

正犯概念再考

——ルバンガ事件判決と国際刑法における共同正犯論の展開を素材に——

フィリップ・オステン

- I はじめに
- II 国際刑法における関与形式体系および正犯概念の展開
 - 1. 関与形式体系ないし正犯の帰責形態の変遷
 - 2. ICCの裁判例における行為支配論および組織支配論
- III ルバンガ事件判決における共同正犯概念
 - 1. 共同正犯の成立要件をめぐる議論
 - 2. 評価（小括）
 - 3. 個別意見による批判とその当否
- IV 正犯・共犯区別モデルに基づく多元的関与形式体系と帰属枠組
- V 展望

I はじめに

国際刑法が抱える主たる課題の一つとして、(国家権力やそれに準ずるような武装集団等を背景として行われる)大量虐殺のような国際犯罪を実質的に主導しているいわゆる「黒幕」(Schreibschützer「机上の行為者」)の刑事責任の問題がある。ここでいう「黒幕」とは、往々にして複雑かつ上下関係のある組織の指導者級の人物および高位の背後者のことを指す。これら犯罪の首謀者は、国際刑法上の犯罪、すなわち、ジェノサイド(集団殺害犯罪)、人道に対する犯罪、戦争犯罪および侵略犯罪といった「中核犯罪」⁽¹⁾(core crimes)を行うにあたって、中心的な役割を果たしつつも、自ら手を下すことはない。中核犯罪が、通常、組織的かつ集団的に行われ、多数の者が多様な形で加担していることにその特殊性が見出されることに鑑みれば、指導的立場にある者の責任が、「その者が実行(犯行)の現場から遠く離れば離れるほど増大する」⁽²⁾、といった(通常犯罪に関する個人責任を主眼とする国内刑法から見れば一見して不思議な)事象が起こりうる。このことこそが、国際刑法における責任帰属を特徴付ける核心問題の一つなのである。

そこで、中核犯罪が行われた際に、「黒幕」のような中心的な役割を果たしている個人の刑事責任を的確に捕捉し、当該個人へ帰属させるために、どのような理論や形態を採用することが適切なのか、ということが最大の問題となる。

国際刑法は、比較的新しい法領域である。その中でも、大規模犯罪を固有のものとして把握するための国際刑法上の犯罪構成要件——いわば「各則」——の形成とその根拠付けが長い間主たる関心事とされてきた。これとは対照的に、(国内刑法にみられるような)「総則」に相当する刑法の一般原則にはほとんど関心が寄せられてこな

かったといつてよい。このような状況は、アド・ホック法廷（ICTY・ICTR⁽³⁾）の判例、および、とりわけ国際刑事裁判所規程（ICC規程）の登場によって刑法総則的規定が急速な発展を遂げたことで、ようやく変化がみられるようになった。ICC規程には、それまでの諸種の国際刑事法廷および国際化された刑事法廷の規程⁽⁴⁾とは異なり、「刑法の一般原則」（general principles of criminal law）に関する包括的な規定が存在する。その一つが、ICC規程二五条である。同条では、中核犯罪に関する（国際慣習法上確立した）自然人たる個人の刑事責任の原則が確認されている。しかし、同条はそれにとどまらず、とりわけその三項で、日本刑法およびドイツ刑法等、大陸法圏の多くの国々において「正犯と共犯」と呼ばれる領域についても規定している。二五条三項は、さまざまに可罰的な関与形式（modes of participation）ないしさまざまな帰責形態（modes of liability）——国際刑法ではしばしばこのように称される——を区別している。しかしながら、この緻密な規定をもってしても、冒頭に述べた責任帰属の問題それ自身が快刀乱麻を断つかの如く一挙に解決されるというわけではない。むしろ、正犯と共犯をめぐる問題については、ICC最初期の諸決定以来、国際刑事実体法の領域において最も熾烈な論争が交わされてきたのであった。

もっとも、当初、正犯概念に関して、少なくとも裁判所内部においては統一的な理解が定着したかのようにもみえた。ICCが初めて正犯概念に関する決定を下したルバンガ（Lubanga）事件⁽⁵⁾において、予審裁判部第一法廷（Pre-Trial Chamber I）は、クラウス・ロクシン（Claus Roxin）が提唱した行為支配論にほぼ全面的に依拠してICC規程を解釈した。すなわち、ICCは、正犯と共犯とを区別し、ICC規程二五条三項(a)は正犯につき三つの類型を規定しているとしたのである。これら三つの異なる正犯形式に共通するメルクマールは、犯罪の実行に対する支配（control over the commission of the crime）という意味での行為支配であるとされる。ここでの行為支配は、自らの行動によって客観的構成要件を故意に実現した場合（「行動支配」、二五条三項(a)一類）、直接

行為者の意思を支配している場合（「意思支配」、二五条三項(a)三類）、および、本質的に重要な行為寄与を計画に即して（分担して）分業的に実行した場合（「機能的行為支配」、二五条三項(a)二類）に認められるとされる。⁽⁶⁾つまり、これら行為支配の三類型は、直接（単独）正犯、間接正犯および共同正犯に対応しているのである。ICC初の判決として二〇一二年三月一日に下されたルバンガ事件第一審裁判部第一法廷判決⁽⁷⁾は、後述のICCによる他の諸決定と同様に、予審裁判部第一法廷の見解をほぼ踏襲した。さらに、その際、正犯と共犯の区別に関しては、二五条三項は大きく(a)の正犯類型と(b)～(d)までの共犯類型とに区分され、また、同条項は全体として段階的に序列化された関与形式体系（以下、多元的関与形式体系）を構成するものであることも併せて判示したのである。⁽⁸⁾

ところが、最近になって、ICCの第一審裁判部を担当する裁判官の一部から、これまでの裁判例を批判する個別意見が見られるようになった。それらの個別意見は、エイドリアン・フルフォード (Adrian Fulford) 判事（上記ルバンガ事件判決）およびクリスティーヌ・ファン・デン・ウインガート (Christine van den Wyngaert) 判事（ングジョロ・キユイ [Ngudjolo Chu] 事件第一審裁判部第二法廷判決⁽⁹⁾）の手によるものである。それらは、二五条三項の解釈の指導原理として、行為支配論または——裁判所の（ドイツ語の „Tatherrschaftslehre” を英訳した）言葉を借りれば——犯罪支配論 (control-over-the-crime approach)⁽¹⁰⁾ を採用することに反対している。さらには、関与形式ごとに刑事責任の重さに応じて段階的に評価をする法解釈自体に対しても異を唱えている。

ここで明確に指摘しておかなければならないのは、この議論においては、原則的には区別されるべき二つの争点⁽¹¹⁾が交錯しているということである。しかしながら、実際には、両者を一緒にして論じる論理的必然性（ないし相互連関性）⁽¹²⁾ まではない。それら二つの争点とは、①ICC規程上、正犯と共犯とを区別するにあたって行為支配論——その内容については母国ドイツにおいても諸説ある——を適用することは可能（ないし適切）であ

るか否か、そして行為支配論は有用な基準であるか否かという問題、および、② ICC 規程二五条三項からは刑事責任の度合いに応じて区別を行う、序列化された関与形式モデルが導出されるか否かという——基本的には行為支配論の採否には左右されない——問題である。このように、厳密には、これら二つの問題は別個に論じることができると問題である。しかし、これらの問題はほぼ例外なく渾然一体として議論されているのが現状である。

いずれにせよ、両争点については、おそらくまだ国際刑法上の判例が確立しているとはいえないであろう。とはいえ、ICCの裁判官の大多数が、これまでの関連裁判例において、この問題に関する基本的な立場を驚くほど明確な形で議論に付している。この見解は、私見によれば——結論を先取りするようではあるが——大部分において理論的な説得力に富んだものである。しかし、この見解については、今後もさらに議論を重ね、明確化および精緻化を図っていく必要がある。

本稿はこのような問題意識に立脚するものであり、この絶え間ない論争に一石を投じる試みである。ここでは、主にルバンガ事件を手がかりに、いくつかの論点に絞って若干の検討を行うこととする。

そこで、まず、議論の背景を成しているこれまでの理論的發展に極簡単に触れることとする。このことは、国際刑法上の正犯概念の現状を体系的により正確に位置付けるためにも重要であるように思われる(以下II)。つづいて、ルバンガ事件においてICCが示した行為支配論を基礎とした(共同)正犯の理解について若干の理論的解剖を試みる(III)。最後に、関与形式ごとに序列を付けて区別する関与形式モデルをめぐる議論について(主として方法的な)検討を行う(IV)。

II 国際刑法における関与形式体系および正犯概念の展開

1. 関与形式体系ないし正犯の帰責形態の変遷

まず、関与形式に関するさまざまな規範的な枠組みを背景とした国際刑法における正犯概念の変遷について素
描したい。

ICCが創設され、初期の諸決定が下される前の国際刑法実務においては、実質的には「統一的正犯概念」を
彷彿とさせる体系が支配的であった。⁽¹¹⁾ もっとも、アド・ホック法廷の判例においても、刑事責任の重さに応じて
関与形式に序列を付ける関与形式理論の萌芽が見受けられる。そのような判例には、おおむね、主たる（第一
次的な）刑事責任を負う者（「正犯」と下位の（第二次的な）責任を負う者（「共犯」とを二元的に区別すると
いう特徴があった。⁽¹²⁾ ただし、判例の中心にあったのは、「共同犯罪企図」(Joint Criminal Enterprise, JCE)と
いう帰責概念であった点には注意が必要である。この概念は、中核犯罪を行うためのJCEへの多数の関与者を
（共同）正犯として処罰することを可能にするものであり、個々の行為者の行為寄与に対する客観的要件が低く
設定されている点に特徴がある。すなわち、JCEに該当するためには何らかの形態での関与があれば足りると
され、行為寄与の「本質的な重要性」は不要であるとされている。また、とりわけ、集団が有する犯罪目的を達
成するという共同意思から、行為寄与の相互帰責が導かれる。周知のように、JCEには三つの類型が存在する
（基本類型、体制類型および拡張類型⁽¹³⁾）。最も拡張された類型である第三類型（JCE III）の場合には、ある集団構
成員による（共同の犯罪計画には含まれない）「超過的行為」（あるいは「共犯の過剰」）であつても、当該行為が
（主観的に）予見しうるものである限り、これを正犯的責任として他の集団構成員に帰属させることが認めら

れている⁽¹⁴⁾。このように、JCE（とくに、JCEⅢ）は刑事責任の範囲を著しく拡大する（共同）正犯的な帰責モデルである。これに対しては、主観主義的な色彩が強い、規範的根拠が明確でない、国際慣習法上確立しているか否かに疑問が残るなどといった多くの学説からの批判がある⁽¹⁵⁾。とりわけ、JCEⅢについては、責任主義の観点からも極めて問題があるとされている⁽¹⁶⁾。

JCEとは対照的に、ICC規程二五条三項では、——既述のように——単独（直接）正犯、共同正犯および間接正犯と、複数の——条文（規定振り）の形式上すでにいくつかの下位範疇に振り分けられ、明らかに正犯行為に従属する形で規定されている——共犯類型とが区別されている⁽¹⁷⁾。つまり、ICC規程では少なくとも条文中すでに「区別モデル」への転換がみられるのである。ICCの予審裁判部の見解によれば、これは、正犯と共犯の純記述的な区別にとどまらず、刑事責任の程度に応じて序列を付ける関与形式モデルであるとされる⁽¹⁸⁾。この見解は、後述のように、ルバンガ事件第一審裁判部判決によってもおおむね肯認されている⁽¹⁹⁾。

2 ICCの裁判例における行為支配論および組織支配論

次に、現在のICCの裁判例において正犯に分類される帰責形態の理論的土台について概観する。

既述のように、ICCは、正犯と共犯との区別に関して予審裁判部が下した初期の諸決定においてすでに「犯罪の実行に対する支配」というメルクマールを用いている。つまり、正犯の三類型に共通する基準として行為支配概念を採用しているのである。ルバンガ事件予審裁判部決定⁽²⁰⁾によれば、共同正犯については、主として共通の計画に基づく行為寄与を関与者間に相互帰責することと、行為寄与が「本質的に重要」なものであることとに

よって、客観的要件が充足されるとされている。そして、ここではドイツ刑法の学説が明示的に参照されているのである（とくに、ロクシンによる「機能的行為支配」論⁽²¹⁾）。

ドイツ刑法学の正犯・共犯理論の（選択的・部分的）受容は、（コンゴ民主共和国のイッリ愛国抵抗軍〔FRPI〕の指揮官であった）カタンガおよびングジヨロ・キユイに対する裁判において、より鮮明になされている⁽²²⁾。同事件では、予審裁判部によって、組織的権力機構による意思支配に基づく間接正犯概念が是認された。間接正犯は、ICC規程二五条三項(a)三类において国際刑法上初めて規定され、行為介在者が完全な刑事責任を負う場合にも適用されうるとされた（いわゆる「正犯の背後の正犯」⁽²³⁾）。背後者に組織支配を認めるにあたっては、基本的には上下関係および実行行為者の任意の交換可能性が必要であるとされる。これによって、命令のいわば自動的・機械的な遂行が担保される（代替可能性を通じての自動操縦性）。しかしながら、ここで注意すべきは、——ICCが依拠している——ロクシンの学説が要求する一定の要素が本決定では採用されていない点である⁽²⁴⁾。

これらの基本原理は、その後、とりわけ、（間接〔共同〕正犯に関する）スーダンのアル・バシル大統領に対する逮捕状発付決定⁽²⁵⁾、（行為支配の基準に関する）ケニアのルト副大統領ほかに対する召喚状発付決定⁽²⁶⁾において確認され、さらなる発展を遂げている。前述の予審裁判部による諸決定およびそこで展開された行為支配に基づく正犯概念、ならびに、組織支配を利用した間接正犯の肯定に対しては、ドイツの学説はおおむね肯定的である⁽²⁷⁾。日本でも、肯定的な捉え方が散見される⁽²⁸⁾。他方で、英米法圏においては、差し当たり、黙殺されるか、あるいは無視されていた⁽²⁹⁾。そして、最近になって——上述の二つの個別意見を筆頭に——一部には明らかに否定的ですらある見解が示されるようになった⁽³⁰⁾。興味深いことに、論者の出自に関わりなく、法圏ないし法文化を超えた議論

が展開されている。⁽³¹⁾ いずれにせよ、ICCのルバンガ事件第一審裁判部判決は、次章でみるように、これまで予審裁判部によって展開されてきた正犯概念および帰責形態をめぐる理論的基礎付け、とりわけ、行為支配論を基本的には是認したのである。⁽³²⁾

III ルバンガ事件判決における共同正犯概念

1. 共同正犯の成立要件をめぐる議論

以下においては、ICCはルバンガの(共同)正犯性をどのように基礎付けたのか、また、その根拠・理論構成は支持しうるものなのかといった問題について、若干の検討を加えることとする。

被告人トーマス・ルバンガ・デイロー(一九六〇年、コンゴ民主共和国生まれ)は、コンゴ愛国同盟(UPC)およびコンゴ解放愛国軍(FPLC)の創設者であり、FPLC総司令官であった。予審裁判部による犯罪事実確認決定によれば、ルバンガは、二〇〇二年九月初旬から二〇〇三年六月二日までの間、国際的武力紛争において、さらに、二〇〇三年六月二日から二〇〇三年八月一三日にかけては、非国際的武力紛争において、「他の者と共同して」(ICC規程二五条三項(a)、一五歳未満の児童をFPLCに強制的に徴集し、敵対行為に積極的に参加させるために使用した(八条二項(b)(xxv))および(e)(xxvii))とされる。⁽³³⁾ しかしながら、ルバンガが自ら児童兵の徴集に直接関わっていたことを裏付ける証拠が存在しなかったため、これらの行為を直接担っていた現場責任者やその監督を任されていた参謀長らとの共同正犯の成否が本事件の最大の争点となった。⁽³⁴⁾ そして、第一審裁判部は、被告人ルバンガに対して、戦争犯罪の一類型である児童兵の徴集および編入ならびに使用の罪(八条

二項(e) (iii)⁽³⁵⁾ の共同正犯として、一四年の自由刑を言い渡したのであった。

ここで、関与形式に関する判示部分に着目すると、第一審裁判部は、ICC 規程では関与形式について前述の区別モデルが採用されているということを前提として、予審裁判部の見解をほぼ踏襲していることが明らかとなる。それによれば、正犯と共犯との区別に際して、極端に客観的または極度に主観的な基準を設けることは ICC 規程の文言と調和しないとされる⁽³⁶⁾。また、JCE についても、極端に主観的な正犯概念の一種であるとされ、採用されえないとした。その上で、(両極端を避け、中間に位置付けられる、いわば「中立的」な基準として) 行為支配論が「多くの国内法制度において適用されている」⁽³⁷⁾として、採用されたのであった。

共同正犯についても、第一審裁判部は、予審裁判部が行為支配論を前提として掲げた五つの要件を踏襲した⁽³⁸⁾。すなわち、予審裁判部および第一審裁判部によれば、客観的要件としては、①共通の計画の存在(明示的なものである必要はない)⁽³⁹⁾、および、②(計画に基づき分担ないし連携して行われる)本質的に重要な寄与(essential contribution)⁽⁴⁰⁾が挙げられている。他方で、主観的要件としては、③寄与が本質的に重要であったことに関する認識、④問題となる犯罪の客観的構成要件のすべてに関する認識、および、⑤共通の計画に関する認識が必要であるとされる。

なお、本稿ですべての要件に関する裁判所の判示を逐一みていくことは、紙幅の都合上困難である。そこで以下では、とくに注目に値すると思われる、同判決における中心的な論点を適宜抜粋して、若干ながら検討してみたいと思う。

裁判所の多数意見は、行為寄与が「本質的に重要であること」という要件に関して、ロクシン説と類似した見

解を採用している。たとえば、予審裁判部によれば、被告人が、「自己の任務を遂行しないことによって当該犯罪の実行を頓挫させることができる」といえる程度に中心的な役割を担っている場合に、共同正犯として評価されるとされている。その一方で、予審裁判部および第一審裁判部の多数意見は——BGH（ドイツ連邦通常裁判所）の見解と同様に、ただし、ロクシン説とは異なり——準備行為（予備段階）のみに加担したにすぎない者であっても、共同正犯となりうるとしている。実際にルバングの事例は、背後者として現場から離れたところで糸を引いていた共同正犯の典型的な例である。裁判所の事実認定によれば、ルバングは自らの手で児童兵の徴集および編入を行ったわけではなく、反政府軍の指揮官として、その任務を自己の配下にある部隊構成員に行わせていたのであった。しかし、第一審裁判部は、ルバングが児童兵徴集および編入の計画立案および組織化に対して本質的に重要な寄与を行っており、それによって事象全体の中で彼が「鍵となる重要な役割」を果たしていた、ということが証明されたとしたのであった。⁽⁴⁵⁾

このように、一方においては、前述した「犯罪を頓挫させる能力」が要求されていることで、共同正犯の潜在的な成立範囲は限定される。しかしながら、他方においては、先述したように、犯行現場から場所的・時間的に遠く離れたところにいる者が計画に加担したという場合であっても共同正犯が基礎付けられうることにより、その成立範囲は拡大することとなる。このように、行為寄与が「本質的に重要であること」という基準は、犯罪の成立を拡大する側面と限定する側面の両面を有している。この点に関しては、同判決におけるフルフォード判事による反対意見をはじめとして、一部の論者から批判されている。また、同事件の事実認定に基づけば、場合によっては、ルバングを間接（共同）正犯として法的に評価する方が適切たりえたのではないか、との見解も表明⁽⁴⁶⁾されていることには留意する必要がある。

「共通の計画」要件に関して、計画が明確に犯罪の実行に向けられたものである必要があるのか（すなわち、計画自体が「本来的に犯罪的である」〔*intrinsically criminal*〕必要があるのか）、あるいは「何らかの犯罪的な要素」を含んでいることで足りるのかについては、議論の余地がある。この点に関して、第一審裁判部は後者の見解を採用した。それによれば、計画は、「通常の成り行きにおいて」（ICC 規程三〇条参照）犯罪が行われることの「十分な危険性」をもたらすものでなければならぬ。主観面に関しては、被告人がこの「十分な危険性」を認識していることで足りるとされる。⁽⁴⁷⁾この点に関して、第一審裁判部と予審裁判部（第一法廷）は見解を異にしている。つまり、予審裁判部によれば、被告人がこの危険性の存在を認容して黙認している場合には、「危険性が低い」ものであっても十分であるとして、主観的要件を第一審裁判部と比して低く設定している。しかし、全体としてみれば、いずれの見解によっても、共通の計画という要件に関する理解は、（ロクシンの行為支配論という要件をも超えると思われる）かなり広い概念であるということになる。というのも、第一審裁判部は、共通の計画に関する広い解釈を導くために、とくに ICC 規程三〇条を引き合いに出し、特定の犯罪行為を行うことが共同正犯にとっての「主たる目的」である必要はないとしているからである。このような見解は批判の対象となっており、今後の判例を通じてさらに明らかにされる必要があることは疑いない。

加えて、第一審裁判部は、主観的要件に関して、ルバンガ事件予審裁判部決定で十分な理由付けがなされないまま示されていた、「共同の行為支配を基礎付ける事実的状况を認識していること」という追加的な要件を、（基準として厳格すぎるとして）退けている。また、第一審裁判部は、必要とされる故意の程度に関して、——予審裁判部第一法廷とは異なり——未必の故意（*dolus eventualis*）では足りないとした。つまり、第一審裁判部は、ICC 規程三〇条二項(b)の文言を直接的故意（*dolus directus*）の意味で解していた予審裁判部第二法廷の判示に⁽⁴⁸⁾

従っているのである（ただし、第一審裁判部と予審裁判部第二法廷の見解はそれぞれ微妙に異なっている点には注意が必要である）。

2 評価（小括）

ルバンガ事件判決に関するここまでの検討内容を小括してみると、差し当たり、以下のことを指摘しておくことができる。すなわち、同判決には理論的に不十分である点や不明確である点も部分的には存在しているものの、共同正犯としての帰責を行うための指針としては、全体として理論的に耐えうるものとなっているといえる。今後は、主として以下の点につきさらなる理論的な基礎付けおよび精緻化が求められよう。

まず、同判決は、行為支配論を受容し、かつ、発展させている。これまでのところ、同判決（およびICCの他の事件）の多数意見によれば、行為支配論こそが正犯と他の関与形式とを区別するためのメルクマールであるとされている。しかしながら、裁判所が行為支配論を導き出すために用いた方法論に対しては、とりわけドイツの刑法学上の概念を片面的に受容したとして批判にさらされている。とくに、この批判は、後述する二つの個別意見の中でも表明されている。すなわち、ICCが法を発見する際に国内法制度を考慮することがどの程度許容されるのか、ないし、それをどの程度重視すべきであるのかという、方法論に関する根本的な問いが投げかけられているのである。ICC規程二二条一項(c)によれば、「国内法から見出した法の一般原則」を参照することは許容されている。もつとも、行為支配——および組織支配——という概念は「多くの国内法において一般的に認められている」というICCの主張を裏付けるためには、比較法的にみれば、数カ国の法源だけでは足りず、より包括的な比較検証が必要となろう。にもかかわらず、ICCによって挙げられているのは、ドイツおよび（下

イツから影響を受けた) ス페인、ラテン・アメリカ諸国の学説および判例にすぎない。⁽⁵⁰⁾ こうした事実を鑑みれば、ICCの裁判例がこのような(一見して「恣意的」な)法の取捨選択を行ったことには、少なくとも方法的な問題があったのであり、それゆえに、ICC規程を体系的・目的的に解釈することが望ましい、⁽⁵¹⁾との見解もありえよう。このような解釈の方法論に関しては、本稿のIV章で再度触れることとする。

3. 個別意見による批判とその当否

前述の通り、ルバンガ事件判決およびキユイ事件判決に対しては、それぞれフルフォード判事およびウインガート判事による個別意見が付されている。両判事による個別意見では、ICC規程二五条三項の解釈に際して、同項(a)から(d)に規定されている帰責形式には序列があるという見解(多元的関与形式体系)および行為支配論を採用することに対して疑義が呈された。

まず、フルフォード判事による個別意見では、多元的関与形式体系に対して批判が向けられた。同判事は、たとえば、ICC規程二五条三項(a)三類の間接正犯と同項(b)の惹起類型(教唆犯等)との間には重複する部分が存在するのであり、これらを区別できないことがたびたび起こりうると述べている。⁽⁵²⁾ 換言すれば、二五条三項の各関与形式は、「相互排他的」ではないとされたのである。さらに、行為支配論については、ドイツという特定の国の国内法から「直輸入」された理論であるとした上で、国内法上の理論が(ICCにおいて「適用される法」〔法源〕に関する)ICC規程二一条一項(c)所定の「国内法から見いだした法の一般原則」に該当するか否かを決定するにあたっては、慎重な判断が求められるとされた。⁽⁵³⁾

つづいて、ウインガート判事による個別意見を概観するに先立って、カタンガIIキユイ事件(分離前)の概要および同事件に関する予審裁判部による決定の内容を確認しておく。ジェルマン・カタンガ(一九七八年、コン

「ゴ民主共和国生まれ」は、イツリ愛国抵抗軍（FRPI）の指揮官であり、ともに審理を受けた（「共同被告人」ともいふべき）マチュール・ングジョロ・キュイ（一九七〇年、同国生まれ）は、民族主義者・統合主義者戦線（FNI）の指導者であった。カタンガおよびキュイは、単独では兵力が不足していたので、互いの部隊を合流させ、「相互に共同して、又は互いの部下を通じて」、二〇〇一年一月から二〇〇四年一月までに、敵対する部族の村を少なくとも一〇回以上襲撃したとされ、とくに、二〇〇三年二月二四日には、イツリ地方のボゴロ村を襲撃して、少なくとも約二〇〇人を殺害したとされる。予審裁判部の犯罪事実確認決定によれば、カタンガおよびキュイは、少なくとも、戦争犯罪の七類型⁽⁵⁴⁾および人道に対する犯罪の三類型⁽⁵⁵⁾を「共同して」または「他の者を通じて」（ICC規程二五条三項(a)）行った疑いがあるとされた⁽⁵⁶⁾。ここで注目すべきは、ICC規程上の関与形式として、新たに「間接共同正犯」（indirect co-perpetration）なる概念が提唱された点である。すなわち、両被告人による関与形式——「共同して」または「他の者を通じて」——に鑑みて、他の者を通じて犯罪を行う間接正犯としての責任と、複数の行為者の行為が相互に帰属される共同正犯としての責任とが組み合わされ併存しうる⁽⁵⁷⁾ことが明らかにされたのである。

その後、二〇一二年一月二一日に同事件は分離され、キュイに対しては、同年一月一八日に証拠不十分を理由に無罪判決⁽⁵⁸⁾が下されたのであった（二〇一四年五月現在、上訴中）。また、カタンガ事件については、第一審裁判部第二法廷にて二〇一四年三月七日に、ICC規程二五条三項(a)ではなく、同項(d)の「集団犯罪へのその他の寄与」に基づいて有罪判決が下された。その後、同年五月二三日に下された量刑決定において、一二年の自由刑が言い渡された。同事件においては、分離と同時に関与形式が変更されたにもかかわらず、一貫して行為支配論が採用されている点が重要である。

キュイ事件判決に付されたウインガート判事による個別意見においても、多元的関与形式体系および行為支配

論の採用に対する批判が展開された（なお、キユイ事件判決の多数意見はこの点に関して立場を明らかにしていない）。同判事は、まず、前者・多元的関与形式体系に関して、フルフォード判事の意見を踏まえつつ、各関与形式の答責性の軽重、および、ICC規程の起草過程に鑑みれば、ICC規程二五条三項(a)から(d)所定の各関与形式は序列化されているわけではないとの見解を表明した。⁽⁵⁹⁾そして、行為支配論については、フルフォード判事と同様に、同理論はドイツ刑法に依拠したものであって、ICCにおいて「適用される法」（ICC規程二二条）にはあたらないと述べている。⁽⁶⁰⁾加えて、予審裁判部決定で言及された「間接共同正犯」概念についても、ICC規程二二条二項所定の類推解釈の禁止に反するとされている。⁽⁶¹⁾

以上のように、ICCが多元的関与形式体系に立脚し行為支配論を採用したことに対しては、ドイツをはじめとするごく一部の国の法原則が採用されているとの批判が提起されていた。しかし、結局のところ、重要であるのは、これまでのICCの裁判例において展開されてきた法理が実際に理論的な説得力および実務上の有用性を有しているのかどうかということである。⁽⁶²⁾

このような観点に照らして考えれば、フルフォード判事およびウインガート判事が提起した行為支配論に対する根本的批判は、妥当ではない。というのも、フルフォード判事（およびウインガート判事）は、行為支配論の長所と短所を綿密に検討・論証せずに（また、代替案をも示さずに）、同理論を拒絶しているからである。むしろ、その批判は、同理論がドイツに由来するものであること、および、（両判事によれば）ICC規程上の明文上の根拠を欠いていることに基づくものである。しかし、そのような形式主義的な議論によって、行為支配論に論駁することは困難であると思われる。同理論（学説）の解釈論としての説得力は、その出自や提唱者の出身によって左右されるわけではない。理論（学説）たるものは規範的および実践的な観点——ここではとくに正犯性の認定

と諸種の関与形式の区別に際しての機能性・有用性の有無という観点——から、考察されるべきなのである。

両判事による批判は、条文解釈の方法としては——判事の言葉を借りれば——ICC規程の「純粋な文理解釈（逐語的な文言解釈）」（“plain text reading”⁽⁶³⁾）のみが許容されるという前提に基づいている。そして、その他の（文理を超える、追加的な）理論的解釈は不要（かつ有害）であるというのである。フルフォード判事およびウィングート判事の両名は「独立した」、「純粋な文理解釈を志向した」解釈を支持しており、可能な限り国内法制度からの影響を排除しようとしている。この見解は、ICC規程二二条二項の類推解釈の禁止（嚴格解釈の原則ないしは「疑わしきは被告人の利益に」の原則）を根拠とするものであるとしており、それによれば、理論的・抽象的な帰属概念を採用することはできないというのである（もつとも、両判事は、類推解釈禁止原則がそもそもICC規程二五条のような総則上の規定に対して適用があるかどうかという先決問題に立ち入ることなく、結論を下している）。

しかしながら、このような見解は、そもそも、「極端に法実証主義的なアプローチ」⁽⁶⁴⁾であり、法が規範的性質を有することを度外視した見解である。抽象的な法規定は常に規範的な概念から成っているからこそ解釈を要するのである。したがって、その概念の正確な意味合いを見出すためには、理論的なアプローチが必要となるのであって、そのようなアプローチに対して「類推解釈である」という批判を浴びせることは、当を失している。その証左として、実に皮肉なことに、フルフォード判事とウィングート判事の両名ともに、同じく「純粋な文理解釈」に従ってICC規程の文言に忠実な解釈を行ったはずであるにもかかわらず、ICC規程二五条三項(a)に基づく共同正犯の成立要件に関して、それぞれ異なる、相反する結論に達してしまっていることは、驚くべきことではない。つまり、両判事は、目的的解釈から導かれる概念分類を規範の文言の中に読み込むということを、行わざるをえないのである（たとえば、ウィングート判事は、「本質的に重要な寄与」という要件を否定し、その代わりに「直接の関与」という要件が必要であるとしているが、この場合、ある（解釈を要する）規範的概念は単に別の（同じ

く解釈を要する) 規範的概念に取って代わられてしまうだけである⁽⁶⁵⁾。

この点、たしかに、行為支配は正犯性を根拠付けるための唯一考えられる基準ではないことは、いうまでもないことである。しかし、行為支配論に一定の説得力があることもまた疑いのないことであろう。というのも、犯罪に対して行為支配を有している者が、行為支配を有していない者よりも、犯罪について重い責任を問われるというのは、妥当な見解であると思われるからである。加えて、「行為支配」という基準は、その中で客観的視点と主観的視点の両基準を考慮することができる、十分に開かれた基準でもある。刑事責任を評価するにあたっては、当然のことながら両視点が重要であるから、この点においても行為支配論は優れた見解であるといえよう。もつとも、行為支配概念は、最も重大な責任が帰属されるというのはあくまでも客観的評価の帰結であって、正犯意思または共犯意思をより重視して、いわば行為者(の属性・意思)に依存して決定されるものではない、ということをも明らかにしている。

ここで核心的な問題となるのは、どのような場合に行為支配が存在するといえるのか、ということである。この問題を解決するために(そして、二五条三項(b)以下に定められている、正犯よりも下位に位置付けられる諸種の関与形式を区別するためにも)、理論的・実務的に耐えうる基準を模索し確立することこそが、国際刑法上の判例および学説にとつての重要な課題なのである。その際、行為支配の内部の諸要素をさらに具現化・具体化することは当然の検討課題となるが、行為支配という理論的枠組みの「枠外」にある、それを填補するような別個の(下位)基準の検討(たとえば、犯行の周辺に認められる客観的な間接事実の考慮など)も考えられる。この点、行為者が犯罪の結果に対してどの程度の利益・関心を有していたか、あるいは行為寄与が犯罪の実行と特別に近い関係(近接性)にあったかという基準に関しては、すでに議論が展開されはじめている⁽⁶⁶⁾。つまり、これまで ICC によって発展させられてきた基準を、補充・具体化する作業が行われる必要があるのである。国際法上の犯罪が複

雑な性質を有していることに鑑みれば、これは大いに重要な課題となる。

IV 正犯・共犯区別モデルに基づく多元的関与形式体系と帰属枠組

最後に、ICCが行為支配論を採用するにあたっていわば当然の前提としている多元的関与形式体系（序列のある正犯・共犯体系）というものが、いかなる根拠付けなし規範的土台に基づくのか、また、既述した個別意見でなされた批判に耐えうるものであるのかどうか、若干の検討を加えてみたい。

ルバンガ事件第一審裁判部判決によれば、ICC規程二五条三項では、差異化された、すなわち、責任（行為者に対する非難）の程度に応じた上下の関係が序列化されている関与形式体系が規定されている、とされている。この際、この序列の頂点に位置付けられるとされているのは、同項(a)に挙げられている単独（直接）正犯、共同正犯および間接正犯である。次いで、(b)には諸種の惹起類型（教唆形式）、(c)には援助類型（幫助形式）がそれぞれ規定され、最後に、序列の最下位として(d)に、「その他の方法で」の集団犯罪への寄与という補充的な構成要件が規定されている、とされている。⁽⁶⁷⁾

フルフォード判事およびウィングガート判事は、既述のように、とりわけ、「純粋な文理解釈」という観点から、このような関与形式の序列化と類型化、すなわち、関与形式の厳格な区別に反対している。たとえば、両判事は、間接正犯がICC規程二五条三項(b)に規定されている惹起形式（とくに、命令犯）よりも重く取り扱われるべきであるとするには説得力がない、と主張している。⁽⁶⁸⁾ 結局、両判事の見解は、一種の「統一的正犯体系」を彷彿とさせるものであるようにも思われる。

これらの異論および第一審裁判部の解釈については、方法論的な観点からは、以下のことが措定されうる。

観念的には、可罰的な関与形式によって刑事責任の外の限界〔外界〕のみが画定される刑法体系というものが想定される。他方では、可罰的な関与形式によって刑事責任の内の限界〔内部での境界付け〕が形成され、とりわけ、このような限界付けによって量刑をも考慮しうる刑法体系というものが想定される。このような区別は、通常、(必ずしも一義的に使用されているわけではないものの) 統一的正犯体系と正犯・共犯体系(すなわち、多元的関与形式体系)という概念の対立軸として特徴付けられる。正犯・共犯区別モデルの下では、可罰的な諸種の関与形式というものが、それぞれに区別され、かつ、刑事責任の規模・程度を示す指標であると解される。それぞれの関与形式の区別は、(開かれた) 規範的な基準によってなされるか、または、規範的内容が認められる限りでは、記述的な視点からもなされる(いずれにしても、量刑判断に先立って、行為者の行為態様を、一定の不法とされる類型的な関与形式の中に分類することで、量刑判断に一定の枠組みを与えることが重要である)⁶⁹⁾。統一的正犯体系と正犯・共犯体系のいずれを採用すべきか(つまり、いずれがより優れたモデルであるのか)は、実践的な視点によっても、あるいは、(より重要な) 規範的な視点によっても、自ずと決定されるものではない。同時に、統一的正犯体系か正犯・共犯体系かの選択によって、いったいいかなる行為態様が可罰的なものになるのかが決定されるわけではない、ということも確認されなければならない。いずれの体系も可罰的な行為態様それ自体の外の限界を広げたり狭めたりすることはないのである。むしろ、統一的正犯体系と正犯・共犯区別モデルとの間では、可罰的行為の「外の限界」には差異はなく、区別モデルはこれに加えてさらに「内の限界」を画することで、その不法内容をより明確化しようとするものであるといえる。

したがって、ウインガート判事による批判が(そして別の観点からスチュワートによる批判⁷⁰⁾) 答責性の程度に差があることを前提として各関与形式の間に序列を付けることはICC規程二二条二項に規定されている「類推解釈の禁止」(ことに「疑わしきは被告人の利益に」)の原則に違反するということを主張している点に関しては、

説得力がない。ウインガート判事は、要するに、正犯・共犯体系は、統一的正犯体系と比較して被告人にとって不利になる、ということを議論の前提にしているようである。しかし、その詳細が論証されているわけでもなく、そもそもこのような前提自体の根拠が不明であり、適切ではない。むしろ、——ウインガート判事は正犯・共犯区別モデルを採用することで被告人に不利になると考えているようであるが——そもそも「外の限界」を画するのみで、内部的な序列を一切設けない統一的正犯体系を採用する方が、その不法内容が不明確であるという点で区別モデルよりも被告人に不利になるのではないであらうか。なお、ドイツの学説ではウインガート判事とは反対の主張がなされることも稀ではない。すなわち、統一的正犯体系は可罰性の範囲の拡張につながるというのである。⁽⁷²⁾

私見によれば、ICC規程に鑑みれば、二五条三項を序列化された関与形式として理解するのが自然かつ妥当であるように思われる。たしかに、両判事の個別意見でも的確に指摘されているように、関与形式が量刑を明示的に規律することを示唆するような規定はICC規程には含まれていない。ICC規程七八条一項ならびに手続及び証拠に関する規則一四五条一項(c)では、「裁判所は、刑の量定に当たり：犯罪の重大さ；有罪の判決を受けた者の関与の度合（degree of participation）；有罪の判決を受けた者の個別の事情等の要因を考慮する」という一般規定があるにすぎない。すなわち、実際には関与形式ごとの法的効果に関する明文規定という意味での厳格な量刑規則（法定刑）などは存在しない。しかし、差異化され序列化された関与形式によれば、裁判官の過度に広範な裁量に、極めて望ましい制限を課する（ないし指針を提供する）ことができるようになる。したがって、このような規範的な基準に依拠した解釈によれば、合理的に構造・階層化され、かつ、段階化された評価というもの、（可罰性を基礎付ける帰責判断の第一次段階にあたる）関与形式のレベルだけではなく、その後の量刑のレベルでも可能となる。⁽⁷³⁾ かように、量刑の過程をより透明で合理的なものにして、事後検証を可能にする（つま

り、上訴審によるチェックをも可能にする) あらゆる類型化の作業は、これまで量刑法に関する規定が断片的なものでしかなかった国際刑法においてこそ、歓迎されるべきである。

このような視座は、まさに、ICC 規程に固有の規範的枠組を重視し、その文言および体系性を指向した解釈にも裨益する。というのも、ICC 規程上の関与形式は、たとえば、ICTY 規程七条一項やICTR 規程六条一項の関与形式のように、単純に羅列されているわけではないからである。むしろ、ICC 規程二五条三項では、可罰的な関与形式が(a)から(d)までの四つの項目に分類されている。もしもこれらの関与形式の類型化は記述的な(単に外観上の)メルクマールによってしか決定されないというのであれば、それらの概念上の区別も、また、諸種の形式の四つの項目への分類自体も、判然としえない。⁽⁷⁴⁾このことは、これらの項目のうちICC 規程二五条三項(a)で正犯の「実行」形式として列挙されている三類型だけをみても明らかである。「単独で」、「他の者と共同して」、または「他の者が刑事上の責任を有するか否かにかかわらずなく当該他の者を通じて」の実行は、いかに詳細な定義が与えられようと、現象的には何らの共通性も有しない。ICC 規程二五条三項(a)という一つの条文の中にこれら三つの形式が包括されていることは、「実行」概念とは帰責されるべき犯罪の「主要な刑事責任」を体现している規範的な概念であると理解するのだけ意味をなさない。このような理解によって始めて、これら三つの類型が「正犯」という共通の上位概念に包摂されることが説明できるようになるだけでなく、なぜICC 規程二五条三項ではこれら三つの実行形式が「一番初めに位置付けられているのか」ということも、容易に跡付けることができるようになる。

ICC 規程二五条三項が規範的な基準との関連性を抜きにしては理解しえないということは、とりわけ、「他の者を通じて」の実行の場合に明白である。ICC 規程二五条三項(a)では、他の者が刑事上の責任を有する場合にも「他の者を通じて」の実行がありうるということが、一般的に認められている。誰が「他の者を通じて」犯

罪を実行するのかを決定するためには、行為支配概念若しくは犯罪に対する支配、正犯意思、または行為決意の自己決定性等のような諸種のメルクマールに立ち返って検討しなければならない。しかし、これらのメルクマールはすべて疑いの余地なく規範的な内容を示唆している。というのも、犯罪に対する支配、正犯意思、または行為決意の自己決定性等が前提とされている関与形式は、これらのメルクマールを前提とはしていない関与形式よりも、帰責される犯罪それ自体に関する、より高度の刑事責任（責任非難）を必然的に内容として含んでいるからである。⁽⁷⁵⁾

この点、ICC規程二五条三項を多元的に段階付けられた序列のある類型と解釈することを拒否し、かつ、行為支配をあらゆる実行形式を束ねるメルクマールとして理解することを否定するウィングルト判事ですらも、その個別意見において、「他の者を通じて」⁽⁷⁶⁾の実行の特徴は、「実行正犯〔実行行為者〕に対する間接正犯の支配又は影響の度合い」という点にあるとしている。このような方法によれば、前述の個別意見で提示された異論の一つ、すなわち、「命令犯」（ICC規程二五条三項(b)）という関与形式について、体系的な位置付けが誤っているという主張にも反論が可能となる。というのも、このような異論は、規範的・価値的な考察がなされる場合、命令犯のあらゆる事例が（間接正犯という意味での）「他の者を通じて」の実行として捕捉されうるわけではない、ということを見誤っているからである。ICC規程二五条三項(a)に基づくすべての正犯形式を束ねているメルクマールとして行為支配があるとまさに措定するのであれば、以下のことは明白である。すなわち、ある者が他の者に対する犯罪実行を上官・部下関係の枠組みで命令しているが、命令者が犯罪実行に対して行為支配を有していたことまでは根拠付けえないという事例状況がまさに存在する。とりわけ、犯罪実行の命令に関して、命令者自身も受命者であったという場合がそうである。換言すれば、間接正犯と命令犯が、価値的に序列化された関係において理解されることで、はじめて（ICC規程二五条三項(b)に基づく）命令犯に対する独自の適用領域が開か

れるようになる。このような命令犯では、とりわけ、上下関係の次元でみれば中間管理職にすぎない上官が捕捉される。そのような上官は、たしかに自己の部下による犯罪の実行を惹起している。しかし、この中間管理職にすぎない上官の立場からみれば、この命令さえも上下関係におけるより上位の上官からの命令によって惹起されているため、上位者こそが支配を有しているのであり、中間者にはまさに犯罪実現への「支配」が欠けているといえる。したがって、この命令は他の者によって決定された命令である。これとは反対に、命令を下したことが間接正犯の要件を充足（すなわち、行為支配を有）する場合には、間接正犯の方がより不法の程度が重い関与形式として優先される。この場合に命令犯が概念的に排除されるのか、または補充的なものとして吸収されるのかどうかは、さほど重要ではない副次的な問題である。

多角的関与形式体系という意味での正犯・共犯体系の妥当性を裏付けるさらなる体系上の論拠は、ICC 規程二五条三項(f)の未遂に関する規定にも見受けられる。同規定によれば、「実行」の未遂のみが可罰的であるとされている（ゆえに、その他の関与形態・共犯の未遂は可罰的とはされていない⁽⁷⁾）。これによって、具体的事案において各関与者の関与形式を個別的・明確に確定・認定する必要があるが生じる。同時に、このように「実行」が強調されているということは、正犯が最も重い刑事責任を示唆する類型であるという体系上の位置付け・評価を明示する論拠でもある。

最後に、訴訟法的な観点からも、ICC 裁判所規則 (Regulations of the Court) 五二条(c)には、起訴状等には起訴事実に関する法的な評価 (legal characterisation) が記載されているものとする、と規定されている。その一要素として、ICC 規程二五条（および二八条）所定の可罰的な「関与形式の詳細」(precise form of participation) が含まれているのである。

以上のように、ICC 規程は、相互関連性を有さない、纏まりのない個々の規定の単なる寄せ集めなどではな

く、首尾一貫した（体系的・一貫性を有する）法秩序として理解されるべきである。ICC規程二五条三項では、答責性の程度に応じて序列化される、規範的な「帰責枠組」が規定されているといえよう。これらの帰責枠組は、関与形式の認定にあたっては量刑についてもその基礎となっただけではなく、国際刑事裁判における透明性、合理性および法としての予見可能性ないし検証可能性をも総合的に高めている。さらにいえば、まさにこれこそが国際刑事法学の目標ともいえるべきことなのである。

V 展望

本稿で扱ったテーマからは、国際刑法と国内刑法との間には疑いの余地なく相互作用がある、ということが判明したように思われる。このような相互作用は、さまざまな方法・形で結晶化されうる。正犯概念に関しては、たしかに一方では、端的に問題のある側面も指摘されうるかもしれない。しかしながら、他方では、このような相互作用による実り豊かな発展可能性も顕著に体现されているといえよう。

本稿では、ルバンガ事件を題材にして共同正犯を主眼に置いてきた。しかし、私見によれば、ICCにおける将来の活動では、いわゆる「机上の行為者・「黒幕」の訴追・処罰にあたり、実務上、共同正犯の原理と間接正犯の原理との組み合わせの方がより意義深いものになる可能性があると思われる。すなわち、「間接共同正犯」(indirect co-perpetration)なる概念である。これは、先述の組織支配論に基づいて発展した国際刑法上の独自の法概念であるともいえる。この概念には二つの下位範疇がある。すなわち、①本来の意味にいう間接共同正犯（各共同正犯のうち、少なくとも一人以上の行為寄与が被利用者たる組織を通じて間接的に行われる。共同正犯の一種、mittelbare Mittäterschaft）と、②（これとは区別されるべき、固有の間接正犯形態である）共同間接正犯（複数の指導

者が一つの組織を共同して支配する、*mitäterschaftliche mittelbare Täterschaft*) の二つである⁽⁷⁸⁾。ICC は、初期の諸決定以来、これらの法概念を繰り返し適用している。しかしながら、これらの法概念がさらに解明される必要があることは間違いない。

この場合、ヨーロッパ大陸法系ないし英米法系以外の法体系との比較も、この法概念の解明および精緻化に寄与しうると思われる。とりわけ、国際的にはこれまでほとんど——若干の例外を除いて——認識されていなかった日本の正犯理論の独自のアプローチも⁽⁸⁰⁾、従来の議論に価値のある一石を投じうる。これは本稿で提起した共同正犯をめぐる諸問題という観点からもそうである。しかし、これはおそらく別稿で新たに書き起こすべき素材であるように思われ、今後の課題としたい。

- (1) 国際刑事裁判所 (International Criminal Court, ICC) 規程五条参照。中核犯罪それぞれは、諸種の国際刑事法廷の管轄権に服するが、各国の国内裁判所においても訴追される。
- (2) イスラエル最高裁判所一九六二年五月二九日判決 (Attorney-General of the Government of Israel v. *Adolf Eichmann*, 36 International Law Reports 5)。
- (3) 旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所 (International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY) およびルワンダ国際刑事裁判所 (International Criminal Tribunal for Rwanda, ICTR)。
- (4) シエラレオネ特別裁判所 (Special Court for Sierra Leone, SCSL) カンボジア特別法廷 (Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, ECCC) およびレバノン特別法廷 (Special Tribunal for Lebanon, STL) 等。
- (5) ICC二〇〇七年一月二九日予審裁判部第一法廷決定 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803-tEN), paras. 330 *et seq.*
- (6) ICC二〇〇七年一月二九日予審裁判部第一法廷決定 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803-tEN), para. 332.
- (7) ICC二〇一二年三月二四日第一審裁判部第一法廷判決 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842), paras. 976 *et seq.*

- (8) ICC二〇一二年三月一四日第一審裁判部第一法廷判決 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842), paras. 996 *et seq.*, 999.
- (9) ICC二〇一二年二月一八日第一審裁判部第二法廷判決 (*Chui*, ICC-01/04-02/12-3-ENG).
- (10) 日本刑法学では、「ドイツ語の „Tat“ (所為) は通常「行為」と定訳されるが, „Straftat“ の略称という意味もあり、その文脈においては、「行為および結果」すなわち、「犯罪」という広い意味でも用いられているので、ICC では、(当時、担当予審裁判部で勤務していた、スペイン人刑法学者でドイツ刑法理論に精通するエクトル・オラソロ (*Hector Olaso*) 元調査官の提言に基づき) “Crime” (control over the crime) という英訳がなされたのである。したがって、„Tatherrschaft(slehre)“ の英訳から日本語への重訳の場合に生じやすい誤解 (誤訳) を避けるためにも、日本刑法学において用語として定着している「行為支配 (論)」として統一的に訳出されるのが自然であるように思われる。
- (11) Vgl. *Ambos*, Art. 25 (Special Print) Rn. 2 ff. in: Triffler (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2. Aufl. (2008).
- (12) 近年のアド・ホック法廷の判例が、量刑の段階でも関与形式を区別した上で考慮に入れる傾向にある点に関しては、たとえば、ICTR二〇〇五年五月二〇日上訴裁判部判決 (*Semanza*, ICTR 97-20-A), paras. 355 *et seq.*, 364; ICTY二〇一〇年六月一〇日第一審裁判部第二法廷判決 (*Popovic et al.*, IT-05-88-T), paras. 2104 *et seq.*; 上の点に関する体系的な考察として、*Burghardt*, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Strafsystem* (2008), S. 360 ff. がある。
- (13) JCEに関する邦文献には、竹村仁美「国際刑事法におけるJCE (Joint Criminal Enterprise) の概念 (1) (2・完)」一橋法学六卷二号九六五―九七九頁、同巻三号一四一七―一四三五頁 (ともに二〇〇七年)、多谷千香子『戦争犯罪と法』岩波書店 (二〇〇六年) 一〇一―一〇七頁、木原正樹「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——」松田竹男ほか〔編〕『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 (二〇一二年) 所収二二三―二四一頁、および、佐藤宏美「共同犯罪集団 (Joint Criminal Enterprise) の法理と慣習国際法」国際法外交雑誌一一巻四号 (二〇一三年) 五一―七四頁などがある。

- (14) 特筆すべきは、最近になって、カンボジア特別法廷の予審裁判部が少なくともJCEⅢを帰責形態としては認めないと判示した点がある。ECCC2010年五月二〇日予審裁判部決定 (*Teng et al.*, 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ), paras. 51-89.
- (15) たよべぢ Ambos. Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility. *Journal of International Criminal Justice* (IJCJ) 5 (2007), pp. 159 *et seq.*; *Ohlin*, Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise, IJCJ 5 (2007), p. 70.
- (16) たよべぢ Satzger. Die Ausweitung der (Mit-)Täterschaft – Besorgnis erregende Entwicklungen (nur) im Völkerstrafrecht?, in: Hassemer u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Volk* (2009), S. 668 m.w.N.
- (17) 区別の程度(範疇の数)に関して *Burghardt*, Modes of Participation and their Role in a General Concept of Crimes under International Law, in: Burchard et al. (eds.), *The Review Conference and the Future of the International Criminal Court* (2010), pp. 88 *et seq.*, 91を参照。
- (18) ICC2007年一月二十九日予審裁判部第一法廷決定 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803-TEN), para. 327. たよべぢ *Werle/Burghardt*, Die mittelbare Mittäterschaft – Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerstrafrecht?, in: Bloy u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Maiwald* (2010), S. 850 m.w.N.; *Werle*, Völkerstrafrecht, 3. Aufl. (2012), Rn. 479 f.; *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 3. Aufl. (2011), S. 150 f. を参照。
- (19) ICC2010年三月一四日第一審裁判部第一法廷判決 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842), paras. 996 *et seq.*, 999.
- (20) ICC2007年一月二十九日予審裁判部第一法廷決定 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803-TEN), paras. 326 *et seq.*
- (21) Vgl. *Roxin*, *Täterschaft und Täterschaft*, 8. Aufl. (2006), S. 275 ff., 719 ff. m.w.N.
- (22) ICC2008年九月三〇日予審裁判部第一法廷決定 (*Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07-717), paras. 480 *et seq.*, 498 *et seq.*
- (23) 詳しくは、フィリップ・オステン「国際刑法における『正犯』概念の形成と意義——ICCにおける組織支配に基づく間接正犯概念の胎動——」川端博ほか〔編〕『理論刑法学の探究③』成文堂(二〇一〇年)所収111—114

- 二頁、および、後藤啓介「日本刑法における共謀共同正犯と国際刑法における『正犯』概念に関する一考察——中核犯罪の『黒幕』とされる者は如何なる概念によつて捕捉されるべきか——」法学政治学論究八七号（二〇一〇年）四九―五四頁。
- (24) たとえば、法解離性など。ロクシンの学説における要件に関して詳しくは、後藤啓介「間接正犯論の新展開——ドイツ刑法の現状が日本刑法に示唆するもの——」慶應法学二四号（二〇一二年）一七九―一九二頁参照。
- (25) ICC二〇〇九年三月四日予審裁判部第一法廷決定（*Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-1）, paras. 210 *et seq.*
- (26) ICC二〇一一年三月八日予審裁判部第一法廷決定（*Ruto et al.*, ICC-01/09-01/11-01）, paras. 40 *et seq.*
- (27) *Stehle nur Ambos*, aa.O. (Fn. 18), S. 152 ff., 157; *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl. (2013), S. 313 ff.; *Jelberger/Genuss*, On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in *Al Bashir* – German Doctrine at The Hague?, JICJ 6 (2008), pp. 853 *et seq.*, 859, 866-867; z.T. kritisch *Weigend*, Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges, JICJ 6 (2008), pp. 471 *et seq.*, 478-479; *ders.*, Perpetration through an Organization – The Unexpected Career of a German Legal Concept, JICJ 9 (2011), pp. 91 *et seq.*, 105-106.
- (28) オステン（前掲注23）一四〇―一四二頁、後藤（前掲注23）五三―五四頁。
- (29) 特筆すべきことに、英米法圏で書かれた国際刑法の基本書の多くが、間接正犯ならし近年のICC判例の理論的展開に「いっしょに」といふ言及がしばしばある。たとえば、*Schabas*, An Introduction to the International Criminal Court, 4th edn. (2011); *Zahar/Sluiter*, International Criminal Law (2008); *Cassese*, International Criminal Law, 2nd edn. (2008).
- (30) たゞ、*Stewart*, The End of 'Modes of Liability' for International Crimes, Leiden Journal of International Law (LJIL) 25 (2012), pp. 165, 205 *et seq.*、*これら Weigend*, LJIL Online Symposium: Thomas Weigend comments on James Stewart's "The End of 'Modes of Liability' for International Crimes" (<http://opiniojuris.org/2012/03/22/ljil-weigend-comments/>)を参照。
- (31) たとえば、大陸法圏出身の論者にもかかわらず英米法（ないしは従前のアド・ホック法廷の法理）に親和的な見解を採る者もいれば、その逆のケースも散見される。また、刑事法・司法実務に造詣の深い論者はどちらかといえば

- 肯定的であるのに対して、国際法の分野に属する論者はどちらかといえば若干の困惑を呈しているようにも思われる。
- (32) ICC 二〇一二年三月一日第一審裁判部第一法廷判決 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842), paras. 918 *et seq.*, 994 *et seq.*, 1003, 1005. 行為支配論に批判的な見解として、後述 (本文 III 3 および後掲注 52) のフルフォード判事 (イギリス選出) の個別意見を参照 (Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, paras. 6 *et seq.*)。
- (33) ICC 二〇〇七年一月二九日予審裁判部第一法廷決定 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803-EN), paras. 410 *et seq.*
- (34) なお、検察局は、次のような見解を示した。すなわち、ICC 規程二五条三項(a)では、ある者が犯罪に対して「本質的に重要な寄与」(essential contribution)を行った結果として「共同支配」(joint control)を有している場合のみ、その者の共同正犯に基づく刑事責任を問うことができるという意味で、「行為支配概念」(the notion of control over the crime)が採用されたと述べたのである。"Prosecution's Document addressing matters that were discussed at the confirmation hearing", ICC-01/04-01/06-748T-46-Conf, paras. 38-41. ICC 二〇〇七年一月二九日予審裁判部第一法廷決定 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803-EN), para. 322 参照。また、オステン (前掲注 23) 一〇一―一〇二頁も参照。
- (35) なお、一部で国際的武力紛争における戦争犯罪をも認定した予審裁判部決定とは異なり、第一審裁判部判決ではこれらの戦争犯罪はすべて非国際的武力紛争におけるものであるとされた。この点、東澤靖「国際刑事裁判所における最初の有罪判決——ルバンガ事件 (国際刑事裁判所第一審裁判部 二〇一二年三月一日判決、同年七月一日決定 [上訴])」国際人権二三号 (二〇一二年) 一三八頁も参照。
- (36) ICC 二〇〇七年一月二九日予審裁判部第一法廷決定 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803-EN), paras. 328 *et seq.*
- (37) ICC 二〇〇七年一月二九日予審裁判部第一法廷決定 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803-EN), para. 330. なお、予審裁判部決定の該当箇所の邦訳はオステン (前掲注 23) 一〇一―一〇二頁に掲記されている。
- (38) ICC 二〇〇七年一月二九日予審裁判部第一法廷決定 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803-EN), paras. 343-367. ICC 二〇一二年三月一日第一審裁判部第一法廷判決 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842), para. 1018.
- (39) 共通の計画たる「合意の存在は各共同正犯のその後の協働的な活動からも推測されうる」とされている。ICC 二〇〇七年一月二九日予審裁判部第一法廷決定 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803-EN), paras. 342 *et seq.*

- (40) 一部の邦文献では「不可欠な寄与」との訳出も散見されるが、準備行為（予備段階での寄与）をも認めるICC（予審・第一審双方）の全体的な基準よりも狭い要件となることから、適切でないと思われる。
- (41) ICC二〇〇七年一月二九日予審裁判部第一法廷決定 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803-EN), para. 347; オスナ（前掲注23）一二三頁も参照。
- (42) ICC二〇〇七年一月二九日予審裁判部第一法廷決定 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-803-EN), para. 348 with fn. 425; ICC二〇一二年三月一日第一審裁判部第一法廷判決 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842), paras. 1003-1006.
- (43) たゞえば、BGHSt 11, 268 [271]（一九五八年一月二三日判決）：14, 128, [129]（一九六〇年二月三日判決）：16, 12 [4]（一九六一年三月一日判決）：28, 346 [347 f.]（一九七九年三月二三日判決）：37, 289 [291 f.]（一九九一年一月一日判決）：39, 381 [386]（一九九三年一月二三日判決）等がある。
- (44) *Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II - Besondere Erscheinungsformen der Straftat* (2003), Rn. 189, 198 ff.
- (45) ICC二〇一二年三月一日第一審裁判部第一法廷判決 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842), paras. 1169, 1222, 1270. この点、第一審裁判部は、「当該犯罪を行うか否か、また、どのように行うのかというものを決定する」能力に着目し、予審裁判部が提唱した「犯罪を頓挫させる」能力とは微妙に異なる着眼点を示唆していることに留意する必要がある。
- (46) *Wirth*, *Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment*, JICJ 10 (2012), pp. 984 *et seq.*
- (47) ICC二〇一二年三月一日第一審裁判部第一法廷判決 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842), para. 1012.
- (48) ICC二〇〇九年六月二五日予審裁判部第二法廷決定 (*Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-424), paras. 357-360.
- (49) ICC二〇〇八年九月三〇日予審裁判部第一法廷決定 (*Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07-717), paras. 502 *et seq.*
- (50) この点については批判的なものの、*Weigend*, *Perpetration through an Organization*, JICJ 9 (2011), S. 105; *Werle/Burghardt*, a.O. (Fn. 18), S. 855（ヴェルレ・ブルクハルトはこれを「疑問の残る比較法」と評している）参照。
- (51) *Saferling*, *Internationales Strafrecht* (2011), S. 13f.; *Werle/Burghardt*, a.O. (Fn. 18), S. 855 参照。

- (52) ICC二〇一二年三月一四日第一審裁判部第一法廷判決 (*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842) に関するエイドリアン・フルフォード裁判官による個別意見 (Separate Opinion of Judge Adrian Fulford), para. 7.
- (53) Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, *supra* note 52, para. 10.
- (54) ①「一五歳未満の児童を…敵対行為に積極的に参加させるために使用すること」(同八条二項(b)(xxvii))」②「文民たる住民それ自体又は敵対行為に直接参加していない個々の文民を故意に攻撃すること」(同八条二項(b)(i))」③「殺人(同八条二項(a))」④「財産の破壊(同八条二項(b)(xiii))」⑤「略奪(同八条二項(b)(xvi))」⑥「性的な奴隷(同八条二項(b)(xxii))」および⑦「強姦(同八条二項(b)(xxiii))」の七類型。
- (55) ①「殺人(同七条一項(a))」②「強姦(同七条一項(g))」および③「性的な奴隷(同七条一項(g))」の三類型。
- (56) ICC二〇〇八年九月三〇日予審裁判部第一法廷決定 (*Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07-717), paras. 573 *et seq.*
- (57) ICC二〇〇八年九月三〇日予審裁判部第一法廷決定 (*Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07-717), paras. 491-494, 519-521, への概念につき、オステン(前掲注23)一三一頁・一四一頁以下、後藤(前掲注24)一一八頁以下参照。
- (58) ICC二〇一二年二月一八日第一審裁判部第二法廷判決 (*Chui*, ICC-01/04-02/12-3-ENG)。
- (59) ICC二〇一二年二月一八日第一審裁判部第二法廷判決 (*Chui*, ICC-01/04-02/12-3-ENG) に関するクリスティアース・ファン・デン・ウイngaert裁判官による個別意見 (Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wynaert, *Chui*, ICC-01/04-02/12-4), paras. 22-30, 66, 70.
- (60) Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wynaert, *supra* note 59, paras. 5, 17.
- (61) Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wynaert, *supra* note 59, paras. 7, 52-57, 60-64.
- (62) への点、*Ambos*, The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues, International Criminal Law Review (ICLR) 12 (2012), pp. 115 *et seq.*, 143 参照。
- (63) Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, *supra* note 52, para. 16; Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wynaert, *supra* note 59, para. 30.

- (74) *Gustiniani*, The Responsibility of Accomplices in the Case-Law of the Ad Hoc Tribunal, Criminal Law Forum 20 (2009), pp. 417 *et seq.*, 441; *Wirth*, *supra* note 46, pp. 971 *et seq.*, 979 参照。
- (75) *Werle/Burghard*, a.a.O. (Fn. 65), S. 856 f.
- (76) “The level of control or influence of the indirect perpetrator over the physical perpetrator”. Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, *supra* note 59, para. 54 参照。
- (77) ハンズ・ヘルツィグ, *Herzig*, Die Tatherrschaftslehre in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs, ZIS 2013, S. 189 ff., 198 参照。
- (78) 誰レハニテ, *Werle/Burghard*, a.a.O. (Fn. 18), S. 849 ff.; *Roxin*, Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft, GA 2012, S. 395 ff., 414; オストン (前掲注23) 111頁・114頁以下、後藤 (前掲注24) 111頁以下を参照。
- (79) たニハニテ, *Shimada*, Ein neuer Aspekt der Täterlehre – Erkenntnisse aus der japanisch-deutschen Rechtsvergleichung, GA 2009, S. 469 ff.; *Yamanaka*, Erscheinungsformen der Tatabeteiligung mehrerer unter besonderer Berücksichtigung von organisierter Kriminalität wie auch krimineller Aktivitäten von Organisationen – Komplott-Mittäterschaft als Mittel zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität im japanischen Strafrecht?, in: Eser/Yamanaka (Hrsg.), Einflüsse deutschen Strafrechts auf Polen und Japan (2001), S. 127 ff.; *Nishida*, Einige Merkmale in der japanischen Strafrechtsdogmatik, Recht in Japan, Heft 4 (1981), S. 29 ff.
- (80) とりわけ、共謀共同正犯に関して、島田聡一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」川端博ほか〔編〕『理論刑法学の探究③』成文堂 (二〇一〇年) 所収三二頁以下などを参照。