

令和 3 年 6 月 18 日現在

機関番号：34509

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2018～2020

課題番号：18K01288

研究課題名(和文)「侵略犯罪」の「指導者」要件の法的意義 - ICCのコントロール理論の観点から

研究課題名(英文) Who is to be singled out as the principal actor of a crime of aggression? -
From the viewpoint of "Control Theory" used by the International Criminal Court

研究代表者

木原 正樹 (Kihara, Masaki)

神戸学院大学・法学部・教授

研究者番号：90461011

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,900,000円

研究成果の概要(和文)：大規模な組織犯罪の指導者処罰について、ICCはJCE概念を採用せず、代わってコントロール理論を採用した。一方、ICC規程の侵略犯罪の定義は、国家による侵略行為を前提としつつ「国の政治的又は軍事的行動を実効的に支配又は指揮する地位にある者」を侵略犯罪の正犯としている。そこで、侵略犯罪の処罰にこそコントロール理論が不可欠なのではないかという問いに答えるべく研究を行った。

具体的には、JCE概念とコントロール理論に関する最新判例の検討、ICCの判事などへのインタビューおよびICCの尾崎判事などを招いての研究会開催を行った。以上の研究は、『国際犯罪の指導者処罰』という単著で公表する予定である。

研究成果の学術的意義や社会的意義

近年の武力紛争の特徴の一つとして、傭兵集団や民兵などの不正規兵が戦闘主体となる場合が増えていることが挙げられる。そのため、不正規兵を使って侵略行為が行われた場合の指導者をICCの「侵略犯罪」規定により適切に処罰することの必要性は大きい。

この点、当該処罰範囲が広範または不明確であれば、ICCによる「侵略犯罪」規定に対する信頼とその批准は得られない。そこで、その処罰理論として「コントロール」理論を採用することにより「侵略犯罪」の処罰範囲を適切に限定する可能性と課題を明らかにした本研究の成果には、ICCの「侵略犯罪」規定への信頼とその批准を得るといふ大きな学術的意義と社会的意義があるといえる。

研究成果の概要(英文)： According to the definition of Crime of Aggression in the Article 8 bis of the ICC Statute, "crime of aggression" means "the planning... of an act of aggression" by a State and the subject of Crime of Aggression is "a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of a state." The ICC is using the Control Theory rather than the concept of JCE. Hence, I carried out this research to answer the question: can the "Control Theory" delimitate the commission of "Crime of Aggression"?

Specifically, I examined the latest judgements of the ICTY and the ICC using the concept of JCE and the control theory respectively, as well as hosting research meetings attended by Judge Ozaki from the ICC and other researchers, in addition to conducting interviews with experts in Den Hague and Nuremberg. My research will be presented through my single-authored publication, "Punishment of Leaders of International Crimes."

研究分野：国際法

キーワード：侵略犯罪 国際刑事裁判所 平和に対する罪 Control Theory 犯罪共同実体(JCE)

1. 研究開始当初の背景

(1)「侵略犯罪」の処罰において責任を問われるべき「指導者」とは、どのような者たちか、第二次世界大戦後の「平和に対する罪」の処罰以降、国際社会は試行錯誤を続けてきた。この点、1998年には初めて常設の国際刑事裁判所 (ICC) が設立され、それから 10 年以上の激しい議論を経て、ようやく 2010 年に「侵略犯罪」の定義が合意された。それでもなお、そこで規定された「指導者」要件などをめぐり激しい議論が続いていた。

ここで、侵略行為を含む武力紛争の現代の特徴の一つとして、傭兵集団や民兵などの不正規兵が戦闘主体となる場合が増えていることが挙げられる。そのため、不正規兵を使って侵略行為が行われた場合の「指導者」を ICC の「侵略犯罪」規定により適切に処罰することの必要性が、21 世紀にはますます大きくなってきている。

ところが、実際には、ICC の「侵略犯罪」規定を信頼せず、批准することに躊躇している国も多く、日本もそのような国の一つであった。これは、当該処罰範囲が広範または不明確なのではないかという疑問が大きかったため、ICC の「侵略犯罪」規定に対する信頼とその批准が得られていなかったからだと考えられる。

(2)一方、国際刑事裁判所 (ICC) は、「民族浄化」など大規模な組織犯罪の場合に、直接手を下していない「指導者」を正犯として訴追、処罰する場合には、いわゆる「コントロール」理論を採用した。この「コントロール」理論とは、直接犯罪行為を行った者を含む組織をコントロールした「指導者」に対して正犯責任を科す理論である。この点、ICTY と ICTR では、「共同犯罪実体 (JCE: Joint Criminal Enterprise)」という概念を用いて、「指導者」と直接手を下した者と同じ JCE に属する場合は、共謀があろうとなかろうと、その「指導者」が「人道に対する罪」などを実行したものと解釈した。確かに、民族浄化など大規模な組織犯罪の場合、「指導者」は組織の末端で直接手を下した者たちの行為を知ることができず、また防止できるとはいえない状況にあることも多い。それゆえ、そのような防止できる状況を前提とする上官責任を指導者に課することはできず、ICTY と ICTR では JCE 概念を用いて大規模な組織犯罪の「指導者」を処罰したのである。しかし、「共謀がなくとも正犯責任を科すという JCE 概念は、他人の負うべき責任まで負わせるもので、個人責任主義に反するのではないか」との批判が絶えなかった。そこで、ICC は、大規模な組織犯罪について直接手を下していない「指導者」を正犯として訴追、処罰する場合には、JCE 概念を採用せず代わっていわゆる「コントロール」理論を採用したのである。

(3)このような状況において、本研究は開始された。その際、本研究の研究代表者は、「コントロール」理論が大規模な組織犯罪について「正犯とされるべき指導者」とそうでない者とを切り分けることのできる画期的なものであると理解して、かかる「コントロール」理論を「侵略犯罪」という「国家の侵略行為を前提とする巨大な組織犯罪」の「指導者」処罰の理論的分析に用いたのである。

2. 研究の目的

(1)個人責任主義に照らして限界がある JCE 概念を、常設で設立された国際刑事裁判所 (ICC) は採用せず、代わって、「民族浄化」など大規模な組織犯罪について直接手を下していない「指導者」を正犯として訴追、処罰する場合には、いわゆる「コントロール」理論を採用した。ただし、「コントロール」理論も直接犯罪行為を行った者の処罰を出発点とする理論ではなく、直接犯罪行為を行った者を含む組織をコントロールした「指導者」に対して正犯責任を科す理論である。そのため、「コントロール」理論に対しても「他人の負うべき責任まで負わせるもので、個人責任主義に反するのではないか」との強い批判が加えられた。そこで本研究の目的は、まず、「コントロール」理論の問題点と意義について明らかにすることであった。

(2)一方、ICC 規程の「侵略犯罪」の定義は、国家による侵略行為を前提としつつ、「国の政治的又は軍事的行動を実効的に支配又は指揮する地位にある者」が国家に侵略行為を行わせた場合に、その「指導者」を「侵略犯罪」の正犯としている。この点について、侵略行為を行うのは国家であって個人ではないことから、個人の実行行為を出発点とする国内法的な発想でこの定義を解釈すると、侵略行為を行った国家の罪を個人が代わって負われる、という解釈になる危険性が高い。やはり、「指導者」個人を「侵略犯罪」の正犯とすることの法的正当性を示すには、独自の理論が必要である。この観点からは、「侵略犯罪」の処罰にこそ、大規模な組織犯罪をコントロールした者を正犯とするという ICC の「コントロール」理論が不可欠となるのではないかと、という「問い」が生まれる。というのも、国家をコントロールする「指導者」は、そのコントロール下にある国家の侵略行為をやめさせることができたはずなのにそれをしなかったということが、「侵略犯罪」において責任者個人を正犯として処罰することの根拠となるのではない

か、と考えられるからである。そこで、この「問い」に答えることが本研究の最大の目的であり、「コントロール」基準を「侵略犯罪」という「国家の侵略行為を前提とする巨大な組織犯罪」の「指導者」処罰の範囲画定に用いることによって、その範囲を適切に限定できる可能性はあるのか、また、その可能性があるすれば、残された課題は何か、を明らかにすることがその目的であった。

(3)最後に、このような「コントロール」基準を「侵略犯罪」の「指導者」処罰の範囲画定に用いることの可能性と課題を明らかにするという目的を達成することにより、日本を含む諸国の ICC の「侵略犯罪」規定に対する信頼を得て、その批准を促すことも本研究の目的であった。

3. 研究の方法

(1)本研究では、右の研究計画図に沿って、「侵略犯罪」における「指導者」要件について、ICC がルバンガ事件確定判決などで採用した「コントロール」理論に照らしつつ、判例などの一次資料の分析と、関連する学説などの二次資料の分析を行った。

(2)初年度は、第一に、ハーグ（オランダ）とニュルンベルグ（ドイツ）に調査に行った。具体的には、まず、ICC に行き、スーダンのバシル大統領の事件について、公判を傍聴した。次に、ICC の赤根判事、ICC でンタガンダ事件を審理されていた尾崎判事および ICC のリーガル・アシスタントのジャグリン氏とのインタビューを行った。次に、ニュルンベルグ裁判記念館に行って見学をし、同記念館の責任者のミックス氏にインタビューを行った。最後に、フリードリヒ・アレキサンダー大学に行き、同大学のザッファリング教授へのインタビューを行った。

一方、国内では、「コントロール」理論の意義と問題点につき、「犯罪共同実体」と比較検討するために、「犯罪共同実体」についての重要な最新判例であるカラジッチ事件とムラジッチ事件の ICTY 第一審裁判所判決について、「コントロール」理論に照らして再検討した。

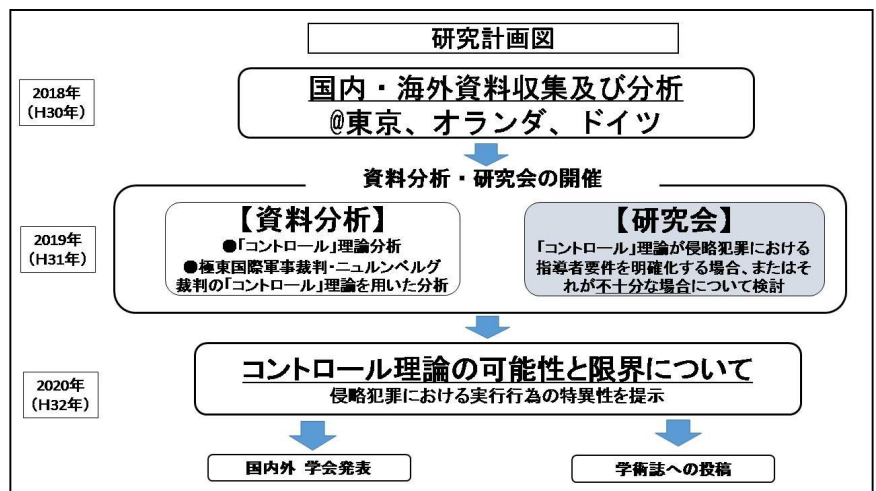
(3)2 年目は、まず、極東国際軍事裁判およびニュルンベルグ国際軍事裁判の資料を、国立国会図書館にて調査し、収集した。次に、私の本務校である神戸学院大学に、ICC の尾崎判事をはじめとする国際刑事法の研究者を招いて研究会を開き、尾崎判事にンタガンダ事件第一審判決についてのご報告をいただき、議論を行った。最後に、「侵略犯罪」のアクティベート決議をめぐる問題点を検討するために、上記研究会において越智萌氏にご報告いただき、議論を行った。

(4)最終年度にあたる 3 年目は、国家による侵略行為を「指導者」が行かせた場合に、その「指導者」を正犯として処罰すると同時に侵略行為を行った国家にも責任を問えるのか、国際法上の犯罪に対する国家と個人の責任の二重追及の可能性を検討した。その検討を行うために、ICC の尾崎判事をはじめとする国際刑事法の研究者を招いて研究会を開き、一橋大学の竹村仁美先生に「ジェノサイド条約適用事件（ガンビア対ミャンマー）に見る国際法上の犯罪に対する国家と個人の義務の二重性と責任の二重追及の可能性：ジェノサイドの訴追・処罰の義務と防止の義務」という論題でご報告していただき、議論した。他方、上記のような場合も含めて、ICC による処罰がどこまで積極的に行えるのかを検討するために、中澤祐香氏に「積極的補完性の再検討」という論題でご報告いただき、議論した。

4. 研究成果

(1) まず、ICC に行き、スーダンのバシル大統領の事件について、公判を傍聴したことにより、国家という最も大規模な組織を利用した犯罪の場合でも、ICC は、直接手を下していない「指導者」を正犯として訴追、処罰しようとしているという実態を確認できた。その成果として、ICC が国家の侵略行為を前提とする「侵略犯罪」の「指導者」を処罰するために必要な理論に関する本研究の社会的意義が裏付けられた。

次に、ICC に赴任されたばかりの赤根判事、当時 ICC でンタガンダ事件を審理中だった尾崎判事および ICC のリーガル・アシスタントのジャグリン氏とのインタビューを行い、下記のよ



うな ICC 判例の意義と問題点について、現場の実務家の意見を聞かせていただいた。その判例とは、第一に、大規模な組織犯罪について、ICC 規程第 28 条 (a) 上の上官責任に基づき直接手を下していない「指導者」を正犯として訴追したベンバ事件判決であり、第二に、「コントロール」理論を初めて採用したルバンガ事件判決とそれに続くカタンガとングジョロ事件判決であった。これにより、国際刑事裁判所の実行上、以下の四点が明らかになったことが分かった。すなわち、第一に、ベンバ事件第一審判決では有罪判決が下されたにもかかわらず、上訴審判決ではこれを覆して上官責任が認められなかったことからみても、大規模な紛争における組織犯罪の「指導者」に対して ICC が上官責任を科すことは極めて困難であること、第二に、そのような犯罪の「指導者」に対して ICC は「コントロール」理論が採用されていくことになるであろうこと、第三に、バシル大統領事件のような事例において、正犯に該当するといえるのかどうかを判断するには犯罪結果と行為の要件について様々な要素を総合的に考慮することで判断しなければならないと考えられるところ、「どのような要素を、どの程度考慮するのか」という点を明らかにすることこそが今後の ICC における最大の課題の一つにほかならないこと、第四に、カタンガとングジョロ事件判決で提示された類型の「コントロール」理論に基づく間接的共同実行概念は認められない、と考えられることが明らかになったのである。

最後に、ニュルンベルグ裁判記念館に行き見学をし、同記念館の責任者のミックス氏にインタビューを行い、さらに、フリードリヒ・アレキサンダー大学に行き、同大学のザッファリング教授へのインタビューを行ったことにより、「侵略犯罪」の前身たる「平和に対する罪」の処罰に関して、適切な範囲に限定されていたかどうか、大きな疑問が残っていることが確認できた。この研究成果は、「A Historical Survey of Aggression as an International Crime」という論文にまとめて『神戸学院法学』第 47 巻第 4 号に投稿し、掲載された。

(2)初年度から 2 年度にかけては、「犯罪共同実体」についての重要な最新判例であるカラジッチ事件とムラジッチ事件の ICTY 第一審裁判所判決について「コントロール」理論に照らして再検討し、「コントロール」基準と「犯罪共同実体」に関する基準とを比較検討した。これにより、以下のことが明らかになった。すなわち、ICTY 規程には ICC 規程第 25 条 3 項 (a) 号および (d)号のような根拠条文がないため、慣習国際法上犯罪を「実行した」といえる場合にしか ICTY は正犯処罰ができない。そのため、ICTY は、個人責任主義に反するのではないかという批判を受けながらも、「共同犯罪実体」概念に固執し、カラジッチ事件第一審判決においてもムラジッチ事件第一審判決においても同概念に基づいて有罪判決が下され、カラジッチには禁錮 40 年の刑が科され、ムラジッチには終身刑が科された。この判例につき「コントロール」理論に照らして再検討したところ、個人責任主義に反しないためには、「コントロール」基準と同様、「共同犯罪実体」概念は以下の二点で限定する必要があることがわかった。すなわち、第一に、「指導者」の「共通の目的」への寄与がなければ犯罪の因果の流れが断たれてしまうだけの不可欠性を有している場合のみに同概念を限定する必要があるとわかった。第二に、犯罪を「通常の成り行きにおいて」生じさせるだけの危険性が「指導者」の行為にあるにもかかわらず、「あえて犯罪実行の危険をおかした」場合に同概念を限定する必要があるとわかったのである。しかし、これらの二点につき、カラジッチ事件第一審判決もムラジッチ事件第一審判決も限定基準が明示されてはならず、カラジッチに終身刑を科した MICT 上訴審判決も明示していない。そのため、個人責任主義に反しない「指導者」処罰基準を明示するという役割は、「コントロール」理論を採用した ICC に託されたことが明らかになった。この研究成果は、「共同犯罪実体 (JCE) 概念の再検討」という論文にまとめ、『坂元・薬師寺古稀記念論文集』(2020 年)に投稿し、掲載された。

次に、2 年目は、まず、極東国際軍事裁判およびニュルンベルグ国際軍事裁判の資料を、国立国会図書館にて調査し、収集した。これにより、「侵略犯罪」の前身たる「平和に対する罪」の処罰に関して適切な範囲に限定されたとはいえないのではないかと考えられる 8 判決が見つけた。その 8 判決とは、ニュルンベルグ裁判では、フリック事件判決、フンク事件判決、デーニッツ事件判決、ザイス＝インクワルト事件判決、東京裁判では、白鳥事件判決、廣田事件判決、星野事件判決、賀屋事件判決である。その問題点につき明らかにしたことも本研究の成果である。

(3)2 年目と最終年度にあたる 3 年目は、私の本務校である神戸学院大学に、ICC の尾崎判事をはじめとする国際刑事法の研究者を招いて研究会を開き、4 名にご報告いただき、議論を行った。これにより、以下のような研究成果が得られた。まず、尾崎判事にンタガンダ事件第一審判決についてのご報告をいただき、議論を行った。これにより、第一に、カタンガとングジョロ事件予審裁判部判決のように、自分では率いておらず、「コントロール」していない方の組織のメンバーにより犯罪結果が生じた場合について間接的共同実行には該当しないこと、および第二に、ロキシンの「行為支配論」における「組織支配」という概念には依拠せず、犯罪結果を生じさせた組織を指導者が「支配」していなくても、指導者が組織を道具として、そのメンバーに、因果の流れとして犯罪結果を生じさせた場合には、間接的共同実行に該当することが、ンタガンダ事件第一審判決において示されたことが明らかになった。

次に、越智萌氏に「侵略犯罪」のアクティベート決議をめぐる問題点についてご報告いただき、議論を行った。これにより、2018 年 7 月 17 日以降に生じた「侵略犯罪」については ICC の管轄権が及ぶものの、「犯罪行為地国、または、犯罪実行者国籍国が ICC 規程締約国であっても改正決議未受諾国である場合には、ICC は「侵略犯罪」について管轄権を行使しえない」という重

大な管轄権行使制限が存在することが明らかになった。

第三に、一橋大学の竹村仁美先生に「ジェノサイド条約適用事件(ガンビア対ミャンマー)に見る国際法上の犯罪に対する国家と個人の義務の二重性と責任の二重追及の可能性:ジェノサイドの訴追・処罰の義務と防止の義務」という論題でご報告していただき、議論して、国家による侵略行為を「指導者」が行わせた場合に、その「指導者」を正犯として処罰すると同時に侵略行為を行った国家にも責任を問えるのか、国際法上の犯罪に対する国家と個人の責任の二重追及の可能性を検討した。これにより、ジェノサイド条約適用事件(ガンビア対ミャンマー)からみて、国際法上のジェノサイド罪に対する国家と個人の義務の二重性と責任の二重追及は極めて困難であるが、安保理決議の裏付けがあれば可能性が生じることが明らかになった。これを国家の侵略行為を前提とする「侵略犯罪」についてみると、やはり、その処罰は極めて困難であるが、安保理決議の裏付けがあれば可能性が生じると考えられる。

最後に、上記のような場合も含めて、ICC による処罰がどこまで積極的に行えるのかを検討するために、中澤祐香氏に「積極的補完性の再検討」という論題でご報告いただき、議論して、ICC による処罰がどこまで積極的に行えるのかを検討した。これにより、管轄権を有する国家が捜査・訴追の能力がない場合、積極的補完性による国内手続の支援が重要であることが明らかになった。これを国家の侵略行為を前提とする「侵略犯罪」についてみると、侵略行為を行った国自身の捜査・訴追協力は期待できないため、安保理主導で ICC が積極的に捜査・訴追する必要があると考えられる。

以上の研究成果は、単著『国際犯罪の指導者処罰—国際刑事裁判所の理論と実践を中心に—』としてまとめ、2020年8月に脱稿し、2021年の7月には法律文化社から出版する予定である。これにより、日本政府のICCの「侵略犯罪」規定に対する信頼を得て、その批准を促すことができるように、今後努力する予定である。

<引用判例>

ICC: *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (hereinafter cited as *Bemba Case*) Trial Chamber III *Judgment*, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08. *Bemba Case Trial Chamber III Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute*, 21 June 2016, ICC-01/05-01/08. *Bemba Case the Appeals Chamber Judgment on the appeal of Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute"*, 8 June 2018, ICC-01/05-01/08 A.

ICC: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* Pre-Trial Chamber I *Decision on the Confirmation of Charges*, 29 January 2007, ICC-01/04/01/06-803, paras. 329-330, 335. ICC: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* Trial Chamber I *Judgment*, 14 March 2012, ICC-01/04/01/06. ICC: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction*, 1 December 2014, ICC-01/04/01/06 A 5.

ICC: *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo* Pre-Trial Chamber I *Decision on the Confirmation of Charges*, 1 October 2008, ICC-01/04-01/07. ICC: *Prosecutor v. Ngudjolo* Trial Chamber II *Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, Concurring Opinion of Judge Van den Wyngaert*, 18 December 2012, ICC-01/04-02/12.

ICTY: *Prosecutor v. Radvan Karadžić, Judgement* (24 March, 2016), IT-95-5/18-T.

ICTY: *Prosecutor v. Ratko Mladić, Judgement* (22 November, 2017), IT-09-92-T.

MICT: *Prosecutor v. Radvan Karadžić, Appral Judgement* (20 March, 2019), MICT-13-55-A.

『ニュルンベルグ裁判記録』(時事通信社編) 1947年。

『東京裁判 第8輯』(朝日新聞社法廷記者団編) 1946-1949年。

ICC: *Prosecutor v. Ntaganda* Trial Chamber *Judgment*, 8 July 2019, ICC-01/04-02/06.

ICJ: Order, Request for the indication of provisional measures, Republic of the Gambia v. Republic of the Union of Myanmar, Application instituting proceedings and Request for the indication of provisional measures 23 January 2020).

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計1件（うち査読付論文 0件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 0件）

1. 著者名 木原正樹	4. 巻 第47巻第4号
2. 論文標題 A Historical Survey of Aggression as an International Crime	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 神戸学院法学	6. 最初と最後の頁 115～132頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計2件

1. 著者名 浅田 正彦、桐山 孝信、徳川 信治、西村 智朗、樋口 一彦	4. 発行年 2020年
2. 出版社 東信堂	5. 総ページ数 536
3. 書名 現代国際法の潮流2	

1. 著者名 木原 正樹	4. 発行年 2021年
2. 出版社 法律文化社	5. 総ページ数 238
3. 書名 国際犯罪の指導者処罰－国際刑事裁判所の理論と実践を中心に－	

〔産業財産権〕

〔その他〕

神戸学院大学 法学部 法律学科 教員情報
<https://kenkyu-web.kobegakuin.ac.jp/Profiles/2/0000137/profile.html>

6. 研究組織

	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
--	---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------