は国内刑法により対処すべきなので、そのような場合の私人の集団の指導者や組織者を「侵略の罪」の主体に含める必要はないと主張した。<sup>(60)</sup> これは、そのような場合の私人の集団の行為が、事実上当該行為によって国家の「侵略」と同様の結果をもたらしたとしても、法的には、当該行為は「侵略の罪」という「国際犯罪」として対処されるものではなく、国内法によって対処されるものであると主張したものである。<sup>(61)</sup> 実際に、「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」第一六条をみると、「侵略の罪」に基づく処罰について、以下の<sup>(62)</sup>ように規定している。

国家によってなされた侵略の計画、準備、着手又は遂行に、指導者又は組織者として積極的に関与し又はこれ

を命令したものは、侵略の罪について責任を有する。

この規定からは、個人が「侵略の罪」の主体となりうるための第一の要件は、国家が「侵略」を行ったことであり、第二の要件は、個人が、「侵略の計画、準備、着手又は遂行に、指導者又は組織者として積極的に関与し又はこれを命令した」こと、すなわち、個人が国家に「侵略」を行わせたことであるといえる。そのため、この規定は、「侵略の罪」に基づく処罰が行われる場合を、国家の「侵略」が行われた場合、すなわち、国内法で個人が処罰されえない場合のみに限定する、ということを明らかにしたものであるといえよう。

このような「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」第一六条 および同条に関する議論からみても、「侵略の罪」の主体は国家が「侵略」を行った場合の個人に限定されるといえる。これは、国家が「侵略」を行っていない場合の個人が行う行為は、「国家の国際犯罪」としての「侵略」を前提としている「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」の実行行為とはいえないからにはかならない。このことからみても、「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」は「国家の国際犯罪」としての「侵略」を前提としているといえよう。このように、「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」が「国家の国際犯罪」としての「侵略」を前提としているからこそ、「侵略の罪」に関する諸提案は、「侵略」という国家の行為を、「侵略の罪」に基づく個人処罰の前提となる構成要件要素とする、という点では一致していたのである。この観点からは、「侵略の罪」に関する諸提案が国家の「侵略」を焦点として対立し、「侵略の罪」に対する常設国際刑事裁判所の管轄権行使が凍結されているのは（ローマ条約第五条2項）、「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」が「国家の国際犯罪」としての「侵略」を前提としているために、国家の「侵略」が個人の「侵略の罪」の構成要件要素とされるからではないかと考えられる。

- (3) U.N. Doc. A/49/10, pp. 84-85.
- (4) Proposal submitted by Algeria, Bahrain, Iraq, Kuwait, Lebanon, Libyan Arab Jamahiriya, Oman, Qatar, Saudi Arabia, Sudan, Syrian Arab Republic, Tunisia, United Arab Emirates and Yemen, U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/L.56, in U.N. Doc. PCNICC/1999/INF/2, pp. 18-19.
- (5) エンボヤ・カトリックの国を非合法強奪を画したヨロバロゴフ Cf. Zimmermann, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, pp. 103-104 (ed. by O.Triffterer, 1999). H. Hebel & D. Robinson, "Crimes within the jurisdiction of the court", in *The International Criminal Court*, p. 84 (ed. by R. Lee, 1999).
- (6) Revised proposal submitted by a group of interested States including Germany, U.N. Doc. A/AC.249/1998/DP.12, in U.N. Doc. PCNICC/1999/INF/2, pp. 10-11.
- (7) Cf. U.N. Doc. A/49/10, pp. 44-146.
- (8) *Id.*, pp. 70, 84-85.
- (9) Proposal submitted by Algeria, Bahrain, Iraq, Kuwait, Lebanon, Libyan Arab Jamahiriya, Oman, Qatar, Saudi Arabia, Sudan, Syrian Arab Republic, Tunisia, United Arab Emirates and Yemen, U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/L.56, in U.N. Doc. PCNICC/1999/INF/2, pp. 18-19.
- (10) G. A. Res. 3314 (XXXIX), U.N. Doc. A/9631 (1974).
- (11) Revised proposal submitted by a group of interested States including Germany, U.N. Doc. A/AC.249/1998/DP.12, in U.N. Doc. PCNICC/1999/INF/2, pp. 10-11. なお、カトリック内政提案時よりメンケットに入れられていたものである。
- (12) 安保理による「侵略」の認定を「侵略の罪」に対する管轄権行使の条件とする場合、「武力行使」につき、安保理が憲章第三十九条上の「侵略行為」に該当すると認定するだけで、「侵略の罪」に対する国際刑事裁判所の管轄権行使が開始されるのか、それとも、別途、管轄権行使を開始するための「侵略」の認定が必要なのか、については未定である。
- (13) 例えば、一九八四年、ニカラグマは「回国に対し現在行われている侵略行為の激化」に関する問題を国際司法裁判所に付託し、同裁判所は管轄権を認め、その行為の違法性を認める判決を下した。しかし、その前日、同じ事件が付託された安保理においては、これに関連する決議案が、アメリカ合衆国の拒否権により否決されたのである(憲章第三十九条参照) Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, I. C. J. Reports 1984, pp. 431-436 (Judgment of November 26, 1984). また、アメリカ合衆国のグレナダ侵攻についても、安保理に付託された非難決議は、アメリカ合衆国の拒否権により否決された。U.N. Doc.

SCORs, S/PV. 2491, pp. 1-41 (1983). G. A. Res. 38/77, U. N. Doc. A/38/47, pp. 19-20. それで、アメリカ合衆国のパナマ侵略についても、安保理に付託された即時停止種別決議は、アメリカ合衆国の拒否権により否決された。U. N. Chronicle, Vol. 26, No. 1, p. 67 (1990). G. A. Res. 44/240, U. N. Press release GA/7977, pp. 91-92 (1990)。しかし、アメリカ合衆国のグレナダ侵攻およびパナマ侵攻については、後に総会において圧倒的多数により非難決議が採択されたように、法的には「侵略」に該当するのではないかという疑いの残るものであった。D. J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, pp. 893-894 (5th ed., 1998)。また、フォークランド紛争の際、アルゼンチンはイギリスによる「領域の継続的侵害」を主張したが、これは認定されなかった。U. N. Doc. SCORs, S/PV. 2350, p. 11 (1982)。

(14) 常任理事国以外の諸国の「武力行使」について、政治的な理由から安保理によって「侵略」であると認定される危険性を示す事例として、例えば、安保理によって憲章第三十九条違反の認定が行われたリビアによる航空機爆破に対する安保理決議七四八、およびフォークランド紛争の際、イギリスによる「領域の継続的侵害」を認定しないまま、アルゼンチン軍の行為についてのみ「平和の破壊」に対する認定が行われた安保理決議五〇一に参照。

- (15) U. N. Doc. A/49/10, p. 71.
- (16) *Id.*, p. 86.
- (17) A. Pellet, *Yearbook of International Law Commission* (hereinafter cited as *YbLIC*), 1995—1, pp. 34-35.
- (18) Westdickenberg, U. N. Doc. A/CONF.183/C.1/SR.6, p. 4.
- (19) Cf. A. Zimmermann, *supra* note 5, pp. 105-106. H. Hebel & D. Robinson, *supra* note 5, p. 85. B. Fernex, "The Crime of Aggression", in *Substantive and Procedural Aspect of International Criminal Law*, p. 61 (ed. by G. McDonald & O. Swaak-Goldman, 2000).
- (20) 大塚仁『刑法概説(総論)(改訂版)』五四頁(一九八六年)参照。
- (21) 別表、および一九九九年の国際刑事裁判所準備委員会において示された「侵略の罪」に関する諸提案。参照。Cf. U. N. Doc. PCNICC/WGCA/RT.1, in U. N. Doc. PCNICC/1999/L. 5/Rev. 1, pp. 27-28.
- (22) 大塚仁『前掲註10』五四—五五頁参照。
- (23) G. A. Res. 177 (II) (b).
- (24) U. N. Doc. A/3/9 (1951), p. 10.
- (25) Westdickenberg, U. N. Doc. A/CONF.183/C. 1/SR. 6, p. 4.

- (26) Cf. H. Hebel & D. Robinson, *supra* note 5, p. 83.
- (27) D. Thiam, 9th report, *YbILC*, 1991—II, Part One, pp. 43-44. 「この時では、国際刑事裁判所規程について独立して議論されてはならず、国際刑事裁判手続で「人類の平和と安全に対する犯罪」についての法典草案」に含まれるものとして討議されていた。
- (28) S. McCaffrey, *YbILC*, 1991-I, pp. 32-33.
- (29) J. Bansegov, *id.*, pp. 39-40.
- (30) J. Shi, *id.*, pp. 9-10.
- (31) Cf. A. Zimmermann, *supra* note 5, pp. 103-104. H. Hebel & D. Robinson, *supra* note 5, p. 84.
- (32) G. A. Res. 3314 (XXIX), U. N. Doc. A/9631 (1974), p. 143. 宇説上も「同決議は、安保理による「侵略」の認定の単なる指針を示すものにはなっていない」とも。 Cf. B. Ferencz, *supra* note 19, pp. 52-53.
- (33) 藤田久一『国連法』一八二頁（一九九八年）参照。
- (34) U. N. Doc. SCORs, S/PV. 2322, pp. 6-8; S/PV. 2323, pp. 7-8; S/PV. 2324, pp. 10-11; S/PV. 2326, pp. 7-8; S/PV. 2328, pp. 8-10, 14-17 (1982).
- (35) Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I. C. J. Reports 1986, pp. 103-104 (Judgment of June 27, 1986).
- (36) *YbILC*, 1995-I, pp. 3-35.
- (37) U. N. Doc. SCORs, S/PV. 2330, pp. 3-5 (1982). 東泰介「国連安全保障理事会と「侵略の定義」『国際法の新展開・大寿堂鼎先生還暦記念』三六五—三六六頁（林久茂、山手治之、香西茂編、一九九九年）参照。
- (38) 藤田久一「侵略の罪」考（その一）『神戸法学雑誌』四九卷三期三四四頁（二〇〇〇年）参照。
- (39) Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I. C. J. Reports 1986, pp. 103-104 (Judgment of June 27, 1986).
- (40) Cf. *id.*, pp. 345-346 (Dissenting Opinion of Judge Schwebel).
- (41) Cf. *id.*, pp. 98-104 (Judgment of June 27, 1986).
- (42) 東泰介、前掲注三七、三六五—三六六頁、参照。

- (43) Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, I. C. J. Reports 1986, pp. 98-104 (Judgment of June 27, 1986).
- (44) Cf. U. N. Doc. A/49/10, pp. 44-146.
- (45) 但し、「人類の平和と安全に対する犯罪」としての法典草案」の起草過程の初期においては「侵略の罪」の主体の範囲を「国家の犯罪」の一員または国家機関に限定したものの提案が行われていた。この点については、後述、第二章第2節参照。
- (46) U. N. Doc. A/51/10, p. 83.
- (47) C. Rodrigues, *YbILC*, 1996-I, p. 61.
- (48) U. N. Doc. A/49/10, p. 86.
- (49) D. Thiam, *supra* note 27, pp. 43-44.
- (50) A. Al-Baharna, *YbILC*, 1991-I, pp. 34-35; G. Arangio-Ruiz, *id.*, pp. 24-26.
- (51) A. Mahiou, *YbILC*, 1995-I, pp. 13-14.
- (52) F. Kranner, *id.*, pp. 25-26.
- (53) Chukri, U. N. Doc. A/CONF. 183/C. 1/SR. 6, p. 4.
- (54) Shabun, *id.*, p. 10.
- (55) U. N. Doc. PCNICC/WGCA/RT. 1, in U. N. Doc. PCNICC/1999/L. 5/Rev. 1, pp. 27-28.
- (56) 国家責任条文草案第十九条3項(α)参照。なお、本稿における「国家の国際犯罪」に関する規定に言及する便宜上、「国家責任条文草案」を、第一読終一時(一九九六年)のものを指すこととする。
- (57) A. Pellet: Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!’, *European Journal of International Law*, Vol. 10, pp. 432-433 (1999).
- (58) P. Klabatsi, *YbILC*, 1996-I, p. 71; P. Robinson, *id.*, p. 71。この点については、彼は、傭兵集団等が国家の軍隊の一部として行った「侵略」を行った場合をもカバーする一連の提案を支持した。A. Pellet, *id.*, pp. 64, 68。また、この点については、ローマ会議において「モロおよびマダガスカルは「傭兵制度 (mercenaryism) の罪」を提案したといわれている。安藤泰子「国際刑事裁判所設立のためのローマ会議における各国の「侵略の罪」に対する見解」、『関東学院法学』二二七—二八頁(二〇〇〇年)参照。
- (59) この点、国内法による対処が不可能な場合には、国家が「侵略」を行っていない場合の私人の行為も国際刑事裁判所で処罰すべきとも考え

られる。しかし、その場合でも、国家が「侵略」を行った場合の「国際犯罪」、すなわち、「侵略の罪」とは別の種類の「国際犯罪」として処罰する方が合理的であるといえよう。

(36) Cf. C. Tomuschat, *YbILC*, 1996-I, pp. 68-69, 71.

(61) この点について、ティアムは「一九八五年の第三報告書において、同法典草案の対象となる「侵略」のような国家の独立、安全または領土保全を侵犯する行為が可能なのは国家のみである」と指摘している。D. Thiam, third report, *YbILC*, 1985-II, Part One, pp. 65-66.

(62) U. N. Doc. A/51/10, p. 83.

## 第二章 「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」の特異性

### 第一節 個人の行為を前提とする「ジェノサイド罪」、「人道に対する罪」及び「戦争犯罪」

ローマ条約第五条2項は、「侵略の罪」に対する常設国際刑事裁判所の管轄権行使を凍結している。これに対し、「ジェノサイド罪」、「人道に対する犯罪」および「戦争犯罪」に対する常設国際刑事裁判所の管轄権行使は、凍結されていない。このうち、「侵略の罪」に対する常設国際刑事裁判所の管轄権行使が凍結されてきた原因は、「侵略の罪」に関する諸提案が国家の「侵略」を焦点として対立してきたからではないかと考えられる。このことから、逆に「ジェノサイド罪」等に対する常設国際刑事裁判所の管轄権行使が凍結されていないのは、国家の行為としての「ジェノサイド罪」、「人道に対する犯罪」および「戦争犯罪」を焦点とする対立が生じなかったためではないかとも考えられる。はたして、「個人の国際犯罪」としての「ジェノサイド罪」、「人道に対する犯罪」および「戦争犯罪」は、国家の行為としての「ジェノサイド罪」、「人道に対する犯罪」および「戦争犯罪」を前提としておらず、そのために、これらの国家の行為が「ジェノサイド罪」等の構成要件要素とされていないのだろうか。逆にいえば、「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」は「国家の国際犯罪」としての「侵略」を前提としている点で特異性を有してい



るといえ、この特異性こそが、国家の「侵略」を焦点とする対立の原因であり、個人の「侵略の罪」に対する管轄権行使が凍結された原因であるといえるのだろうか。以下、これらの国家の行為を構成要件要素とすることに関して行われた議論について検討する。

まず、「ジェノサイド罪」の構成要件を規定しているローマ条約第六条はジェノサイド条約第二条を受け継いでいる。そこで、ジェノサイド条約の起草過程では、国家の行為としての「ジェノサイド罪」について、どのように扱うことにしたのかという点から検討する。「ジェノサイド罪」は、ナチスによるホロコーストが属する犯罪として名づけられ<sup>(63)</sup>ことからみて、その実行行為が国家権力を利用して行われ、国家の行為として評価される場合も多いと考えられる。そのため、ジェノサイド条約の起草過程においては、個人の行為を前提とする犯罪のみならず、国家の行為としての「ジェノサイド罪」を構成要件要素とする「ジェノサイド罪」についても明示しようとする主張もあった。

実際には、一九四六年の国連第六委員会においてイギリス代表が、ジェノサイドを「国家および個人が責任を問われる国際犯罪」として宣言することを総会に求めるべきである、と主張した。<sup>(64)</sup>これは、「ジェノサイド罪」が、個人の行為を前提として「個人が責任を問われる」場合と、国家の行為を前提として「国家が責任を問われる」場合を含む「国際犯罪」であると宣言すべきことを主張したものである。この主張のうち、「ジェノサイド罪」が個人の行為を前提として「個人が責任を問われる」場合を含む「国際犯罪」である<sup>(65)</sup>と宣言することについては反対が無かった。

これに対し、「ジェノサイド罪」が国家の行為を前提として「国家が責任を問われる」場合を含む「国際犯罪」である<sup>(65)</sup>と宣言することについては、国家処罰の必要性を宣言することになることを理由として、フランス代表が反対した。具体的には、「ジェノサイド罪」を個人が身分にかかわらず処罰されるべき「国際犯罪」として宣言する提案を行ったのである。<sup>(65)</sup>これは、「ジェノサイド罪」が個人の行為を前提とする「国際犯罪」であるため、その行為者個人を身

分にかかわらず処罰すべきであることのみを宣言する、という提案であった。言い換えれば、「ジェノサイド罪」が国家の行為を前提とするかどうか、国家の処罰が必要かどうかについては宣言しない、という提案だったのである。このようなフランス代表の提案に基づいて、国連総会決議九六(1)は作成され、以下のように宣言している。<sup>(66)</sup>

「総会は、ジェノサイドが文明社会によって罪悪と認められる国際法上の犯罪であることを確認し、その犯罪の主犯および共犯者が私人、公務員又は政治家であるかを問わず、また犯罪が宗教的、人種的、政治的又はその他の動機により犯されるかにかかわらず、処罰されることを確認する」

このように、「ジェノサイド罪」が国家の行為を前提として、「国家が責任を問われる」場合を含むかどうかについては宣言されなかった。その結果、個人の個別の行為のみを実行行為とする「ジェノサイド罪」のみを規定し、国家の行為としての「ジェノサイド罪」を構成要件要素とする「ジェノサイド罪」については規定しないとされたのである。但し、一九四七年に作成され、ジェノサイド条約起草のたたき台となったといわれている事務総長草案の第九条には、以下のように、国家の行為としての「ジェノサイド罪」を構成要件要素とする「ジェノサイド罪」についての規定が含まれていた。<sup>(67)</sup>

締約国はこの条約上のジェノサイド罪を犯したすべての者を以下の場合に国際裁判所の審理に付すことを誓約する。<sup>(68)</sup>

1・第七条の下で締約国自身が犯罪者を裁判にかけける意思がない場合、又は第八条に基づく引渡しを許可する意思がない場合

「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」(木原)

## 2・ジェノサイドの行為が国家の機関として行動する個人により犯された場合、又は国家の支持もしくは黙認の下で行われた場合

この草案では、「ジェノサイド罪」が「国家の機関として行動する個人により犯された場合、又は国家の支持もしくは黙認の下で行われた場合」、すなわち、国家の行為としての「ジェノサイド罪」と、個人の行為としての「ジェノサイド罪」とが分けられている。そのうえで、前者の場合には常に国際裁判所の審理に付されるが、後者の場合には「引渡か訴追か」の原則に従うと規定されている<sup>(68)</sup>。したがって、この草案上は、国家の行為としての「ジェノサイド罪」を構成要件要素とする「ジェノサイド罪」についても明示されていたといえる。

しかし、国家の行為としての「ジェノサイド罪」を構成要件要素とする「ジェノサイド罪」は常に国際裁判所の審理に付されるという第九条2項の規定に関しては、旧ソ連を中心として、国家主権の原則に反するという批判が加えられ、ジェノサイド条約では採用されなかった<sup>(69)</sup>。そのため、このような「ジェノサイド罪」を「国家の機関として行動する個人により犯された場合、又は国家の支持もしくは黙認の下で行われた場合」とそうではない場合に二分する見解も採用されることはなかった。これに対し、個人の行為を前提とする「ジェノサイド罪」が「引渡か訴追か」の原則に従って処罰されることを構成要件上規定することについては、まったく批判されなかったのである。

こうして最終的に採択されたジェノサイド条約第二条 およびこれを受け継いだローマ条約第六条は、個人の行為を前提として、個人を処罰することだけが規定されており、その個人が国家機関なのか、単なる私人なのかについては規定されなかった。例えば、ローマ条約第六条(a)は、ジェノサイド条約第二条(a)と同様、以下のように規定されている。

この規定の適用上、「ジェノサイド」とは、国民的、民族的、人種的または宗教的な集団の全部または一部を破壊する意図をもって行われる次のいずれかの行為をいう。

(a) 集団の構成員を殺すこと

ここでは、個人が「国民的、民族的、人種的または宗教的な集団の全部または一部を破壊する意図をもって」「集団の構成員を殺す」場合には、「ジェノサイド罪」が成立しうることしか規定されていない。すなわち、この構成要件上は、個人の行為を前提とする個人処罰だけが規定され、国家の行為としての「ジェノサイド罪」を構成要件要素とする「ジェノサイド罪」については規定されていないのである。これは、国家の行為としての「ジェノサイド罪」がなくても個人が「ジェノサイド罪」の実行行為を行うことができるため、その構成要件においては個人処罰の前提となる個人の行為のみを規定すれば足りるということを示していると考えられる。そのため、国連総会決議九六（一）、事務総長草案第九条およびその後の議論において、個人の行為を前提とする「ジェノサイド罪」については批判がなかったのに対し、国家の行為としての「ジェノサイド罪」を構成要件要素とする「ジェノサイド罪」についても明示する主張については批判されてきた。その結果、「ジェノサイド罪」の構成要件上は、個人の行為を前提とする個人処罰だけが規定され、その実行行為が国家の行為として評価される場合については規定されなかったのである。

但し、ジェノサイド条約またはローマ条約においても、「ジェノサイド罪」の実行行為に該当する個人の行為に、その行為が国家机关によって行われ、国家の行為としても評価される場合が含まれることまでは否定されていない。そのことは、そのような場合に当該国家に生じるはずの国家責任について、国際司法裁判所のジェノサイド条約適用事件判決が、以下のよう<sup>(70)</sup>に否定していないことから明らかである。

「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」（木原）

「裁判所は、第九条にいう『集団殺害または第三条に列挙された他の行為のいずれか』という規定はいずれの形態の国家責任も排除するものではないと考える。また国家機関の行為に対する国家責任が、『統治者』または『公務員』による集団殺害行為について定めた第四条によって、排除されているわけでもない」。

この判決は、「ジェノサイド罪」の実行行為が国家機関として行為している者によって行われる場合もあり、その場合には、その行為が国家の行為としても評価され、当該国家に国家責任が発生する場合もあることを排除していない。このように、「ジェノサイド罪」の実行行為に該当する個人の行為には、その行為が国家機関によって行われ、国家の行為としても評価される場合も含まれている。だからこそ、この判決は、「ジェノサイド罪」の実行行為に該当する行為が国家の行為として評価され、国家責任を生じる場合が「排除されていない」と判示したのである。しかし、この判決も、常に国家責任が発生しうるとは判示していない。つまり、この判決は、「ジェノサイド罪」が行われる場合、例外的には国家も「ジェノサイド」を行っている場合がありえること、およびその場合には国家責任が発生することを示したにすぎないのである。そのため、この判決も、「ジェノサイド罪」は、個人の行為が処罰の前提であり、国家の行為としての「ジェノサイド」がその前提ではないことを示しているといえよう。

次に、「人道に対する罪」および「戦争犯罪」については、「ジェノサイド罪」と異なり、国家の行為を構成要件要素とすべきかどうか自体議論されなかった。それは、「ジェノサイド罪」と異なり、「人道に対する罪」および「戦争犯罪」の構成要件上は、それぞれの実行行為が国家の行為の存在する場合に行われようが、存在しない場合に行われようが、個人の行為を処罰の前提とすれば足りることが明らかだったからである、と考えられる。具体的には、反政府軍や傭兵集団、または政府の命令違反の行動を行っている政府軍等によって「人道に対する罪」または「戦争犯

罪」が行われ、組織性・大規模性を備えている場合には、国家は犯罪を行っていないとしても、「人道に対する罪」または「戦争犯罪」として国際刑事裁判所で審理・処罰すべきであり、そのためには個人の行為を構成要件上の前提とすべきである、ということが明らかだったと考えられるのである。逆に、反政府軍や傭兵集団、または政府の命令違反の行動を行っている政府軍等によつて「人道に対する罪」または「戦争犯罪」が行われても、組織性・大規模性を備えていない場合には、国内裁判所で審理処罰すべきである、ということが明らかだったと考えられる。このような「人道に対する罪」および「戦争犯罪」の特徴から、一方で、「ジェノサイド罪」では要求されていない組織性・大規模性の要件が、「人道に対する罪」または「戦争犯罪」に関するローマ条約第七条および第八条には規定されているといえよう。<sup>(71)</sup> 他方で、その特徴から、国家の行為を構成要件要素とすべきである、という主張自体が行われなかつたと考えられる。その結果、議論なく、「人道に対する罪」または「戦争犯罪」に関するローマ条約第七条および第八条上、個人の行為を前提とする個人処罰だけが規定され、国家の行為は構成要件要素とされなかつたのである。但し、ローマ条約においても、「人道に対する罪」および「戦争犯罪」の実行行為に該当する個人の行為に、その行為が国家権力を利用して行われ、国家の行為としても評価されるものが含まれることまでは否定されていない。そのことは、武力紛争に国家機関が継続的に関与した場合につき、タジツチ事件判決が「ボスニア・ヘルツェゴビナ共和国における武力紛争に対するユーゴ連邦共和国（セルビア・モンテネグロ）による継続的且つ間接的な関与は、国家責任の問題を生じさせる」と述べていることから明らかである。この判決は、国家機関が継続的に関与した武力紛争の一環として、「人道に対する罪」または「戦争犯罪」を構成する行為が行われた、という例外的な場合には、その行為が国家の行為としても評価され、当該国家に国家責任が発生するかどうかの問題が生じることを認めている。このように、「人道に対する罪」または「戦争犯罪」の実行行為に該当する個人の行為には、その行為が国家権力を

利用して行われ、国家の行為としても評価されるものも含まれている。だからこそ、この判決は、「人道に対する罪」または「戦争犯罪」の実行行為に該当する行為が国家の行為としても評価され、「国家責任を生じさせる」場合があることを認めたのである。しかし、この判決も、常に国家責任が発生しうるとは判示していない。つまり、この判決も、「人道に対する罪」または「戦争犯罪」が行われる場合、例外的には国家もその行為を行っている場合はありえること、およびその場合には国家責任が発生しうることを示したにすぎないのである。そのため、この判決も、「人道に対する罪」または「戦争犯罪」の構成要件と同様に、個人の行為が処罰の前提であり、国家の行為がその前提ではないことを示しているといえよう。

このように、「ジェノサイド罪」、「人道に対する罪」および「戦争犯罪」に関するローマ条約第六条から第八条までにおいて、国家の行為は、個人処罰の前提となる構成要件要素として規定されていない。それは、これらの犯罪が、個人の行為を前提とするものだからであるといえよう。これに対し、「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」は、「国家の国際犯罪」としての「侵略」を前提としており、そのために、「侵略」という国家の行為が「侵略の罪」の構成要件要素であるとされ、「侵略の罪」に基づく個人処罰の前提とされている。つまり、「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」は「国家の国際犯罪」としての「侵略」を前提としており、この点で個人の行為を前提とする他の犯罪にはない特異性を有しているのである。このように、「侵略の罪」は、国家の「侵略」自体が「国際犯罪」であるうえ「侵略の罪」の前提でもあるという特異性を有しており、そのために、国家の「侵略」の認定および定義をめぐって激しく各国間の政治的利益が対立しているといえる。このことからみて、「侵略の罪」の特異性こそが、ローマ条約上、「侵略の罪」に対する常設国際刑事裁判所の管轄権行使のみが凍結されている原因であるといえよう。

この原因に関しては、ロゼンヌが「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」は特別な性質を有し、そのため「侵



略の罪」に基づく処罰を行うための諸問題が解決されていない」と述べている。<sup>(73)</sup> この見解のいう「特別な性質」とは、「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」が「国家の国際犯罪」としての「侵略」を前提としているという性質を指し、未解決の「諸問題」とは、国家の「侵略」を焦点とする、「侵略の罪」に関する諸提案における対立点を指していると理解できる。そのため、ロゼンヌも、「侵略の罪」に対して国際刑事裁判所が管轄権を行使するには、「国家の国際犯罪」としての「侵略」を前提としているという特異性に伴う諸問題を解決することが必要だが、未解決である」と指摘しているのである。要するに、常設国際刑事裁判所の管轄権行使が、「侵略の罪」に対してのみ凍結され、「ジェノサイド罪」、「人道に対する罪」および「戦争犯罪」に対しては凍結されていないのは、法的に、「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」が「国家の国際犯罪」としての「侵略」を前提としている点で特異性を有しているからであり、単なる手続上、各国間の政治的利益が調整困難だったからではないのである。

#### 第一節 国家の「侵略」を前提とする個人の「侵略の罪」と国家の刑事責任との関係

第一章の第三節で述べたように、「国家の国際犯罪」としての「侵略」を前提としている「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」の主体は、国家が「侵略」を行った場合の個人に限定されているといえる。しかし、学説上は、「侵略の罪」の主体の要件として、国家の代表者または国家機関であることも要求するものまで存在する。このような学説は、「侵略の罪」に基づく個人処罰について、個人に対する刑事責任であると同時に国家に対する刑事責任でもあると主張する。例えば、ジェニンクスとワッツは、「戦争に関する法の違反に基づく個人の刑事責任が国際法の一部として普遍的に承認されていることは、その違法行為が、通例、私的目的を追及して行われるのではなく、国家を代表してまたは国家の機関として行われるため、国家の刑事責任が承認されていることの例証となる」と述べ

「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」(木原)



ている。<sup>(74)</sup>これは、国家の代表者または国家機関の行為によって「侵略の罪」が実行された場合については当該個人を処罰することが認められており、そのことが国家の刑事責任が認められることの「例証となる」と主張したものである。そのため、この学説は、「侵略の罪」の主体について、国家の代表者または国家機関に限定されていることを主張しており、「侵略の罪」に基づく個人処罰について、国家の代表者または国家機関が処罰されるのがその効果であり、これは国家に対する刑事責任でもあることを主張していると理解できる。そこで、本節では、「侵略の罪」の主体について、国家の代表者または国家機関でなければならぬのか、という問題を検討する。そのうえで、「侵略の罪」に基づく個人処罰について、個人に対する刑事責任であると同時に国家に対する刑事責任でもあるのか、という問題を検討する。

まず、「侵略の罪」の主体について、国家の代表者または国家機関でなければならぬのか、という点を検討する。この問題は、過去の事例からは明らかにになっていない。なぜなら、「侵略」が行われたことに基づく処罰が実現したといえるのは、第二次世界大戦後の「平和に対する罪」に基づく個人処罰においてのみであるが、この処罰においては、個人の行為の構成要件該当性のみが審理され、これが肯定されただけで当該個人が処罰されたからである。<sup>(75)</sup>つまり、「平和に対する罪」を実行した個人が、枢軸国の代表者または国家機関に該当するかどうか、についてあらためて審理されることはなかった。<sup>(76)</sup>そのため、この事例によっては、「侵略の罪」の主体について、国家の代表者または国家機関に限定されているかどうかは、明らかにになっていないのである。

そこで、理論的に、「侵略の罪」の主体を国家の代表者または国家機関に限定することは可能なのか、という問題を検討してみよう。確かに、「侵略の罪」の主体は、「ジェノサイド罪」、「人道に対する罪」および「戦争犯罪」よりも限定されている。なぜなら、「侵略の罪」の主体は、国家に「侵略」を行わせた個人に限定されているからである。

実際に、「人類の平和と安全に対する犯罪」についての法典草案」においても、「ジェノサイド罪」等については、まずこれを現実に実行した者が処罰され、さらに、これを教唆、幫助した者も処罰されるのに対し、「侵略の罪」だけは、いかなる形態にせよ国家に「侵略」を行わせた個人のみが処罰され、これを教唆、幫助した者は処罰されないと規定された。<sup>(78)</sup>このように規定された理由については、一九九六年の同法典草案の討議において、山田が「侵略が国家によってなされるものであることから、「侵略」を行った国家の指導者の処罰を意図している点で、「侵略の罪」は他の「人類の平和と安全に対する犯罪」についての法典草案」の対象犯罪と異なるからである」と述べた。<sup>(79)</sup>また、このように、「侵略の罪」の主体について共犯規定が適用されないことに関しては、国際法委員会においても反論がなかった。このことからみて、「侵略の罪」の主体が国家に「侵略」を行わせた個人に限定されており、「ジェノサイド罪」、「人道に対する罪」および「戦争犯罪」よりも限定されていることは、国際社会の承認を得ているといえよう。

ここで、国家に「侵略」を行わせる行為自体は、そのような行為を教唆、幫助する行為と異なり、国家の代表者または国家機関によって行われるのが通例である。<sup>(80)</sup>このことは、「人類の平和と安全に対する犯罪」についての法典草案」が提案され始めた頃、特に重視されていたと考えられる。なぜなら、一九五一年の同法典草案第二条は、「侵略の罪」の実行行為について、以下のように「国家の当局」の一員の行為に限定していたからである。<sup>(81)</sup>

- (1) 侵略行為 (any act of aggression)。この行為には、個別的もしくは集団的自衛以外の目的をもった、又は、国際連合の権限ある機関の決定もしくは勧告を履行する以外の目的をもった、国家の当局 (authorities) に よる他国に対する武力行使が含まれる。

本条においては、「国家の当局」による一定の「武力行使」が、「侵略の罪」の実行行為の典型として、示されている

「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」(木原)

だけである。そのため、本条で示されている「武力行使」以外のどのような行為が「侵略行為」に含まれるのか、といった点については規定されていない。しかし、「侵略行為」の主体が、「国家の当局」とされていること、および本条が個人を対象とする「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」のなかにあることからみて、少なくとも、本条における「侵略の罪」の主体は「国家の当局」の一員であり、国家の代表者または国家機関に限定されていたといえよう。<sup>(82)</sup> また、このような「侵略の罪」の主体を「国家の当局」の一員に限定する提案は、一九八五年にティームが提出した第三報告書でもみられた。すなわち、ここでも「侵略の罪」の行為主体は「国家の当局」の一員であるとされていたのである。<sup>(83)</sup> そのうえ、一九八六年の国際法委員会の討議においても、ティームは、「侵略の罪」の審理の対象が「国家機関の地位にある者の責任である」と述べていたが、この「国家機関の地位にある者」も「国家の当局」の一員に含まれると理解できる。<sup>(84)</sup> つまり、当時のティームは、「侵略の罪」の主体を「国家の当局」の一員に限定することを提案していたのである。このように、「侵略の罪」の主体は国家に「侵略」を行わせた個人に限定されており、国家に「侵略」を行わせる行為自体は一般的に国家の代表者または国家機関によって行われるため、「侵略の罪」の主体を「国家の当局」の一員に限定する、という提案が行われてきたのである。このことからみて、理論的には、「侵略の罪」の主体を国家の代表者または国家機関に限定することは不可能ではないと考えられる。

ところが、最終的には、「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」第一六条の「侵略の罪」の主体は国家の代表者または国家機関に限定されていない。すなわち、国家が「侵略」を行った場合には、私人が「侵略の計画、準備、着手又は遂行に、指導者又は組織者として積極的に関与し又はこれを命令した」場合であっても、その行為は同条の実行行為に含まれたのである。そのうえ、国家が「侵略」を行った場合にはこのような私人も「侵略の罪」の主体に含まれる、という点については、同条が提案されて以降、異論が唱えられたことはなく、国際社会の合

意を得られているといえる。これは、実際には、「侵略の罪」の主体を国家の代表者または国家機関に限定し、国家が侵略を行った場合の私人の行為まで「侵略の罪」の実行行為から排除してしまうと、処罰の必要性の面で妥当性を欠くからであると考えられる。なぜなら、実際に国家が「侵略」を行った場合には、私人の行為であっても国内法で対処されることはありえず、この行為を「侵略の罪」に基づいて処罰できないことは処罰の必要性の面で妥当性を欠くと考えられるからである。そのため、少なくとも現状では、国家が侵略を行った場合の私人の行為も「侵略の罪」の実行行為に含められており、「侵略の罪」の主体は国家の代表者または国家機関に限定されていないといえよう。

次に、「侵略の罪」に基づく個人処罰として、現状では、私人が処罰される可能性もあるのだが、その場合は除いて、国家の代表者または国家機関が処罰される場合を考えたとして、はたして、この処罰は、国家に対する刑事責任でもある、といえるのだろうか。この問題も、過去の事例からは明らかになっていない。なぜなら、唯一、「侵略」が行われたことに基づく処罰が実現したといえる「平和に対する罪」に基づく処罰においては、国家ではなく個人を処罰することについて、「国際法上の犯罪は人によって行われるものであり、抽象的な存在 (abstract entities) によって行われるものではなく、これを犯した個人を処罰することによってのみ国際法上の規定は実施される (can be enforced)」と述べられており、<sup>(85)</sup>そのため、「侵略の罪」を実行したことに基づく効果について、国家に対する刑事責任でもあるという意義を有するかどうかも、明らかにされていないからである。

そこで、この問題については、「侵略の罪」の主体を国家の代表者または国家機関に限定することを提案していた者の理論を検討してみよう。例えば、一九八七年のティアムの第五報告書を見ると、その処罰について、ティアムは「国家機関の地位にある個人の行為に基づく国家の刑事責任と個人の刑事責任とは何らかの関係がある」と述べている。<sup>(86)</sup>これは、当時、ティアムが、「侵略の罪」を実行したことに基づいて国家の代表者または国家機関が処罰される

「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」(木原)

ことは、国家に対する刑事責任でもあると考えていたために、「侵略の罪」の主体は国家の代表者または国家機関に限定される提案を行っていたことを示している。このように、「侵略の罪」の主体を国家の代表者または国家機関に限定するという提案が行われたのは、「侵略の罪」に基づいて国家の代表者または国家機関が処罰されることは国家に対する刑事責任でもある、ということを理論的前提としていたからなのである。

この問題について、あくまで理論的に考えれば、「侵略の罪」を履行したことに基づく国家の代表者または国家機関の処罰を、国家に対する刑事責任でもあると解釈すること自体は可能であるようにみえる。なぜなら、国家の代表者または国家機関の行為は国家自体の行為でもあるため（国家責任条文案第五條）、国家が「侵略」を行い、かつ、国家の代表者または国家機関が国家に「侵略」を行わせた場合には、理論的には、国家の代表者または国家機関による「侵略の罪」の実行行為を国家の「侵略」の一部でもあると解釈し、実行行為者の処罰を国家に対する刑事責任でもあると解釈することは可能だからである。

学説上も、このような解釈を前提とするものは存在する。例えば、ブレは、「国際犯罪」を行った国家の責任者の処罰が、国家責任法上は「再発防止の保障」（国家責任条文案第四六條）に含まれる、と国家責任法に関する自説を展開している。<sup>(87)</sup>これは、「国際犯罪」を行った国家に対しては、国家に対する刑事責任として、通常の国際違法行為を行った国家に対しては課しえないような「国家の国際犯罪」にのみ適用されるべき「再発防止の保障」措置<sup>(88)</sup>を課すこともできる、と主張するものである。ここで、通常の国際違法行為を行った国家に対しても、「再発防止の保障」のためには、責任者を処罰する義務を負わせることができる。しかし、このような国家が当該処罰義務を果たさなかった場合、その国家に代わって国際刑事裁判所が責任者を処罰するように、その国家に強制することはできないと解される（同草案第四五條二項<sup>(d)</sup>参照）。これに対し、将来的には、「国際犯罪」を行った国家に対しては、その

国家に対する刑事責任として、国際刑事裁判所に責任者を処罰させるように強制することができる、という制度が創設されることも可能であるといえる。仮に、そのような規定が創設され、「国際犯罪」を行つた国家に対して、国際刑事裁判所に責任者を処罰させるように強制することもできるようになったとすれば、これは「国際犯罪」を行つた国家に対する「再発防止の保障」のための特別な措置であると解釈できるといえよう。

このように、理論的には、「侵略の罪」を実行したことに基ついて国家の代表者または国家機関が処罰されることは国家に対する刑事責任でもあると解釈することも不可能ではないと考えられる。しかし、少なくとも現状では、「侵略」国に対して特別な法的効果を付加するような実体法も、手続も未だ存在しない。例えば、第一読終了時の国家責任条文草案について、「侵略」国のような「国際犯罪」国に対して特別な法的効果を付加するような規定が存在していないことは、特別報告者クロフォードによつて指摘されている<sup>(89)</sup>。にもかかわらず、ブレが主張するように、国家責任法上、「再発防止の保障」として、「侵略」国に代わつて国際刑事裁判所が責任者を処罰するための措置を「侵略」国に課すことも可能であると解釈したとしても、現状では、このような特別な効果を付加することは不可能であるといわざるをえない。この点について、ブラウニーは、「平和に対する罪」に対する唯一の効果的な制裁は個人の処罰であり、そのことはニルンベルグ裁判においても認められている」と述べたうえで、「国家の刑事責任の概念は、一般に役に立たない(futile)」と述べている<sup>(90)</sup>。これは、実際の効果が個人の処罰であり、それ以外の特別な効果が付加されない以上、理論的に国家の刑事責任を肯定しても、それだけでは実際の意義がない、ということを指摘したものである。このように、理論的に、「侵略の罪」を実行したことに基ついて国家の代表者または国家機関が処罰される場合のみについて、国家に対する刑事責任でもあると解釈したとしても、それだけでは、実際の意義がないのである。

これに対して、もしも将来、個人の処罰だけではなく、「侵略」国のような「国際犯罪」国に対して特別な法的効果を付加するような制度が創設されたとすれば、理論的に国家の刑事責任を肯定することには実的な意義があることになる。しかし、そのような制度を創設することは困難である、といわざるをえない。この困難さについては、学説上、バッシウニが「国家のためになされた行為または国家を代表してなされた行為 (acting for and on behalf of their State) に基づいて個人を処罰し、個人の刑事責任と国家の刑事責任の双方を問うためには、二つの刑事責任の概念を関連付けたうえ、一つの刑事裁判所の下におかねばならないが、これは困難な作業である」と指摘している<sup>(91)</sup>。ここでいう「二つの刑事責任の概念」が具体的には何を意味するかは明らかではないといえ、「一つの刑事裁判所の下におかねばならない」理由も明らかではない。しかし、「刑事裁判所の下」で「国家の刑事責任を問う」ための特別な制度を創設することが困難であることは、バッシウニの指摘するとおりであるといえる。だからこそ、実際の「侵略の罪」の法典化においても、次第に「侵略の罪」の主体を国家の代表者または国家機関に限定する提案は行われなようになつたといえよう。例えば、TEAMも、具体的に「侵略の罪」の構成要件を検討する段階に入つてからは「侵略の罪」の主体を国家の代表者または国家機関に限定することを主張しなくなつてしまつたのである。

(91) R. Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe*, p. 70 (1944).

(92) *United Nations Official Records of The Second Part of The First Session of The General Assembly: Sixth Committee Legal Questions*, p. 102 (1946).

(93) *Id.*, p. 103.

(94) U. N. Doc. G. A. Res. 96 (I).

(95) Draft Convention on the Crime of Genocide, U. N. ESCOR, 4th Session, U. N. Doc. E/447, p. 38.

(96) 事務総長草案第七条および第八条は以下のとおり規定される。



第七条 締約国は条約上の犯罪者を、同国の管轄の下にあるいかなる領域におけるものも、犯罪者の国籍又は犯罪行為地にかかわらず、処罰することを誓約する。

第八条 締約国は、ジェノサイドが政治犯罪とみなされないこととしたがってジェノサイドが引渡しの根拠となることを宣言する。締約国はジェノサイドの場合引渡しを認めることを誓約する。

(69) 稲角光恵「ジェノサイド条約第六条の刑事裁判官権限(一)——同条約起草過程の議論を中心にして——」『名古屋大学法政論集』一六八号 九八一—〇〇頁(一九九七年)、参照。

(70) Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections (Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia), Preliminary objections, I. C. J. Reports, 1996, p. 616 (Judgement of July 11).

(71) 真山全「国際刑事裁判所規程と戦争犯罪」『国際法外交雑誌』九八巻五号 一〇四—一〇六頁(一九九九年)、参照。

(72) International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, Tadić, IT-94-I-T (Judgement of May 7, 1997), reprinted in *International Legal Materials*, Vol. 36, pp. 932-933, para. 606 (1997).

(73) 但し、ロゼンヌは、未解決な問題を理由として、「侵略の罪」を「個人の国際犯罪」に含めること自体を批判する。S. Rosenne, "State Responsibility and International Crimes: Further Reflections on Articles on State Responsibility", *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 30, pp. 161-164 (1997-1998)。また、酒井啓司「国連国際法委員会における「国家の国際犯罪」概念の取り扱いについて——クローフォード第 一 報告書をめぐる議論を中心に——」『国際協力論集』第七巻第一号 一六〇頁(一九九九年)、参照。

(74) R. Jennings & A. Watts, *Oppenheim's International Law*, p. 536 (9th ed., 1992).

(75) L. Egbert, "International Military Tribunal (Nuremberg), Judgement and Sentences", *American Journal of International Law* (hereinafter cited as *AJIL*), Vol. 41, p. 221 (1947).

(76) R. Jackson, Report of Robert H. Jackson, U. S. Representative to the International Conference on Military Trials, London, 1945, pp. 295-300 (1949).

(77) 一九九六年の「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」第二条3項、参照。

(78) 同草案第二条2項および第一六条、参照。なお、第二次世界大戦後の軍事裁判での「平和に対する罪」の共謀を行った者も、国家に「侵略」を行わせた者に含まれると解される。

- (67) C. Yamada, *YbILC*, 1996-I, p. 68.
- (68) この点については、シエニンクスとワッツは、「通例、国家を代表してまたは国家の機関として行われる」と指摘している。R. Jennings & A. Watts, *supra* note 74, p. 536.
- (69) U. N. Doc. A/3/9 (1951), p. 11. この定義は、一九五四年に改定された「人類の平和と安全に対する犯罪についての法典草案」第二条においても維持された。U. N. Doc. A/6/9 (1954), p. 11.
- (70) この提案からは、「侵略」国の国家元首が「国家の首脳」の一員といえる場合には、「侵略の罪」の主体といえ、処罰されることになる。その場合、本来国家元首のみな国家と同視できるものは国家免除の対象とされ、裁判を受けることはないのではないか、という疑問が生じている。実際に、パリ講和会議においては、アメリカ代表によりそのような疑問が指摘された。 Cf. The Report of the Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, *AHL*, Vol. 14, p. 138 (1920). しかし、この提案における処罰は、国家の刑事責任としての意義も有する可能性のある場合を前提としており、国家同士が互いに刑事責任を負わせえない場合を前提とする国家免除とは前提自体が異なっているのである。この点につき、学説上、ケレフラートは、「本来国家免除の対象となる国家の代表が処罰されることは、国家の刑事責任についての意義も有する」と指摘している。B. Graefrath, "International Crimes and Collective Security", in *International Law: Theory and Practice (Essays in Honour of Eric Sky)*, p. 239 (ed. by K. Wellens, 1998).
- (71) D. Thiam, *supra* note 61, pp. 65-66.
- (72) D. Thiam, *YbILC*, 1986-I, pp. 174-175.
- (73) L. Egbert, *supra* note 75, p. 221. この点、侵略の処罰については、一九四五年のロンドン会議において、フランス代表補佐官フロは、「侵略戦争の開始は、それを行った国については犯罪といふことができたとしても、戦争を開始した個人が犯罪を犯したといふことはできない」と主張した。 Cf. R. Jackson, *supra* note 76, pp. 295-297 (1949). しかし、国内刑法上の刑罰において犯罪行為者の具体的な人格に対して法的非難が加えられるのは、その場合に刑罰が最も効果的だからである。ところが、国家には抽象的な人格しかないため、これを処罰しても具体的な人格に対する法的非難とはならず、刑罰は効果的であるとはいえない。そのうえ、第一次世界大戦後のドイツ国民の苦しみを目的にして、国際社会には、国家自体を処罰することは、国民全体を処罰することと表裏一体であり、罪のない一般の国民を苦しめるのではないかと、この疑問が広がっていた。そのため、「国際法上は、「侵略」を行った国家ではなく、国家に「侵略」を行わせた個人を処罰すべきである」と考えられるようになったといえる。

- (35) D. Thiam, fifth report, *YbILC*, 1987-II, Part One, p. 3.
- (37) A. Pellet, *supra* note 57, p. 431.
- (38) 「公務員の重大な職権濫用又は公務員若しくは私人の犯罪行為から生じた場合」には、「満足」のため、通常の国際違法行為国に対してても個人処罰の義務を負わせることができる(国家責任条文草案第四五条2項<sup>(39)</sup>)。
- (39) J. Crawford, First Report on State Responsibility, U. N. Doc. A/CN.4/490/Add.3, pp. 7-9, paras. 89-92 (1998). その結果、国際法委員会による第二読を終えた国家責任条文草案では、「国家の国際犯罪」に関する諸規定が削除された。U. N. Doc. A/56/10, p. 43-59.
- (40) I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, pp. 153-154 (1963).
- (41) M. Chir Bassoumi, *International Criminal Law*, Vol. III, pp. 181-182 (1986).

## おわりに

「侵略の罪」も、「ジェノサイド罪」、「人道に対する罪」または「戦争犯罪」と同様、個人が処罰される「個人の国際犯罪」として法典化が進展している。この「侵略の罪」に関する諸提案をみると、国家の「侵略」を「侵略の罪」に基づく個人処罰の前提となる構成要件要素として規定していた、という点では一致していたが、この「侵略」を焦点として、三つの点で「侵略の罪」に関する諸提案は対立していた。このように、国家の「侵略」という「侵略の罪」に基づく個人処罰の前提となる法的な行為について対立があったからこそ、ローマ条約第五条2項は、「侵略の罪」についてのみ、常設国際刑事裁判所の管轄権行使を凍結するとしているのである。したがって、その原因は、単なる手続上、各国間の政治的利害関係を調整するのが困難なだけでなく、各国間の法的な対立のためでもあるといえよう。

ここで、「侵略の罪」に関する諸提案が、国家の「侵略」行為を、「侵略の罪」の構成要件要素として、個人処罰の前提となるように規定しようとしているのは、「国家の国際犯罪」としての「侵略」を前提としている点で、「個人の

国際犯罪」としての「侵略の罪」は、「ジェノサイド罪」、「人道に対する罪」または「戦争犯罪」とはまったく異なる性質を有しているからである。さらに、理論的には、「侵略の罪」に基づく個人処罰を国家の刑事責任でもあると解釈することもでき、この理論に基づく提案がなされたこともあった。しかし、少なくとも現状では、この理論に実質的意義はなく、実定法上もこの理論は反映されていない。

但し、「国家の国際犯罪」としての「侵略」に、「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」の前提となっているという特異性があるのは確かなのである。ところが、国家責任条文案第一九条三項は、「国家の国際犯罪」としての「侵略」も「国家の国際犯罪」その他の類型もおしなべて並列に規定している<sup>(92)</sup>。しかし、これは、「国家の国際犯罪」同士の関係について、様々な主張が錯綜したため、同条の起草委員長シャホービッチ(旧ユーゴ)が、その関係について決定することを避け、四種類の「国家の国際犯罪」をおしなべて並列に規定することを提案し、最終的に、この提案に従って同条三項は規定された、ということを示しているにすぎない。むしろ、国家責任条文案の起草過程を見ると、一九七六年の国際法委員会の討議において、アゴ(イタリア)は国家責任条文案第一九条の基となった草案第一八条を提案したが、その二項、三項には二種類の「国家の国際犯罪」が規定され、「国家の国際犯罪」としての「侵略」が特異な類型とされていた<sup>(95)</sup>。そのうえ、国家責任条文案第一九条三項起草後も、「侵略」は「国家の国際犯罪」のなかでも特別な類型であると主張し続けられた<sup>(96)</sup>。特に、クロフォードは、国家責任条文案上の「国家の国際犯罪」に関する諸規定の削除を提案したにもかかわらず、アゴ草案第一八条を国家責任条文案第一九条よりも内容が明確であったと評価しているのである<sup>(97)</sup>。

以上により、国家責任法の法典化においても、「国家の国際犯罪」としての「侵略」の特異性を認める見解が有力に主張されてきたといえる。これは、「国家の国際犯罪」としての「侵略」には、「個人の国際犯罪」としての「侵略

の罪」の前提となっているという特異性があるはずだ、ということを裏付けうるものであるといえよう。にもかかわらず、国際法委員会による第二読を終えた国家責任条文案案では、「国家の国際犯罪」に関する諸規定が削除されており、<sup>(98)</sup> 国家責任法の法典化において、「国家の国際犯罪」としての「侵略」の特異性が明らかにされていく見込みはない。そのため、「個人の国際犯罪」としての「侵略の罪」に対する常設国際刑事裁判所の管轄権行使を可能にするためには、国際刑法の法典化において、同罪の前提である国家の「侵略」それ自身が「国際犯罪」であることを直視して、国家の「侵略」の認定および定義をめぐる各国間の政治的利害対立を調整する必要があるといえよう。

(92) 「国家の国際犯罪」としての侵略は同条項<sup>(a)</sup>に含まれ、国家の行為として評価される場合の「ジェノサイド罪」、「人道に対する罪」または「戦争犯罪」は同条項<sup>(c)</sup>に含まれる。

(93) 「国家の国際犯罪」としての侵略を特別な類型として規定しつちつたる主張として、 Cf. Ushakov, *YbILC*, 1969-I, pp. 112-113. 人権の国際的保障を重視すべきであるという主張として、 Cf. Eustathiades, *id.*, p. 115. 侵略戦争とジェノサイドを同一の種類 of 「国家の国際犯罪」に含めようとする主張として、 Cf. Castaneda, *YbILC*, 1973-I, p. 11. 人民の同権と自決の権利を最も重視すべきである、という主張として、

Cf. Ramungasovina, *id.*, pp. 75-76.

(74) Sabovic, *YbILC*, 1976-I, p. 70.

(95) R. Ago, *id.*, pp. 66-67.

(96) El-Erian, *id.*, p. 243. Castaneda, *id.*, pp. 242-243.

(76) J. Crawford, *supra* note 89, Add. I, p. 4, para. 49.

(88) U. N. Doc. A/56/10, pp. 43-59.