

Lubanga 事件確定判決における 「コントロール」理論とその課題

木 原 正 樹*

目 次

- I. はじめに
- II. 「コントロール」理論に基づく「指導者」の処罰
 - 1. Lubanga 事件確定判決前までの「コントロール」理論に基づく実行行為の概要
 - 2. Lubanga 事件確定判決における「コントロール」理論に基づく実行行為の要件
- III. 「コントロール」理論に対する批判とその課題
 - 1. 「コントロール」理論に対する批判の検討
 - 2. 「コントロール」理論に基づく「指導者」処罰の課題
- IV. おわりに

I. はじめに

常設の「国際刑事裁判所」(以下、ICC とする) 設立以前から、「1991年以後旧ユーゴスラビアの領域内で行われた国際人道法に対する重大な違反について責任を有する者の訴追のための国際刑事裁判所」(以下、ICTY とする) などにおいて、正犯の要件に関する激論が行われてきた¹⁾。この点、ICTY 規程には、「個人の刑事上の責任」に関する第7条がおかれている²⁾。具体的には、第7条1項において、一般的に対象犯罪を「計画し、扇動し、命令し、実行し (commit) 又は幫助若しくは教唆した」者に

* きはら・まさき 神戸学院大学法学部准教授

1) 本稿において「国際刑事裁判所」と表記する場合には、国際犯罪を処罰する国際裁判所一般を指し、ICTY、ICC および「ルワンダ国際刑事裁判所」(以下、ICTR とする) などを含むこととする。

2) *International Legal Materials*, Vol. 32 (1993), p. 1194.

責任を科したうえで、3項において、上官が対象犯罪を「防止するため」または対象犯罪を行った者を「処罰するため必要かつ合理的な措置をとらなかった」場合にも、責任を科している。つまり、正犯として対象犯罪を「実行」した場合のほかに、「計画し、扇動し、命令」したり、「幫助若しくは教唆」した共犯にも責任を科し、そのうえ、上官には特別な不作為責任（superior responsibility）も科しているのである。

これは、ICTY の対象犯罪の多くが組織的に行われるからにほかならない。すなわち、諸犯罪は、2つのタイプに分類できる³⁾。一つは、個人的利己の理由から国内規則や上官命令を無視して個人によって犯される個別犯罪であり、もう一つは、一般的な政策の結果または国家利益などのために犯される組織犯罪である。この点、ICTY の対象犯罪は、組織犯罪として一般的政策の結果または国家利益のために組織的に行われることが多く、その場合の行為主体は軍隊などの当局であると考えの方が実態に合致するといえる⁴⁾。そのため、その組織犯罪を「計画し、扇動し、命令」したり、その犯罪を許したりした上官などの刑事責任を問うために、1項に加えて3項も規定されたといえる⁵⁾。このような規定ぶりは、いわゆる個人責任の理論の中核、すなわち「他人の犯罪行為に対しては責任を負わない」という原則に非常に忠実なものであるといえ、さかのほれば、ニュルンベルグ裁判で個人責任の理論に従って処罰するとしたことに忠実であろうとしたからであるともいえる⁶⁾。

3) 藤田久一『戦争犯罪とは何か』（岩波新書、1995年）152-153頁。

4) Kai Ambos, "Command responsibility and *Organisationsherrschaft*: ways of attributing international crimes to the most responsible," in André Nollkaemper and Harman van der Wilt (eds.), *System Criminality in International Law* (Cambridge, 2009), pp. 128-129.

5) 藤田『前掲書』（注3）154頁。横田喜三郎『戦争犯罪論（増補版）』（有斐閣、1949年）142-150頁。

6) Office of United States of Counsel for Prosecution of Axis Criminality, *Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgment* (United States Government Printing Office, 1947), p. 53. この点、ニュルンベルグ裁判の当時は、ICTY 規程第7条3項のような上官責任に関する規定はなかったものの、山下事件に関するマニラの軍事委員会決定にみられるよう

ここで、ICTY が組織犯罪の上官に正犯としての責任を負わせることができるのは、上官が当該犯罪を「実行 (commit)」したか、または、対象犯罪につき防止行為または処罰に必要な行為をとろうと思えばとれたのにとらなかった場合のみである。ただし、大規模な紛争時に上官自身が直接犯罪を実行することは稀である。また、第 2 次世界大戦の際に国家の正式な軍隊において上官が兵士を指揮している場合とは異なり、旧ユーゴスラビア紛争などのように、国内のいくつかの武装勢力のいわゆる「指導者 (leader)」たちが準軍隊 (paramilitary) や民兵なども使って軍事行動を行っている場合は、そのような「指導者」たちは、個々の民兵などの行為について必要な情報を得たうえで指揮したり、統制したりはできていない場合が多い。そのため、具体的な犯罪の防止行為または処罰に必要な行為をとろうと思えばとれたとはいえない状況にある場合も多く、その場合は第 7 条 3 項の不作为による上官責任は科すことができない⁷⁾。それでも、ICTY は、そのような「指導者」こそ犯罪の背後の正犯であるとみなすべきであり、共犯ではなく正犯として処罰すべきであると考え、「共同犯罪実体 (joint criminal enterprise)」という概念を創出して、そのような「指導者」も正犯として処罰したと考えられる⁸⁾。

↘に、実質的には上官責任を認めていたといわれている。Trial of General Tomoyuki Yamashita, US Military Commission, Manila (Oct. 8-Dec. 7, 1945), *United Nations War Crimes Commission, Law Report of Trial of War Criminals*, Vol. 4 (1945), pp. 34-35, 94-95. なお、第 2 次世界大戦中の日本の主要戦争犯罪人は極東国際軍事裁判所で裁かれたが、その他の戦争犯罪人については、大戦中日本軍が占領した諸地域において、太平洋地域の米軍最高司令官の設置した軍事委員会や数カ国の代表からなる国際委員会で裁かれた。山下事件が裁かれたマニラの軍事委員会もそのひとつである。藤田『前掲書』(注 3) 77, 156 頁, 参照。

7) K. Ambos, *supra* note 4, pp. 130-138.

8) 拙稿「上官の不作为責任の要件に関する一考察——上官責任に基づく処罰の前提となる義務の検討を中心に——」松井芳郎、木棚照一、薬師寺公夫、山形英郎編著『グローバル化する世界と法の課題』(東信堂, 2006 年) 445-458 頁, 参照。なお, “joint criminal enterprise” に関してはまだ訳語が定まっていない。竹村仁美「国際刑事法における JCE (Joint Criminal Enterprise) の概念(1)」『一橋法学』第 6 巻 2 号 (2007 年) 968 頁。本稿では「共同犯罪実体」と訳すこととする。

この「共同犯罪実体」という概念は、具体的には、「指導者」と呼ばれる上官と直接手をくだして犯罪を行った者が同じ「共同犯罪実体」に属するといえる場合、その上官自身が対象犯罪を「実行した (committed)」といえるとして、第7条1項に基づいて処罰するものであり、3つに分類されている⁹⁾。そのなかには、共謀に基づく共通の犯罪意図を有していなくても、これに「指導者」などの立場で参加した者について、「共同犯罪実体」の一員としての処罰を認めるものも含まれている¹⁰⁾。そのため、ICTYは、行為者が犯罪結果を直接予見してはいない場合でも、将来の犯罪結果の危険性を予見しただけで「実行した」ことを認めてきたといえる¹¹⁾。しかし、それでは、犯罪結果を直接予見していない者にまで、正

9) ICTY: *Prosecutor v. Tadić* (hereinafter cited as Tadić Case), *Appeal Judgment*, 15 July 1999, IT-94-I-A, paras. 227-228.

10) 3つの類型のうち、第1類型は、共謀に基づく共通の犯罪意図を有している場合である。これに対し、第2類型は、組織的かつ計画的に非人道的な行為が捕虜やテロリストなどの強制収容所においてなされた場合の類型である。この場合は、強制収容所の責任者などがそのような行為につき「共通の目的」を有しているとされ、「共同犯罪実体」の一員として処罰されてきた。さらに、第3類型の「共同犯罪実体」は、強制収容所に限定されない一定の地域において、その地域の「指導者」が、準軍隊や民兵なども使って組織的かつ計画的に非人道的な行為を行った場合の「共同犯罪実体」であるといえる。

11) 例えば Brđanin 事件上訴審判決は第1審判決を覆し、Brđanin が「共通の目的」に付随する犯罪実行について予見可能であったこと、および故意に犯罪実行の危険を放置したことに基づいて、「共同犯罪実体」の一員としての「実行」責任を科した。Brđanin Case, *Appeal Judgment*, 3 April 2007, IT-99-36-A, paras. 410-413. ただし ICTY は、これらの類型でも、3つの要件の下でのみ、被告人に対して第7条1項の「実行」者として責任を科してきた。その第1の要件は、客観的に、共通の目的である非人道的行為に付随して実行犯罪が行われたことであり、第2の要件は、被告人が主観的に犯罪実行について予見可能だったといえることであり、第3の要件は、被告人が故意に犯罪実行の危険を放置したといえることとされている。しかし、これらの類型については、被告人が、犯罪実行の「未必の故意」しか有しておらず、第7条1項の「実行」に必要な「故意」を有していたとはいえない、という批判が加えられている。にもかかわらず、Krajišnik 事件判決で、具体的な犯罪行為への寄与ではなく「共通の目的」の遂行への寄与のみにより、第7条1項の「実行」に該当すると判示されたように、拡大された「共同犯罪実体」概念まで確立したと考えられる。ICTY: *Prosecutor v. Krajišnik*, Judgment, 27 September 2006, IT-00-39/40, para. 883.

犯の責任を負わせることになり、個人責任の理論に反する、という批判が加えられ、「共同犯罪実体」は「怪物的な責任理論」とまでよばれてきたのである¹²⁾。

このような批判をうけながらも、ICTY が「共同犯罪実体」概念を用いたのは、民族紛争時の大規模な組織犯罪について刑事責任を問われるべき当局が非常に地位の高い「指導者」であった場合に、その「指導者」に第 7 条 1 項の「実行」責任を科すことを優先したからであるといえよう¹³⁾。これに対し、ICC においては、個人責任の理論上の限界を有する「共同犯罪実体」概念は採用しなかった¹⁴⁾。その代わりに、「コントロール」理論に基づいて「指導者」処罰の要請に答えつつ、個人責任の原則にも反しないようにしようとしてきたのである¹⁵⁾。本稿では、Lubanga 事件確定判決における「コントロール」理論を検討することにより、現時点におけるその理論の意義と課題を明らかにしたい。

12) Cf. Ciara Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes: Selected Pertinent Issues* (Springer, 2008), pp. 234-261. 拙稿「旧ユーゴ「国際刑事裁判所」判例上の『共同犯罪実体』概念——その意義と問題点をめぐる議論を中心に——」松田竹男、田中則夫、薬師寺公夫、坂元茂樹編著『現代国際法の思想と構造Ⅱ 環境、海洋、刑事、紛争、展望』（東信堂、2012年）231-239頁、参照。

13) この点、ICTR の上訴審裁判所は、直接犯罪を実行した者を正犯とすることを出発点とする考え方は、個人犯罪やまたは比較的小規模な組織犯罪には妥当するとしても民族紛争時などにおける大規模な組織犯罪においても全面的に妥当するとはいえない、と判示した。例えば Seromba 事件では、ルワンダの民族紛争において、ツチ族の難民を虐殺するために、その多くが避難場所になっていた教会を破壊することを指導した「指導者」は、具体的な教会の破壊について寄与も「共謀」もなく、ジェノサイド罪を幫助したのではなく「実行した (committed)」といえる、と判示されている。ICTR: *Prosecutor v. Seromba, Appeal Judgment*, 12 March 2008, ICTR-2001-66-I, paras. 161, 183 et seq. この点は、次の Meloni の著書に詳しい。Chantal Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Law* (T. M. C. Asser press, 2010), pp. 226-227.

14) ICC: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo Pre-Trial Chamber I Decision on the Confirmation of Charges* (hereinafter cited as Lubanga Decision), 29 January 2007, ICC-01/04/01/06-803, paras. 329-330, 335.

15) 拙稿「『国際刑事裁判所』における正犯の要件——ICC の『コントロール』理論を中心に」『国際法外交雑誌』第113巻4号（2015年）28-32頁、参照。

II. 「コントロール」理論に基づく「指導者」の処罰

1. Lubanga 事件確定判決前までの「コントロール」理論に基づく実行行為の概要

大規模な紛争のいわゆる「指導者」たちは犯罪組織全体の行動をコントロールしているといえたとしても、個々の民兵などの行為については必要な情報を得たうえで指揮したり、統制したりできていない場合が多い。そのため、具体的な犯罪の防止行為または処罰に必要な行為をとろうと思えばとれた、とはいえない状況にある場合も多く、その場合は、ICC 規程第 28 条が規定する不作為による上官責任を科することはできない¹⁶⁾。そこで ICC は、そのように、「指導者」が直接手を下して犯罪行為を行う民兵を含む組織をコントロールしている場合について、当該民兵について組織の歯車として他の民兵で代えることができる (interchangeable) と解して、「指導者」自身が犯罪を実行したとみなした¹⁷⁾。この点、ICTY 規程は慣習国際法を国連安保理決議によって明文化したものにすぎないため、ICTY では、慣習国際法上「指導者」が犯罪を「実行した (committed)」場合にのみ、正犯として処罰できる。そのため、ICTY は「コントロール」理論の適用を慣習国際法に反するものとして採用しなかったのである¹⁸⁾。他方、Katanga and Ngudjolo 事件予審決定で示されたとおり、ICC では「コントロール」理論の適用が慣習国際法に反するかどうかは「問題とならない (not relevant)」と解されている¹⁹⁾。その理由は、ICC 規程第

16) Ambos, *supra* note 4, pp. 130-138.

17) *Ibid.*, pp. 144-151.

18) ICTY: *Prosecutor v. Stakić*, Appeal Judgment, 22 March 2006, IT-97-24-A, para.62. この点は、次の Ambos 論文に詳しい。Kai Ambos, "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility," *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5 (2007), p. 170.

19) ICC: *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo* Pre-Trial Chamber I *Decision on the Confirmation of Charges* (hereinafter cited as Katanga and Ngudjolo Decision), 1 October 2008, ICC-01/04-01/07, para. 508.

25条3項(a)号と(d)号を併せて解釈すれば「コントロール」理論を適用できるので慣習国際法は問題とならない、ということにある²⁰⁾。つまり、(d)号と併せて(a)号の「実行 (commit)」を解釈すれば、大規模な紛争の「指導者」を正犯であると解して、処罰できると判示されているのである。

ここで、第25条3項(a)号は「他の者と共同して」または「他の者を通じて」犯罪を行う者の責任を規定している一方で、同条項(d)号は「共通の目的で行動する者の集団」による「犯罪の実行に対し、その他の方法で寄与」した者の責任を明記している。ICCは、これらを「コントロール」理論に基づいて解釈し、「共通の目的で行動する者の集団」による「犯罪の実行に対し」、「他の者と共同して」または「他の者を通じて」犯罪を行う者の正犯責任を第25条3項の解釈として認め、それ以外の者に共犯責任を科した。これにより、ICCは、Lubanga事件の予審決定などにおいて、組織犯罪につき刑事責任を問われるべき「指導者」には第25条3項(a)号に基づいて正犯責任を科した²¹⁾。その際、Lubanga事件予審裁判部が、「指導者」を3つの類型に分けたうえで、「コントロール」理論を適用し、その3類型に、Katanga and Ngudjolo事件予審裁判部が、第4の類型を加えたのである。

ここで、ICC 検察部の訴追事実によると、被告人 Lubanga はコンゴ民主共和国の反政府組織、コンゴ愛国同盟 (UPC) の創設者兼代表として、また、UPC の武装部隊、コンゴ解放愛国軍 (FPLC) の最高司令官として、2002年から2003年にかけて活発に反政府活動を行っていた。その一環として、Lubanga は、15歳未満の子ども兵を、ある者は FPLC に強制的に徴集し、または志願に基づいて編入したうえで、そうして集めた子ども兵を敵対行為に参加させるために使用したとされている²²⁾。そのため、

20) *Ibid.* Meloni, supra note 13, pp. 233-239.

21) Lubanga Decision, 29 January 2007, ICC-01/04/01/06-803, paras. 329-330, 335.

22) ICC: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-PIDS-CIS-DRC-01-010/12_Eng (Updated: 13 September 2012), Case Information Sheet, pp. 1-2.

国際的紛争の戦争犯罪（ICC 規程第 8 条 2 項(b) (xxvi)）を共同して実行したといえるかどうか争われた。

このような Lubanga 事件の予審決定で判示された正犯類型のうちの第 1 は、物理的に犯罪の客観的要素を実行する（direct perpetration）類型であり、第 2 は、犯罪の客観的要素を実行する他者の「意思（will）」をコントロールして、間接的に実行する類型（commission of the crime through another person, or indirect perpetration）であり、第 3 は、犯罪を実行するうえで不可欠の役割（essential tasks）を負うことにより、他者と共同で実行する類型（commission of the crime jointly with others, or co-perpetration）である²³⁾。これに、Katanga and Ngudjolo 事件予審裁判部が、一つの組織犯罪を「コントロール」して実行するうえで、「共同の指導者間で相互に寄与して間接的に実行する」という第 4 の間接的共同実行類型（indirect co-perpetration）を加えたのである²⁴⁾。

このように、ICC は、「コントロール」理論に基づいて、正犯か共犯かを定めるのだが、ここでいう正犯とは、「犯罪を行うかどうか、および犯罪をどのように行うかを決定する者」であるとされた。これを前提に、正犯類型全般につき、客観的要件としては、犯罪の「コントロール」が実際に可能な状況が必要であり、主観的要件としては、そのような状況にあることの意識（awareness）が必要であるとする²⁵⁾。これに加え、第 3 類型と第 4 類型の正犯については、「共同して」犯罪を「コントロール」しているといえるための要件も必要とする。これらの要件につき、Lubanga 事件予審決定では以下のように判示されている²⁶⁾。

まず、一般的に、不可欠の役割（essential tasks）を、協調的に（in a

23) Lubanga Decision, 29 January 2007, ICC-01/04/01/06-803, para. 332.

24) Katanga and Ngudjolo Decision, 1 October 2008, ICC-01/04-01/07, paras. 492-493. Cf. Héctor Olásolo, *The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes* (Hart Publishing, 2009), pp. 268, 302-330.

25) Lubanga Decision, 29 January 2007, ICC-01/04/01/06-803, paras. 330-331.

26) *Ibid.*, paras. 342-367.

concerted manner) 果たすことが必要である一方で、誰も一人では犯罪行為「全部のコントロール (overall control)」はできないと同時に、誰か一人でも自分の役割を実行しなければ犯罪が達成できなくなる (frustrate) だけの「コントロール」を有していることが必要である。このことから、第 1 に、「共通の計画 (common plan)」の存在が必要である。この点、「共通の計画」は特定の犯罪の実行を示すものでなくてもよいが、一定の目的に向かって実施されること、および一定の条件下では犯罪実行に至ることについての合意を示すものでなければならず、そのような犯罪実行結果をもたらす危険性についての意識 (awareness) と、当該犯罪実行結果の受諾 (accept) を示すものでなければならない。第 2 に、犯罪の客観的要素の実現に対して協調的で不可欠の寄与 (co-ordinated essential contribution) を果たすことが必要である。そのために、誰か一人でも自分の役割を実行しなければ犯罪が達成できなくなるだけの不可欠の役割を「共通の計画」の枠内で有していることが必要である。

次に、主観的要件について規程第30条 1 項は、犯罪の客観的要素を「故意に及び意識して (with intent and knowledge)」実行することを要件としている²⁷⁾。第30条 3 項は、その「認識」について「ある状況が存在し、又は通常の成り行きにおいて、ある結果が生ずることを意識している」と規定しているが、これには、いわゆる「未必の故意 (dolus eventualis)」も含まれると ICC は解しているのである。

2. Lubanga 事件確定判決における「コントロール」理論に基づく実行行為の要件

「コントロール」理論に基づく実行行為につき、Lubanga 事件 ICC 上訴裁判部に対していくつかの疑問が付され、確定判決においてこれに答えられている。そこで、予審裁判部から上訴裁判部までに示された、「コントロール」理論に基づく実行行為の要件を述べる。

27) *International Legal Materials*, Vol. 37 (1998), p. 1018.

まず、Lubanga 事件予審裁判部は、組織犯罪における正犯と共犯の区別する方法には、3つのアプローチ、すなわち、客観的アプローチ、主観的アプローチおよび「コントロール」理論に基づく第3のアプローチがあるとしつつ、第3のアプローチを採用するとした²⁸⁾。このうち、客観的アプローチは、犯罪の客観的要素を物理的に実行する者のみ正犯とするものだが、ICC 規程第25条3項(a)号で「他の者を通じて犯罪を行う者」も正犯とされている以上、このアプローチは採用できない、と予審裁判部は判示した。次に、主観的アプローチは、ICTY が「共同犯罪実体」概念を通じて採用したアプローチだが、このように、主観面を共有しているかどうかのみで、犯罪実行への寄与（contribution）を問わないアプローチは、採用しないとされた。つまり、規程第25条3項(a)号は、「他の者と共同して」または「他の者を通じて犯罪を行う者」と評価しうるだけの犯罪実行への客観的な寄与を要件としている、と解したのである。

このような「コントロール」理論に基づくアプローチに基づいて、予審裁判部は4つの正犯類型のうち第1から第3の類型化を行ったうえで、その最も典型的な類型は第2類型（commission of the crime through another person）であると判示した²⁹⁾。そのうえで、予審裁判部は、「コントロール」理論に基づくアプローチから「共同して」犯罪を「コントロール」しているといえるためには、「共通の計画」を実施することにより犯罪の客観的要素が実現する危険性につき、相互に（mutually）意識し、かつ、相互に受諾していることが必要であると判示した³⁰⁾。つまり、これによって、相互に寄与し合っているということが出来る者すべてに正犯としての責任を科しようとしたのである。この要件について、Lubanga 事件 ICC 上訴裁判部は、「共通の計画」を合意していることによって、少なくとも黙示的には特定の犯罪についても合意しているといえ、「共同して」犯罪

28) Lubanga Decision, 29 January 2007, ICC-01/04/01/06-803, paras. 327-330.

29) *Ibid.*, para. 339.

30) *Ibid.*, para. 343.

を「コントロール」するための「共同して」という要件を満たしている、と判示した³¹⁾。

このLubanga事件ICC上訴裁判において、「共通の計画」は「特定の犯罪目的を遂行するために計画された (designed to further a criminal purpose)」ものでなければならないのではないか、という疑問が呈された³²⁾。この疑問に答えて、上訴裁判部は、「犯罪の特定の実行を目指す (specifically directed at the commission of a crime)」ものでなくてもよいという予審裁判部の決定を確認したうえで³³⁾、「犯罪の決定的要素 (a critical element of criminality)」を含んでいて、一定の目的に向かって実施され、犯罪実行に至る危険性があることの合意を示すものであれば足りると判示した³⁴⁾。ここで、客観的要素が実現する危険性は具体的なものと抽象的なものに分けられる³⁵⁾。前者については、「共通の計画」を実施することにより犯罪の客観的要素が実現する具体的蓋然性を意識しているにもかかわらず、実施を決定し、これを相互に受諾していることから推定できる。これに対して、抽象的な蓋然性しかない後者については、「共通の計画」の実施を受諾することを明示する必要がある。そのうえで、「共同して」犯罪を「コントロール」することが可能な実際の状況を意識していることも必要である。つまり、不可欠の役割を有していて、その役割を実行しなければ、「共通の計画」が達成できなくなることを意識していることも必要なので

31) ICC: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction* (hereinafter cited as Lubanga Appeal Judgment), 1 December 2014, ICC-01/04/01/06 A 5, para. 445. Tadić Case, *Appeal Judgment*, 15 July 1999, IT-94-I-A, para. 227.

32) Public Annexes 1 and 2 and public redacted Annex 3_Mr Thomas Lubanga's appellate brief against the 14 March 2012 Judgment pursuant to Article 74 of the Statute (hereinafter cited as Public Annexes 1 and 2 and public redacted Annex 3), 20 October 2014, ICC-01/04-01/06-2948-Red-tENG, para. 330.

33) Lubanga Decision, 29 January 2007, ICC-01/04/01/06-803, para. 344.

34) Lubanga Appeal Judgment, 1 December 2014, ICC-01/04/01/06 A 5, para. 446.

35) Cf. Jens D. Ohlin, Elies van Sliedregt and Thomas Weigend, "Assessing the Control-Theory," *Leiden Journal of International Law*, Vol. 26 (2013), p. 727.

ある。

この意識を基礎とする主観的要件につき、ICC 規程第30条1項は、犯罪の客観的要素を「故意に及び認識して (with intent and knowledge)」実行することを要件とするところ³⁶⁾、以下の通り、前述の通り、ICC は、この主観的要件にはいわゆる「未必の故意 (dolus eventualis)」も含まれる、と解している。その理由は、以下のとおりである。すなわち、第30条3項が「認識」について「ある状況が存在し、又は通常の成り行きにおいて、ある結果が生ずる (will occur) ことを意識している」こととしている一方で、第30条2項(b)は、犯罪の「結果を生じさせることを意図して」その行為を行った場合のみならず、「通常の成り行きにおいてその結果が生ずることを意識している」場合も、これに含まれる、と規定している。ここで、“will” という文言を使用している以上、第30条でいう「結果」は、「確定的なもの (absolute certainty)」ではなくてもよく、通常の成り行きにおいて未来に起こると「仮想されるもの (virtual certainty)」であれば足りる、と ICC は解する³⁷⁾。これにより、犯罪の客観的要素が自分の行為の必然的結果であることを意識している状況であること、および自分の行為に犯罪の客観的要素を「通常の成り行きにおいて」生じさせるだけの危険性があることを意識したうえで³⁸⁾、なおその結果を受諾している状況であることが必要だと解釈するのである。さらに、この「危険性」には具体的なものと同抽象的なものがあるとしたうえで、前者の場合は具体的な蓋然性を意識しているにもかかわらず実行を決定していることから推定できるのに対して、抽象的蓋然性しか意識していない後者については、受諾が明示される必要があるとする。こうして、いわゆる「未必の故意」であっても、「自分の行為の必然的結果として、犯罪の客観的要素が生じる危険

36) *International Legal Materials*, Vol. 37 (1998), p. 1018.

37) Lubanga Appeal Judgment, 1 December 2014, ICC-01/04/01/06 A 5, paras. 446-447.

38) *Ibid.*, para. 447. このように、「通常の成り行きにおいて」犯罪結果を生じさせる危険性が必要である以上、犯罪結果を生じさせる「可能性がある (may or could)」だけでは足りない、とも判示している。

性があることを受諾している」以上、正犯の主観的要件を満たすと ICC は解したといえよう³⁹⁾。

このような解釈に対しては、なぜ、第30条には「危険性 (risk)」という文言が使われていないのかという疑問が生じる、と上訴裁判部は指摘する。確かに、「未必の故意 (dolus eventualis)」を含む場合は、通常「危険性」という文言が使われるといえる⁴⁰⁾。しかし、上訴裁判部は、「危険性」という文言が使われていないにもかかわらず「未必の故意」を含むと解したからといって、「第一審裁判部が第30条2項、3項の拡大解釈をしたとは考えない」と判示した⁴¹⁾。その理由は、以下の通りである。そもそも、「コントロール」理論が採用されたのは、大規模な紛争のいわゆる「指導者」たちは犯罪組織全体の行動をコントロールしているといえたとしても、個々の民兵などの行為については指揮したり、統制したりできていない場合が多いからである。そのような犯罪の「共通の計画」に基づく実施は長期間にわたることが多く、その場合の長期間の実施に必要な「危険性」が「指導者」の行為にあったことを示す文言として、第30条2項、3項は、「通常の成り行きにおいてその結果が生ずる」と規定したと解されるからである⁴²⁾。実際に Lubanga 事件第一審判決でも、2002年9月1日から2003年8月13日までの11か月にわたる長期間の子ども兵強制的徴集が「共通の計画」の実施として行われたと認定している⁴³⁾。この観点から、「未必の故意」を有して「共通の計画」に参加すれば、正犯の主観的要件は満たされると判示したのである。

以上により、「指導者」が犯罪を「コントロール」したといえる場合の

39) Ohlin, Sliedregt and Weigend, *supra* note 35, p. 738.

40) Gerhard Werle and Florian Jessberger, *Principles of International Criminal law* 3rd ed. (Oxford University Press, 2014), margin numbers 475-476.

41) Lubanga Appeal Judgment, 1 December 2014, ICC-01/04/01/06 A 5, para. 450.

42) ICC: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* Trial Chamber I Judgment (hereinafter cited as Lubanga Judgment), 14 March 2012, ICC-01/04/01/06, para. 1012.

43) *Ibid.*, paras. 1354-1355.

み、「指導者」に責任を科す以上個人責任の理論にも反しない、と ICC は考えたと思われる。これに対し、大規模な組織犯罪の場合には、「指導者」と直接手を下して非人道的行為を行った者の間に多くの者が介在しているにもかかわらず、上記の要件だけで「指導者」を正犯にしようとするれば正犯の範囲が広がりすぎるのではないか、もし、広がりすぎるとすれば個人責任の理論に反するおそれがあるのではないかと批判が加えられている。そこで、次章では、「コントロール」理論に対する批判とその課題を検討する。

Ⅲ. 「コントロール」理論に対する批判とその課題

1. 「コントロール」理論に対する批判の検討

「国際刑事裁判所」で処罰すべき大規模な組織犯罪では、刑事責任を問われるべき当局が、非常に地位の高い「指導者」であり、大規模な組織の「指導者」と、直接手を下して非人道的行為を行った者の間に多くの個人が介在し、「指導者」の行為と当該非人道的行為以外にも多くの行為が存在している。にもかかわらず、そのような「指導者」を正犯とする客観的要件に、なんら積極的行為を要せず、しかも主観的要件まで「未必の故意」で足りるとすると、そのような犯罪を行った組織の指導的地位にある者はすべて正犯とされてしまうのではないかという疑問が生じる。例えば、「共通の計画」に参加した複数の「指導者」のうち最も地位の高い者が実は犯罪の首謀者ではなかった場合でも、その最高位者が正犯とされるおそれがあるように思われる⁴⁴⁾。その場合には、その「指導者」は自己の行為ゆえではなく自己の地位ゆえに「正犯」とされるのではないだろうか。とすれば、個人責任の理論に反するおそれがあるのではないかと、疑問となると思われる⁴⁵⁾。このような疑問から、以下の2点につき、ICC

44) Ohlin, Sliedregt and Weigend, *supra* note 35, p. 738.

45) *Ibid.*, p. 740. Ambos, *supra* note 4, pp. 144-151.

の判事からも反対意見が付されている。

まず、Lubanga 事件では、「コントロール」理論に基づいて有罪判決が下された後⁴⁶⁾、14年の拘禁刑が科されたのだが⁴⁷⁾、この有罪判決には、「コントロール」理論に反対する Fulford 判事の個別意見が付されている⁴⁸⁾。その意見で Fulford 判事は、Lubanga 事件予審裁判部が「共通の計画」への「不可欠の寄与」を要件としたのに対し⁴⁹⁾、「犯罪の実行」と個人の寄与の間の「機能的因果関係 (operative link)」を要件とすべきであると批判した⁵⁰⁾。しかし、例えば「犯罪実行に必要な武器を用意した」というような寄与をした個人につき、「機能的因果関係」があったとして正犯とするのか、それとも、「機能的因果関係」なしとしてほう助犯とするのか、その判断基準は示されていない⁵¹⁾。これでは、「コントロール」理論上の「不可欠の要件」と同様に、または、それ以上に正犯の範囲が広がりすぎ、その結果、個人責任の理論に反するおそれがあるといわざるをえない。

他方 Ngudjolo 判決の補足意見において Wyngaert 判事は、「共通の計画」への「不可欠の寄与」という要件に代えて、「犯罪の重要な要素の実現」に対する個人の「直接の寄与」を要件とすることを提案している⁵²⁾。

46) Lubanga Judgment, 14 March 2012, ICC-01/04/01/06, para. 1358.

47) ICC: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* Trial Chamber I *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, 10 July 2012, ICC-01/04/01/06, para. 107.

48) Lubanga Judgment, *Separate and Dissenting Opinion of Judge Fulford*, 14 March 2012, ICC-01/04/01/06, paras. 15, 16 et seq. この個別意見のバラ16で、Fulford 判事は、「コントロール」理論の「不可欠の寄与」という要件では正犯の範囲が狭すぎるとして反対している。しかし、むしろ広すぎるとおそれの方が問題であろう。Ohlin, Sliedregt and Weigend, *supra* note 35, p. 731.

49) Lubanga Decision, 29 January 2007, ICC-01/04/01/06-803, paras. 332-337.

50) Lubanga Judgment, *Separate and Dissenting Opinion of Judge Fulford*, 14 March 2012, ICC-01/04/01/06, para 15.

51) Ohlin, Sliedregt and Weigend, *supra* note 35, pp. 728-729.

52) ICC: *Prosecutor v. Ngudjolo* Trial Chamber II *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute* (hereinafter cited as Ngudjolo Judgment), *Concurring Opinion of Judge Van den Wyngaert*, 18 December 2012, ICC-01/04-02/12, paras. 41-44.

しかし、Wyngaert 判事自身も認めているように、例えば ICC 規程第 8 条 2 項(e) (viii) 違反の「文民たる住民の移動」のような犯罪には、「直接の寄与」要件は適用困難である⁵³⁾。しかも、ICC や ICTY などの「国際刑事裁判所」で処罰されることが必要な大規模な組織犯罪については、むしろ、通常は、そのような「直接の寄与」要件は適用困難であろう。このような場合について、Wyngaert 判事は、犯罪計画自体が「犯罪の重要な要素」であるとし、その立案や組織的準備をした者も「直接の寄与」をした者とみなされるとする⁵⁴⁾。その際、副次的な立案や準備を行ったため、ほう助犯とされる者と、「直接の寄与」といえる立案や組織的準備を行ったため、正犯とされる者の区別は、個別の被疑事実によって行われるとするが、その区別基準は不明であり⁵⁵⁾、実際の適用には困難が伴う。

以上のように、「犯罪の実行」と個人の寄与の間の「機能的因果関係」を要件とするという Fulford 判事の提案も、「犯罪の重要な要素の実現」に対する個人の「直接の寄与」を要件とするという Wyngaert 判事の提案も、少なくとも現時点では適用困難であるといえよう。その意味では、「共通の計画」への「不可欠の寄与」という要件の方が抽象的であるとはいえ「不可欠性」という規範的区別基準が存在している点で、適正な区別が可能なのではないか、とも考えられる⁵⁶⁾。ただし、「コントロール」理論に基づいて、「共通の計画」への「不可欠の寄与」という要件で正犯と共犯を区別する以上は、どのような寄与が規範的にみて「不可欠」なのか、という点を明らかにする必要がある⁵⁷⁾。実際に、Lubanga も、犯罪に直接参加していない自分が「不可欠の寄与」をしたとする第一審判決は

53) Ohlin, Sliedregt and Weigend, *supra* note 35, pp. 729-730.

54) Ngudjolo Judgment, *Concurring Opinion of Judge Van den Wyngaert*, 18 December 2012, ICC-01/04-02/12, para. 47.

55) *Ibid.*, para. 46.

56) Ohlin, Sliedregt and, Weigend, *supra* note 35, p. 731.

57) Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, vol. I (Oxford University Press, 1st ed., 2013), pp. 146-147.

誤っていると主張した⁵⁸⁾。これに対し、検察官も「コントロール」理論自体は問題ないと主張しながらも、「共通の計画」への Lubanga の貢献が「不可欠」かどうかの検討は必要であるとした⁵⁹⁾。

この点、ICC の予審裁判部は、「自分の役割を実行しないこと」という不作為と、これにより「犯罪が達成できなくなる」という消極的要件のみを挙げて「不可欠性」を判断し、なんら積極的要件を挙げていなかったが⁶⁰⁾、上訴裁判部は以下のように検討した。まず、ICC 規程第25条3項(a)の「実行 (commit)」による犯罪への寄与と(b)から(d)における寄与とは、他の状況がすべて同じであれば「より非難に値する (blameworthy)」かどうかで区別されるとして⁶¹⁾、規範的な区別が必要であることを明らかにしている。その規範的な区別は、「他の者と共同して」犯罪を行った者と(b)から(d)における共犯にすぎない者との区別、および「他の者を通じて」犯罪を行う類型の正犯と共犯との区別において問題となるとして、以下のように入訴裁判部は検討した⁶²⁾。

まず、「他の者と共同して」犯罪を行った者と共犯にすぎない者との区別は、その役割を規範的に評価し、「共犯にすぎない者よりも重要な役割を有する者が正犯である⁶³⁾」という第一審判決を踏襲した。また、その重要性判断の基準と段階についても第一審判決および予審裁判部決定を踏襲して、「犯罪と被告人の精神的関係」のような基準ではなく「犯罪に寄与する程度 (extent of contribution to the crime)」という客観的な基準によって判断され、この「犯罪に寄与する程度」は「犯罪の実施段階 (the execution stage of the crime)」においてのみならず「犯罪の計画または準備

58) Lubanga Appeal Judgment, 1 December 2014, ICC-01/04/01/06 A 5, para. 456.

59) *Ibid.*, para. 457.

60) Lubanga Decision, 29 January 2007, ICC-01/04/01/06-803, paras. 346-347. Cf. Ohlin, Sliedregt and Weigend, *supra* note 35, p. 738.

61) Lubanga Appeal Judgment, 1 December 2014, ICC-01/04/01/06 A 5, para. 462.

62) *Ibid.*, paras. 465-473.

63) Lubanga Judgment, 14 March 2012, ICC-01/04/01/06, paras. 996-998.

段階」においても判断される、と判示した⁶⁴⁾。

次に、「指導者」の「計画」に基づいて「実際に犯罪を行った者」がいる場合、前者の「コントロール」の下で後者が犯罪を行ったといえてはじめて、前者は「他の者を通じて」犯罪を行った正犯として責任が帰せられる。その際、規範的にみてそういえるかどうかは、「指導者」と犯罪行為の関係、および「指導者」の寄与と犯罪結果の関係が問題となる。この点、ICC は、規程第25条3項(a)号が「他の者を通じて犯罪を行う者」の「他の者」につき、「刑事上の責任を有するか否かにかかわらず」としていることを重視している⁶⁵⁾。そのことから、刑事責任能力がないか、または、限定責任能力しかないため単なる道具となる者を利用する、国内法上の間接正犯とは異なり、完全な責任能力を有している者を「コントロール」して犯罪を実行する場合も含めて、この類型の正犯に該当すると解する⁶⁶⁾。

そのうえで、「指導者」が、完全な責任能力を有している「他の者」を「コントロール」する場合も正犯責任を負う以上、そのような「他の者」の集合体である組織を機能的に (functionally) 「コントロール」した「指導者」も正犯とされると解する⁶⁷⁾。このような解釈は、ドイツ刑法学者 Roxin の「行為コントロール (Tatherrschaft)」理論を基礎としており、この理論は、アイヒマンをはじめとする、ナチス・ドイツによる残虐行為の「指導者」に正犯責任を負わせる根拠を示したものである⁶⁸⁾。この点、ナ

64) *Ibid.*, para. 989. Lubanga Decision, 29 January 2007, ICC-01/04/01/06-803, paras. 346-348.

65) Lubanga Appeal Judgment, 1 December 2014, ICC-01/04/01/06 A 5, para. 465. Albin Eser, "Individual Criminal Responsibility," in Antonio Cassese, Paola Gaeta and John R.W. D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary Vol. IB* (Oxford, 2002 (2009 reprinted)), p. 795.

66) Cf. Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law*, (Oxford University Press, 2012), pp. 71-73.

67) Lubanga Judgment, 14 March 2012, ICC-01/04/01/06, para. 990.

68) Gerhard Werle and Boris Burghardt, "Claus Roxin on Crimes as Part of Organized Power Structures," *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9 (2011), pp. 199-201. ↗

チス党のような大規模な組織の「指導者」については、実際に手を下して残虐行為を行った兵士との関係が間接的なものであり、犯罪の「共通の計画」に「不可欠の寄与」をしたといえる場合でも、実際の残虐行為まで「コントロール」したといえるのが問題となる。この問題について、Roxin は、「組織コントロール (Organisationsherrschaft)」という概念を用いて、実際の残虐行為も「指導者」が「コントロール」したといえるとして、以下のように主張する⁶⁹⁾。つまり、実際に残虐行為を行った兵士は組織の歯車の一つであり、「共通の計画」に従って機械的に行動するにすぎない。そのため、もしも、当該組織に「共通の計画」通りに行動しない者がいたとしても、歯車の一つである以上、「共通の計画」通りに行動する者と代えれば足りる。したがって、「指導者」が、犯罪の「共通の計画」に「不可欠の寄与」を加え、当該組織を「コントロール」した場合には、実際の残虐行為は因果の流れとして必然的に行われる、と主張するのである⁷⁰⁾。この理論を基礎として、ICC の予審裁判所は、その規程第25条3項(a)号と(d)号を解釈し、「コントロール」理論に基づく正犯の要件を定め、(a)号の「他の者を通じて」の「者」にも、(d)号の「共通の目的で行動する者の集団」にも、「共通の計画」に基づいて犯罪を行う組織が含まれるものと解したのである⁷¹⁾。

これに対して Ngudjolo 判決の補足意見において Wyngaert 判事は、そもそも「他の者と共同して」または「他の者を通じて犯罪を行う者」の意義は、国内法上の共同正犯および間接正犯に限定すべきであり、「コントロール」理論に基づく「組織をコントロールする者」まで拡大すべきではないと主張している⁷²⁾。その理由は、「他の者 (another person)」に、「共

↘ Claus Roxin, "Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten" *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 74 (1962), pp. 425-430.

69) Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft* 7th ed. (Walter de Gruyter, 2000), pp. 275-305.

70) Werle and Burghardt, *supra* note 68, pp. 191-207.

71) Lubanga Decision, 29 January 2007, ICC-01/04/01/06-803, para. 370.

72) Ngudjolo Judgment, *Concurring Opinion of Judge Van den Wyngaert*, 18 December ↗

通の計画」を協調的に実施する複数人の組織まで含めるという解釈は、ドイツ国内法ならば可能だとしても⁷³⁾、国際刑事法上は、ウィーン条約法条約第31条1項にいう「用語の通常の意味」に従った解釈とはいえず、ICC 規程22条2項で禁じられている拡大解釈だ、ということにある⁷⁴⁾。この主張からは、国内法上の共同正犯および間接正犯に該当しない「指導者」は、第25条3項(a)号ではなく、(b)号から(d)号で処罰することになる⁷⁵⁾。実際に、Wyngaert 判事は、第25条3項(b)号の「命令」に基づく責任のように、必ずしも正犯より軽いとはいええない責任も共犯の中には含まれていることを根拠に、そのように解釈し、個人の犯罪への寄与の程度に応じて「指導者」も処罰すべきであると主張する⁷⁶⁾。この点 Ambos も、「国際刑事法を履行するには、犯罪の政治的、社会的、経済的、文化的枠組みや背景を調査し、理解しなければならない」と述べている⁷⁷⁾。

このように責任の階層性を否定したうえで、Wyngaert 判事は、組織を介しての間接的共同実行は規程第25条3項(a)号に含まれていないと主張する⁷⁸⁾。その主張からは、組織を「コントロール」していた「指導者」であっても、直接手を下した個人を「コントロール」したとはいええない「指導者」は正犯としては処罰されないので、「他人の犯罪行為に対して責任を負う」ことはないといえる。具体的には、Bashir 大統領事件のように

↘2012, ICC-01/04-02/12, paras. 52-53. この点は、次の Weigend 論文に詳しい。Cf. Thomas Weigend, "Perpetration through an Organization: The Unexpected Career of a German Legal Concept," *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9 (2011), pp. 91-111.

73) Katanga and Ngudjolo Decision, 1 October 2008, ICC-01/04-01/07, paras. 480-486. Lubanga Decision, 29 January 2007, ICC-01/04/01/06-803, para. 348, n. 425. C. Roxin, *supra* note 69, pp. 294, 299.

74) Ngudjolo Judgment, *Concurring Opinion of Judge Van den Wyngaert*, 18 December 2012, ICC-01/04-02/12, paras. 5, 9-21, 50.

75) *Ibid.*, paras. 65-70.

76) *Ibid.*, paras. 22-30.

77) Ambos, *supra* note 4, p. 128.

78) Ngudjolo Judgment, *Concurring Opinion of Judge Van den Wyngaert*, 18 December 2012, ICC-01/04-02/12, paras. 58-64.

「指導者」と直接手を下して非人道的行為を行った者の間に多くの者が介在し、具体的犯罪行為と「指導者」の行為の間にも多くの行為が存在するような場合、ICC 規程第25条3項(d)号の「共通の目的で行動する者の集団」による「犯罪の実行に対し、その他の方法で寄与」したことに基づいて責任を負うことになろう⁷⁹⁾。それでも、Wynngaert 判事は、(b)号から(d)号に基づく責任が必ずしも(a)号に基づく責任よりも軽いとはいえないので、適切な科刑も不可能ではない、と主張している⁸⁰⁾。しかし、(a)号の責任は「実行」に基づく責任なのに対し、(b)号から(d)号に基づく責任は「命令」、「教唆」、「勧誘」、「ほう助」など、あくまで「実行」以外の行為に基づく責任である。にもかかわらず、組織を「コントロール」している「指導者」の多くが「実行」犯以外の者とされるのは犯罪の実態に合致していないのではないだろうか⁸¹⁾。さらに、組織を「コントロール」した「指導者」が、犯罪の「共通の計画」に対して最も寄与した場合、(a)号犯に科されるよりも重い刑が、(d)号犯である「指導者」に科されるのは、はたして、ICC 規程第25条3項全体を「用語の通常の意味に従い」解釈したといえるのだろうか⁸²⁾。

これらの疑問が残る Wynngaert 判事の提案とは反対に、Lubanga 事件第一審裁判部も、上訴審裁判部も、(a)号を正犯 (principal)、(b)号から(d)号を共犯 (accessory) と解したうえで、正犯の責任が最も重いと判示した⁸³⁾。したがって、ICC は、「コントロール」理論に基づいて(a)号を解釈し、複数の「者」からなる組織を(a)号の「者」に含めて解釈したうえで、「正犯の責任が最も重い」という責任の階層性を肯定すると考えられ

79) *Ibid.*, para. 29.

80) *Ibid.*, paras. 65-70.

81) ICTR: *Prosecutor v. Seromba, Appeal Judgment*, 12 March 2008, ICTR-2001-66-I, para. 161, 183 et seq. Meloni, *supra* note 13, pp. 226-227.

82) Lubanga Decision, 29 January 2007, ICC-01/04/01/06-803, para. 334.

83) Lubanga Judgment, 14 March 2012, ICC-01/04-01/06-2842, paras. 996-999. Lubanga Appeal Judgment, 1 December 2014, ICC-01/04/01/06 A 5, para. 467.

る⁸⁴⁾。そのことを前提として、個人責任の理論に反しないためにはどのような正犯の要件が必要なのだろうか。次節では、この点を検討する。

2. 「コントロール」理論に基づく「指導者」処罰の課題

ICC は、「コントロール」理論に基づき、正犯とは「犯罪を行うかどうか、および犯罪をどのように行うかを決定する者」であるとしている。このことから、複数犯の場合の正犯の客観的要件は、犯罪の「共通の計画」への「不可欠の寄与」であるとし、主観的要件は、そのような状況にあることの「意識」であり、いわゆる「未必の故意」でも足りるとしている⁸⁵⁾。このような ICC の判断は、大規模な組織犯罪の「指導者」が、刑事責任を問われるべき当局である場合は、これも正犯として処罰する必要がある、という ICTY の判断を受け継ぐものであるといえよう⁸⁶⁾。これを前提として、個人責任の理論に反しないための課題について検討しなければならない。

そこで、ダルフル紛争に関する Bashir 大統領に対する逮捕状発布事件という、ICC で刑事責任を問われる可能性のある犯罪のうち、最も大規模な民族紛争時の組織犯罪につき、Bashir 大統領という最高位にある「指導者」の刑事責任を具体例として検討する。ここで、Bashir 大統領に対する逮捕状発布に関する予審裁判部の決定でも、「コントロール」理論に基づいて、ICC 規程第25条3項(a)号上、間接的に共同して実行したとして、逮捕状が発布されることが確認されている⁸⁷⁾。この Bashir 大統領事件とは以下のような事件である。すなわち、2004年頃からジャンジャウィードという民兵組織が、ダルフル住民のうち、非アラブ系（アフリ

84) Cf. Ohlin, Sliedregt and Weigend, *supra* note 35, pp. 737, 744-745.

85) Lubanga Decision, 29 January 2007, ICC-01/04/01/06-803, paras. 330-331.

86) Katanga and Ngudjolo Decision, 1 October 2008, ICC-01/04-01/07, para. 492.

87) ICC: *Prosecutor v. Omar Al Bashir*, Pre-Trial Chamber I *Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (hereinafter cited as Omar Al Bashir Decision), 4 March 2009, ICC-02/05-01/09, paras. 209-215, 221.

カ系)の一般住民を虐殺、略奪、強姦してきたにもかかわらず、これに対してスーダン政府は、処罰するどころか、武器の供与などを行った、といわれている。そこで、ICCは、まず、ジャンジャウィードのリーダー Ali Kushayb とスーダン政府の人道担当大臣 Ahmad Harun について、これに関与したとして2007年に逮捕状を發布した。その後2009年になって ICC は、スーダンの大統領である Omar Al Bashir にも逮捕状を發布した。その際、予審裁判部は、逮捕状發布の根拠として、ジャンジャウィードの残虐行為、または、ジャンジャウィードへの武器供与などの「共通の犯罪計画」について、一見したところ (prima facie), Bashir 大統領は、その他の「指導者」と「共同して」、スーダンの国家機構当局 (the branches of the “apparatus” of the State) を「コントロール」することによって協調的に実施したことを挙げている⁸⁸⁾。そのうえで、この「コントロール」により、Bashir 大統領は、間接的な実行 (indirect perpetration) と共同実行 (co-perpetration) の複合した間接的共同実行 (indirect co-perpetration) の類型の実行をした正犯に該当すると判示した⁸⁹⁾。つまり、Bashir 大統領は ICC 規程第25条3項(a)号の正犯類型のうちの第4類型の間接的共同正犯に該当するというを逮捕状發布の根拠としたのである⁹⁰⁾。

この点、Wilt などは、逮捕状の発布段階という「一見したところ」では間接的共同実行を肯定できる蓋然性はあるといえたとしても、このような逮捕状発布は公判段階において間接的共同実行を肯定できるかどうかをめぐる混乱を生じさせると批判している⁹¹⁾。確かに、スーダンの Bashir

88) *Ibid.*, paras. 216. “(Furthermore,) the Majority finds that there are reasonable grounds to believe that Omar Al Bashir and the other high-ranking Sudanese political and military leaders directed the branches of the “apparatus” of the State of Sudan that they led, in a coordinated manner, in order to jointly implement the common plan.”

89) *Ibid.*, paras. 211-213.

90) Lubanga Decision, 29 January 2007, ICC-01/04/01/06-803, para. 332. Katanga and Ngudjolo Decision, 1 October 2008, ICC-01/04-01/07, paras. 492-493.

91) Harman van der Wilt, “The Continuous Quest for Proper Modes of Criminal Responsibility,” *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 7 (2009), pp. 307-314. ↗

大統領や Ahmad Harun 人道担当大臣のような「指導者」については、直接手を下して非人道的行為を行った者との間に多くの者たちが介在し、Bashir 大統領や Harun 大臣の行為と当該非人道的行為の間にも、多くの行為が存在している。それでも、彼らはスーダンの国家機構当局を「コントロール」しているとはいえない。ただ、はたして、ジャンジャウィードという民兵組織は、Bashir 大統領が「コントロール」していたといえるのか、また、ジャンジャウィードの民兵は国家機構当局の歯車だったといえて、国家機構当局の「共通の計画」通りに残虐行為を行ったといえるのか、という点には疑問が残るといわざるをえない。

実際に、Bashir 大統領側は、ダルフル住民からなる反乱軍の鎮圧のために、政府の武力行使を命じたにすぎず、民兵やジャンジャウィードなどを「コントロール」したことはないと主張している。また、予審裁判部の決定に際して Ušacka 判事は、間接的な共同実行 (indirect co-perpetration) について、「ジャンジャウィードなどの『意思』を『コントロール』するような中心的な役割を Bashir 大統領が担っていたとはいえない」として、これを否定する意見を付している⁹²⁾。これに対して、予審裁判部は、Bashir 大統領が他の「指導者」と「共同して」、スーダンの国家機構当局を「コントロール」することによって「共通の計画」を協調的に実施したとは判示しているが⁹³⁾、ジャンジャウィードなどの「意思」を「コントロール」する中心的な役割を Bashir 大統領が担っていたかどうかは明示していない。

↘ Weigend, *supra* note 72, pp. 91-111. Meloni, *supra* note 13, p. 237.

92) Omar Al Bashir Decision, *Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Ušacka*, 4 March 2009, ICC-02/05-01/09, paras. 103-104. ただし、Ušacka 判事は、共同実行 (co-perpetration) に該当する可能性は、肯定している。しかし、Ušacka 判事が主張するように Bashir 大統領が「直接犯罪を実行した者の『意思』を「コントロール」するような中心的な役割を担っていたとはいえない」とすれば、Bashir 大統領が、犯罪実行行為と「共同して」犯罪を実行した、ともいえないことから、Ušacka 判事の意見は一貫していないように思われる。Wilt, *supra* note 91, p. 313.

93) Omar Al Bashir Decision, 4 March 2009, ICC-02/05-01/09, para. 216.

この問題を「コントロール」理論に照らして考えるために、仮に、Bashir 大統領という「指導者」が国家機構当局という組織を「コントロール」していたうえに、その組織の「共通の計画」に、ジャンジャウィードの残虐行為などがあったとする。そのように仮定したとしても、スーダン国家機構当局が、ジャンジャウィードを「コントロール」していたかどうか、さらに、ジャンジャウィードに属する個々の民兵は、その計画通りに因果の流れとして必然的に残虐行為を行ったといえるのか、という点が問題となろう。この点、Roxin が念頭に置いていた、アイヒマンについては、ナチス党の下にあってドイツ軍を「コントロール」していた親衛隊という組織の中佐であり、この組織を「コントロール」していた以上、ユダヤ人の絶滅のためにドイツ軍が捕虜収容所に送ったという残虐行為も、因果の流れとして必然的に行われた、といえるかもしれない⁹⁴⁾。しかし、Bashir 大統領の場合、現時点では、スーダン国家機構当局という組織がジャンジャウィードを「コントロール」していたかどうか、さらには、ジャンジャウィードが民兵の残虐行為を「コントロール」していたかどうか、が不明であり、Bashir 大統領のこれらの「コントロール」への「寄与」の程度によってはその因果の流れとして民兵による残虐行為が必然的に行われたといえるのか、という点は不明であるといわざるをえない。したがって、公判段階では、この点を検討して決定する必要がある。他方で、ジャンジャウィードなどを「コントロール」していた「指導者」がいたとしても、その「指導者」が国家機構全体を「コントロール」していたとはいえないのではないかと、という点も問題となる⁹⁵⁾。この点、もし Bashir 大統領もその他の「指導者」も「共通の計画」に「指導者」として参加してさえいれば、間接的に共同して犯罪を実行した正犯として処罰することを認めるとするなら、ICTY の「共同犯罪実体」概念に対する批判と同様、「他人の犯罪行為に対して責任を負う」ことにならないか、

94) Werle and Burghardt, *supra* note 68, pp. 199-201. Roxin, *supra* note 68, pp. 425-430.

95) Wilt, *supra* note 91, pp. 313-314. Ambos, *supra* note 4, pp. 144-151.

という個人責任理論上の問題が生じよう⁹⁶⁾。

一方、Lubanga 事件確定判決からみて、ICC は「コントロール」理論に基づく「指導者」処罰を続けると思われる。そのことを前提として、「他人の犯罪行為に対して責任を負う」ことがないためにはどのような正犯の要件が必要なのか、という点を考察する。すなわち、「指導者」が大規模な組織を「コントロール」している場合であっても、その組織の歯車とはいえない者の犯罪行為に対して正犯責任を負う場合は個人責任の理論に反するため、そのような場合を排除できる正犯の要件が必要となるのである⁹⁷⁾。そこで、Bashir 大統領事件を具体例として考えてみると、スーダン国家機構当局とジャンジャウイードとの関係、ジャンジャウイードと個々の民兵との関係、および Bashir 大統領の寄与の程度は、以下の通りでなければならないと考えられる。第一に、国家機構当局という組織の歯車の一つとしての地位をジャンジャウイードが有すること、第二に、ジャンジャウイードの「計画」通りに行動しない民兵がいた場合には、いつでも計画通りに行動する民兵と代えることができること、第三に、Bashir 大統領の「共通の計画」への「寄与」によって犯罪結果までの因果の流れができたといえるだけの危険性が存在することが必要であると考えられる⁹⁸⁾。

これを犯罪の結果と行為の要件に分ければ、犯罪結果は、「指導者」の「コントロール」の下にある組織の歯車といえる者が生じさせたことが必要であり、犯罪行為の方は、当該犯罪結果を因果の流れとして必然的に生じさせるだけの危険性を有することが必要であるといえる。さらに、犯罪行為の要件は、「指導者」の「寄与」が当該犯罪結果を因果の流れとして必然的に生じさせるだけの「不可欠性」を有さねばならない。そのため、

96) Ngudjolo Judgment, *Concurring Opinion of Judge Van den Wyngaert*, 18 December 2012, ICC-01/04-02/12, para. 61.

97) Wilt, *supra* note 91, pp. 313-314. Weigend, *supra* note 72, p. 111.

98) Ambos, *supra* note 4, pp. 144-151.

この要件を満たすかどうかは、「指導者」の「寄与」に関する様々な要素を総合的に考慮することが必要であると思われる。すなわち、「共通の計画への『指導者』の関与の程度」, 「犯罪の意図」, 「犯罪結果に対して有する『指導者』の利害関係」, 「犯罪計画成功にとっての『寄与』の重要性」, さらには「実際の犯罪遂行への『寄与』の近接性 (proximity)」などの諸要素を総合的に考慮して⁹⁹⁾, 犯罪結果を因果の流れとして必然的に生じさせるだけの危険性を有することが必要である。その因果の流れとして、「指導者」の「コントロール」下の組織の歯車といえる者によって、犯罪結果が生じた場合にのみ、これを正犯とするなら、「自己の行為に対して責任を負う」のであり、個人責任の理論に反しないと考えられる。

このような要件のうち、犯罪結果を生じさせたのが、「指導者」の「コントロール」の下にある組織の歯車たる者かどうかについては、Lubanga 事件では検討されていない。というのも、被告人 Lubanga は、コンゴ愛国同盟 (UPC) の創設者兼代表として、これを「コントロール」していたと同時に、コンゴ解放愛国軍 (FPLC) の最高司令官として、これも「コントロール」しており、これらの組織の歯車といえる者によって、子ども兵が強制的に徴集されたり、使用されたりしたことは、議論的にならなかったからである¹⁰⁰⁾。すなわち、Bashir 大統領事件のように、「指導者」が直接「コントロール」する組織より下位の組織の一員が犯罪結果を生じさせたような場合、前者の組織と後者の組織の関係は、どのようなものでなければならないのか、また、後者の組織の一員が前者の組織の歯車といえるためには、どのような判断基準で判断されるのか、という点を明らかにする必要はなかったのである。そこで、まずは、この点を明らかにすることが課題であるといえる。

次に、「指導者」の「寄与」が、当該犯罪結果を因果の流れとして必然的に生じさせるだけの「不可欠性」を有しているといえるかどうかは、ど

99) Ohlin, Sliedregt and Weigend, *supra* note 35, p. 734.

100) Lubanga Appeal Judgment, 1 December 2014, ICC-01/04/01/06 A 5, para. 489.

のように判断するのか、という点について、ICC の予審裁判部は、「自分の役割を実行しないこと」という不作為と、これにより「犯罪が達成できなくなる」という消極的要件しか判示しなかった¹⁰¹⁾。これに対し、上訴裁判部は以下の点を明らかにした。まず、「指導者」の「寄与」が共犯者の犯罪への寄与と比べて「より非難に値する」場合に「指導者」は正犯責任を負うと判示した¹⁰²⁾。次に、「寄与」が「より非難に値する」かどうかは、その役割を規範的に評価して重要な役割を有するかどうかによって判断する、と判示した¹⁰³⁾。最後に、その役割の重要性は、「犯罪に寄与する程度」という客観的な基準によって判断され、この判断は「犯罪の実施段階」のみならず「犯罪の計画または準備段階」でも行われる、と判示したのである¹⁰⁴⁾。

このような判断基準を上訴審裁判部は Lubanga 事件に適用し、「15歳未満の子ども兵を強制的に徴集し、使用する」という「共通の計画」に Lubanga は「不可欠の寄与」をしたと判示した¹⁰⁵⁾。その理由として、コンゴ愛国同盟とコンゴ解放愛国軍の階層性および Lubanga と両組織の間で密接な意思疎通が図られていたことから、「共通の計画」にとり Lubanga の「寄与」は不可欠であったことを挙げている¹⁰⁶⁾。これは、「指導者」の「寄与」に関して、この事件に必要な要素を考慮したものと考えられる。ただし、Bashir 大統領事件におけるジャンジャウイードのように、階層性の程度が低いのではないかと思われる組織が実際に犯罪を行った場合や、「指導者」と実際に犯罪を行った者の間でどの程度意思疎

101) Lubanga Decision, 29 January 2007, ICC-01/04/01/06-803, paras. 346-347. Cf. Ohlin, Sliedregt and Weigend, *supra* note 35, p. 738.

102) Lubanga Appeal Judgment, 1 December 2014, ICC-01/04/01/06 A 5, para. 462.

103) *Ibid.*, para. 466. Lubanga Judgment, 14 March 2012, ICC-01/04/01/06, paras. 996-998.

104) Lubanga Appeal Judgment, 1 December 2014, ICC-01/04/01/06 A 5, paras. 468-469. Lubanga Judgment, 14 March 2012, ICC-01/04/01/06, para. 989. Lubanga Decision, 29 January 2007, ICC-01/04/01/06-803, paras. 346-348.

105) Lubanga Appeal Judgment, 1 December 2014, ICC-01/04/01/06 A 5, paras. 488-490.

106) *Ibid.*, para. 489.

通が図られていたかが不明な場合に、考慮しなければならない要素までは、ふれる必要がなかった。そのため、そのような諸要素を、どのように考慮に入れて、どのような基準で判断するのか、を明らかにする必要もなかったのである。そこで、この点を明らかにすることも課題として残っているといえよう。

IV. おわりに

ICC は、民族紛争時の大規模な組織犯罪について刑事責任を問われるべき当局が地位の高い「指導者」の場合は、「コントロール」理論を基礎として、その組織の「指導者」に、ICC 規程第25条3項(a)号の正犯責任を科すと判示した¹⁰⁷⁾。これは、そのような者を正犯として非難 (stigmatization) することで犯罪の首謀者が誰なのかを明らかにすることは、被害者や国際社会全体に対して、誰が「真の罪人 (the 'real' culprit)」なのかを知らせる、という点を重視したからであると思われる¹⁰⁸⁾。

とはいえ、「コントロール」理論において、「共通の計画」への「不可欠の寄与」という抽象的要件を満たすことで正犯を認める以上、「不可欠の寄与」の要件は厳格に解釈、適用されねばならない¹⁰⁹⁾。具体的には、犯罪結果について、「指導者」の「コントロール」の下にある組織の歯車といえる者が生じさせたことが必要であり、犯罪行為については、当該犯罪結果を因果の流れとして必然的に生じさせるだけの危険性を有することが必要である。

この点、Lubanga 事件上訴裁判部は、「指導者」の「コントロール」下にある、組織の歯車といえるかどうかの要件については、明示していない。そのため、「指導者」が、直接「コントロール」する組織より下位の

107) *Ibid.*, paras. 446-447.

108) Ohlin, Sliedregt and Weigend, *supra* note 35, p. 745.

109) Lubanga Appeal Judgment, 1 December 2014, ICC-01/04/01/06 A 5, para. 457.

組織の一員が犯罪結果を生じさせたような場合に、前者の組織と後者の組織の関係は、どのようなものでなければならないのか、また、後者の組織の一員が前者の組織の歯車といえるには、どのような判断基準で判断されるのか、という問題に答えることが、課題として残ったといえる。他方で、「指導者」の「寄与」の危険性については、「より非難に値する」かどうかを「犯罪の計画、準備、または実施段階」において「指導者」の役割を規範的に評価して判断すると Lubanga 事件上訴裁判部は判示した¹¹⁰⁾。ただし、そのような規範的评价において考慮すべき客観的要素も主観的要素も、この事件で必要とされたものしか明らかにされてはいない。そのため、そのような評価において総合的に考慮すべき諸要素を明らかにすることも課題として残ったといえよう。

以上に加えて、Katanga and Ngudjolo 事件のように、複数の「指導者」がそれぞれ独立して別々の組織を「コントロール」して、それらが相互補完的に犯罪を実行する場合も、ICC は間接的共同実行を認めた¹¹¹⁾。しかし、この場合は自己の「コントロール」下の組織に属さない者によって犯罪結果が生じた可能性もある。それでも、個人責任の理論に反して「他人の犯罪行為に対して責任を負う」ことにはならないのか。この点を検討することも、「コントロール」理論の課題として残っていると見えよう¹¹²⁾。

110) *Ibid.*, paras. 466-469.

111) Katanga and Ngudjolo Decision, 1 October 2008, ICC-01/04-01/07, paras. 487-499.

112) Ohlin, Sliedregt and Weigend, *supra* note 35, pp.734, 745-746. Ambos, *supra* note 4, pp. 146, 153-157.