慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	国際刑法における正犯と上官責任の適用上の関係について： 二〇一六年三月二一日の国際刑事裁判所第一審裁判部第三法廷ベンバ事件判決を契機として
Sub Title	Das Verhältnis von Täterschaft und Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrech : Zugleich eine Besprechung des Urteils der Hauptverfahrenskammer des Internationalen Strafgerichtshofs vom 21. 3. 2016 (Fall Bemba)
Author	後藤, 啓介(Goto, Keisuke)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2017
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.90, No.7 (2017. 7) ,p.29- 75
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20170728-0029

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

国際刑法における正犯と上官責任の適用上の関係について

――二〇一六年三月二一日の国際刑事裁判所第一審裁判部第三法廷ベンバ事件判決を契機として――

後藤啓介

一　はじめに
二　ベンバ事件の概略
　(一)　事実の概要
　(二)　裁判の経緯
　　1　予審段階
　　2　第一審段階
三　共同正犯（二五条三項(a)二類）
　(一)　二五条三項における正犯・共犯体系の採用
　(二)　行為支配論の採用
　(三)　共同正犯の成立要件
四　主観的要素（三〇条）
　(一)　主観的要素
　(二)　不作為の内容
　　1　三つの義務
　　2　三つの義務の発生時期と部下による犯罪の実行段階
五　上官責任（二八条(a)）
六　なぜベンバ事件の関与形式は共同正犯ではなく上官責任であったのか
　(一)　三〇条が関与形式の適用に及ぼした重大な影響
　(二)　本件の予審裁判部第二法廷の検討手法について
七　正犯と上官責任は適用上どのような関係にあるのか
　(一)　諸種のアド・ホック法廷の判例
　(二)　ＩＣＣの立場
　　1　ルバンガ事件

2　ベンバ事件
3　小括
㈢　検討
1　条文上の論拠
2　行為支配
3　客観的要素
4　主観的要素
5　小括
八　量刑にどのような影響を及ぼすのか
九　むすび

一　はじめに

本稿は、二〇一六年三月二一日の国際刑事裁判所（International Criminal Court: ICC）第一審裁判部第三法廷における――ルバンガ事件[1]およびカタンガ事件に引き続く三件目の有罪判決であった――ベンバ事件判決[2]を素材にして、正犯（ＩＣＣ規程[3]二五条三項(a)）といわゆる上官責任（二八条(a)・(b)）が同時に適用される場合にその適用の関係をどのように考えればよいのかについて、若干の考察を加えることを目的としている。具体的には、この両者には優劣関係があって一方が他方を排除する関係にあるのか、又はそのような関係にはなく同時に適用することもできる並列関係にあるのか[4]について、検討を加える。

ベンバ事件では、当初、二㈡1で言及するように、同一の犯罪事象について、ＩＣＣの検察局によって共同正犯と上官責任の両者で起訴がなされ、これらの適用が同時に問題となった。しかし、結局、予審段階で前者の適用は否定され、第一審段階では後者のみに基づいて有罪とされている。

三㈠でも素描するように、ルバンガ事件以来、ＩＣＣ規程上、少なくとも二五条三項(a)から(d)の関与形式は、単純な用語上の区別にとどまるものではなく、正犯（二五条三項(a)）と共犯（同(b)から(d)）の区別があるとされている。そして、正犯に対しては、共犯よりも重い非難を加えることができるという意味で、両者の間には上下関

係があるとされている。ゆえに、ＩＣＣ規程上、このような正犯と共犯の区別が、二五条三項における各関与形式の不法の内容や量刑に差異をもたらす可能性は十分にある。したがって、ＩＣＣ規程の枠組みにおいて、どの関与形式に基づいて犯罪行為が帰責されるのかということは、極めて重要な問題の一つであるといえる。

しかし、このような二五条三項内部における優劣関係の問題とは対照的に、正犯・共犯（二五条三項）と上官責任（二八条）との適用関係については、我が国では現在までほとんど議論がなされてこなかった。この点、五でも言及するように、ＩＣＣ規程上、上官責任も関与形式の一種であると考えられる。そのため、二五条三項の関与形式と二八条の関与形式が同時に問題となる場合、いずれの帰責形態が優先的に適用されるべきであるのか、また、それが不法の内容や実際に言い渡される量刑にどのような影響を及ぼすのか、ということも一つの重要な問題となりうる。これについて、今般のベンバ事件では、共同正犯を否定して上官責任に基づいて有罪とするという選択がなされている。ゆえに、本稿が、本件を素材に、正犯と上官責任とを対比しながら若干の考察を加えることは、従来ほとんど議論されることのなかった両者の適用上の優劣関係、および、それが量刑に及ぼす影響などに関する問題に一石を投じうるものと考えられる。

以上のような問題意識に基づいて、本稿では、正犯が上官責任よりも重い非難が加えられるべき帰責形態であるため、本件のように両者の適用が同時に問題となる場合、正犯が優先的に適用されるべきであって、正犯が適用されえない場合にはじめて上官責任の適用可能性が生ずること、また、これらが不法の内容や実際の量刑にも重要な影響を及ぼしうることなどを明らかにしてみたい。

検討に際し、本稿では、より比較の対象を明確にするため、特段の事情のない限り、正犯・共犯（二五条三項(a)から(d)）と上官責任（二八条(a)・(b)）のすべての帰責形態とを網羅的に比較するのではなく、あくまでも正犯（二五条三項(a)）と指揮官の責任（二八条(a)）の比較にとどめるものとする。この点、二五条三項(a)の内部も、さ

らに直接正犯、共同正犯および間接正犯に分類しうるところ、これらの間にも優越関係があるか否かについても議論の余地がありうる。しかし、少なくとも現時点でのＩＣＣ実務上は「二五条三項(a)に規定されている諸類型の内部ではいかなる上下関係も示唆するものはない」[5]と理解されている。ゆえに、その結論の当否はひとまず脇に置いて、差し当たり二五条三項(a)の内部にいう三つの正犯はすべて同等の関係にあるものと仮定する。また、同様に、上官責任も、二八条(a)と(b)とで、それぞれ「指揮官の責任」と「文民の上官の責任」とに明文上分けられているため、この両者にも優劣関係を論じる余地がある。しかし、この点についても本稿では立ち入って論ずることはせずに、結局は一つの上官責任であるという理解（ゆえに、少なくとも同等の関係にあるとの仮定[6]）を前提に議論を進めるものとする。

以下では、まず、検討の基礎とするため、二で共同正犯（二五条(a)二類）と上官責任（二八条）が同時に訴状に記載されたベンバ事件の概略について確認する。次に、三で両者の比較のため、共同正犯についてごく簡単に検討を加える。その後、説明の便宜上、四でＩＣＣ規程における主観的要素に関する一般規定（三〇条）を概観する。そして、五で上官責任の成立要件を適宜素描する。その後、六でこの両者の比較に基づいて、なぜベンバ事件の関与形式は共同正犯ではなく、上官責任であったのかについて検討を加える。さらに、以上のような検討に基づいて、七で両者の適用上の優劣関係について考察を加える。また、八でこの両者の質的な差異が量刑にどのような影響を及ぼすのかについても若干の言及を行う。最後に、九で本稿の議論を総括し、今後の展望を述べる。

二　ベンバ事件の概略

(一)　事実の概要

ジャン＝ピエール・ベンバ・ゴンボ（*Jean-Pierre Bemba Gombo*）は、一九六二年一一月四日にコンゴ民主共和国（the Democratic Republic of the Congo: DRC）にて生まれ、[7]「コンゴ解放運動」（the Mouvement de libération du Congo: MLC）の議長（President）であり、ＭＬＣの軍事組織として約二万人の兵士が所属する――ただし、政府軍ではない（非正規軍である）[8]――「コンゴ解放軍」（the Armée de libération du Congo: ALC）の最高司令官・少将（Divisional General）であった。[9]

本件の第一審裁判部第三法廷によって認定された事実は、概ね以下の通りである。[10]

二〇〇二年一〇月二六日ないし同日頃から二〇〇三年三月一五日までの期間、中央アフリカ共和国（the Central African Republic: CAR）の領域で、[11]かつ、国際的な性質を有しない武力紛争の枠内で、[12]ベンバの部下であるＭＬＣの兵士ら（氏名・人数不詳）が、殺人、強姦および略奪を行った。[13]

当該犯行期間中、ベンバは、もっぱら犯行現場（ＣＡＲ）からは地理的に離れた場所（ＤＲＣ）に所在していた。[14]しかし、ベンバは、ＭＬＣの議長かつＡＬＣの最高司令官として、任命権、昇進権、解雇権などの権限を有し、ＭＬＣの財源を管理し、ＭＬＣの参謀から作戦および戦術に関する助言を受け、作戦上の命令を発していた。[15]また、ベンバは、ＭＬＣの構成員に対する懲戒権（捜査を開始し、かつ、軍法会議を設置する権限を含む）を有し、かつ、ＣＡＲに軍団を派遣・撤退させる能力を有していた。[16]さらに、ベンバは、実効的な報告制度を利用して、犯行期間中も、現場指揮官と連絡をとるための通信手段を持っており、[17]部隊が完全に撤退する少なくとも三カ月前に、ＭＬＣによって殺人、強姦および略奪が行われていたとの情報を各部署から得ていた。[18]また、犯行期間全体を通じて、ＭＬＣにより当該犯罪が行われていたことを報じるメディアが多数存在し、ベンバがこれらの報道に接することは極めて容易であった。[19]

その結果、本件の第一審裁判部の認定によれば、(i)ＣＡＲ内のＭＬＣの軍団が国際人道法の諸原則について適

切に訓練されること、および、二〇〇二年から二〇〇三年のＣＡＲでの作戦の期間中に適切に監督されることを確保すること、(ii)犯罪の実行について真にかつ完全な捜査を開始し、および、犯罪を行ったとの嫌疑のあるいかなる兵士をも適切に裁判し、かつ、処罰すること、(iii)犯罪の実行を防止するため、ＣＡＲにいる軍団の指揮官に、追加的かつ明確な命令を発すること、(iv)例えば、文民に対する住民との接触を減らすため、軍団の配置を変更すること、(v)ＣＡＲでの犯罪を行い若しくは黙認したと認定されている将校および兵士を解職（removed）し、配置換え（replaced）し、若しくは解雇（dismissed）すること、および／又は、(vi)ＣＡＲの当局若しくはその他の部署と関連する重要な情報を共有し、かつ、犯罪の嫌疑を捜査するため、あらゆる努力を惜しまず当該部署を支援することが、ベンバには可能であったと認定された[20]。

しかし、第一審裁判部の認定によれば、例えば、(i)について、幾人かの兵士が訓練をまったく受けておらず若しくは最低限しか受けていないなどの訓練不足があったり、訓練中に使用されていた兵士の「行動規範」（the Code of Conduct）に略奪の禁止が含まれていないなどの不備があったりしたが[21]、ベンバは、それらを改善するためのいかなる措置もとらなかった[22]。また、(ii)から(vi)については、ベンバは、文民たる住民を虐待しないように自己の軍団に対して一般的な警告を発したり[23]、若干の捜査部署を設置したり、安価な物品の略奪という訴因に基づいてわずか七人の下級兵士を裁判にかけたりしたにすぎず[24]、ＭＬＣの兵士に帰責される殺人、強姦などについては、ベンバが特に何らかの制裁的な手段を講じたこともなかったと認定された[25]。さらに(iii)から(v)について、二〇〇二年一一月には、ベンバは、自己の部下らをＣＡＲから撤退させることを検討し、かつ、実際に当該能力を有していたにもかかわらず、実際には二〇〇三年三月に至るまで撤退させず、最終的な撤退の動機ももっぱら政治的な思惑に基づくものであったと認定された[26]。

(二) 裁判の経緯

1 予審段階

当初、検察局は、本件で問題となっている以下の八つの犯罪事実のすべてについて、ベンバを上官責任（二八条）ではなく、共同正犯（二五条三項(a)二類）として訴追していた。[27]

①「人道に対する犯罪」としての「殺人」（七条一項(a)・訴因七）
②「戦争犯罪」としての「殺人」（八条二項(c)(i)・訴因六）
③「人道に対する犯罪」としての「強姦」（七条一項(g)・訴因一）
④「戦争犯罪」としての「強姦」（八条二項(e)(vi)・訴因二）
⑤「戦争犯罪」としての「略奪」（八条二項(e)(v)・訴因八）
⑥「人道に対する犯罪」としての「拷問」（七条一項(f)・訴因三）
⑦「戦争犯罪」としての「拷問」（八条二項(c)(i)・訴因四）
⑧「戦争犯罪」としての「個人の尊厳を侵害すること」（八条二項(c)(ii)・訴因五）

ところが、二〇〇九年三月三日の六一条七項(c)(ii)に基づく審理の延期決定で、予審裁判部第三法廷は、ベンバの関与形式が上官責任（二八条）であることをはじめて示唆した。[28] この結果、検察局によって訴因に軍の指揮官責任（二八条(a)）および文民の上官責任（同(b)）が新たに追加され、[29] 結局、本件の予審裁判部第二法廷による「犯罪事実確認決定」（六一条七項）において、ベンバに適用されるのは、共同正犯なのか、上官責任なのかが争われることになった。

二〇〇九年六月一五日、予審裁判部第二法廷は、犯罪事実確認決定においてベンバ事件の前記の八つの訴因と帰責形態との適用関係について、次の通りに決定した。

まず、「十分な証拠が存在しない」として「確認を拒否」（六一条七項(b)）したのは、次の三つの帰責形態および前記⑥から⑧までの三つの犯罪事実である。

- 前記①から⑧までの八つの訴因すべてについての共同正犯（二五条三項(a)二類）
- 前記①から⑧までの八つの訴因すべてについての文民の上官責任（二八条(b)）
- 前記⑥から⑧までの三つの訴因についての軍の指揮官責任（二八条(a)）

その結果、同法廷は、これらについては第一審裁判部に送致しなかった。

他方で、「十分な証拠が存在する」として「確認」（六一条七項(a)）されたのは、次の一つの帰責形態および前記①から⑤までの五つの犯罪事実である。

- 前記①から⑤までの五つの訴因についての軍の指揮官責任（二八条(a)）

結局、同法廷は、二〇〇二年一〇月二六日頃から二〇〇三年三月一五日までにＣＡＲの領域内でベンバの部下である軍隊が行った前記①から⑤の五つの犯罪事実について、ベンバが軍の指揮官責任に基づいて関与したことを確認し、公判のためにこれらを第一審裁判部に送致した。

2　第一審段階

二〇一六年三月二一日、第一審裁判部第三法廷は、原審によって確認された次の犯罪事実について「合理的な疑いを超えて」ベンバを「有罪」と「決定」した（六六条三項・七四条二項）。ただし、二八条(a)については、「軍の指揮官」ではなく、「実質的に軍の指揮官として行動する者」と認定した。

● 次の五つの訴因について「実質的に軍の指揮官として行動する者」（二八条(a)）

①「人道に対する犯罪」としての「殺人」（七条一項(a)・訴因七）

②「戦争犯罪」としての「殺人」（八条二項(c)(i)・訴因六）

③「人道に対する犯罪」としての「強姦」（七条一項(g)・訴因一）

④「戦争犯罪」としての「強姦」（八条二項(e)(vi)・訴因二）

⑤「戦争犯罪」としての「略奪」（八条二項(e)(v)・訴因八）

結局、同法廷は、二〇〇二年一〇月二六日頃から二〇〇三年三月一五日までにＣＡＲの領域内でベンバの部下である軍隊が行った前記①から⑤の五つの犯罪事実について、ベンバが実質的に軍の指揮官として行動する者として関与したとして、有罪と認定した。

また、同年六月二一日、第一審裁判部第三法廷は、七六条に従って、被告人に対して、一八年の拘禁刑を言い渡した[30]。

なお、本件は依然として確定しておらず、二〇一七年三月現在、上訴裁判部に係属中である。

次節では、以上のようなベンバ事件の事実を踏まえつつも、ベンバ事件で問題となった上官責任との比較・検

討のため、まず、ルバンガ事件で問題となった共同正犯について若干の考察を加えるものとする。

三　共同正犯（二五条三項(a)二類）

ルバンガ事件[31]では、ＩＣＣではじめて、児童兵犯罪（八条二項(e)(vii)）について共同正犯（二五条三項(a)二類）が成立することが是認された。

詳しくは七で検討するように、共同正犯と上官責任とを対比する上で、特に重要と思われるのは、ルバンガ事件の結果、ＩＣＣ実務において以下の三つの論点が明らかにされたことである。すなわち、㈠二五条三項(a)から(d)までの関与形式が正犯と共犯とに区別されること、㈡正犯と共犯の区別に際して正犯性の基準となるのが行為支配であること、および、㈢共同正犯の成立要件が提示されていることである。本節では、この三点のみをごく簡単に素描する。

㈠　二五条三項における正犯・共犯体系の採用

ルバンガ事件の上訴裁判部によれば、ＩＣＣ規程の体系的な解釈に基づいて、ＩＣＣ規程では正犯・共犯体系が採用されているとされた[32]。すなわち、二五条三項所定の各関与形式のうち、同(a)は犯罪を行う者である「正犯」（perpetrator）と解されるのに対して、同(b)から(d)は他の者が行っている犯罪に寄与しているにすぎない者である「共犯」（accessory）と解され、これらが相互に区別されている。このような区別の妥当性は、正犯では「未遂」（二五条三項(f)）処罰が可能であるのに対して、共犯では「未遂」処罰が許されず、あくまでも正犯による犯罪の実行の着手が共犯に基づく処罰の前提条件となっていることからも正当化されうる（いわゆる正犯に対

する共犯の「実行従属性」[33]。そして、この正犯と共犯との区別は、正犯が共犯よりも重く非難されることを明らかにし、被告人の刑事責任に適切な罪名を付与することに貢献するものとして、重要な区別であるとされている[34]。二五条所定の関与形式を、このように正犯・共犯体系と解する見解に対しては、ＩＣＣの判事[35]を含む反対意見[36]も提起されてはいるものの、学説上は広く支持を集めている[37]。

(二) 行為支配論の採用

「行為支配」論（the 'control over the crime' theory）[38]とは、ルバンガ事件の予審裁判部によれば、「犯罪を行うか否か、また、行うとすればどのように行うのかということを決定することによって、犯罪を『支配』している者を正犯とする」見解である[39]。この見解は、その後の第一審裁判部でも上訴裁判部でも明確に是認された[40]。この見解によれば、「犯罪を支配している」者が正犯であるのに対して、「犯罪を支配していない」者は共犯でしかないことになる。ゆえに、行為支配の有無が正犯か共犯かの分水嶺となる。さらに、行為支配を有している正犯は犯罪に「本質的に重要な寄与」（essential contribution）を行っていなければならないのに対して、行為支配を有していない共犯は「実質的な寄与」（substantial contribution）ないし「その他の方法で〔の〕寄与」を行っていれば足りるとされている[41]。

二五条三項(a)から(d)の正犯と共犯の区別にあたって行為支配論が採用された結果、二五条三項(a)二類にいう共同正犯の場合にも正犯性を根拠づける行為支配が必要とされている。すなわち、ルバンガ事件の予審裁判部および上訴裁判部が判示[42]しているように、ＩＣＣ規程上の共同正犯は、「自己の任務を実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」ほどの「本質的に重要な寄与」によって、当該犯罪に対する「支配」を有していなければならない。この見解は、実際には、ドイツの刑法学者クラウス・ロクシンによって提唱された

機能的行為支配論[43]に由来するものであった。[44]

(三) 共同正犯の成立要件

ルバンガ事件の第一審裁判部は、共同正犯の成立要件として、次の五つの要素を挙げていた。[45] また、これらの要素は、上訴裁判部によっても基本的には是認されている。[46]

i. 被告人と少なくとも一人以上の他の共同正犯との間に、一度でも履行された場合には通常の成り行きにおいて当該犯罪の実行の結果が生ずる**合意又は共通の計画が存在**していたこと、

ii. 当該犯罪の実行の結果が生ずる共通の計画に被告人が**本質的に重要な寄与**をしたこと、

iii. 一五歳未満の児童を徴集し若しくは志願に基づいて編入すること又は敵対行為に積極的に参加させるために使用することを**被告人が意図していた、又は共通の計画の履行によってこれらの結果が「通常の成り行きにおいて……生ずる」ことを被告人が意識**していたこと、

iv. 共通の計画の履行に**本質的に重要な寄与をしていることを被告人が意識**していたこと、および、

v. 武力紛争が存在し、かつ、当該状況と自己の行為との間に関連性がある**事実的な状況について被告人が意識**していたこと。

この五つの要素を整理してみれば、ＩＣＣの実務上、共同正犯の客観的な成立要件[47]としては、i「二人以上の者による合意又は共通の計画の存在」、および、ii「本質的に重要な寄与」という二つの要件が重視されているといえる。具体的には、iによって、共同正犯が相互に連結され、かつ、それぞれの行為が相互に帰属されるこ

とが正当化される。また、ⅱによって、前述した機能的行為支配の観点から、二人以上の者による協働に対する正犯性が付与される。

他方で、ⅲからⅴでは本件における共同正犯の主観的要素[48]が示されている。これらのうち、特に重要であるのは、ⅲにいう犯罪の結果発生に対する共同正犯の認識の程度である。この点、詳しくは四で触れるように、ⅲは、行為支配論からの帰結というよりも、ＩＣＣ規程における犯罪の主観的要件に関する一般規定である三〇条から導き出されている。ゆえに、次節では、本件で問題となった上官責任の検討に先立って、三〇条について若干の考察を加えることとする。

四　主観的要素（三〇条）

三〇条[49]では、「別段の定め」がない限り、「故意に及び認識して」(intent and knowledge)[50]犯罪の客観的要素が実現されることが要求されている。この点、二五条三項(a)には、「別段の定め」に相当するものが存在しないため、二五条三項(a)は三〇条の適用を受ける。

ＩＣＣの開設当初、この三〇条にいう「故意に及び認識して」という要件に「未必の故意」(*dolus eventualis*)が含まれうるか否かをめぐっては、それを肯定するルバンガ事件の予審裁判部第一法廷と否定するベンバ事件の予審裁判部第二法廷との間で争いがあった。二五条三項(a)が三〇条の適用を受けることに鑑みれば、この問題は、ＩＣＣ規程上、未必の故意による共同正犯が是認されうるか否かという問題として把握することもできる。

最終的には、上訴裁判部は、ルバンガ事件で、本件の予審裁判部第二法廷の見解をほぼ踏襲し、未必の故意による共同正犯を否定した[51]。この問題を時系列順に敷衍すると次の通りである。

まず、ルバンガ事件の予審裁判部第一法廷は、この問題について広いアプローチを採用していた。[52] すなわち、三〇条の文言における意思的要素を強調し、結果についての「認容」があれば、いわゆる未必の故意でさえも三〇条を充足しうるというのである。

他方で、本件の予審裁判部第二法廷は、第一法廷とは対照的に、三〇条では未必の故意が排除されているとした。これについて、同法廷は、次の二つの理由を挙げている。すなわち、第一に、三〇条二項(b)後段ないし三項では、未必の故意を想起させる「結果が生ずるかもしれないことを意識している」（*may* occur or *might* occur）という規定の仕方はなされておらず、「結果が生ずることを意識している」（*will* occur）と規定されていること、[53] および、第二に、ＩＣＣ規程起草者が同規程の編纂過程において未必の故意を排除しようとしていたことである。[54]

本件の予審裁判部第二法廷の見解は、ルバンガ事件の第一審裁判部第一法廷によって、「修正」を施されて採用された。[55] すなわち、未必の故意では三〇条を充足しないとしつつ、結果発生の「十分な危険」（sufficient risk）についての認識を要求したのである。

最終的には、ルバンガ事件の上訴裁判部は、同事件の第一審裁判部第一法廷が使用した「危険」という概念は誤解を招くとして当該「修正」を排斥し、結局、ほぼ本件の予審裁判部第二法廷の見解に同意した。[56] すなわち、共同正犯が成立するためには、犯罪の結果発生を「意図」し（三〇条二項(a)および(b)前段）、又は犯罪の結果が「通常の成り行きにおいて生ずること」を意識していなければならない（三〇条二項(b)後段および三項）。また、上訴裁判部は、犯罪の結果が「通常の成り行きにおいて生ずること」を意識していなければならないというのは結果発生が「ほぼ確実であること」（virtual certainty）を意識していなければならないということであると判示した。[57] それゆえ、ＩＣＣ規程上、未必の故意による共同正犯は原則として認められない。[58]

犯罪の結果が「通常の成り行きにおいて生ずること」（＝ほぼ確実であること）を意識していなければならない

という極めて敷居の高い基準は、六で概観するように、ＩＣＣ実務における関与形式の適用についても重大な影響を及ぼしている。

五　上官責任（二八条(a)）

二八条の「上官責任」（superior responsibility）とは、上官が、自己の部下による犯罪の実行を防止し、抑止し、又は当局に付託する義務を履行しなかったために、自己の部下による当該犯罪の実行について当該上官も刑事責任を問われるという法理である。[59] 上官は、一般的には、将校などの軍の指揮官（military commander）だけではなく、政府高官などの文民の（非軍事的な上下関係における）上位者をも含む広い概念である。[60]

上官責任が関与形式の一種であるのか、又は独立した一つの犯罪であるのかについては、議論の余地がある。[61] しかし、少なくとも現時点でのＩＣＣ実務上は、関与形式（帰責形態）の一種として把握されているようである。というのも、五条一項に規定されているように、ＩＣＣの対象犯罪は、基本的には――七〇条の「裁判の運営に対する犯罪」などを除けば――四つの中核犯罪に限定されており、独立した「上官責任罪」なるものはＩＣＣ規程上存在していないからである。実際、本件の場合、二(二)で概観したように、ベンバが起訴され、有罪となったのは、あくまでも七条と八条に基づく犯罪（のみ）についてである。この点、本件の第一審裁判部も予審裁判部に同意するという形で、「二八条では自己の部下が行ったＩＣＣの管轄権の範囲内にある犯罪について上官が刑事上の責任を問われる場合がある帰責形態が規定されている」と判示している。[62]

ベンバ事件は、ＩＣＣに係属している事件の中で上官責任がはじめて主要な問題となった事案である。本件の第一審裁判部の見解[63]によれば、指揮官の責任（二八条(a)）が是認されるためには、少なくとも、次の六つの要件

を充足する必要があるとされた。[64]

a 「軍隊が……裁判所〔ＩＣＣ〕の管轄権の範囲内にある犯罪を行ったこと」、

b 被告人が「軍の指揮官又は実質的に軍の指揮官として行動する者」のいずれかであったこと、

c 被告人が当該犯罪を行った軍隊に対する「実質的な指揮及び管理……又は……実質的な権限及び管理」〔effective command and control, or effective authority and control〕を有していたこと、

d 被告人が「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」、

e 被告人が「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」、および、

f 被告人が「当該軍隊の管理を適切に行わなかった結果として」当該軍隊が当該「犯罪を行ったこと」。

この六つの要件の特徴について、共同正犯との対比という観点から、ごく簡単に素描すると次のようになる。まず、要件aについては、正犯（二五条三項(a)）とは異なり、かつ、共犯（同(b)から(d)）と同様に、部下である自己の軍隊が犯罪を実際に行わなければ上官責任（二八条）が生じえないという意味で、三(一)でも述べた実行従属性のようなものが示唆されている。[65] この要件は、七(三)3でも再度取り上げるように、正犯と上官責任との優劣関係を論ずる上では重要な要素の一つである。

次に、要件bについては、「いずれの者」も主体となりうる正犯および共犯とは異なり、上官責任には、「上

官」という一定の特別な身分が要求されている。

さらに、要件cについては、すでに諸種のアド・ホック法廷の判例において、「実質的な管理」（effective control）[66]という概念が、「上官・部下関係を判断する際の統一的な基準」[67]として是認されていた。そして、本件の予審裁判部[68]および第一審裁判部[69]は、旧ユーゴスラビア国際刑事法廷（International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: ICTY）[70]およびルワンダ国際刑事法廷（International Criminal Tribunal for Rwanda: ICTR）[71]の判例を踏襲して、「実質的な管理」とは、「犯罪の実行を防止し若しくは抑止し、又は……事案を権限のある当局に付託する……実質的な能力」（material ability）のことであると定義している。ゆえに、この要件は、実際には、本節㈡で概観する要件eと密接に関連している。

また、要件dは主観的要件、要件eは行為（不作為）要素とみられるところ、これらについては、詳しくは六で検討するように、前記の六つの上官責任の成立要件のうち、共同正犯のそれと対比する上で、さらに説明を加える必要があるように思われる。ゆえに、本節㈠および㈡では、この二点について、掘り下げて論ずる。

最後に、要件fについては、従前の諸種のアド・ホック法廷の諸規程にはまったく存在していなかった要件である。そのため、この要件は、二八条をめぐる現在の議論の中でも最も議論が盛んな論点のうちの一つである。[72]しかし、正犯との優劣関係を論じる上では関連性が低いように思われるため、本稿では割愛する。

㈠　主観的要素

二八条(a)の責任を問うためには、明文上、二つの主観的要件のうちのいずれかが必要とされている。すなわち、部下による犯罪を上官が「知っており」（knew）又は「知っているべきであった」（should have known）のいずれかである（二八条(a)(i)）。

この二つの主観的要件が上官にどの程度の認識を必要とさせるものであるのかについては、検討の余地が多分にある。というのも、四で言及したように、三〇条はＩＣＣ規程中に「別段の定め」がない場合に適用されると定められているところ、二八条に対しても三〇条の適用があるのか――二八条にいうこれらの主観的要件が三〇条にいう「別段の定め」にあたるのか――が問題となるからである。これをそれぞれ概観すると次の通りである。

まず、二八条(a)(i)にいう「知っているべきであった」という基準が、三〇条にいう「別段の定め」として、三〇条の適用に服さないことは想像に難くない。というのも、この類型においては、上官が部下による犯罪を現に知っていることは要求されていないからである。実際、本件の予審裁判部も、「知っているべきであった」という基準では、「三〇条よりも低い過失の要素が必要とされている」[73]と述べて、この基準が、三〇条の適用を受けないことを是認している[74]。

次に、二八条(a)(i)にいう「知っており」という基準については、学説上異論の余地はあるものの[75]、少なくとも本件の予審裁判部の見解[76]によれば、これも三〇条の「別段の定め」にあたるとされている。さらに、本件の第一審裁判部も、以下のように述べている[77]。

> 二八条では、犯罪を行った特定の個人が誰であるのかを指揮官が知っていることまでは必要とされていない。さらに、軍の上下関係が上がるに連れて次第に問題が困難になることから、軍隊によって行われた各犯罪のあらゆる詳細を被告人が把握していたことが証明される必要もない。〔原注は省略〕

ゆえに、少なくとも本件の各裁判部は、「知っており」という基準についても、この基準が三〇条で要求されている基準よりも低いと考えているといえる。

結局、以上のように、二八条(a)(i)所定の二つの主観的要件は、いずれも、三〇条の一般的な主観的要素よりも低い基準しか要求されていないと本件の各裁判部は考えているようである。この二八条における主観的要素の解釈は、六(一)で言及するように、正犯と上官責任を区別する際に決定的に重要な役割を果たしている。

(二) 不作為の内容

1 三つの義務

二八条(a)(ii)では、明文上、三つの義務が規定されている。すなわち、①「犯罪……を防止……する」義務(the duty to prevent crimes)、②「犯罪……を……抑止……する」義務(the duty to repress crimes)、又は③「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」義務(the duty to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution)である。本件の予審裁判部[78]および第一審裁判部[79]によれば、当該上官が、これら三つの義務のうちのどれか一つを履行しなかっただけでも、二八条(a)に基づく刑事上の責任が生じうるとされている[80]。

2 三つの義務の発生時期と部下による犯罪の実行段階

本件の予審裁判部の見解[81]および第一審裁判部の見解[82]によれば、これら三つの義務の発生時期については、その義務の内容に応じて、部下による犯罪の実行における三つの異なる段階――すなわち、**(ア)犯罪の実行前**、**(イ)実行中**、および、**(ウ)実行後**――があるとされている。

三つの義務の内容と発生時期をそれぞれ具体的にみれば、次のようになる。

まず、①「防止義務」は、上官が「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……知っているべきであった」ときから生ずるため、㋐**犯罪の実行前**および㋑**実行中**の二つの段階で発動する。[83]

次に、②「抑止義務」については、現在まさに進行している部下による犯罪が継続して行われないように制止する義務（制止義務）、および、犯罪の実行後に軍隊を処罰する義務（処罰義務）という二つの別種の義務が包含されているとされている。[84] ゆえに、抑止義務のうち、制止義務は㋑**犯罪の実行中**、処罰義務は㋒**実行後**の二つの段階で発動する。また、制止義務は、犯罪の実行中にも発動するという点で、その実質的な内容と発生時期が防止義務と一部重複する。他方で、処罰義務は、犯罪の実行後にも発動するという点で、すぐ直後で言及するように、発生時期が付託義務と一部重複する。[85]

最後に、③「付託義務」については、当該指揮官が犯罪を行った者を制裁する権限を有していない場合、当該指揮官は「事案を権限のある当局に付託する」義務を有するとされている。[86] この義務は、不処罰を回避し、かつ、将来の犯罪を防止するために、犯人の訴追・処罰を確保することを目的としているため、㋒**犯罪の実行後**に発動する。[87] 先に述べた通り、この付託義務は、部下による犯罪実行後に発生する義務である点で、処罰義務と重複する。この点、上官自身が犯罪の実行を「処罰」するための「必要かつ合理的な措置をとる」立場ないし**権限がある**場合、抑止義務のうちの処罰義務を観念すれば足りる。他方で、上官自身が処罰するために「必要かつ合理的な措置をとる」立場ないし**権限がない**場合にのみ、「事案を権限のある当局に付託する」義務が生ずるとされている。[88]

このように、三つの義務には、条文上も解釈上も、その内容と義務の発生時期に応じて、次のように、それぞれ異なる意義がある。

①防止義務――㋐犯罪の実行前（防止義務）・㋑実行中（制止義務）
②抑止義務――㋑犯罪の実行中（制止義務）・㋒実行後（処罰義務・措置をとる権限あり）
③付託義務――㋒犯罪の実行後（処罰義務・措置をとる権限なし）

しかし、このような三つの義務は、その発生時期という観点からは、二つに大別することも可能である。すなわち、㋐・㋑**犯罪の実行前・中**については、二八条にいう①防止義務と②抑止義務のうちの制止義務の懈怠を**事前不作為類型**に、他方で、㋒**犯罪の実行後**については、②抑止義務のうちの処罰義務と③付託義務の懈怠を**事後不作為類型**にそれぞれ分類することができる。[89] そして、事後不作為類型である②抑止（処罰）義務および③付託義務については、これらが部下による犯罪の実行後にしか問題となりえないことから、両義務の懈怠は「遡及的に犯罪を引き起こすことができない」[90]といわれている。[91]

七㈢3で検討するように、このように因果的には事後にしか寄与しえない類型が上官責任に含まれていることは、共同正犯と上官責任を区別する上で、一つの重要なメルクマールを提供していると考えられる。

六　なぜベンバ事件の関与形式は共同正犯ではなく上官責任であったのか

二㈠1で概観したように、予審段階では、ベンバは、共同正犯（二五条三項ⓐ）と上官責任（二八条）の双方で起訴されていた。しかし、本件の予審裁判部第二法廷は、前者の適用を否定し、後者にのみ基づいて犯罪事実の確認を行った。また、この問題は、その後の第一審で再び取り上げられることはなかった。では、いったいいかなる事情が、共同正犯の適用を阻んだのであろうか。

結論からいえば、ベンバ事件では、三〇条が適用されるか否かが、共同正犯ではなく、上官責任が適用されることになった最大の原因であったといえる。

このことを明らかにするため、以下では、まず、三〇条が関与形式の適用に及ぼした重大な影響について概観する（㈠）。次に、もっぱら三〇条に基づいて関与形式の採否を決定した本件の予審裁判部による検討方法の当否についても若干の考察を加える（㈡）。

㈠　三〇条が関与形式の適用に及ぼした重大な影響

三〇条が関与形式の適用に及ぼした影響は極めて重大なものであった。これについては、ベンバ事件の予審裁判部第二法廷決定[92]において、「知っており」（二八条(a)(i)）という基準に関連して、以下のように説示されていることが特に興味深い。

> 当予審裁判部の見解によれば、三〇条三項および二八条(a)に基づいて必要とされているそれぞれの「認識」の間には、差異が存在している。このことは、三〇条に基づく認識的要素〔the cognitive element〕は、二五条に規定されている関与形式にしか適用できないという理由によって正当化される。三〇条によれば、正犯であれ共犯であれ、当該者は自己の行為の結果が生ずることについて意識しているけれども、このことは、当該者が犯罪の実行に関与していない二八条にはあてはまらない（すなわち、当該犯罪は自己の行為の直接の結果ではない）。

ここでは、とりわけ、二五条三項と二八条におけるそれぞれの主観的要素が対比され、三〇条が適用できるか否かによって両者の区別が図られていることが重要である。

まず、四で指摘したように、二五条三項(a)の主観的要素は、三〇**条に服する**。その結果、（共同）正犯は、最低でも、犯罪の結果が「通常の成り行きにおいて生ずること」（＝ほぼ確実であること）を意識している**必要**がある。ゆえに、共同正犯における主観的要素の敷居は極めて高いといえる。

他方で、五㈠で指摘したように、異論の余地はありうるものの、少なくとも本件のＩＣＣ実務上、二八条(a)(ii)の主観的要素は、三〇条一項にいう「別段の定め」にあたるため、三〇**条に服さない**。その結果、犯罪の結果が「通常の成り行きにおいて生ずること」（＝ほぼ確実であること）についての認識までは**不要**であるとされている。ゆえに、二八条(a)の場合、二五条三項(a)における主観的要素と比べてみれば、敷居はそれほど高くないと考えられる。

いずれにせよ、最終的には、ベンバ事件の予審裁判部第二法廷は、当該「犯罪が通常の成り行きにおいてほぼ確実な結果として行われる虞があった」ということをベンバが意識していたと推認することができない[93]として、ベンバが三〇条の最低限の要件をも充足していないとした。さらには、このように共同正犯の主観的要素が確認できなかった以上は、その客観的要素を検討する必要もない[94]として、ベンバが共同正犯であることも否定した。

このように、本件では、二五条三項(a)と二八条との間における主観的要素の敷居の相違――さらにいえば、三〇条が適用されるか否か――が、共同正犯ではなく、上官責任が適用されることになった最大の原因であったということになる。

ベンバ事件における関与形式の問題は、予審段階でほぼ最終的に決着してしまった。すなわち、この問題は、その後の第一審で再び取り上げられることはなかったのである。そのような意味では、本件の場合、二五条三項(a)と二八条との適用関係が検討されたのは、実際には、予審段階だけであったと評することができる。

㈡　本件の予審裁判部第二法廷の検討手法について

本件の予審裁判部第二法廷は、共同正犯の客観的要素についてはほぼ検討することなく、もっぱら主観的要素を検討して、ベンバの関与形式が共同正犯であることを否定した[95]。しかも、同法廷による当該主観的要素の検討は、実質的にはほぼＩＣＣ規程における主観的要素の一般規定である三〇条の検討に終始している。

このような検討手法には、いくつかの問題がある。第一に、同法廷は、共同正犯の客観的要素について、三㈢で触れた要件ｉおよびⅱには言及したものの[96]、それらの解釈とベンバへの適用はまったく行わなかった。第二に、三〇条に基づく犯罪の結果発生についての認識以外の共同正犯の主観的要素についてもほぼ言及がなされていない。具体的には、当該共通の計画の履行によって当該犯罪の主観的要件の充足という結果を生ずることについての共同正犯の認識および認容[97]、ならびに、他の共同正犯と共同して当該犯罪を支配することを被疑者に可能にさせる事実状況についての被疑者の意識[98]などについては若干の言及をしただけで、ほぼ検討しなかった[99]。

もちろん、労力や時間を節約するために、三〇条についてのみの考察で済むのであれば、それでよいという考え方がないわけではない。しかし、事後的な検証の可能性を高め、より精緻な解釈論を模索するという観点からは、より多角的な――すなわち、三〇条だけではなく、それ以外の主観的要素や客観的要素などのさまざまな――視点から、二五条と二八条とを比較することにも大いに意味があると考えられる。

次節では、以上のような検討・問題意識を踏まえ、さらに考察を深めていくこととする。

七　正犯と上官責任は適用上どのような関係にあるのか

一でも述べたように、正犯（二五条三項ⓐ）と上官責任（二八条）は適用上どのような優劣関係にあるのか、と

いう問題については、大きく二つの異なる見解がありうる。すなわち、①前者は後者に優越するという見解、および、②前者と後者とは優劣の関係になく、同時に（重畳的に）適用することができるという見解である。むろん可能性としては、③後者が前者に優越するという――①とは対照的な――見解もありえなくはない。しかし、①が証明されれば③は論理的に排除されるといえるため、この際、①に注力する代わりに③を度外視して検討を進めても、実質的には差し支えないと考える。

この問題を検討するにあたって、まず、本節㈠および㈡で、従前の諸種のアド・ホック法廷による判例およびＩＣＣの裁判例を概観し、それぞれの立場を確認する。さらに㈢で、正犯が上官責任に優越していることを明らかにしてみたい。

㈠　諸種のアド・ホック法廷の判例

当初、従前の諸種のアド・ホック法廷は、正犯・共犯類型（ＩＣＴＹ規程七条一項など）と上官責任類型（ＩＣＴＹ規程七条三項など）が、競合する場合、この両者を適用するという前記②の立場をとっていた。[100]

しかし、その後、ＩＣＴＹおよびＩＣＴＲの各上訴裁判部は、前記①のように、正犯・共犯類型が上官責任類型に優位することを是認するようになった。[101] すなわち、同一の事実に基づく同一の訴因について、正犯・共犯類型と上官責任類型の両方で有罪を言い渡すことは適切ではなく、もしもこの場合に両方の帰責形態で有罪を言い渡せば、判決を無効とする法的な誤りを構成するというのである。したがって、双方に関係する法的要件が充足されている場合、裁判所は、正犯・共犯類型に基づいてしか有罪を言い渡すべきではなく、かつ、被告人の上官としての地位は量刑時の加重的な要因とみなされるべきであるとされている。[102]

もちろん、ＩＣＴＹ規程・ＩＣＴＲ規程とＩＣＣ規程とでは、規範的枠組みが大きく異なっているため、ＩＣ

TY・ICTRの判例がそのままICCに転用できるわけではない。[103] 実際、ICTY・ICTRでは正犯類型として機能していたJCE（Joint Criminal Enterprise: 共同犯罪企図）の法理[104]は、ICCでは明確に放棄されている。[105] また、二八条に基づく上官責任は、従来の上官責任とは――とりわけ、「管理を適切に行わなかった結果として」という文言がICC規程では新たに追加されていることなど――いくつかの点で要件の異なる部分がある。

しかしながら、正犯・共犯類型と上官責任類型という大きな帰責形態の枠組みそれ自体は、ICCでも――二五条三項と二八条という形で――維持されている。また、実際に、本件の予審裁判部も第一審裁判部も、二八条を解釈・適用するにあたって、それぞれICTY・ICTRの上官責任に関する判例を多数引用している。したがって、その限りで、これらのアド・ホック法廷の判例でも正犯・共犯類型が上官責任類型に優越して適用されているという事実が、ICCの判例においても前記①の立場を採用することを補強するための「先例」として参照されることが考えられる。

(二) ICCの立場

では、この問題に関するICCの各裁判部の見解は、現時点ではどのようになっているのであろうか。以下では、前記①から③のいずれの見解を採用するべきかについて、差し当たり、三および五で取り上げたルバンガ事件およびベンバ事件におけるICCの各裁判部の見解をそれぞれ適宜概観してみることとする。

1 ルバンガ事件

まず、ルバンガ事件の予審裁判部は、二五条三項(a)とそれ以外（すなわち、同(b)から(d)および二八条）とを大きく区別するということだけを明言し、その優劣については特に言及していない。[106] 同様に、ルバンガ事件の第一審

裁判部判決でも、二五条三項と二八条の刑事責任の違いが示唆されているにすぎない。[107] そして、ルバンガ事件の上訴裁判部判決であるが、これも、この問題についてはほとんど何も触れていない。

2　ベンバ事件

ベンバ事件の予審裁判部第二法廷の見解は、前述のようなルバンガ事件の各裁判部の見解に比べれば、次のように、幾分か示唆に富んでいる。[108]

> ……当予審裁判部は、……当該犯罪について、被疑者が二五条三項(a)の字義の範囲内にいう「共同正犯」として刑事上の責任を有すると信ずるに足りる実質的な理由を証明するために十分な証拠が存在しないという決定が存在しない限りは、二八条に基づく当該被疑者の刑事上の責任が調査されないものとする、ということを明白にした。

すなわち、二五条三項(a)にいう共同正犯の証拠が不十分な場合にのみ、二八条の責任についての検討が許されるというのである。ここからは、審理に先立つ関与形式の決定にあたっては、二五条三項(a)が、二八条よりも優先的に検討されるべきである、という前記①の立場が看取されうる。もっとも、六(二)で指摘しているように、同法廷の検討が主観的要素（三〇条）に集中しているという点だけを捉えてみれば、法解釈学的にはさらに多角的な観点からの検討の余地がある。

これに引き続くベンバ事件の第一審裁判部は、二五条と二八条の優劣関係については、特に明言していない。すなわち、二八条では、指揮官が「行った」犯罪ではなく、自己の部下である軍隊が「行った」犯罪について指揮官が責任を問われる、ということだけを述べて、[109] 二八条は、二五条三項とは異なるという意味での**独自の**

（*sui generis*）帰責形式とみなされなければならない[110]ということを指摘するにとどまっている。

3　小括

以上を簡単にまとめてみれば、これらの事件の各裁判部――ただし、ベンバ事件の予審裁判部第二法廷など[111]を除く――の見解から確定的にいうことができるのは、二五条三項と二八条における刑事責任がそれぞれ異なっているということが繰り返し確認されているということだけである。しかし、条文が書き分けられている以上、このような帰結はある意味当然なのであって、この両者の体系的な差異をどのように考えるべきか（何がどう違うのか）、というより本質的な問題に対する有益な答えは、ここからはほとんど得ることができない。その意味で、二五条三項(a)が二八条に優越する可能性を示唆したベンバ事件の予審裁判部第二法廷決定には極めて重要な意義があるといえる。また、ＩＣＣの各裁判部（とりわけ、上訴裁判部）には、二五条三項と二八条の体系的な関係性をどのように把握するべきなのか、その態度決定が待ち望まれている。

㈢　検討

では、これらを踏まえて、どう考えるべきか。結論からいえば、諸種のアド・ホック法廷の判例およびＩＣＣの予審裁判部第二法廷決定などの見解と同様に、前記①の立場、すなわち、正犯（二五条三項(a)）は上官責任（二八条）に優越するという見解が、最も妥当であると考える。この場合、正犯が上官責任に優越することは、次の四つの観点――(i)条文上の論拠、(ii)行為支配、(iii)客観的要素、および、(iv)主観的要素――から論証可能である。

1　条文上の論拠

まず、条文上の形式的な論拠として、二八条では「この規程に定める他の事由に基づくもの〔刑事責任〕のほか」(In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute)と規定されていることも正犯が上官責任に優越することを裏づけているといえる。すなわち、この文言によれば、ＩＣＣ規程上、正犯・共犯(二五条三項)などの刑事責任に該当しない場合にはじめて上官責任(二八条)が問題となると解する余地がある。実際、学説上も、同様の理由から、上官責任では、二五条三項に規定されている正犯・共犯以外の――補充的な――関与形式について規定されているとする見解がある。[112]

しかし、以下で概観するように、正犯と上官責任との間にある差異は、このような条文上の形式的な差異によるものだけではなく、質的な差異にも由来している。

2　行為支配

三㈡で言及したように、正犯性を根拠づけるとされている行為支配論によれば、正犯は――直接的であれ間接的であれ――犯罪行為それ自体を支配する。しかし、上官責任の場合、上官が支配しているのは、あくまでも部下であって、犯罪行為それ自体ではない。この点、もしも上官が、たとえ直接的に実行行為には関与していなかったとしても――例えば、準備段階での協働や組織支配の行使などによって――犯罪行為それ自体を支配しているといえるのであれば、二八条ではなく、二五条三項(a)の共同正犯ないし間接正犯としての責任を問われるべきである。犯罪行為を支配していない上官は、たとえ軍隊を実質的に「管理」(この文脈では「支配」といってもまったく差し支えない)していたとしても、犯罪それ自体に本質的に重要な寄与をしているわけではない。そして、犯罪行為それ自体に本質的に重要な寄与をしている者(正犯)と犯罪行為それ自体に本質的に重要な寄与をしていない者(正犯以外の者)とを同列に論ずることはできない。この点、ＩＣＣの尾﨑久仁子判事も、「二八条

に基づく帰責は、当該犯罪の客観的要素それ自体に直接的に関与したものではなく、本来的により消極的な性質〔inherently of a more passive nature〕であって、裁判所〔ＩＣＣ〕の管轄権の範囲内にある犯罪の防止又は阻止により焦点が絞られている」と指摘している。[113] また、ＩＣＣ規程の起草のための準備作業でも、上官責任は、少なくとも「正犯」と同列には論じられておらず、せいぜい「幇助犯」とみなされていたにすぎないようである。[114]

次に、もう少し掘り下げて、関与形式の客観的要素と主観的要素という観点から、正犯が上官責任に優越するか否かを検討してみると、以下のようになる。

3　客観的要素

客観的要素については、行為の形態が「作為」であるのか「不作為」であるのかという外形的な事情だけでは、たしかに正犯・共犯と上官責任とを直ちに峻別できないことがある。この点、ベンバ事件の第一審裁判部は、「特定の状況下では、指揮官による行為が一以上の帰責形態の客観的要素を充足できる場合がある」[115] と述べ、二五条三項と二八条が客観的要素において重複する可能性があることを示唆している。学説上も、二五条三項に規定されている関与形式のいずれも、同(b)にいう「命令」という一つの例外を除けば、作為だけではなく、不作為によってもなされうるとされている。[116] さらに、例えば、二(一)で概観した本件の事案のように、部下による犯罪を防止しなかったり、処罰しなかったりするなどの上官の不作為を、正犯を奨励すること（encouraging）として、犯罪の実行に心理的・精神的に寄与していると法的に評価する（例えば、二五条三項(c)など）ことは、まったく不可能というわけではない。[117] したがって、二五条三項は作為類型であるのに対して、二八条は不作為類型であると一概に断ずることはできないし、そのような対比から正犯と上官責任の優劣関係に関する何らかの示唆を導き出すこともできない。

しかしながら、上官責任の法理の中には、犯罪の実行に**因果的に事後にしか寄与しえない**類型が存在している。[118] 具体的には、五㈡2でも指摘しているように、本件の予審裁判部および第一審裁判部の見解によれば、二八条(a)(ii)所定の三つの義務の懈怠のうち、抑止義務（の一部である処罰義務）および付託義務は、犯罪の実行後に発生するとされている。[119] ゆえに、上官が事後に――部下による犯罪の実行後に――当該犯罪を抑止するための処罰をしなかったり、捜査・訴追のための付託をしなかったりする場合であっても、上官は二八条に基づく刑事責任を問われうる。したがって、中核犯罪それ自体の実行には――因果的に事前には――寄与しえない類型が上官責任には（一部）含まれているといえる。[120] これに対して、三㈡でも指摘しているように、二五条三項(a)から(d)の類型は、すべて犯罪それ自体に――「本質的に重要な寄与」、「実質的な寄与」又は「その他の方法で〔の〕寄与」という形で――**因果的に事前に寄与していなければならない**。ゆえに、客観的要素（とりわけ、上官の不作為と部下による犯罪の実行との間の因果関係）という観点からも、二五条三項は（この場合には、正犯だけではなく、共犯も）、二八条と比べて、犯罪に対する事前の寄与が必要とされているという点では、より高度のものが要求されているといえる。

さらにもっと重要なことは、「実行従属性」である。すなわち、三㈠で言及したように、正犯では単独での未遂処罰が可能であるのに対して、共犯では単独での未遂処罰は許されず、あくまでも正犯による犯罪の実行の着手が共犯に基づく処罰の前提条件となっている。同様に、五で指摘したように、上官責任も、部下である自己の軍隊が犯罪を実際に行わなければ処罰しえないという意味で、いわば部下という正犯に対する上官責任の実行従属性のようなものが示唆されている。この場合、実行従属性という観点からは、正犯こそが犯罪に対する関与の基本形態であるといえ、そのことが他の関与形式よりも正犯が規範的に最も重く評価されることを根拠づけているといえる。その結果、基本的には、このような実行従属性の有無も、正犯が上官責任に優位することを示唆し

ているように思われる。

4　主観的要素

主観的要素については、端的に、上官責任（二八条）の主観的要件よりも、正犯・共犯（二五条三項）の主観的要件の方が厳格であるといえる。

まず、四で概観したように、二五条三項(a)は三〇**条に服する**。他方で、五(一)で指摘したように、二八条(a)(i)の主観的要素は、「知って」および「知っているべきであった」の二つに分類することができ、いずれも三〇**条に服さない**可能性がある。その結果、突き詰めていえば、六(一)で言及したように、現在のＩＣＣ実務上、二五条三項と二八条が同時に問題となる場合、三〇条に基づく認識的要素は、基本的には二五条三項に規定されている関与形式（正犯・共犯）にしか適用できないとされている。[121]

このように、三〇条に服するか否かは、それぞれの主観的要素の要件に大きな違いをもたらす。この場合、すでに六(一)で指摘したように、少なくとも現時点でのＩＣＣ実務上、三〇条には服さない上官責任に必要とされる認識は、三〇条に服する正犯の場合に必要とされる認識よりも、程度が低いとされているといえる。その結果、主観的要素という観点からも、正犯が上官責任に優位するということができるのである。

5　小括

以上のように、少なくとも、(i)条文上の論拠、(ii)正犯性を根拠づける行為支配、(iii)客観的要素、および、(iv)主観的要素の四つの観点から、正犯（二五条三項(a)）は上官責任（二八条(a)）に優越すると考えられる。そして、前者において後者よりも(ii)から(iv)の点でそれぞれ高度の基準が要求されていることが、正犯に基づく帰責に対する

非難が、上官責任に基づく帰責に対する非難よりも重いことを示唆しているように思われる。したがって、両者が同時に問題となる場合、正犯が優先的に適用されるべきであって、正犯が適用されえない場合にはじめて上官責任の適用可能性が生ずることになるのである。

八　量刑にどのような影響を及ぼすのか

このように正犯（二五条三項(a)）が上官責任（二八条(a)）に優越しているといえる場合、両者の差異は量刑にどのような影響を及ぼすのであろうか。結論からいえば、その相違は、量刑の指針となるべきであると考える。すなわち、この差異は、「犯罪の重大さ」を評価する上での重要な要因の一つとみなされ、量刑段階でも考慮されるべきである。[122]

ＩＣＣ規程の量刑に関する規定としては、まず、七八条が重要である。同一項では、一般的に、「裁判所は、刑の量定に当たり……犯罪の重大さ……を考慮する」と規定されている。しかし、ここからは両者の質的な差異が量刑に及ぼす影響を、はっきりと読み取ることはできない。

次に重要なのが、ＩＣＣの「手続及び証拠に関する規則」一四五条である。同一項(c)によれば、七八条一項に従って刑の量定をする際には、「有罪判決を受けた者の関与の程度」（the degree of participation of the convicted person）も考慮するものとされている。

以上のように、条文の文言が簡素であるという意味では、たしかに、ＩＣＣ規程には「関与の程度」を量刑の際にも必ず考慮するよう要求する明示の規定はない。すなわち、二五条、二八条および七八条では、量刑の際には関与形式を考慮しなければならないということや、ある一定の関与形式が量刑を必要的であれ任意的であれ加

重するとも減軽するとも明言されていない。

しかしながら、もしも正犯と上官責任との間に「価値的な序列」があるとすれば、「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……ことができるようになる」[123]。なぜならば、「合理的に構造・階層化され、かつ、段階化された評価は……量刑の過程をより透明……なものにして、事後検証を可能にする」からである[124]。言い換えれば、「国際刑法上の……主要な刑事責任は、量刑の段階に入ってからようやく表明されるのではなく、すでに関与形式の段階で適切に評価されているべき」なのである[125]。

したがって、正犯と上官責任の質的な差異は、量刑にも影響を及ぼすべきであると考える。しかしながら、これは、具体的な事案の相違を無視して、あらゆる事件において、正犯が一律に上官責任よりも重くなることを意味するわけではない。現に、正犯で有罪とされたルバンガの拘禁刑は一四年であったのに対して、上官責任で有罪とされたベンバの拘禁刑は一八年であった。もちろん、この両者における量刑の差異は、関与の相違だけに起因しているわけではく、その他の諸般の事情にも由来している。つまり、ここで強調されなければならないのは、あくまでも一般論として、同種同一の事案に対する関与であれば、正犯の方が、上官責任よりも規範的に重いと評価できるため、その結果、そのような規範的な相違は量刑にも反映されるべきである、ということなのである。

九　むすび

本稿の検討の結果、（共同）正犯（二五条三項ⓐ）の成立要件において、上官責任（二八条ⓐ）のそれよりも高度の基準が要求されていることが明らかとなった。このことは、前者に基づく帰責に対する非難が、後者のそれよりも重いことを示唆しているように思われる。したがって、両者の適用が同時に問題となる場合、検討の順序

としては、正犯が優先的に適用されるべきであって、正犯が適用されえない場合にはじめて上官責任の適用可能性が生ずると考えられる。

以下では、このような結果を踏まえ、最後に三つのことを述べて擱筆したい。

第一に、六㈠で指摘したように、本件の場合、三〇条に服するか否かが共同正犯と上官責任のいずれかを選択する上での分水嶺になっている。すなわち、現時点でのＩＣＣ実務の見解によれば、前者は三〇条に服するのに対して、後者は服さないとされた。そのため、もっぱら三〇条というＩＣＣ規程における主観的要素に関する一般規定の採否が関与形式の適否にまで影響を及ぼしている。しかし、六㈡で指摘しているように、事後的な検証の可能性を高め、より精緻な解釈論を模索するという観点からは、正犯と上官責任とをより多角的に――主観的要素だけではなく、それ以外の要素についても――比較することには大きな意義がある。

第二に、七㈢で検討したように、(i)条文上の論拠、(ii)正犯性を根拠づける行為支配、(iii)客観的要素、および、(iv)主観的要素の四つの観点から、少なくとも、正犯は上官責任に優越するといえる。その結果、八で言及しているように、同種同一の事案に対する関与であれば、正犯の方が、上官責任よりも規範的に重いと評価できるため、そのような規範的な相違は量刑にも反映されるべきであるということになる。

第三に、第二で指摘したことが、共犯（二五条三項(b)から(d)）と上官責任（二八条(a)）との間の関係においても同様にいえるのかどうかは、本稿では、まだ十分には解明できなかった。もしも二五条三項全体と二八条との間にも優劣関係があるとすれば――例えば、共犯も上官責任に優位する帰責形態であるといえるのであれば――それはさらにＩＣＣ規程の運用を理論的に精緻化しうる可能性を秘めている。しかし、それについては今後の検討課題としたい。

（1） ルバンガ事件について、以下の引用では、①ＩＣＣ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）、②ＩＣＣ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）、および、③ＩＣＣ二〇一四年一二月一日上訴裁判部判決（*Lubanga*, ICC-01/04-01/06 A 5）の三つをそれぞれ、①「*Lubanga*, PTC I」、②「*Lubanga*, TC I」、および、③「*Lubanga*, AC」と略記する。

（2） ベンバ事件について、以下の引用では、①ＩＣＣ二〇〇九年六月一五日予審裁判部第二法廷決定（*Bemba*, ICC-01/05-01/08）、および、②ＩＣＣ二〇一六年三月二一日第一審裁判部第三法廷判決（*Bemba*, ICC-01/05-01/08）の二つをそれぞれ、①「*Bemba*, PTC II」、および、②「*Bemba*, TC III」と略記する。なお、ベンバを含む五人の被告人が関与したとされる裁判の運営に対する犯罪（七〇条）についての有罪判決（ＩＣＣ二〇一六年一〇月一九日第一審裁判部第七法廷判決（*Bemba et al.*, ICC-01/05-01/13）、ならびに、同有罪判決に基づいてベンバに一年の拘禁刑および三〇〇ユーロの罰金を言い渡した量刑決定（ＩＣＣ二〇一七年三月二二日第一審裁判部第七法廷量刑決定（*Bemba et al.*, ICC-01/05-01/13）もある。

（3） 本稿では、ＩＣＣ規程の条文については、特段の事情のない限り、条文番号のみ表記する。

（4） なお、この際、二五条三項と二八条は、その歴史的な生成過程が異なるのであるから、いずれが適用されるべきかという競合の関係にそもそもない――優劣関係にも並列関係にもないまったく別次元の関係にある――のではないかという異論がありうる。すなわち、二五条三項は正犯・共犯などの（平時の）国内刑法の古典的な法概念に由来しているのに対して、二八条は上官責任という（戦時の）国際法に固有の法概念に根差しているため、そもそもの適用場面が――平時なのか戦時なのかという点で――異なるというのである。しかし、本稿で検討するベンバ事件では、現にＩＣＣの検察局によって共同正犯と上官責任の両者で起訴がなされ、これらの適用が実際に同時に問題となっていることから、このような異論にはあまり実益がないように思われる。

（5） ＩＣＣ二〇一六年九月二七日第一審裁判部第八法廷判決（*Al Mahdi*, ICC-01/12-01/15), para. 60.

（6） 二八条における「軍の指揮官」と「文民の上官」との区別の問題については、検討の余地が多分にある。この点、このような区別の困難性を指摘するものとしては、例えば、*Gerhard Werle/Florian Jeßberger*, Völkerstrafrecht, 4. Aufl., Tübingen 2016, Rn. 616 などがある。なお、*Nora Karsten*, Distinguishing Military and Non-military Superiors

– Reflections on the *Bemba* Case at the ICC, Journal of International Criminal Justice (hereinafter: JICJ), Vol. 7 (2009), pp. 983 *et seq.* ～参照。

(7) *Bemba*, PTC II, para. 1; *Bemba*, TC III, para. 1.

(8) *Bemba*, PTC II, paras. 448.

(9) *Bemba*, PTC II, paras. 455, 457; *Bemba*, TC III, paras. 1, 384-389, 390-393, 697 *et seq.*

(10) 実際の判決文では、膨大な事実が列挙されているため、以下で示すのは、全容ではなく、あくまでも概要にすぎない。

(11) 犯罪地がＣＡＲであるため、本件の事態も、被告人の国籍国であるＤＲＣの事態としてではなく、ＣＡＲの事態としてＩＣＣに係属している。これについては、一二条二項(a)前段および(b)も参照。

(12) *Bemba*, PTC II, para. 246; *Bemba*, TC III, para. 656.

(13) *Bemba*, PTC II, paras. 140, 165, 277, 286, 322; *Bemba*, TC III, paras. 694-695. なお、本件の第一審裁判部による判決文には、被害者および実行犯である兵士の人数についての明確な記載はない。しかし、被害者については、判決文の「第六節　法的認定」（VI. Legal Findings）から推測すると、起訴状記載の期間中、ベンバの部下は、三名を殺害し（*Bemba*, TC III, para. 624）、三〇名近くを強姦し（*Bemba*, TC III, para. 633）、かつ、約三〇名から略奪を行った（*Bemba*, TC III, para. 640）ようである。他方で、実行犯である兵士については、ＭＬＣに所属していたことのみが認定されており、その氏名や人数などの詳細は、実名で表記されている一部の部隊長などを除けば、ほぼ不明である。

(14) *Bemba*, TC III, para. 706.

(15) *Bemba*, TC III, para. 697.

(16) *Bemba*, TC III, paras. 697, 704.

(17) *Bemba*, TC III, paras. 707-708.

(18) *Bemba*, TC III, paras. 710-717.

(19) *Bemba*, TC III, para. 709.

(20) *Bemba*, TC III, para. 729.

(21) *Bemba*, TC III, para. 736.
(22) *Bemba*, TC III, para. 737.
(23) *Bemba*, TC III, para. 721.
(24) *Bemba*, TC III, paras. 720, 722-725, 733.
(25) *Bemba*, TC III, para. 726.
(26) *Bemba*, TC III, para. 730.
(27) ＩＣＣ 二〇〇八年一〇月一日検察局起訴状 (*Bemba*, ICC-01/05-01/08-136-Anx A), pp. 26-30.
(28) ＩＣＣ 二〇〇九年三月三日予審裁判部第三法廷決定 (*Bemba*, ICC-01/05-01/08), para. 46; *Bemba*, PTC II, paras. 15, 341.
(29) ＩＣＣ 二〇〇九年三月三〇日検察局修正起訴状 (*Bemba*, ICC-01/05-01/08-395-Anx3), paras. 57, 88, 131.
(30) ＩＣＣ 二〇一六年六月二一日第一審裁判部第三法廷量刑決定 (*Bemba*, ICC-01/05-01/08), para. 97.
(31) ルバンガ事件に関する邦文献としては、例えば、**予審段階**までについては、村井伸行「国際刑事裁判所（ＩＣＣ）に対する違法な逮捕・勾留に基づく手続中止の申請――ルバンガ・ディーロ事件」国際人権一八号（二〇〇七年）一三三頁以下、**第一審段階**までについては、フィリップ・オステン「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――」法学研究八七巻五号（二〇一四年）一頁以下、石井由梨佳「国際刑事裁判所と戦争犯罪――ルバンガ事件判決の評価を中心に――」国際法研究二号（二〇一四年）一〇七頁以下、稲角光恵「国際刑事裁判所初のルバンガ事件判決の意義と課題」金沢法学五五巻一号（二〇一二年）六三頁以下、木原正樹「〔48〕ルバンガ事件」杉原高嶺＝酒井啓亘〔編〕『国際法基本判例50〔第二版〕』三省堂（二〇一四年）所収一九〇頁以下、坂本一也「戦争犯罪としての子ども兵士の使用――ＩＣＣにおけるLubanga事件判決の分析から」岐阜大学教育学部研究報告人文科学六一巻二号（二〇一三年）二一頁以下、東澤靖「判例紹介 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・三・一四判決、同年七・一〇決定〔上訴〕］」国際人権二三号（二〇一二年）一三八頁以下、**上訴審段階**までについては、後藤啓介「国際刑事法における行為支配論と共同正犯（一）・（二）・（三・完）――二〇一四年一二月一日の国際刑事裁判所ルバンガ事件上訴裁判部判決を契

機として――」亜細亜法学五〇巻一号（二〇一五年）一（一九〇）頁以下・同五〇巻二号（二〇一六年）一（二六六）頁以下・同五一巻一号（二〇一六年）一（一九四）頁以下などがある。

(32) *Lubanga*, AC, para. 462. なお、ＩＣＣ規程における正犯概念に関する邦文献としては、例えば、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）所収一一一頁以下、後藤啓介「国際刑事裁判所における行為支配論の展開――正犯概念との関係を中心に――」国際人権二六号（二〇一五年）一〇九頁以下、増田隆「ローマ規程における共同正犯の射程」帝京法学二九巻一号（二〇一四年）五五一頁以下、同「国際刑法における正犯処罰の系譜と判例理論の継受――共同謀議から共同犯罪企図を経てローマ規程へ――」高橋則夫ほか〔編〕『曽根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』成文堂（二〇一四年）八九三頁以下などがある。

(33) 詳しくは、後藤（前掲注31・亜細亜法学五〇巻一号）一九（一七二）頁以下を参照。

(34) *Lubanga*, PTC I, para. 320; *Lubanga*, TC I, paras. 996-999; *Lubanga*, AC, para. 462.

(35) *Lubanga*, TC I, Separate Opinion of Judge *Adrian Fulford*, paras. 6-9; ＩＣＣ 二〇一二年一二月一八日第一審裁判部第二法廷判決 (*Chui*, ICC-01/04-02/12-4), Concurring Opinion of Judge *Christine van den Wyngaert*, paras. 22-30.

(36) *Markus D. Dubber*, Criminalizing Complicity – A Comparative Analysis, JICJ, Vol. 5 (2007), pp. 1000 *et seq.*; *Leila Nadya Sadat/Jarrod M. Jolly*, Seven Canons of ICC Treaty Interpretation – Making Sense of Article 25's Rorschach Blot, Leiden Journal of International Law (hereinafter: LJIL), Vol. 27 (2014), pp. 782 *et seq.*; *James G. Stewart*, The End of 'Modes of Liability' for International Crimes, LJIL, Vol. 25 (2012), pp. 165, 205 *et seq.*

(37) *Kai Ambos*, Treatise on International Criminal Law, Vol. I – Foundations and General Part, Oxford 2013, pp. 146 *et seq.*; *Andreas Herzig*, Die Tatherrschaftslehre in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Bd. 4 (2013), S. 197 f.; *Elies van Sliedregt*, Individual Criminal Responsibility in International Law, Oxford 2012, pp. 37, 65 *et seq.*; *Hans Vest*, Problems of Participation – Unitarian, Differentiated Approach, or Something Else?, JICJ, Vol. 12 (2014), pp. 295, 302 *et seq.*; *Gerhard Werle*, Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute, JICJ, Vol. 5 (2007), pp. 956 *et seq.*; *Gerhard Werle/*

Boris Burghardt, Establishing Degrees of International Criminal Responsibility – Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute, in: *Elies vanSliedregt/Sergev Vasiliev* (eds.), Pluralism in International Criminal Law, Oxford 2014, pp. 306 *et seq.*; *Werle/Jeßberger*, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 544 f.; フィリップ・オステン「国際刑法における行為支配論と正犯概念の新展開――多元的関与形式体系の意義――」井田良ほか〔編〕『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』成文堂（二〇一四年）所収四九二頁以下、後藤（前掲注31・亜細亜法学五〇巻一号）一八（一七三）頁以下、森下忠『国際刑法学の課題』成文堂（二〇〇七年）一〇四頁など参照。

(38) 行為支配論は、ドイツにおいて通説であり、日本でも有力に主張されている。例えば、*Bernd Schünemann*, § 25 StGB, in: *Heinrich Willhelm Laufhütte* u.a. (Hrsg.), Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1., 12. Aufl., Berlin 2006, Rn. 7; 井田良『講義刑法学・総論』有斐閣（二〇〇八年）四三七頁以下など参照。また、ＩＣＣにおける行為支配論について詳しくは、後藤（前掲注31・亜細亜法学五〇巻一号）二二（一六九）頁以下および四二（一四九）頁以下も参照。

(39) *Lubanga*, PTC I, para. 330.

(40) *Lubanga*, TC I, para. 1003; *Lubanga*, AC, para. 473.

(41) 詳しくは、後藤（前掲注31・亜細亜法学五〇巻一号）四四（一四七）頁など参照。

(42) *Lubanga*, PTC I, paras. 342, 347; *Lubanga*, AC, para. 473.

(43) *Claus Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl., Berlin/Boston 2015, S. 278 f.

(44) 詳しくは、後藤（前掲注31・亜細亜法学五〇巻一号）二二（一六九）頁以下など参照。

(45) *Lubanga*, TC I, para. 1018. 本文中の強調および捕捉は筆者によるもの。

(46) 要素 i と ii については、予審裁判部から上訴裁判部まで一貫して是認されている（*Lubanga*, PTC I, paras. 343-348; *Lubanga*, TC I, paras. 989-1006; *Lubanga*, AC, paras. 456-499）のに対して、要素 iii については、予審裁判部の見解は採用されず、第一審裁判部および上訴裁判部で是認されている（*Lubanga*, TC I, paras. 984-986, 1007-1013; *Lubanga*, AC, paras. 446-451）。

(47) 詳しくは、後藤（前掲注31・亜細亜法学五〇巻二号）三（二六四）頁以下および同（前掲注31・亜細亜法学五一

巻一号）二（一九三）頁以下などを参照。

(48) 詳しくは、後藤（前掲注31・亜細亜法学五一巻一号）一七（一七八）頁以下などを参照。

(49) 三〇条に関する近時の邦文献としては、例えば、横濱和弥「国際刑法における犯罪の主観的成立要件について――『国際刑事裁判所規程三〇条における『Intent and Knowledge』の意義――」法学政治学論究一〇九号（二〇一六年）六七頁以下などがある。また、後藤（前掲注31・亜細亜法学五一巻一号）一七（一七八）頁以下も参照。

(50) 本来、日本刑法上の用語でいう「故意」は「認識」を当然に前提とする（「故意」には「認識」が含まれている）のであるから、「故意」と「認識」が重畳的に要求されているこの訳語は、混乱を招く虞がある。しかし、本稿の主眼は三〇条を論ずることにはないため、ここでは公定訳に従っておく。なお、これについては、後藤（前掲注31・亜細亜法学五一巻一号）二四（一七一）頁注295なども参照。また、横濱（前掲注49）七〇頁でも、同様の理由から、この日本語公定訳には「違和感を覚える」とされている。

(51) *Lubanga*, AC, paras. 449-450.

(52) *Lubanga*, PTC I, paras. 349-355.

(53) *Bemba*, PTC II, para. 363.

(54) *Bemba*, PTC II, paras. 365-367.

(55) *Lubanga*, TC I, paras. 984-986, 1007-1013.

(56) *Lubanga*, AC, paras. 446-451.

(57) *Lubanga*, AC, paras. 446-447, 451.

(58) *Lubanga*, AC, paras. 449-450.

(59) 二八条に関する邦文献としては、例えば、永福誠也『国際刑事裁判所規程第二八条にみる上官責任の考察』内外出版（二〇一四年）、横濱和弥「国際刑法における『上官責任』に関する一考察――日本刑法上の諸概念との対比を中心に――」法学政治学論究九二号（二〇一二年）三六五頁以下、同「国際刑法における『上官責任』とその国内法化の態様に関する一考察――ドイツ『国際刑法典』を素材として――」法学政治学論究九七号（二〇一三年）三〇一頁以下などがある。

(60) 二八条の見出しでは「指揮官その他の上官の責任」(Responsibility of commanders and other superiors) と規定されている。しかし、特に書き分けていない限り、本稿では、「上官」という言葉を軍事関係の上位者を意味する「指揮官」をも含めた二八条(a)・(b)全体の刑事責任の主体を指す広い意味で使用する。また、特に断りのない限り、「上官〔の〕責任」という概念も、「指揮官〔の〕責任」を含む広い意味で使用する。これについては、*Kai Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts – Ansätze einer Dogmatisierung, 2. Aufl., Berlin 2004, S. 666 f.; *Werle/Jeßberger*, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 602 なども参照。

(61) 横濱（前掲注59・法学政治学論究九二号）三七六頁以下など参照。

(62) *Bemba*, TC III, para. 171; *Bemba*, PTC II, para. 341.

(63) *Bemba*, TC III, para. 170.

(64) なお、本件の予審裁判部の見解によれば、当該六要件のうちの要件 a「軍隊が……裁判所〔ＩＣＣ〕の管轄権の範囲内にある犯罪を行ったこと」以外の五要件が明示的に列挙され（*Bemba*, PTC II, para. 407）、要件 a は、要件 c や要件 d の中に組み込まれていたため、独立した要件とはされていなかった。

(65) 永福（前掲注59）二〇一頁以下および二七九頁以下も参照。もっとも、これを「客観的処罰要件」とみなす余地もないわけではない。

(66) 「effective control」の訳語については、横濱（前掲注59・法学政治学論究九二号）三七一頁および注18のように、「実効的〔な〕支配」と訳出するべきであるとする見解もあるが、本稿では差し当たり公定訳に従っておく。

(67) 横濱（前掲注59・法学政治学論究九二号）三七一頁以下など参照。

(68) *Bemba*, PTC II, para. 415.

(69) *Bemba*, TC III, para. 183.

(70) ＩＣＴＹ二〇〇一年二月二〇日上訴裁判部判決（*Mucić et al.*, IT-96-21-A), paras. 190-198, 256.

(71) ＩＣＴＲ二〇〇二年七月三日上訴裁判部判決（*Bagilishema*, ICTR-95-1A-A), para. 51.

(72) *Bemba*, TC III, Separate Opinion of Judge *Kuniko Ozaki*（尾﨑久仁子）, paras. 9-11; *Bemba*, TC III, Separate Opinion of Judge *Sylvia Steiner*, para. 7. また、邦文献としては、例えば、横濱和弥「国際刑法における上官責任の

処罰対象としての不作為――国際刑事裁判所規程二八条を中心に――」法学政治学論究一一三号（二〇一七年）一頁以下などがある。

(73) *Bemba*, PTC II, paras. 354, 479.

(74) なお、本件では、ベンバがＭＬＣの軍隊による犯罪を「知って」いたと認定されている（*Bemba*, PTC II, para. 478; *Bemba*, TC III, para. 717）。そのため、「知っているべきであった」という主観的要素については、本件の第一審裁判部では、ほとんど検討されていない（*Bemba*, TC III, paras. 196, 718）。ただし、*Bemba*, PTC II, paras. 432-434 も参照。

(75) 例えば、*Kai Ambos*, Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht – Rechtshilfe, 4. Aufl., München 2014, § 7 Rn. 58 は、二八条(a)(i)の「知っており」という基準では、「第二段階の直接的故意」（*dolus directus* 2. Grades）が要求されているとする。

(76) *Bemba*, PTC II, para. 479.

(77) *Bemba*, TC III, para. 194.

(78) *Bemba*, PTC II, para. 435.

(79) *Bemba*, TC III, para. 201.

(80) なお、この要件については、従前の諸種のアド・ホック法廷の諸規程では、「防止するため又は……処罰するため」（to prevent [...] or to punish）と規定されていたため、明文上は、二つの義務――すなわち、「防止義務」および「処罰義務」――しか存在していなかった。

(81) *Bemba*, PTC II, para. 436.

(82) *Bemba*, TC III, paras. 202-209.

(83) *Bemba*, PTC II, para. 437; *Bemba*, TC III, para. 202.

(84) *Bemba*, PTC II, para. 439; *Bemba*, TC III, paras. 205-206.

(85) *Bemba*, PTC II, para. 439; *Bemba*, TC III, para. 205.

(86) *Bemba*, PTC II, para. 440; *Bemba*, TC III, para. 208

(87) *Bemba*, PTC II, para. 442; *Bemba*, TC III, para. 209.
(88) *Bemba*, PTC II, para. 440; *Bemba*, TC III, para. 208.
(89) 横濱（前掲注72）七頁など参照。
(90) *Bemba*, PTC II, para. 424.
(91) もっとも、この三つの義務の懈怠と部下による犯罪の実行との間の因果関係をそのすべてについて必要であるとする見解もある（*Ozaki*, *supra* note 72, para. 13, 17; *Steiner*, *supra* note 72, para. 14.）。すなわち、当該部下の「管理を適切に行わなかった結果として」という「条項の位置がシャポー規定にあることは、当該条項が二八条(a)の下位条項〔the sub-clauses〕を介して首尾一貫して解釈されることを必然的にしている」というのである。そのため、二八条のシャポー規定にいう「管理を適切に行わなかった結果として」という語句が無意味なものとならないように、抑止（処罰）義務又は付託義務のいずれかの懈怠であっても、シャポー規定にいう「管理を適切に行〔う〕」という一般的な義務の懈怠と犯罪の実行との間の因果性の要件がなお存続しているため、結局、抑止（処罰）義務又は付託義務の懈怠と犯罪の実行との間にも因果性の要件が及ぶとされている。この見解の当否については、横濱（前掲注72）六頁以下を参照。しかし、いずれにせよ、本件の第一審裁判部第三法廷判決では、抑止（処罰）義務および付託義務のいずれも犯罪の実行後に生ずるとされている（*Bemba*, TC III, para. 209）。
(92) *Bemba*, PTC II, para. 479.
(93) *Bemba*, PTC II, paras. 372 *et seq.*. esp. 400-401.
(94) *Bemba*, PTC II, para. 350.
(95) *Ibid.*
(96) *Ibid.*
(97) *Bemba*, PTC II, para. 370.
(98) *Bemba*, PTC II, para. 371.
(99) *Bemba*, PTC II, para. 372. なお、三㈢でこれらの要件にあえて言及しなかったのは、これらの共同正犯の主観的要件が――ルバンガ事件の予審裁判部第一法廷がはじめて提唱した要件であるものの――その後の第一審裁判部第一

法廷判決および上訴裁判部判決では採用されなかったからである。これについては、*Lubanga*, PTC I, paras. 344, 361-362, 366-367; *Lubanga*, TC I, para. 1018; *Lubanga*, AC, paras. 441-451. また、後藤（前掲注31・亜細亜法学五一巻一号）一九（一七六）頁以下、三一（一六四）頁以下および四一（一五四）頁以下なども参照。

(100) ＩＣＴＹ一九九八年一一月一六日第一審裁判部判決（*Mucić et al.*, IT-96-21), paras. 1221-1222; ＩＣＴＲ二〇〇三年一二月一日第一審裁判部第二法廷判決（*Kajelijeli*, ICTR-98-44A-T), paras. 842, 843, 905, 906.

(101) ＩＣＴＹ二〇〇四年七月二九日上訴裁判部判決（*Blaškić*, IT-95-14-A), paras. 91-92; ＩＣＴＹ二〇〇四年一二月一七日上訴裁判部判決（*Kordić and Čerkez*, IT-95-14/2-A), paras. 34-35; ＩＣＴＲ二〇〇五年五月二三日上訴裁判部判決（*Kajelijeli*, ICTR-98-44A-A), para. 81. なお、ＩＣＴＹ二〇〇一年八月二日第一審裁判部判決（*Krstić*, IT-98-33-T), para. 605; 横濱（前掲注59・法学政治学論究九二号）三八二頁以下も参照。

(102) 例えば、ＩＣＴＹ二〇〇四年七月二九日上訴裁判部判決（*Blaškić*, IT-95-14-A), paras. 91-92 など参照。

(103) 後藤（前掲注31・亜細亜法学五〇巻一号）五（一八六）頁以下など参照。

(104) ＪＣＥに関する邦文献としては、例えば、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）所収二二三頁以下、佐藤宏美「共同犯罪集団（Joint Criminal Enterprise）の法理と慣習国際刑法」国際法外交雑誌一一一巻四号（二〇一三年）五一頁以下、竹村仁美「国際刑事法におけるＪＣＥ（Joint Criminal Enterprise）の概念㈠・㈡」一橋法学六巻二号（二〇〇七年）九六五頁以下・同六巻三号（二〇〇七年）一四一七頁以下、多谷千香子『戦争犯罪と法』岩波書店（二〇〇六年）一〇一頁以下など参照。また、同法理の統一的正犯概念を彷彿とさせる運用とそれに対する批判については、例えば、オステン（前掲注32）一一五頁以下など参照。

(105) 後藤（前掲注31・亜細亜法学五〇巻一号）三五（一五六）頁以下など参照。

(106) ＩＣＣ二〇〇六年三月一七日予審裁判部決定（*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-8-US-Corr), para. 78; *Lubanga*, PTC I, para. 320.

(107) *Lubanga*, TC I, para. 977.

(108) *Bemba*, PTC II, paras. 342, 402.
(109) *Bemba*, TC III, para. 173.
(110) *Bemba*, TC III, para. 174.
(111) ベンバ事件の予審裁判部第二法廷による当該決定以外に前記①の立場を示唆しているものとしては、例えば、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), para. 471 なども参照。
(112) *Werle/Jeßberger*, a.a.O. (Fn. 6), Rn. 609.
(113) *Ozaki*, *supra* note 72, para. 6.
(114) Summary of the Proceedings of the Preparatory Committee During the Period 25 March-12 April 1996, UN Doc A/AC.249/1, 7 May 1996, p. 85; Applicable Law and General Principles of Law, Working paper submitted by Canada, UN Doc A/AC.249/L.4, 6 August 1996, p. 15.
(115) *Bemba*, TC III, para. 174.
(116) *Ambos*, *supra* note 37, p. 190; ＩＣＴＹ 二〇〇六年一一月三〇日上訴裁判部判決（*Galić*, IT-98-29-A), para. 176; *Ozaki*, *supra* note 72, para. 7 with fn. 4.
(117) ＩＣＴＹ二〇〇一年二月二六日第一審裁判部判決（*Kordić and Čerkez*, IT-95-14/2-T), para. 371; *Ozaki*, *supra* note 72, para. 7.
(118) これについては、横濱（前掲注59・法学政治学論究九二号）三八八頁も参照。
(119) *Bemba*, PTC II, para. 436; *Bemba*, TC III, paras. 202-209.
(120) ただし、前掲注91のように、三つの義務すべてに部下による犯罪との因果関係を必要とする見解もある。
(121) なお、七〇条にも三〇条が適用されるとする裁判例（ＩＣＣ 二〇一六年一〇月一九日第一審裁判部第七法廷判決（*Bemba et al.*, ICC-01/05-01/13), para. 29）もある。
(122) なお、後藤（前掲注31・亜細亜法学五〇巻一号）二一（一七〇）頁および *Werle/Burghardt*, *supra* note 37, pp. 306, 311-313 も参照。
(123) オステン（前掲注37）四九五頁。

(124) 同右。

(125) *Claus Kreß*, Cluas Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 2006, S. 308.