

「コントロール」しない指導者に 対する上官責任

——Bemba 事件 ICC 判決を素材として——

木 原 正 樹

<目次>

- I. はじめに
- II. Bemba 事件において科された上官責任
 - 1. Bemba 事件 ICC 判決の概要
 - 2. Bemba 事件 ICC 判決からみた上官責任の要件
- III. 上官責任と「コントロール」理論に基づく責任の関係
 - 1. 上官責任を満たしうるための前提条件
 - 2. 上官責任と「コントロール」理論に基づく
正犯責任による「指導者」処罰
- 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

(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

⁽²⁾がおかれている。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、「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たからにはほかならない。すなわち、諸犯罪は、2つのタイプに分類できる。⁽³⁾一つは、個人的利己的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、その犯罪を助長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

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.

(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。

「コントロール」しない指導者に対する上官責任

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、さかのぼれば、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⁾

このような規定ぶりは、1998年にローマ会議で採択されたICC規程にも引き継がれ、第25条3項において対象犯罪を「実行した (commit)」者の他、「命じた」者、教唆犯、および幫助犯などに責任を科したうえで、第28条においては上官責任も科している。このうち、Bemba事件においては第28条(a)に基づく上官責任が問題となった。⁽⁷⁾

第28条（指揮官その他の上官の責任）裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪についての刑事責任であってこの規程に定める他の事由に基づくもののほか、

(a) 軍の指揮官又は実質的に軍の指揮官として行動する者は、その実質的な指揮及び管理の下にあり、又は状況に応じて実質的な権限及び管理の下にある軍隊が、自己が当該軍隊の管理を適切に行わなかった結果として裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪を行ったことについて、次の(i)及び(ii)の条件が満たされる場合には、刑事上の責任を有する。

(i) 当該指揮官又は当該者が、当該軍隊が犯罪を行っており若しくは行おうとしていることを知っており、又はその時における状況によって知っているべきであったこと。

(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.

(7) ICC: *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* Trial Chamber III *Judgment* (hereinafter cited as Bemba Judgement), 21 March 2016, ICC-01/05-01/08. ICC: *Procecuter v. Jean-Pierre Bemba Gombo* Trial Chamber III *Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute* (hereinafter cited as Bemba Sentence Decision), 21 June 2016, ICC-01/05-01/08.

- (ii) 当該指揮官又は当該者が、当該軍隊による犯罪の実行を防止し若しくは抑止し、又は捜査及び訴追のために事案を権限のある当局に付託するため、自己の権限の範囲内ですべての必要かつ合理的な措置をとることをしなかったこと。

こうして ICC 規程上も、対象犯罪を実行した者の他、その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のにとらなかった上官にも、上官責任を科すことができるように規定されたのである。このような ICC 規程第28条(a)を初めて適用して、ICC が上官責任を認めたのは、Bemba 事件においてであった。そこで本稿では、Bemba 事件 ICC 判決において科された上官責任の要件を検討したうえで、そのような上官責任と、「コントロール」理論に基づく正犯責任との関係について考察を加えたい。

II. Bemba 事件において科された上官責任

1. Bemba 事件 ICC 判決の概要

ICC が初めて上官責任を認めた Bemba 事件の概要とは、以下の通りである。すなわち、2002年、中央アフリカ共和国の Patasse 大統領に対するクーデター計画を阻止するため、コンゴ民主共和国元副大統領 Bemba のいわゆる私兵であった「コンゴ解放運動（以下、MLC とする）」の兵士約1500人が、中央アフリカ共和国に派遣された。2002年10月末から2003年3月にかけて、MLC 部隊は約4カ月半にわたって中央アフリカ共和国全土で「恐怖の作戦」を展開し、クーデター阻止に向けて活動した。その一方、故意に民間人をねらってレイプ、殺人、略奪を行った。レイプ被害を受けた人々には男性や女性、子供も含まれていた。なかには、同じ家族内の3世代が MLC の兵士に銃を突きつけられ、他の家族

(8) Bemba Judgement, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08. Bemba Sentence Decision, 21 June 2016, ICC-01/05-01/08.

「コントロール」しない指導者に対する上官責任

の目前で集団レイプされたこともあったといわれている。

その後、2008年に Bemba 被告は逮捕され、ICC に勾留されてきたが、その訴追に際し、ICC の検察側は禁固25年を要求した。約8年の勾留後、2016年3月21日、ICC 第一審裁判部は有罪判決を言い渡し、同年6月には禁固18年の量刑が言い渡された。⁽⁹⁾

そのうち、有罪判決の概要は以下のとおりである。⁽¹¹⁾ すなわち、2002年から2003年にかけて、Bemba コンゴ民主共和国元副大統領は、MLC 部隊の司令官としてその実質的な指揮統制権を有しており、直接的に作戦命令を下していた。そのため被告人は、MLC 部隊による中央アフリカ共和国におけるクーデター阻止のための活動につき、MLC 部隊と常に連絡を取っていたので、どのような犯罪を行っているかまたは行おうとしているかを知っていたといえる。にもかかわらず、MLC 部隊による犯罪の実行を防止し、もしくは抑止すること、または、捜査および訴追のために事案を権限のある当局に付託するため、すべての必要かつ合理的な措置をとることを、被告人は怠った。この点、仮に、被告人が適正な統制を行っていれば部下の犯罪は防止できた、といえるので、部下の犯罪は上官の不作为の結果として生じたといえる。以上により、被告人 Bemba は、MLC 部隊に対する統制を怠ったことに基づき、以下の犯罪について ICC 規程第28条(a)の上官責任を負う。すなわち、ICC 規程第7条1項(a)の「人道に対する罪」としての「殺人」、第8条2項(c)(i)の「戦争犯罪」としての「殺人」、第7条1項(g)の「人道に対する罪」としての「レイプ」、第8条2項(e)(vi)の「戦争犯罪」としての「レイプ」および同条2項(e)(v)の「戦争犯罪」としての「略奪」という犯罪につい

(9) Bemba Judgment, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08, para. 61.

(10) Bemba Sentence Decision, 21 June 2016, ICC-01/05-01/08, paras. 94-95. なお、ICC で量刑を言い渡されたのは Bemba 被告で3人目であり、2003年から2006年まで副大統領を務めた同被告は、3人のうちで最高位の政府関係者である。その後、Bemba 被告は上訴した。

(11) Bemba Judgment, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08.

て有罪である。

また、量刑判決の概要は、以下のとおりである。⁽¹²⁾ まず、上官責任では、部下の犯した犯罪の重大性、上官個人の非難可能性、および被告人の個人的免責事由を、具体的に考慮して量刑を決めねばならないと判示した。

これらの考慮事由のうち、部下の犯した犯罪の重大性については、以下のとおりに判示した。まず、殺人については、すべて他の市民の目で行われ、ときには家族の目で行われたうえ、すべて略奪、レイプ、肉体的かつ精神的な暴行を伴っていたうえ、約4カ月半にわたって中央アフリカ共和国全土で多数の市民をねらって行われたことを理由として、深刻な重大性を有すると判示した。次に、レイプについても、約4カ月半にわたって中央アフリカ共和国全土で多数の市民をねらって行われたうえに、その被害者が無抵抗な市民であったこと、および、すべて他の市民の目で行われ、ときには家族の目で行われて、すべて肉体的かつ精神的な暴行を伴っており特に残虐であったことから、深刻な重大性を有すると判示した。最後に、略奪についても、約4カ月半にわたって中央アフリカ共和国全土で多数の市民をねらって行われたうえ、特に残虐であったことから、深刻な重大性を有すると判示した。

そのうえで、上官個人の非難可能性については、犯罪の実行の防止および抑止の懈怠が継続的なものかどうか、および上官の地位が考慮されると判示した。被告人 Bemba は、MLC 部隊の司令官という最高位にありながら、約4カ月半にわたって中央アフリカでの犯罪期間中継続して犯罪の実行の防止および抑止を懈怠しており、そのため、このことが間違いなく犯罪助長の影響を与えたといえる。したがって、被告人の非難可能性は深刻な重大性を有すると判示した。なお、被告人の個人的免責事由は認められない。

以上の考慮により、ICC 規程第8条2項(c)(i)の「戦争犯罪」としての

(12) Bemba Sentence Decision, 21 June 2016, ICC-01/05-01/08.

「コントロール」しない指導者に対する上官責任

「殺人」については禁固16年，第7条1項(a)の「人道に対する罪」としての「殺人」についても禁固16年，第8条2項(e)(vi)の「戦争犯罪」としての「レイプ」については禁固18年，第7条1項(g)の「人道に対する罪」としての「レイプ」についても禁固18年，第8条2項(e)(v)の「戦争犯罪」としての「略奪」については禁固16年の刑に該当し，最高刑である禁固18年を科す，とICCは判示したのである。

2. Bemba 事件 ICC 判決からみた上官責任の要件

ICC 規程第28条(a)に基づき上官責任を科すうえで，従来とくに問題とされてきた要件は，第一に，「軍隊が犯罪を行っており若しくは行おうとしていること」を上官が「知っており，又はその時における状況によって知っているべきであったこと」という主観的要件であり，第二に，上官が「必要かつ合理的な措置をとることをしなかった」結果として「軍隊による犯罪の実行」が行われたことである。⁽¹³⁾ここで，第一の主観的要件については，Bemba 事件 ICC 判決において，被告人 Bemba は「MLC 部隊の司令官としてその実質的な指揮統制権を有しており，直接的に作戦命令を下していた」上官であり，その指揮統制権行使のため，「中央アフリカ共和国におけるクーデター阻止のための活動」における犯罪の実行につき，「被告人は MLC 部隊と常に連絡を取っていた」とされた。そのため，問題なく，「軍隊が犯罪を行っており若しくは行おうとしていること」を被告人が知っていた，と認定され，⁽¹⁴⁾主観的要件は肯定された。⁽¹⁵⁾そこで，以下，もう一方の上官の不作为と部下の犯罪の間の関係に

(13) Bemba Sentence Decision, 21 June 2016, ICC-01/05-01/08, para. 59. 木原正樹「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）439-445頁，参照。

(14) Bemba Judgment, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08, paras. 196, 717.

(15) 責任主義との関係で問題とされるのは，「その時における状況によっ

ついで、Bemba 事件 ICC 判決では、どのような関係が必要であると解釈されているのか、について検討する。

まず、ICC 規程第28条(a)の上官責任を科すためには「軍隊による犯罪の実行」と上官が「必要かつ合理的な措置をとることをしなかったこと」の間の関係は、どのようなものでなければならないか、という点につき、ICC は、「軍隊による犯罪の実行」が、上官による「適切な『コントロール』の懈怠 (failure to exercise control properly)」の結果であるといえる必要がある、と判示している⁽¹⁶⁾。そのうえで、以下のような理由に基づいて本件はその要件を満たす、と判示した。すなわち、上官である Bemba が適切に「コントロール」していれば「犯罪の実行」を抑止 (deter) でき、仮に軍隊による犯罪実行が黙認される状況 (the climate of acquiescence) を排除した (eliminate) とはいえなくとも、その状況を全般的に減少させた (diminish) とはいえる。そのことから、Bemba による適切な「コントロール」の懈怠は、犯罪の継続、再発に対して直接寄与した (contributed) といえる。したがって、「軍隊による犯罪の実行」は Bemba による適切な「コントロール」の懈怠の結果である、と判示したのである。

この結論自体については ICC の判事全員が一致したものの、上官の懈怠と部下の犯罪の関係については、Steiner 判事と尾崎判事から個別意見が付されている。まず、Steiner 判事は、以下のように述べている⁽¹⁷⁾。すなわち、作為の効果が目に見える物理的なものなのに対し、不作為の効果は経験によって確かめることができない。言い換えれば、上官がその義務を果たしていたとすれば何が起こったか、ということを正確

て知っているべきであったこと」に基づいて主観的要件が肯定されるかどうかである。木原『前掲書』注(13)441-442頁。

(16) Bemba Judgment, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08, paras. 210-213, 735-741.

(17) Bemba Judgment, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08-3343-AnxI, *Separate Opinion of Judge Sylvia Steiner*, paras. 16-24.

「コントロール」しない指導者に対する上官責任

に予測するのは現実的ではない。そのため、上官責任を問うには、上官が「必要かつ合理的な措置をとることをしなかったこと」によって、「軍隊による犯罪の実行」の「危険が増加したこと (increased the risk)」だけを証明すればよく、判決のように不作為の結果としての犯罪を予測する必要はない。ただし、不作為による上官責任も作為による責任と同程度に厳格な基準で判断しなければならず、「危険が増加したこと」の蓋然性 (probability) としては、「高い蓋然性 (high probability)」という基準で判断するのが適切である、と述べているのである。

次に、尾崎判事は、以下のように述べている。すなわち、刑事責任は犯罪と「個人的なつながり (personal nexus)」がある場合に限り発生する、というのが刑法の大原則である。したがって、上官の懈怠と部下の犯罪の間に「個人的なつながり」は必要である。ただし、他の国際裁判所が因果関係 (causality) を上官責任の成立要件としなかったことにも、注意する必要がある。この点、ICC 規程第28条の文言は、使用言語によって必要とされるつながり (nexus) の程度に差がある。また、ICC 規程第28条の起草の歴史を振り返ると、英語による議論において、寄与 (contribution) まで要するように見えるものもあるが、起草過程として有効といえるものまでは見当たらない。そのため、ICC は、上官の懈怠と部下の犯罪の間の関係 (link) を、ICC 規程第22条2項の厳格解釈の原則に従って解釈するしかない、と述べているのである。

確かに、尾崎判事の個別意見にあるとおり、上官の懈怠と部下の犯罪の間に「個人的なつながり」は必要である。なぜなら、これを不要とすると、いわゆる個人責任理論の中核、すなわち、「他人の犯罪行為に対しては責任を負わない」という刑法の大原則に反するからである。とはいえ、「軍隊が犯罪を行っており若しくは行おうとしていること」に対して、「必要かつ合理的な措置をとることをしなかった」という上官の行為に

(18) Bemba Judgment, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08-3343-AnxII, *Separate Opinion of Judge Kuniko Ozaki*, paras. 8-11.

は、部下の犯罪を事後に処罰しなかったという上官の行為も含まれると解される。⁽¹⁹⁾ その場合は、上官が事後に処罰しなかったことをA、部下が行った犯罪をBとすると、Aが事後の行為である以上、AB間に「AなければBなし」⁽²⁰⁾ という条件関係は存在しえない。

この観点から、Čelebić 事件 ICTY 判決では「上官責任理論の独立の要件 (separate element) としては、因果関係は不要である」と判示されている。⁽²¹⁾ この判決にある通り、部下が行った犯罪を上官が事後に処罰しなかったことは、部下のさらなる犯罪 (future crimes) の抑止、または助長と一体のものとして評価しなければならない。⁽²²⁾ そのため、上官の懈怠と部下の犯罪の間に存在しうる「個人的つながり」としては、「上官の当該懈怠によって部下のさらなる犯罪実行の危険が増加する高い蓋然性」または「部下のさらなる犯罪実行が上官の懈怠の結果といえること」⁽²³⁾ しかありえないのである。

(19) ICTY 規程第7条3項、参照。

(20) そもそも、不作為と犯罪結果の間に「AなければBなし」という条件関係は存在しえず、あくまでその関係は仮定的なものにならざるをえないことについて、cf. Roberta Arnold, “Responsibility of commanders and other superiors,” in Otto Triffterer and Kai Ambos, *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, (C. H. BECK・Hart・Nomos, 2016), pp.1095-1097.

(21) ICTY: *Prosecutor v. Delalić et al* (hereinafter cited as Čelebić Case), *Judgment*, 16 November 1998, IT-96-21-T, paras. 397, 400.

(22) Otto Triffterer, “Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute?,” *Leiden Journal of International Law*, Vol. 15 (2002), pp.201-202. Cf. Ilias Bantekas, “The Contemporary Law of Superior Responsibility,” *American Journal of International Law*, Vol.93 (1999), pp.592-593. Ilias Bantekas, *Principles of Direct and Superior Responsibility in International Humanitarian Law* (Juris Pub. 2002), pp.118-119, 121. 木原『前掲書』注(13)439-441頁。

(23) この点、Ambos は「そのいずれのつながりを上官の懈怠と部下の犯罪の間に求めるかは、最終的には政策の問題である」と述べている。Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, vol. I (Oxford University

「コントロール」しない指導者に対する上官責任

そのうえ、ICC 規程第28条(a)の要件には、上官が「当該軍隊の管理を適切に行わなかった結果として」というものもある。そのことから Bemba 事件 ICC 判決は、さらなる「軍隊の犯罪の実行」が「上官の懈怠の結果といえること」を上官責任の要件とした、と解される。その結果、当該要件の具体的な判断基準として、第一に、上官が適切に「コントロール」すれば軍隊による犯罪実行を抑止できたのに抑止しなかったこと、第二に、犯罪実行が黙認される状況を全般的に減少させえたにもかかわらず減少させなかったこと、第三に、「コントロール」の懈怠が犯罪の継続、再発に直接寄与したといえること、という3つの基準を採用したと解されるのである。⁽²⁴⁾

Ⅲ. 上官責任と「コントロール」理論に基づく責任の関係

1. 上官責任の要件を満たしうるための前提条件

Bemba 事件において、ICC は、初めて ICC 規程第28条(a)を適用して上官責任を認めた。本来、ICC 規程が上官責任を認めているのは、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犯罪を助長した上官は、軍隊などの当局として、その犯罪の行為主体の実態を有していることから、その上官に刑事責任を問う必要があるためである。⁽²⁵⁾ただし、旧ユーゴスラビア紛争など、近年の大規模な紛争の場合には、一般的政策の結果または国家利益のために行われた組織犯罪について上官責任を問うのは困難な場合が多い。というのも、近年の大規模な紛争の場合には、第2次世界大戦の際などのよう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、通常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

Press, 1st ed., 2013), pp.215-216.

(24) Bemba Judgment, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08, paras.210-213, 735-741.

(25) Kai Ambos, *supra* note 4, pp.128-129.

利用して軍事行動を行っている。そのような組織犯罪の場合は、軍隊などの当局も、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できているとはいえない場合が多いからである。これを ICC 規程第 28条(a)についてみると、第一に、「軍隊が犯罪を行っており若しくは行おうとしていること」を上官が「知っており、又はその時における状況によって知っているべきであった」とは言い難い場合も多く、第二に、「軍隊による犯罪の実行」が上官の「必要かつ合理的な措置」の懈怠による「結果」とは言い難い場合も多いことから、同条項の上官責任を認めるのは困難である、と解されるのである。⁽²⁶⁾

この点、本件において犯罪を実行した軍隊については、被告人のいわゆる私兵であった MLC 兵士約1500人であり、その規模が明らかに大規模であったとまではいえないうえ、その軍隊の最高指導者は明らかに被告人であった、という特殊性を有していた。⁽²⁷⁾そのため、ICC は、本件ならば上官責任を肯定できるとして、その責任を科したと解される。

その要件として、第一に、上官である被告人が「MLC 部隊の司令官としてその実質的な指揮統制権を有しており、直接的に作戦命令を下した」ので、その指揮統制権行使のため、「中央アフリカ共和国におけるクーデター阻止のための活動」における犯罪の実行につき、「被告人は MLC 部隊と常に連絡を取っていた」と認定した。このことから「軍隊が犯罪

(26) Bemba Sentence Decision, 21 June 2016, ICC-1/05-01/08, para. 59. 木原『前掲書』注(13)439-445頁、参照。

(27) 上官責任を科しうる規模について、上官が利用可能な連絡手段によって以下のことを知りうる規模である必要がある、と判示されている。すなわち、部下の違法行為の数、性質、範囲、場所、時期、および他の一般的状況などを、上官が知りうる程度の規模である必要がある、と判示されているのである。Bemba Judgment, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08, para. 193. ICC: *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* Pre-Trial Chamber III Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo (hereinafter cited as Bemba Confirmation Decision), 15 June 2009, ICC-01/05-01/08. para. 431.

「コントロール」しない指導者に対する上官責任

を行っており若しくは行おうとしていること」を被告人が知っていたと擬制した。⁽²⁸⁾ 第二に、ICC は、以下のような理由により、本件における犯罪実行は、上官による適切な「コントロール」の懈怠の結果であるといえ、ICC 規程第28条(a)の上官責任を科しうると判示した。すなわち、上官である Bemba は、適切に「コントロール」して犯罪実行を抑止し、軍隊による犯罪実行が黙認される状況を全般的に減少することを怠った⁽²⁹⁾といえる。そのことから、この「コントロール」の懈怠は、犯罪の継続、再発に対して直接寄与したと解され、したがって、犯罪実行が Bemba⁽³⁰⁾による適切な「コントロール」の懈怠の結果であるといえると判示した。つまり、被告人が MLC 兵士1500人全員を私兵として実質的に指揮統制していたという本件の特殊事情から、上官が適切に「コントロール」していれば軍隊による犯罪実行を抑止できたといえ、犯罪実行が黙認される状況を全般的に減少させえたといえる、と判示したのである。その前提として、通常の大規模な紛争とは異なり、本件では武装勢力の「指導者」である Bemba が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、統制できていた、ということを ICC は肯定したと解される。

以上により、ICC は、上官責任を科すための要件を満たしうるための前提条件として、第一に、紛争の規模が比較的小さく、上官が個々の兵士⁽³¹⁾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できていたといえること、第二に、上官が犯罪実行を適切に「コントロール」していれば実行を抑止できたといえること、具体的には、第三に、上官が犯罪実行を適切に「コントロール」していれば、軍隊による犯罪

(28) Bemba Judgment, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08, paras. 706-717.

(29) Bemba Judgment, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08, paras. 719-734.

(30) Bemba Judgment, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08, paras. 735-741.

(31) Bemba Judgment, 21 March 2016, ICC-01/05-01/08, para. 193. Bemba Confirmation Decision, 15 June 2009, ICC-01/05-01/08. para. 431.

実行が黙認される状況を全般的に減少させたといえること、という三つの条件を挙げたのである。

確かに、これら三つの上官責任を満たしうるための前提条件自体は適切なものであるといえる。しかし、その条件への本件のあてはめについては、以下の疑問が指摘できよう。第一に、MLC 兵士は1500人にのぼり、約4カ月半にわたって中央アフリカ共和国全土で「恐怖の作戦」を展開していたのであり、Bemba が個々の兵士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、統制したりできていたといえるのだろうか、という疑問が指摘できる。また、この疑問から、第二に、Bemba が犯罪実行を抑止するように「コントロール」できていたといえるのだろうか、という疑問も派生する。具体的には、第三に、Bemba が犯罪実行が黙認される状況を全般的に減少させえたといえるのだろうか、という疑問も派生するのである。そこで、次節では、Bemba に上官責任を科すのではなく、「コントロール」理論による正犯責任を科す方が適切だったのではないか、という点について検討する。

2. 上官責任と「コントロール」理論に基づく正犯責任による「指導者」処罰

前節で述べたとおり、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、個々の兵士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ことはできない⁽³²⁾。にもかかわらず、Bemba 事件 ICC 判決では上官責任が科されたのだが、その認定については疑問が残る。

(32) Kai Ambos, *supra* note 4, pp.130-138.

「コントロール」しない指導者に対する上官責任

この点、ICC は、「指導者」が犯罪組織全体の行動をコントロールしている場合について、個々の兵士は組織の歯車にすぎず、他の兵士で代えることができる (interchangeable) と解して、「指導者」自身が犯罪を⁽³³⁾実行したとみなした。その根拠として、ICC 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ことを挙げる。すなわち、ICC は同条項を「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」犯罪を行う者に第25条3項の正犯責任を科し、それ以外の者に共犯責任を科すと解⁽³⁴⁾しているのである。

実際に ICC は Lubanga 事件において「コントロール」理論に基づく正犯責任を科したのだが、その事件とは、ICC 検察部の訴追事実によると以下のとおりである。すなわち、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9月1日から2003年8月13日までの11か月間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、⁽³⁵⁾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。そのため、国際的紛争の戦争犯罪 (ICC 規程第8条2項(b))

(33) *Ibid.*, pp.144-151. 木原正樹「Lubanga 事件確定判決における『コントロール』理論とその課題」『立命館法学』2015年度第5・6号 (2016年), 111-112頁。

(34) 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.

(35) ICC: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-PIIDS-CIS-DRC-01-010/

(xxvi) を共同して実行したといえるかどうか争われた。その結果、ICCはこの事件に「コントロール」理論を適用して、第一審判決および上訴審判決において、Lubanga に対し第25条3項(a)号に基づく正犯責任を科し、上官責任は課さなかった。⁽³⁶⁾これは、Lubanga が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行った子ども兵士の強制的徴集および使用について、第一に、その規模が相当大規模だったため、Lubanga は個々の兵士などの行為について必要な情報を得たうえで指揮し、また統制していたとはいえず、第二に、Lubanga が犯罪実行を抑止するように「コントロール」できていたとはいえず、第三に、Lubanga が犯罪実行が黙認される状況を全般的に減少させたとはいえないと解したからだと見える。この観点から、Bemba 事件についても、上官責任を科すことに前節で述べた疑問があるとすれば、「コントロール」理論に基づいて ICC 規程第25条3項(a)号の正犯責任を科す方が適切ではないか、が問題となろう。

ここで、ICC が「コントロール」理論に基づいて正犯か共犯かを定める際、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、正犯責任のための客観的要件としては、犯罪実行に至る危険性を有する「共通の計画 (common plan)」の存在と、その「計画」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「共通の計画」の存在の意識 (awareness) と、これを「コントロール」することが可能な状況にあることの意識が必要であるとする。⁽³⁷⁾

12_Eng (Updated: 13 September 2012), Case Information Sheet, pp.1-2.

(36) ICC: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* Trial Chamber I Judgment (hereinafter cited as Lubanga 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* (hereinafter cited as Lubanga Appeal Judgment), 1 December 2014, ICC-01/04/01/06 A 5.

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

「コントロール」しない指導者に対する上官責任

これに対し、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ぬのではないか、という疑問が呈された。⁽³⁸⁾ 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)」ものでなくともよいという予審裁判部の決定を確認したうえで、⁽³⁹⁾ 「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。⁽⁴⁰⁾ そのうえで、ICC は、客観的要素が実現する危険性を具体的なものと抽象的なものに分ける。⁽⁴¹⁾ このうち、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とする。他方、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とするのである。

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)」

331. これに加え、Lubanga 事件のように他の者と共同して「コントロール」する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。 *Ibid.*, paras. 342-367.

(38) 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.

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

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

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

実行することを要件とするところ⁽⁴²⁾、以下の通り、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。これにより、犯罪の客観的要素が自身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、および自身の行為には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⁽⁴⁴⁾、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⁽⁴³⁾と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」しかなくとも、「自身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⁽⁴⁵⁾。

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

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

(44) *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。

「コントロール」しない指導者に対する上官責任

したがって、上官責任の要件と「コントロール」理論による正犯責任の要件を比べると、以下の通りになると解される。すなわち、まず、客観的要件としては、上官責任の場合、Bemba 事件 ICC 判決によれば、「指導者」が適切に「コントロール」すれば犯罪の実行を抑止できたのに抑止しなかったこと、犯罪実行が黙認される状況を全般的に減少させたにもかかわらず減少させなかったこと、およびその「コントロール」の懈怠が犯罪の継続、再発に直接寄与したといえること、という3つの要件を満たさねばならない。これに対し、「コントロール」理論による正犯責任の場合、犯罪実行に至る危険性を有する「共通の計画」の存在、およびその「計画」の「コントロール」が実際に可能な状況が必要である。つまり、上官責任の場合、犯罪実行を「コントロール」しなかったために「犯罪が実行」されたといえねばならないのに対し、「コントロール」理論による正犯責任の場合、犯罪実行の「コントロール」までは不要である一方、犯罪実行に至る危険性を有する「共通の計画」を「コントロール」したことにより犯罪結果が生じたといえねばならないのである。

次に、主観的要件としては、上官責任の場合、「軍隊が犯罪を行っており若しくは行おうとしていること」を「指導者」が「知っており、又はその時における状況によって知っているべきであったこと」が必要なのに対し、「コントロール」理論による正犯責任の場合、犯罪実行に至る危険性を有する「共通の計画」の存在の意識と、これを「コントロール」することが可能な状況にあることの意識が必要である。つまり、上官責任の場合、犯罪実行についての認識またはこれを認識可能な状況

(45) Jens D. Ohlin, Elies van Sliedregt and Thomas Weigend, *supra* note 41, p. 738. Gerhard Werle and Florian Jessberger, *Principles of International Criminal law* 3rd ed. (Oxford University Press, 2014), margin numbers 475-476. Lubanga Appeal Judgment, 1 December 2014, ICC-01/04/01/06 A 5, para. 450. Lubanga Judgment, 14 March 2012, ICC-01/04/01/06, paras. 1012, 1354-1355.

が必要なのに対し、「コントロール」理論による正犯責任の場合は、犯罪実行の認識までは不要であるが、犯罪実行に至る危険性を有する「共通の計画」を「コントロール」することの意識は必要不可欠なのである。

これらの要件を Bemba 事件についてみると、ICC は、上官が犯罪実行を「コントロール」しなかった結果として「犯罪が実行」されたといえるうえ、犯罪実行についての認識があったと擬制できると判示して上官責任を科した。これに対し、前節で述べた疑問から上官責任を否定するとしたら、「コントロール」理論による正犯責任の方の要件は、どうなるだろうか。まず、客観的に、犯罪実行の「コントロール」まではできなかったとしても、犯罪実行に至る危険性を有する「計画」を「コントロール」することにより犯罪結果が生じたといえる可能性はあろう。なぜなら、Bemba は、自身の私兵である MLC 部隊による中央アフリカ共和国におけるクーデター阻止のための活動に関する「計画」を「コントロール」しており、犯罪実行に至る危険性を有する当該「計画」を「コントロール」したことにより犯罪結果が生じたといえる、と解されるからである。しかし、Bemba に、犯罪実行に至る危険性を有する「計画」を「コントロール」することの意識の方を肯定するのは困難であるといわざるをえない。なぜなら、「計画」を「コントロール」するという Bemba 自身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 Bemba が意識したうえで⁽⁴⁶⁾、なお、その結果を受諾していたかどうかは Bemba 個人の内心の問題であり、これを肯定するのは極めて困難であるといわざるをえないからである。

このような考察からみて、Bemba 事件については、Bemba が個々の MLC 兵士の行為について必要な情報を得たうえで指揮したり、統制したりできていたとはいえないとすれば、Bemba には、上官責任のみな

(46) Lubanga Appeal Judgment, 1 December 2014, ICC-01/04/01/06 A 5, para. 447.

「コントロール」しない指導者に対する上官責任

らず、「コントロール」理論による正犯責任も科しえないと解される。そのため、Bemba 事件については、Bemba が個々の MLC 兵士の行為について必要な情報を得たうえで指揮したり、統制したりできていたということを ICC が肯定したからこそ、Bemba に紛争の「指導者」としての刑事責任を科すことができたといえよう。

IV. お わ り に

近年の大規模な紛争の場合には、通常、国内のいくつかの武装勢力のいわゆる「指導者」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。そのような組織犯罪の場合は、通常、軍隊などの当局も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できているとは言い難い。そのため、かかる「指導者」については、上官責任を問えない場合が多く、ICC は「コントロール」理論による正犯責任も科して⁽⁴⁷⁾きた。その際に必要な主観的要件について、ICC は、犯罪の客観的要素が自身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、および自身の行為には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⁽⁴⁸⁾うえで、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している。ただし、この要件を満たして、「コントロール」理論による正犯責任を科しうるのは、通常複数の紛争「指導者」が共同で「共通の計画」を実行する場合であるといえる。というのも、そのような場合は、複数の紛争「指導者」相互の共謀関係などから、「共通の計画」について互いに犯罪実行に至る結果を受諾しあっていたことを客観的に肯定できる場合がありうるからである。

これに対して、Bemba 事件のように、上官が単独で「計画」を指導

(47) Lubanga Judgment, 14 March 2012, ICC-01/04/01/06. Lubanga Appeal Judgment, 1 December 2014, ICC-01/04/01/06 A 5.

(48) *Ibid.*, para. 447.

している場合には、その上官自身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およびその上官自身はその結果を受諾していることについて、その上官個人の内心で意識していることが要件となり、これを客観的に肯定することは極めて困難であるといわざるをえない。むしろ、そのような場合は、Bemba 事件 ICC 判決のように、単独で紛争を指導していたことを基礎に上官責任の要件を肯定する方が適切であろう。

他方、「コントロール」理論による正犯責任を科す場合は、個々の犯罪実行についての「コントロール」を問題にしないために、かなり大規模な紛争でもその客観的要件を肯定することができる。しかし、上官責任の場合は、あくまで個々の犯罪実行を「コントロール」できたのに「コントロール」しなかったことに基づいて科されるため、Bemba 事件のように、ある程度の規模の紛争については、これを肯定することに疑問が残る。

このような観点からみて、Bemba 事件のように、犯罪組織の「指導者」が単独で紛争を指導しているにもかかわらず、その紛争の規模がある程度の大きさに達している場合には、そのような「指導者」に対して、上官責任を科すとしても、「コントロール」理論に基づく正犯責任を科すとしても、これを適切に課すのは非常に困難である、といわざるをえない。この点、ニュルンベルグ裁判当時の刑事責任の根拠規定には 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軍事委員会決定では、実質的には上官責任が認められていたといわれている⁽⁴⁹⁾。しかし、この事件も、「指導者」である山下

(49) 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. ここで、第2次世界大戦中の日本の主要な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

「コントロール」しない指導者に対する上官責任

奉文が単独で紛争を指導していたとされたにもかかわらず、その紛争の規模はフィリピンの広範囲に及ぶものであったため、この事件で上官責任が科されたとすれば、その要件を肯定する方法と適否について疑問が⁽⁵⁰⁾残る。

かかる困難な責任賦課をどのようにして行うのか、ということも、ICCの今後の大きな課題の一つであるといえよう。この課題に答えられて初めて、単独で紛争を指導している「指導者」について、はたして、その「指導者」が当該紛争の首謀者なのか、すなわち、紛争中の犯罪の「真の罪人 (the 'real' culprit)」なのか、ということ、ICCは犯罪の⁽⁵¹⁾被害者や国際社会全体に対して知らせることができるのである。

る国際委員会で裁かれた。山下事件が裁かれたマニラ軍事委員会も、その一つである。藤田『前掲書』注(3)77, 156頁, 参照。

(50) この事件についても検討が必要であるが、別稿に譲る。

(51) Cf. Jens D. Ohlin, Elies van Sliedregt and Thomas Weigend, *supra* note 41, p. 745.