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「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
Sub Title	Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht aus der Sicht des japanischen Strafrechts
Author	横濱, 和弥(Yokohama, Kazuya)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科
Publication year	2012
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・ 政治・ 社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.92, (2012. 3) ,p.365- 397
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20120315-0365

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「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――

横濱和弥

一　はじめに
二　国際刑法における上官責任の成立要件
(一)　上官・部下関係
(二)　上官の不作為
(三)　主観的要件
三　国際刑法における上官責任の位置付け
(一)　上官責任の法的性質論
(二)　上官責任と他の関与形式との関係
四　上官責任と日本刑法上の諸概念――カバレッジの問題――
(一)　上官責任の日本刑法上の可罰性
(二)　上官責任における作為義務の内容と日本刑法
(三)　日本刑法からみた上官責任の体系的位置付け
五　おわりに

一　はじめに

集団殺害（ジェノサイド）犯罪、人道に対する犯罪、戦争犯罪といった国際刑法上のいわゆる中核犯罪（core crimes）[1]は、国家やそれに類する組織によって大規模に行われることが常である。この組織性・大規模性といった特徴は犯罪の定義それ自体にも反映されている。たとえば国際刑事裁判所（ＩＣＣ）規程七条の人道に対する犯罪が成立するためには、行為が「広範又は組織的なものの一部として」なされる必要がある。つまり、国際刑法の「各則」上、犯罪の大規模性・組織性といった要素が考慮されているのである。

一方、中核犯罪を実際に訴追・処罰することを見据えた場合、このような各則上の考慮のみならず、「総則」上の考慮も必要となる。前述のように、中核犯罪は大規模性・組織性といった特徴を有するため、その遂行過程で多くの関与者を伴うことがほぼ必然といえる。その中で最も高い当罰性を有する（又は訴追当局の主たる関心事となる）のは、犯罪を遂行した国家・組織の中で高い地位にあってこれを主導してきた者であるということには、異論の余地はないと思われる。しかし、犯罪が組織的に遂行される場合、国家・組織の指導者が、自己の手によって直接犯罪を「実行」することはほとんどない。大抵の場合、犯罪を直接実行するのは組織の末端に位置する者であって、組織の上位者は現場から離れたところで命令を下したり、計画を立案したりしているに過ぎないのである。したがって、このような、犯罪の実現に際して指導的な役割を果たしたにもかかわらず、犯罪を物理的（ないし形式的）に「実行」したとはいえないような組織の上位者に対して、いかなる理論的根拠に基づき刑事責任を帰属させるのかという、総則上の考慮が必要となるのである。実際に、国際刑法の歴史を紐解いてみれば、犯罪の組織性という特徴を十分に考慮しつつ、組織の上位者の刑事責任を問うことに特化した理論的枠組が模索されてきたのである。[2]

その代表的な例として、「上官責任」（superior responsibility）の法理があげられる。上官責任とは、端的にいえば、組織内部で「上官」としての地位にある者が、部下が犯罪を行おうとし又は行ったことを、知っており又は知る理由があった（ないし知っているべきであった）にもかかわらず、これを防止又は処罰しなかった場合には、当該犯罪につき刑事責任を負うとする概念をいう。同概念は、もっぱら第二次世界大戦以降に諸種の戦犯裁判および条約等を通じて発展してきた概念であり、現在では国際慣習法上確立した概念であるとされている。[3] 同概念は伝統的に“command responsibility”と呼ばれ、「指揮官責任」又は「コマンド責任」などと訳されてきた[4]が、後述のように、同概念は現在では「文民」も包含するとされるため、軍の「指揮官」（commander）よりも広範囲の上位者を包含するという意味で、「上官」（superior）責任と呼ぶ方が適切であると思われる。[5]

同概念の特徴は、主体が組織の中で「上官」としての地位を有する者に限定されている一方、たとえば上官が部下による犯罪を認識していなかった場合や、上官が事後的に部下を処罰しなかったに過ぎない場合のように、上官が犯罪に関与していない（又は関与の度合いが低い）場合であっても刑事責任を問われうるという点である。つまり、組織の指導者は大抵の場合実際の現場から離れたところにいるために、しばしば犯罪に関与したことを立証することが困難となるため、同概念の下では、主観面・客観面の双方で犯罪成立の敷居が下げられ、立証が容易となっているのである。そのため、上官責任は、組織の上位者が犯罪に積極的に関与していることを立証できなかった場合であっても刑事責任を問う余地を残すための、いわば「セーフティネット」としての機能を有すると指摘されている。[6] このような点で、上官責任は、大規模性・組織性という中核犯罪が有する特殊性を考慮しつつ、組織の上位者に対して刑事責任を問うことを目指すものといえる。そして近年では、一九九〇年代に設立された二つのアド・ホック法廷（ＩＣＴＹ・ＩＣＴＲ）で同概念が頻繁に適用されており、実務上も重要な概念となってきているのである。

ここで、日本刑法に目を向けてみると、日本は二〇〇七年にＩＣＣに加盟する際に、実体法面に関しては一部の例

外を除いて国内立法を行わなかった。そのため、日本刑法上、中核犯罪に関する各則上の規定も、上官責任等の総則上の概念も存在していない。このように実体法面の立法を行わなかった理由は、「〔ＩＣＣが〕対象としている重大犯罪については、ほとんどの犯罪類型が我が国の刑法等により処罰が可能」であるからとされる。(7)

このような論拠は、国際刑法の「各則」上の議論に関しては、ある程度当てはまる部分がある。というのも、たとえばジェノサイドの殺人類型（ＩＣＣ規程六条（ａ））は日本の殺人罪（刑法一九九条）にも形式的には該当するように、多くの場合、中核犯罪の個々の行為類型は既に日本刑法上（少なくとも形式的には）可罰的とされているためである。(8)

しかし、上官責任という国際刑法の「総則」上の概念にまで目を向けてみると、このことは必ずしも当てはまらないように思われる。なぜなら、後述のように、上官責任には、犯罪を行った部下を上官が処罰しなかった場合のように、日本刑法上不可罰となる類型が包含されているためである。加えて、上官責任の下では、上官の行為が犯罪に対して因果性を有していない場合や、上官が犯罪を認識していなかった場合であっても、上官は部下による犯罪について刑事責任を問われると解されており、一見したところ日本の犯罪体系とは異なる原理に服しているようにも思われる。したがって、日本刑法が本当に上官責任を十全に把握できているのかについては、疑問の余地が大いにありうるのである。

このように、一瞥した限りでは日本刑法と上官責任との間に一定の齟齬があるように思われるにもかかわらず、両者を比較し、どの程度の齟齬が存在するのかを明らかにする作業は、従来ほとんどなされてこなかった。それどころか、そもそも上官責任がいかなる概念であるかについて検討した邦文献も数えるほどしか存在しないため、同概念に関する基礎的な理解すら浸透していないきらいがある。その結果、そもそも両者間にどのような齟齬があるのか、あるいはこの齟齬が何らかの手段によって是正されるべきものであるのかについても全く明らかではない。それにもかかわらず、一部の論者のいう「ほとんどの犯罪類型が我が国の刑法等により処罰が可能」という帰結のみが一人歩き

しているのである。

このような現状に鑑みれば、国内法化を不要とする帰結を支持するにせよしないにせよ、その前提となる部分に関する議論を構築する必要があるように思われる。具体的にいえば、そもそも国際刑法における上官責任がどのような内容・性質を有しているかをまずもって明らかにし、次いでこれを現在の日本刑法と対比してみる必要があると思われるのである。この点、ＩＣＣ規程は締約国に対して必ずしも実体法上の概念を国内法化することを義務付けていない以上、あえて上官責任を国内法化せず、日本刑法では対応できないような事例の場合にはＩＣＣに引き渡せばよいという結論は、必ずしも否定されない。とはいえ、既述のように日本刑法と上官責任との間に一定の齟齬が存在しうる以上、上官責任に関して十分な理解がされないままにこのような帰結を安易に支持することは是認しえない。したがって、少なくともこのような検討それ自体には意義があると思われる。

以上のような問題意識に基づき、本稿ではまず、国際刑法の次元で上官責任がどのような諸要件を有するとされているのか（第二章）、そして上官責任が国際刑法の犯罪体系上いかに位置付けられているのか（第三章）について概観する。その上で、現在の日本刑法で上官責任がどの程度カバーされているのか（あるいはされていないのか）、日本刑法と上官責任との間にどのような齟齬が存在しているのか（あるいはしていないのか）について、外国の立法例等をも若干参照しつつ検討する（第四章）。最後に、それまでの検討を踏まえ、日本刑法と上官責任――ひいては国際刑法の実体法上の諸概念――の国内法化の議論に関する今後の展望について、ささやかながら付言することとしたい（第五章）。

なお、検討にあたっては、上官責任に関して多くの適用事例を有するアド・ホック法廷の諸判例を素材として主に用いることとし、必要な場合にはＩＣＣの決定[9]および学説にも言及することとする。このように判例中心の検討を行う理由は、そもそも国際刑法学という領域それ自体が成熟したものであるとはいいがたく、そのため学説では、論者

自身の属する法体系ないしは学説といったバックグラウンドが色濃く反映されすぎていることも多いためである。それゆえ、学説の羅列に過度に傾倒した場合、かえって「国際刑法の犯罪体系」について把握することが困難となりうると思われる。

二　国際刑法における上官責任の成立要件

上官責任は、ＩＣＴＹ規程七条三項、ＩＣＴＲ規程六条三項およびＩＣＣ規程二八条等に規定されており、刑法総則上の規定として条文上位置付けられている。[10] 上官責任の定義および成立要件は、裁判所ごとに差異があるものの、概ね以下の三つの要素に分けることができるように思われる。すなわち、㈠上官・部下関係、㈡部下による犯罪を防止・処罰しなかったこと（上官の不作為）および㈢主観的要件である。[11]

㈠　上官・部下関係

上官責任が適用されるためには、行為者が組織内部の階級構造において、部下に対する「上官」としての地位を有していることがまずもって必要となる。換言すれば、犯罪を防止又は処罰しなかった者と犯罪を行った者との間に「上官・部下関係」が存在していなければならないのである。このように「上官」という一定の「身分」が必要とされていることには、上官責任の行為態様が不作為の態様で定められていることが関連している。すなわち、不作為犯が成立するためには前提として行為者が作為義務を有していなければならないとされており、軍の指揮官をはじめとする「上官」は、部下の行動を監督すべき義務を負う保証者としての地位を有しているとされるのである。[12]

上官概念の射程に関して留意すべきことは、以下の二点である。第一に、上官には軍の指揮官（military

commander）だけではなく、いわゆる「文民の上官」（civilian superior）も含まれるとされている点である。[13] したがって、たとえば行政機関や企業などの、およそ軍隊とはいえない組織の中で高位の地位を有する者も上官責任の主体となりうる。[14] このことはＩＣＣ規程二八条（ｂ）でも明文上認められている。ただし、行政機関や企業といった組織には、軍隊のような階級構造ないしは権力関係が存在することはほとんどない。そのため、文民の上官に対して軍の指揮官と同等の保証者的義務を即座に課すことは不当であるとして、文民の上官の範囲を軍の指揮官と比肩しうる地位にある者に限定する見解が、学説上有力となっている。[15]

第二に、上官は、国家の正規軍の指揮官のように、国家により「法的に」（de jure）任じられている必要はない。アド・ホック法廷の判例によれば、ゲリラ等の非正規部隊のような「事実上の」（de facto）軍隊において指揮官を務めている者もまた上官にあたるとされており、[16] このことはＩＣＣ規程二八条（ａ）でも明文上認められている。[17] 裏を返せば、ある者が上官にあたるかどうかを判断するに際しては、法律上の裏付けという形式的な基準は必要ではなく、実質的な観点からみて当該者が上官としての権能を有しているかが判断されなければならないのである。

この点、アド・ホック法廷の判例では、上官・部下関係を判断する際の統一的な基準として、「実効的支配」（effective control）という概念が用いられている。[18] 判例によれば、実効的支配とは、「〔部下による〕犯罪行為を防止又は処罰することができる実質的な能力を有している」ことを意味するとされる。[19] すなわち、上官は部下に対する事実上の支配可能性を有しているために、部下による犯罪を防止又は処罰するための措置をとるべき義務を負うのである。[20] このように、行為者の実際の能力に着目して上官にあたるか否かを判断する見解は、原則として賛同されるべきである。というのも、仮に行為者の形式的地位を過度に重視し、実際の行為者の能力を考慮せずに上官・部下関係を認めれば、上官に対して過酷な義務を課すことになりかねないと思われるためである。加えて、形式的・法的な裏付けが欠けるものの、実際には組織における「黒幕」としての地位を有していたような者を一律に不可罰とすべきではない

という点からも、このことは支持されよう。

(二)　上官の不作為

アド・ホック法廷の規程によれば、上官が「〔部下による〕当該行為を防止するため又は当該行為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とき」に、上官は刑事責任を負うとされる。[21] そして、判例上、上官がとるべき「措置」の具体的内容は、上官が実際に有する能力に応じてケースバイケースに決定すべきとされている。[22]

上官の不作為の類型は、部下による犯罪がいかなる段階にあるかに応じて、二つに分類することができる。すなわち、部下による犯罪を「防止するための措置をとらなかった」（failure to prevent）という類型は部下による犯罪が行われる前（ないし最中）に問題になるのに対して、部下を「処罰するための措置をとらなかった」（failure to punish）という類型は、犯罪が既に終了した後になって問題になるものである。この点、留意されるべきことは、後者の「処罰しなかった」という不作為は部下による犯罪に対して因果的に寄与しえない一方で、前者の「防止しなかった」という不作為の場合には、上官が部下の犯罪に対して因果的に寄与したとみることもできるという点である。このことに伴って、「防止しなかった」類型の場合に、上官による不作為と部下による犯罪との間に因果関係があることが要件として必要とされるべきかについては、争いがある。

この点に関して、アド・ホック法廷では、当初は因果関係が必要とされていたが、近年では不要説がとられている。[23] これに対してＩＣＣでは、そもそも条文上、部下による犯罪が上官の不作為の「結果として」生じたことが要求されている。ただし、ＩＣＣの予審裁判部によれば、これは上官の不作為と部下による犯罪との間に条件関係が存在しなければならないということを意味するものではなく、上官の不作為が部下による犯罪を生じさせることの危険を増加させたことで足りるとされている。[24]

なお、部下による犯罪を防止する義務の履行と、訴追・処罰する義務の履行は、上官の裁量によって択一的に選択できるものではないとされる。[25] つまり、上官が部下による犯罪が行われそうであることを知っていたにもかかわらずこれを防止しなかったが、事後的に部下の処罰は行ったという場合であっても、上官の不作為が事後的に「補塡」されることはなく、知っていたにもかかわらず防止しなかったという点では作為義務に違反しており、上官責任に基づき刑事責任を負うとされるのである。

(三) 主観的要件

上官責任の主観的要件は、大まかに二つに分けることができる。第一は上官が部下による犯罪を実際に認識していた場合であり、第二は部下による犯罪に関して認識を有していなかった（が、一定の要件を充足している）場合である。

前者の類型は、上官責任に固有の要件ではない。というのも、中核犯罪は原則として故意犯であり、故意があるというためには犯罪を認識していることが前提となるためである。むしろ、上官責任の主観的要件として特徴的であるのは後者の類型である。すなわち、上官責任の下では、部下による犯罪を認識していない場合であっても刑事責任を問われうるのであり、主観的要件の下限が低く設定されているのである。

主観的要件の下限に関して、アド・ホック法廷の規程では、上官が部下による犯罪について「知る理由があった」(had reason to know) といえなければならないとされている。判例によれば、知る理由があったといえるためには、「自己の部下により犯罪が行おうとされ又は行われたかどうかにつき確認するために、追加的な調査を必要とすることを示す情報を有していること」[26] が必要であるとされる。

この「情報を有していた」という基準が、たとえば日本刑法では未必の故意にあたるのかあるいは認識ある過失にあたるのかということは、必ずしも明らかではない。ただし、アド・ホック法廷の判例では、「情報」が上官にとっ

て実際に利用可能でなければならず、上官が「過失」（negligence）によりこれを得ることを怠ったことでは足りないということが強調されている。つまり、仮に上官が過失によって情報を得ることを怠った場合でも足りるとすれば、それは上官に対して「情報を得るよう積極的に調査する義務を課すことにほかならないが、そのような義務違反は裁判所規程上犯罪とされていない」というのである。[27] もっとも、アド・ホック法廷が「過失」をいかなる意味で用いているのかは必ずしも明らかではなく、「情報が利用可能」という基準の捉え方いかんによっては、（日本刑法でいうところの）未必の故意にも認識ある過失にも接近しうるように思われる。

これに対して、ＩＣＣ規程二八条ではアド・ホック法廷の規程とは異なる文言が用いられている。まず同条では、軍の指揮官とそれ以外の上官との間で要求される主観的要件の基準が異なるものとされている。そして、前者に関しては、部下による犯罪を「知っているべきであった」（should have known）こと、後者に関しては、部下による犯罪を「明らかに示す情報を意識的に無視したこと」（consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates...）が必要であるとされている。[28]

ＩＣＣの予審裁判部によれば、前者の「知っているべきであった」場合とは、犯罪に関する情報の有無にかかわりなく、「自己の軍隊の行動に関する情報を保持するために必要な手段をとり、場合によっては調査を行うという積極的な義務を有して」[29] いるにもかかわらずこれを履行しなかった場合をいい、「認識を得なかったことにつき単純に過失であった」[30] ことで足りるとされる。この点、「過失」の内容は依然として不明確ではあるが、現在のところ、ＩＣＣは「知っているべきであった」という基準がアド・ホック法廷における「知る理由があった」という基準よりも敷居が低いと解しているようである。

一方、文民の上官の場合には、犯罪が存在したことを明らかに示す「情報」の存在が前提とされている点で、軍の指揮官の場合よりも高い敷居が設けられている。

三　国際刑法における上官責任の位置付け

前章でみたように、上官責任には、客観面で二種類の不作為、主観面で二種類の主観的要素が設けられている。その結果、上官責任という一つの法概念の中に、①犯罪を知っていたにもかかわらずこれを防止しなかった、②犯罪を知る理由があった（又は知っているべきであった）にもかかわらずこれを防止しなかった、③犯罪を知っていたにもかかわらず行為者を処罰しなかったおよび④犯罪を知る理由があった（又は知っているべきであった）にもかかわらず行為者を処罰しなかったという四つの類型が存在する。この点、①と④という対極に位置する二つの類型を比較してみると、上官・部下関係以外には共通の要件が存在せず、これらの両者がなぜ一つの法概念の中に定められているのかは、一見しただけでは明らかにならない。すなわち、上官責任には多種多様な類型が包含されているため、これらの全ての類型に共通する統一的な指導原理が存在するのか、あるとすればそれはどのようなものであるかを把握することは困難になっているのである。

このような、（上官責任の指導原理に関する検討という）上官責任全般に関わる基礎理論とでもいうべき点は、――上官責任それ自体は第二次大戦直後には既に登場していたにもかかわらず――近年までほとんど議論されてこなかった。換言すれば、従来は上官責任が大局的な見地から俯瞰されていたのではなく、前章でみてきたような個別具体的な要件論のみが俎上に載せられてきたのである。このことは、同概念がまず実際の裁判を通じて形成され、その後に定式化されてきたという歴史的沿革や、理論的考察ではなく実務上の要請にしたがって生まれた概念であるという生成過程にも大きな要因があると思われる。

今日では、上官責任の成立要件以外の側面に関しても検討が行われるようになっている。その背景としては、諸種

の裁判所規程や裁判例を通じて上官責任の定義が明確化されたこと、また、アド・ホック法廷の判例やＩＣＣ規程によって国際刑法上の「総則」分野が徐々に確立されてきたことに伴って、上官責任と他の概念との関係を明確化する必要が出てきたということも、大きな要因であると思われる。たとえば、規範的ないしは量刑的に、上官責任と幇助犯とではどちらがより「重い」罪責を基礎付けるのかという問題を検討する場合、そもそも上官責任とは何かという根本的な問題にまで立ち入らなければ妥当な解決を図ることはできないと考えられるのである。

近年ではこのような流れを受けて、上官責任の「法的性質」に関する議論、すなわち上官責任がいかなる根拠に基づいて可罰性を基礎付ける概念であるのか、そして上官責任がどのような機能を有する概念として用いられるのかという議論が活発に行われている。そして、このことに伴い、上官責任が他の関与形式とどのような点で異なり、他の関与形式との関係でどのように位置付けられるのかに関しても、明らかにされつつあるのである。

㈠　上官責任の法的性質論

いわゆる上官責任の「法的性質」をめぐる議論は、アド・ホック法廷が活動を開始して以降、まずは学説の次元で展開されるようになった。少し敷衍していえば、国際刑法（学）上、伝統的には、上官責任が関与形式の一種として解されるべきとする見解（関与形式説）が――暗黙のうちに――支持されてきたが、これに対して近年になって、上官責任に包含されるそれぞれの類型が独立した犯罪類型であると捉えられるべきとする見解（独立犯罪説）から批判が提起されるというかたちで、上官責任の法的性質論をめぐる議論が展開されるようになってきたのである。そして、このことに伴い、上官責任の処罰根拠や上官が負う刑事責任の内容・射程を明らかにするための試みもなされている。

他方、アド・ホック法廷は、当初は法的性質について自覚的に論じていなかった。しかし、右のような学説における議論の発展を受けて、近年では積極的な言及がみられるようになっている。とりわけ、近年のアド・ホック法廷は、

これらの諸種の学説上の見解を踏まえて、両見解を折衷するかのような立場を表明しており、注目される。

1　関与形式説

関与形式説とは、上官責任が、正犯や共犯等といった関与形式と類似した性質を有するとする見解である。[31] この見解にしたがえば、上官責任は他の関与形式と同様に、他者（部下）によって行われた犯罪について上官に帰責する概念（imputed liability）であるということとなる。そのため、上官はあくまでも部下によって行われた犯罪について刑事責任を問われ、罪名も部下による犯罪に従属することとなる。

関与形式説の論拠として、第一にあげられるのは、上官責任は歴史的にみて、関与形式の一種として扱われてきたという点である。実際に、第二次大戦前後に定められた各国の国内法の中には、上官が犯罪を防止しなかった場合に、これを共犯として扱うことを定めたものが散見される。[32] 加えて、第二次大戦直後に行われた諸種の戦犯裁判の中でも、必ずしも上官責任の性質に関して統一的な決定を下しているわけではないとはいえ、概ね上官責任は関与形式として解されており、上官は部下による犯罪について刑事責任を負うものとされていたというのである。[33]

第二に、上官責任は、諸種の国際刑事法廷の裁判所規程の条文上も、関与形式として位置付けられていると主張される。すなわち、上官責任は、アド・ホック法廷の裁判所規程においてもＩＣＣ規程においても、独立した犯罪それ自体としてではなく、教唆犯や幇助犯といった関与形式と同じ条項又は章の中で、刑法総則的規定の一つとして定められているということが強調されているのである。[34]

しかし、この見解に対しては、「責任主義」（Schuldprinzip: principle of culpability）に反するという批判が提起されている。この点、国際刑法（学）の次元における「責任主義」がいかなる内容を有するかは必ずしも論者の間で一致していないが、多くの場合、ＩＣＴＹのタディッチ事件上訴裁判部判決に依拠して、「何人も、自己が個人として従事し又は何らかの態様で関与していない行為又は活動について、刑事責任を問われない」とする原則をいい、国内刑

法・国際刑法の両者において妥当する概念であるとされる。[35] そして、このことから、たとえば厳格責任の禁止、集団責任の排除、罪刑の均衡およびフェア・ラベリングといった原則が導かれている。[36]

責任主義の観点から関与形式説を批判する論者によれば、上官責任に包含される諸種の類型のうち、上官が犯罪を認識していない類型と、上官が部下を事後的に処罰しなかった類型の場合（つまり、前述の分類でいえば②③④の場合）には、上官に対して部下による犯罪について帰責することは妥当でないとされる。すなわち、これらの類型の場合には、正犯や共犯として犯罪に関与した場合と比べて、上官の行為（不作為）と部下による行為との間のつながりが希薄であるため、共犯などと同様の意味で犯罪の関与者としてみなされるべきではないとされる。[37] 個別的にみても、犯罪を行った部下を上官が処罰しなかったに過ぎない類型の場合には、上官は犯罪の実現に関して何ら寄与したわけではないし、[38] 上官が（部下による故意の）犯罪を認識していなかった場合にも（当該故意犯に関して）帰責を認めるとすれば、それは過失であったに過ぎない上官に対して、故意犯としての責任を問うことにほかならない。[39] これらの全ての場合に一律に帰責を認めた場合、――たしかに上官の不作為は非難されるべきではあるのかもしれないが――上官を、上官自身が関与していない犯罪のために処罰することになるという批判を免れないのである。

このように、関与形式説は、寄与の有無および態様を一切考慮することなく、上官を即座に中核犯罪の行為者として一纏めにみなすこととなる点で問題がある。[40] しかも、上官が部下を処罰しなかった場合や、上官が部下による犯罪を認識していなかった場合に、なぜ上官に対して犯罪の行為者（関与者）と同等の罪責を問うことができるのかについては、何等の説明もなされていないのである。

2　独立犯罪説

これまでみてきたような関与形式説に対する批判を念頭に、上官責任を責任主義と整合的に解するために主張されるようになったのが、独立犯罪説である。独立犯罪説とは、上官責任に包含されるそれぞれの類型を、独自の犯罪類

型と捉える見解である。[41]

この見解によれば、「上官」は自己の部下を監督すべき国際法上の作為義務を負っており、これに違反することそれ自体が可罰的であるとされる。[42] それゆえ、上官責任は関与形式のように、上官に対して部下による犯罪につき「帰責」するものではなく、上官が負う刑事責任の内容・射程も自己の作為義務違反のみに限定される。換言すれば、上官責任に基づき刑事責任を負う者は、厳密には中核犯罪の行為者として扱われるのではない。加えて、上官は自己の作為義務違反のみについて罪責を問われるために、中核犯罪の関与者とは区別されることから、上官が負う刑事責任の程度は、中核犯罪の関与者と比して類型的に軽いとされる。その結果、上官責任に基づいて刑事責任を負う上官に対しては、中核犯罪の関与者と比べて軽い刑が言い渡されなければならないということも主張されている。[43] 実際に、国際刑法上の諸概念をいち早く国内法化し、「国際刑法典」(Völkerstrafgesetzbuch) を定めたドイツでは、上官責任の一部の類型が各則上の犯罪として規定され、中核犯罪よりもかなり軽い法定刑が定められているのである。[44]

このように、独立犯罪説は、上官責任に基づき刑事責任を負う者の罪責を中核犯罪の関与者のそれと明確に区別した点、そして、上官責任の全ての類型に関して、「作為義務違反」という統一的な処罰根拠が存在することを明らかにし、上官が負う罪責の範囲・射程を明確化した点において、すぐれた見解である。しかも、関与形式説の場合には、規範レベルでは、上官責任の要件を充足した場合に帰責を認めるということまでしか明らかにならないから、上官の不作為の寄与度や重大性といった点は量刑段階ではじめて考慮されるのに対して、独立犯罪説の場合には、規範レベルで既に上官は中核犯罪の行為者から区別され、軽い評価が与えられているということになる。そのような意味で、独立犯罪説は責任主義との調和が徹底されているといえる。

しかしながら、このような見解に対しては、以下のような批判が想定されうる。すなわち、関与形式説の論者が主張するように、上官責任は、少なくとも従前のアド・ホック法廷およびＩＣＣの裁判所規程の条文の位置付け上は、

独立した犯罪類型として規定されているわけではないのである。換言すれば、諸種の国際刑事法廷では、事項的管轄（対象犯罪）がジェノサイド、人道に対する犯罪および戦争犯罪（ならびに侵略犯罪）等に限定されているのである。この点、独立犯罪説を徹底し、上官責任と他の関与形式を規範レベルで区別するという観点からは、上官の罪名は部下に従属せず、たとえば「上官責任罪」といった罪名が付与されることとなろうが、このようなことは現在の規程上不可能である。このような疑問および批判を背景に、一部の独立犯罪説の論者からは、上官責任を独立した犯罪として、ＩＣＣ規程の対象犯罪の中に規定しなおすことも提案されている。[45]

3　アド・ホック法廷の判例における法的性質論

前述のように、初期のアド・ホック法廷はそもそも上官責任の法的性質論に関して自覚的に論じていなかったが、一部の事例では、関与形式説を採用していたことが暗に示唆されていたようにも思われる。たとえば、ＩＣＴＹは一貫して、上官責任は上官に対して部下による犯罪についての（for the acts of his subordinates）責任を負わせるものであるとしてきた。[46] また、ＩＣＴＹの検察局は上官責任が「国際刑法固有の共犯概念である」[47]と考えていたようであり、ＩＣＴＹもこの点に関してとりたてて反論を行っていない。加えて、被告人が上官責任に基づいて罪責を負うとされる場合、判決主文では、たとえば「被告人（上官）は戦争犯罪に関して上官責任に基づいて刑事責任を負う」といったように、罪名としては部下による犯罪の罪名があげられている。それゆえ、少なくとも上官責任それ自体が独自の犯罪類型であるとはみなされていなかったと思われる。

これに対して、前述したように、近年のアド・ホック法廷は上官責任の法的性質論を正面から検討するようになっている。そして、学説において独立犯罪説が有力になりつつあることに伴って、アド・ホック法廷もまたその見解を部分的に受容しているのである。

まず、近年のアド・ホック法廷の判例では、上官責任に基づき刑事責任を負う上官は、「部下によって行われた犯

罪について罪責を負うのではなく、犯罪を防止し又は行為者を処罰するという自己の義務を怠ったということについて罪責を負う」[48]とされている。また、従来いわれていた「上官は部下による犯罪について〔for the acts of his subordinates〕罪責を負う」ということは、上官が自己の部下と同じ罪責を共有するのではなく、「部下によって犯罪が行われたために〔because of the crimes committed by his subordinates〕、自己の不作為について罪責を負う」ことを意味するとされている[49]。つまり、近年のアド・ホック法廷では、上官責任の処罰根拠は上官の作為義務違反（のみ）にあるという点が強調されているのである。このような意味で、近年のＩＣＴＹでは上官責任は他の関与形式から明確に区別されている[50]。ＩＣＴＹは上官責任のこのような特徴を指して、上官に対して――部下と同等の罪責ではなく――「固有の」（sui generis）罪責を負わせるものであるとしている[51]。

さらに、このような考慮は、量刑にも一定程度反映されている。ＩＣＴＹは、前述のように上官責任は固有の罪責を負うとするものであるため、他の関与形式（ＩＣＴＹ規程七条一項に定められる通常の関与形式）の場合に適用される量刑枠組は、上官責任の場合には妥当しないと述べた[52]上で、上官責任のみに基づき有罪判決を受けた者に対しては、比較的に軽い刑を言い渡しているのである[53]。このように、アド・ホック法廷は様々な点で独立犯罪説の主張を、一定程度受容していると思われる。

しかし、注意しなければならないのは、近年のアド・ホック法廷も、独立犯罪説の立場を全面的に採用しているわけではないという点である。前述のように、仮に独立犯罪説の立場を徹底すれば、「上官責任罪」という罪名を付与することが望ましいようにも思われる。しかし、ＩＣＴＹは、まず被告人の部下がいかなる中核犯罪を行ったのかを事細かに検討し、「その特定の中核犯罪」について、被告人は上官責任に基づいて刑事責任を負う、という判断方法を採っている。そして、その結果、上官に付与される罪名も部下による犯罪に従属しているのである[54]。また、現在でもなお、上官責任に関する検討は、対象犯罪に関する検討ではなく、ＩＣＴＹ規程七条一項に定められる関与形式と

同じ「個人の刑事責任」（Individual Criminal Responsibility）の章の中で行われている。換言すれば、ＩＣＴＹは、上官責任を関与形式と――上官が負う罪責の内容・程度が異なるという点では区別しているものの――「同じように用いている」のである。そのような意味で、現在でもなおＩＣＴＹは、上官責任を他の関与形式と同様に、「他者によって行われた正犯行為に対する従犯」とみなしているのである。[55] この点を指して、学説の中には、上官責任を「少ない程度の罪責を負わせる」帰責概念であると分析するものもある。[56]

このようにアド・ホック法廷が、上官責任が関与形式の一種であるという前提を崩さないのは、既述のように、諸種の国際刑事法廷では、対象犯罪の範囲が規程上限定されているため、純然たる「上官責任罪」という独立した犯罪に基づいて有罪判決を下すことは許容されておらず、事項的管轄の範囲内にある対象犯罪以外の犯罪（罪名）に基づいて判決を言い渡すことはできないからであると思われる。

そのため、結局のところ、上官に対して付与される罪名は部下に従属することとなる。そのような意味では、――条文上の制約によるものとはいえ――独立犯罪説が目指した「責任主義との整合」が徹底されているとは必ずしもいえない。したがって、関与形式説に対して向けられた批判は、現在のアド・ホック法廷の見解にも部分的に当てはまると思われる。それにもかかわらず、今なおアド・ホック法廷は、なぜ上官に対して中核犯罪の罪名が付与されるのか――換言すれば、なぜ上官が部下による犯罪につき「帰責」されなければならないのか――に関しては、説明を行っていない。

(二)　上官責任と他の関与形式との関係

上官責任の法的性質論と密接に関連する議論として、近年では、上官責任が他の関与形式との関係でいかに位置付けられるのかという点も明らかになってきている。具体的にいえば、同一の犯罪事実について、上官責任と他の関与

形式の両者の要件を充足する場合に、両者をどのように扱うのかに関しても、判例・学説の双方で発展がみられるのである。

アド・ホック法廷の規程では、正犯や共犯に関する関与形式の規定は、ＩＣＴＹ規程七条一項およびＩＣＴＲ規程六条一項の中で一括して定められており、これに対して、上官責任は、ＩＣＴＹ規程七条三項およびＩＣＴＲ規程六条三項に定められている。この点、上官責任に包含されている諸種の類型のうち、上官が部下による犯罪を①「知っていたにもかかわらずこれを防止しなかった」類型の場合には、同一事実について、一項に定められる関与形式（以下、「一項の関与形式」とする）と、三項に定められる上官責任の両者の要件を充足しうるため、両者に基づき有罪判決を言い渡すべきなのか、あるいはいずれか一方のみに基づくべきであるのかについて、争いがあった。

初期のアド・ホック法廷では、同一の事実につき、「一項の関与形式」と三項に基づく上官責任の両者の要件が満たされる場合には、両者に基づいて有罪判決を言い渡していた。たとえば、ＩＣＴＹのチェレビチ収容所事件では、収容所の管理者としての地位を有していた被告人ムチッチおよびデリッチは、収容所内の抑留者に対して非人道的な待遇を課したことについて、身体又は健康に対して故意に重い苦痛を与え又は重大な傷害を加えた罪（ＩＣＴＹ規程二条（Ｃ））および戦争法規又は慣例に対する違反の罪（同三条）として、七条一項および三項の両者に基づいて有罪とされた[57]。

しかし、近年では、同一事実に関して「一項の関与形式」と上官責任の両者が充足される場合、前者に優越が認められている。すなわち、近年のアド・ホック法廷の判例上、これらの両者の要件が充足される場合には、上官は前者のみに基づいて刑事責任を負い、後者は常に補完的な地位に立つとされているのである[58]。アド・ホック法廷の判例によれば、「一項の関与形式」が優先されるのは、「一項の関与形式」と上官責任の両者の要件を充足する場合、当該上官の刑事責任は前者による方が「適切に特徴付けられうる[59]」からであるという。つまり、上官責任は客観面・主観面

の双方で「一項の関与形式」よりも低い程度の要件で足りるとされており、上官が犯罪に関与していない場合であっても刑事責任を生じさせるという点において、部下による犯罪との関連性は「間接的」であるといえる。これに対して、「一項の関与形式」は、まさに犯罪について行為者に対して「直接的」に帰責する概念であるといえる。したがって、両者が競合する場合には、直接的な刑事責任を基礎付ける「一項の関与形式」が優越し、間接的な刑事責任を基礎付ける概念である上官責任は前者の中で評価し尽くされているため、これに吸収されるという。[60]

また、このことは、前述した上官責任の法的性質論に関する近年の判例の傾向とも整合的であるように思われる。つまり、上官責任では上官の作為義務違反のみが評価の対象となるに過ぎないのに対して、「一項の関与形式」の場合には、上官は犯罪に対する関与者として部下による犯罪についても帰責されるために、自己の行為（不作為）だけではなく、部下による正犯行為それ自体までもが評価の対象とされる。したがって、上官の作為義務違反という点に関しては、後者の「一項の関与形式」の中で、評価が尽くされていると思われる。それゆえに、両者の要件が充足される場合、上官責任は、「一項の関与形式」に基づく刑事責任に吸収されると考えられるのである。[61]

四　上官責任と日本刑法上の諸概念――カバレッジの問題――

前章までは、国際刑法の次元で、上官責任がどのような内容を有し、どのような位置付けを与えられているのかということについて概観してきた。本章では、これまでの国際刑法の次元における議論を前提として、上官責任が現在の日本刑法でどの程度カバーされているのか（あるいはされていないのか）、日本刑法と上官責任との間にどのような齟齬が存在しているのか（あるいはしていないのか）、について若干ながら検討する。

(一) 上官責任の日本刑法上の可罰性

前述のように、日本が国際刑法の実体法上の諸概念を国内法化する必要はないとする見解の最大の論拠は、「ほとんどの犯罪類型が我が国の刑法等により処罰が可能」ということであった。しかし、上官責任に関してはそのように断言できない点が存在している。

既述のように、上官責任には、①犯罪を知っていたにもかかわらずこれを防止しなかった、②犯罪を知る理由があった（又は知っているべきであった）にもかかわらずこれを防止しなかった、③犯罪を知っていたにもかかわらず行為者を処罰しなかったおよび④犯罪を知る理由があった（又は知っているべきであった）にもかかわらず行為者を処罰しなかったという四つの類型が存在する。これらのうち①の類型は、少なくとも（通常犯罪の）幇助犯（刑法六二条）として日本刑法上処罰可能[62]であるし、場合によっては（共謀）共同正犯（六〇条）として処罰できる場合もありうる。したがって、①の類型は現行日本刑法上既に可罰的であるといえる。

これに対して、②の類型はどうであろうか。前述のように、「知る理由があった」又は「知っているべきであった」という主観的要件が日本刑法上どのように把握されるのかは必ずしも明らかではない部分もある。ただし、国際刑法上、この場合には上官が部下による犯罪を実際に認識している必要はないとされている。そのため、「知る理由があった」および「知っているべきであった」という主観的要件の中には、部分的に日本刑法でいう「過失」にあたる部分も含まれていると思われる。

この点、部下が中核犯罪の殺人類型に該当する行為を行い、上官が過失により防止しなかったような場合、これを管理・監督過失の一類型として把握し、（部下は殺人罪の正犯とされる一方）上官は同時犯として（業務上又は重）過失致死罪（刑法二一〇条・二一一条一項）に該当する余地があると解すれば[63]、日本刑法上処罰可能であるようにもみえる。

しかし、仮にこれを認めたとしても、中核犯罪を過失により防止しなかったことよりも、たとえば自動車運転過失致死傷罪（二一一条二項）の方が重く処罰されるため、刑の均衡がとれているのかは疑わしいと思われる。

また、部下による犯罪が殺人以外の類型の場合には、いっそう疑わしい結論となる。というのも、日本刑法上の犯罪は原則として故意犯であり、特に定めがある場合に限って過失犯は処罰されるとされているところ（三八条）、過失犯処罰が定められているのは、前述の過失致死傷罪等のほか、失火罪等の一部の犯罪に限られるためである。それゆえ、たとえば戦争犯罪に該当する行為をみただけでも、強姦（ＩＣＣ規程八条二項（ｂ）（xxii））、児童兵の徴用（同（xxvi））などの行為を過失によって防止しなかった場合には、日本刑法上不可罰とされるのである。加えて、他者による犯罪行為を防止しなかったことそれ自体を可罰的とするような刑罰法規もみあたらない。したがって、上官責任の諸類型のうち、過失によって犯罪を防止しなかったという類型は、多くの場合、日本刑法上不可罰となる。

加えて、③および④の、犯罪を行った行為者を事後的に処罰しなかった類型も、せいぜい上官が積極的に犯人を隠匿した場合に犯人隠匿罪（刑法一〇三条）が成立しうることを除けば、現在の日本刑法では処罰規定がみあたらず、不可罰に留まるように思われる。

以上のように、上官責任の法理に包含されている四つの類型のうち、実に②③④の三つもの類型が、ほとんどの場合、日本の現行刑法上不可罰に留まることとなる。したがって、国際刑法の実体法面を国内法化する必要がないとする論者のいう「〔ＩＣＣが〕対象としている重大犯罪については、ほとんどの犯罪類型が我が国の刑法等により処罰が可能」という主張は、上官責任について検討を行った上でなされたものであるとは到底思えない。

㈡　上官責任における作為義務の内容と日本刑法

さらに、上官責任の①の類型に対しては、たとえば殺人罪の不作為による共犯等にあたるとして、日本刑法の通常

犯罪（の共犯等）の規定により対応することが（形式的には）可能であるとしても、実質的な観点からみて、上官責任がこれらの規定で適切にカバーされうるのかについては、なお一考の余地がある。というのも、上官責任でいうところの「作為義務違反」の内容と日本刑法のそれは、必ずしも合致するものではないためである。

上官責任でも、日本刑法の不真正不作為犯論[64]でも、行為者が罪責を負うためには前提として作為義務違反がなければならないとされており、その限りでは両者は共通する。他方、作為義務の具体的内容についてみると、上官責任の場合には、部下による「中核犯罪」を防止・処罰する義務がもっぱら問題となる。つまり、国際刑法上、上官責任は常に中核犯罪と関連して論じられている概念であるため、上官の負う監督義務も、単に自己の部隊における規律を保持する義務ではなく、あくまでも中核犯罪との関連で論じられるのである。これに対して、日本刑法の不真正不作為犯の場合に行為者が負う作為義務の内容は、刑罰法規の内容によって左右される。そして、現在の日本刑法に中核犯罪に関する規定（構成要件）が存在しない以上、「中核犯罪」を防止する義務というものは観念できず、国内刑法上の「通常犯罪」を防止する義務までしか把握することはできない。

ここで、「通常犯罪を防止する義務」の違反をもって、「中核犯罪を防止する義務」の違反をも十全に評価できるのかということが問題となるが、この問題はつまるところ、中核犯罪と通常犯罪が規範的に区別されるべきであるかという問題の裏返しにほかならない。換言すれば、中核犯罪を処罰するにあたって通常犯罪を適用することで足りると解するのか、あるいは通常犯罪では中核犯罪を十全に把握することができないと解するのかが、ダイレクトに結論の差異に影響するのである。この点に関しては、一部の論者から、中核犯罪が有する固有の保護法益に鑑みて、通常犯罪では中核犯罪の不法概念を十全に評価できないと指摘されている点[65]に留意する必要があると思われる。つまり、中核犯罪は通常犯罪の単なる加重類型ではなく、「国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪」（ＩＣＣ規程前文）として独自の法益および不法概念を内包しているとされるのである。このような見解に依拠した場合、上官責任との関

連では、まさに「中核犯罪」を防止しなかったことが独自の当罰性を有するというべきであり、それは通常犯罪を防止しなかったこととは明確に峻別される必要がある、ということになるであろう。いずれにせよ、日本刑法との齟齬を明らかにするという本稿の関心事との関係では、上官責任の処罰根拠が「中核犯罪」を防止しなかったということにあるのに対して、日本刑法ではそもそも中核犯罪という評価自体を現状ではなしえない、という点に留意されるべきであると思われる。

㈢　日本刑法からみた上官責任の体系的位置付け

第三章でみたように、国際刑法の次元では、上官が犯罪を認識していなかった（日本刑法では過失にあたるような）場合や、上官が部下を事後的に処罰しなかったという部下による犯罪に因果的に寄与していない場合にも、上官に対して部下による（故意の）犯罪について「帰責」することが一定限度で認められている。一方、日本刑法の場合には、これらの場合に「帰責」をすることはできないとされている。

過失により防止しなかった類型についてみると、日本刑法では、故意正犯に対して過失により寄与した場合を処罰する規定はいずれにせよ存在しない。そのような過失従犯とでもいうべき事例は、過失正犯として、故意の正犯行為とは切り離して処断されることとなるのである。[66] また、処罰しなかったという類型についてみれば、日本刑法では、正犯はもちろんのこと、共犯論の次元でも、犯罪に対して因果的に寄与したことに処罰根拠を求める見解（因果的共犯論）が通説とされており、[67] 正犯行為が終了した後で事後的に関与した場合に、当該正犯行為について帰責されることはありえない。そういった行為態様は、犯人隠匿罪や盗品等罪などの独立した犯罪として処罰されるのである。

このように、一見したところ、国際刑法上の（とりわけ上官責任の）「帰責」メカニズムと、日本刑法上のそれは異なっているようにも思われる。ひいては、アド・ホック法廷で採用されている「国際刑法の犯罪体系」と日本刑法の

それとの間には、大きな隔たりがあるようにも思われるのである。そして、この隔たりがあまりにも大きなものであるとすれば、国際刑法上の（とりわけ上官責任等の総則上の）諸概念を日本刑法に導入することに強い抵抗感を感じることも、無理からぬことであろう。

しかし、私見によれば、少なくとも上官責任に関する限りでは、このような懸念は杞憂に過ぎないと思われる。というのも、前章で詳述した通り、上官責任は、幇助犯や教唆犯等の関与形式と同様の意味で、他者による犯罪について帰責するものではないためである。つまり、近年のアド・ホック法廷の判例上認められているように、上官責任の処罰根拠は上官の作為義務違反という点のみにあり、その点で他の関与形式とは明確に区別され、このことは量刑段階でも考慮されている。このような立場は、日本刑法の犯罪体系にもある程度沿うものである。前述のように、仮に上官責任に相当するような概念を日本刑法上受容するとすれば、②③④の類型は関与形式としてではなく各則上の犯罪として定められることとなろう[68]。このことは、その処罰根拠が犯罪に対する寄与ではなく、不作為それ自体にあるということを意味していることにほかならず、その点でアド・ホック法廷の理由付けと共通するのである。裏を返せば、国際刑法と日本刑法では、同一の内容・処罰根拠を有する概念に対して、――国際刑法では（固有の）関与形式、日本刑法では独立した犯罪類型といった具合に――異なる体系的地位を与えるに過ぎないのである[69]。

むしろ、先述したように、国際刑法の次元で上官責任が関与形式の一種とされているのは、条文上の制約によるところが大きく、独立した犯罪類型として規定することの方が責任主義の徹底という観点からは望ましい。したがって、上官責任を国内法上受容する場合にこれを独立した犯罪類型として定めることは禁じられていないばかりか、むしろ望ましいとさえいえると思われる。実際に、ドイツの国際刑法典では、上官責任の一部の類型が独立した真正不作為犯として規定され、それに対して独自に法定刑が定められており、関与形式とは明確に峻別が図られているのである。

五　おわりに

本稿では、上官責任が国際刑法の次元でどのような概念として展開されているか、そして、これが日本刑法上十全に把握されているか、あるいは上官責任と日本刑法上の諸概念との間にどのような齟齬が存在するのかが検討されてきた。

この検討から明らかなように、少なくとも上官責任に関する限りでは「我が国の刑法等により処罰が可能」とはいえない。というのも、日本には中核犯罪に関する規定が存在しないため、「中核犯罪」を防止・処罰しなかったという法的評価を観念できず、また、上官責任の四つの類型のうち三つまでもが（ほとんどの場合）不可罰となるためである。さらに、上官責任の四つの類型のうち、①に関しては、日本刑法上の共犯規定で対処可能であり、差し当たってそれで足りるとすることも、上官責任の機能という観点からは不十分であるように思われる。なぜなら、①の類型と通常の共犯規定の適用範囲が重複するのは国際刑法の次元でも同様であって、それでは処罰できない②③④の類型をも処罰できるということこそが、上官責任の真骨頂であるためである。

一方、「帰責」のメカニズムに関しては、上官責任と日本刑法との間で、大きな齟齬は生じていないといってよい。そもそも①の類型に関しては、国際刑法でも日本刑法でも共犯規定を適用することによって対処可能であるという点で共通する。また、②③④の場合も、処罰根拠は上官の不作為それ自体にあるとされ、このことが量刑段階で考慮されている。このような立場は日本刑法の立場からも是認できるものであろう。

この点、日本刑法との関係で最大の焦点となるのは、上官責任のほとんどの行為類型が日本刑法上不可罰となるという点であろう。むろん、冒頭でも述べたように、ＩＣＣ規程は締約国に対して実体法上の立法義務を課していない

ため、このことから即座に立法義務が生じるわけではない。しかし、ある国際刑法上の概念の国内法化の要否を決定するに当たっては、いずれの結論をとるにしても、本稿でみてきたように、当該概念が国際刑法の次元でどのようなものとして認識され、それが日本刑法で把握されているのかを精査する必要があるということには疑いの余地はない。その意味では、少なくとも上官責任に関する限りでは、このような検討が十分になされないままに、「我が国の刑法等により処罰が可能」と拙速に判断されてしまったかのような印象を拭えない。

また、本稿では紙幅の都合上十分に検討できなかったが、諸外国の中には、上官責任を含め、国際刑法上の諸概念を積極的に国内法化している国もあり、それらの国の理論・実務の双方でどのような問題意識が持たれているかを検討することも有用であるように思われる。とりわけドイツはいち早く国際刑法典を制定し、その中では上官責任が理論的に整理されている。それどころか、二〇一〇年には初の適用事例も登場し[20]、その中では本稿で取り上げた上官責任が主たる争点となっており、特に注目に値する。この点に関する検討は今後の課題であるが、国際刑法上の諸概念の内容を明らかにし、国内法の観点から多角的に検討していく作業は、ＩＣＣおよび（各）国内の双方で事例が増加していくであろう今後、日本においてもますます重要になっていくと思われる。

（1）フィリップ・オステン「刑法の国際化に関する一考察――ドイツと日本における国際刑法の継受を素材に――」法学研究七九巻六号（二〇〇六年）五五頁参照。

（2）*Chantal Meloni*, Command Responsibility in International Criminal Law, The Hague 2010, pp. 17 *et seq.* 参照。たとえば、東京裁判で用いられた共同謀議、アド・ホック法廷で用いられているＪＣＥ、ＩＣＣ予審裁判部で採用された組織支配論などがこれにあたる。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）所収一一四頁以下、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

如何なる概念によって捕捉されるべきか――」法学政治学論究八七号（二〇一〇年）三一頁以下参照。

（3）一般に、上官責任の初の適用事例は、旧日本軍の陸軍大将であった山下奉文に対する裁判であったとされる。上官責任の歴史的発展に関しては、*William H. Parks*, Command Responsibility for War Crimes, Military Law Review, Vol. 62 (1973), pp. 1-104; 岡田泉「山下裁判と戦争犯罪に対する指揮官責任の法理（一）（二・完）」南山法学二六巻三・四号（二〇〇三年）二三頁以下、二七巻三号（二〇〇四年）五一頁以下を参照。

（4）藤田久一『戦争犯罪とは何か』岩波新書（一九九五年）一五四頁以下、岡田「山下裁判と戦争犯罪に対する指揮官責任の法理（一）」（前掲注（3））二三頁以下参照。

（5）*Gerhard Werle*, Völkerstrafrecht, 2. Aufl., Tübingen 2007, Rn. 451 参照。

（6）*Werle*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 452 参照。

（7）正木靖「国際刑事裁判所への日本の加盟と国内法整備」国際問題五六〇号（二〇〇七年）二七頁。亀甲括弧内は筆者による（以下同じ）。

（8）ただし、国内刑法上の通常犯罪の構成要件では中核犯罪を十全に評価できないとする見解も主張されている。この点に関しては第四章で後述する。

（9）なお、本稿執筆時点（二〇一一年一二月）ではＩＣＣは未だに一件も判決を下していないが、予審裁判部では、上官責任についてかなり詳細に扱った事例が登場している。ＩＣＣ二〇〇九年六月一五日予審裁判部決定（*Bemba*, ICC-01/05-01/08-424）参照。

（10）上官責任が定められているＩＣＴＹ規程七条、ＩＣＴＲ規程六条およびＩＣＣ規程第三部では、もっぱら刑法総則に関する規定が定められている。

（11）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-T), para. 346 参照。なお、ＩＣＣではアド・ホック法廷とは異なる定義が採用されているため、上官責任の成立要件も部分的に異なるが、ＩＣＣ予審裁判部はアド・ホック法廷の諸判例を頻繁に引用し、必要な範囲内でその見解を踏襲しているため、アド・ホック法廷の判例上問題となっていたことが、そのままＩＣＣでも問題となっていることが多い。

（12）*Jean de Preux*, Article 86-Failure to act, in: *Yves Sandoz/Christophe Swinarski/Bruno Zimmermann* (eds.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Geneva 1987, Mn. 3537; *Christoph*

Safferling, Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht-Völkerstrafrecht-Europäisches Strafrecht, Berlin 2011, Rn. 95 参照。

(13) 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-T), para. 356 参照。

(14) たとえば、典型的な文民の上官に関する事例として頻繁にあげられるものとしては、ＩＣＴＲ二〇〇〇年一月二七日第一審裁判部判決（*Musema*, ICTR-96-13-A)（被告人が製茶工場（Tea Factory）の統括者であった事例）を参照。

(15) *Thomas Weigend*, Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 116 (2004), S. 1011 ff; *Werle*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 458 参照。

(16) 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-T), para. 354 参照。

(17) 同条では「実質的に軍の指揮官として行動する者」も上官責任の主体とされている。

(18) “effective control”という用語は、ＩＣＣ規程二八条の外務省訳に照らせば「実質的な管理」と訳される。しかし、この用語は、国際法学では国家承認等の文脈でも用いられており、そこでは「実効的支配」という訳語が定着している。山本草二『国際法〔新版〕』有斐閣（一九九四年）一二五頁以下などを参照。また、“control”の語は、近年のＩＣＣの決定の中で正犯性の基準としての「行為支配」（Tatherrschaft）を意味する用語としても用いられている。オステン（前掲注（2））一二〇頁参照。これらに鑑みれば、この用語は「実効的支配」と訳されることが妥当である。

(19) 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-T), para. 378. 判決文の和訳は筆者による（以下同じ）。

(20) なお、この基準はＩＣＣでも維持されている。ＩＣＣ二〇〇九年六月一五日予審裁判部決定（*Bemba*, ICC-01/05-01/08-424), para. 415 参照。

(21) ＩＣＣ規程二八条では、「犯罪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」という文言が用いられている。

(22) 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-T), para. 395 参照。

(23) 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-T), para. 399（必要説）; ＩＣＴＹ二〇〇四年七月二九日上訴裁判部判決（*Blaškić*, IT-95-14-A), para. 77（不要説）などを参照。

(24) ＩＣＣ二〇〇九年六月一五日予審裁判部決定（*Bemba*, ICC-01/05-01/08-424), para. 425 参照。

(25) ＩＣＴＹ二〇〇五年一月三一日第一審裁判部判決（*Strugar*, IT-01-42-T), para. 373 参照。

(26) 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-T), para. 383. この点に関しては、*Jenny S. Martinez*, Understanding Mens Rea in Command Responsibility, Journal of International Criminal Justice（JICJ), Vol. 5 (2007), pp. 654 *et seq.* も参照。

(27) 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), para. 226; ＩＣＴＹ二〇〇四年七月二九日上訴裁判部判決（*Blaškić*, IT-95-14-A), para. 62.

(28) 同条の立法過程に関しては、*Per Saland*, International Criminal Law Principle, in: *Roy Lee* (ed.), The International Criminal Court, The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results, The Hague 1999, p. 203 を参照。

(29) ＩＣＣ二〇〇九年六月一五日予審裁判部決定（*Bemba*, ICC-01/05-01/08-424), para. 433.

(30) ＩＣＣ二〇〇九年六月一五日予審裁判部決定（*Bemba*, ICC-01/05-01/08-424), para. 432.

(31) *Roberta Arnold*, Article 28 Responsibility of Commanders and Other Superiors, in: *Otto Triffterer* (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court-Observers Notes, Article by Article, 2nd ed., München 2008, Mn. 90 参照。また、*Barrie Sander*, Unraveling the Confusion Concerning Successor Superior Responsibility in the ICTY Jurisprudence, Leiden Journal of International Law, Vol. 23 (2010), pp. 113-120 も参照。

(32) *Antonio Cassese*, International Criminal Law, 2nd ed., Oxford 2008, pp. 236 *et seq.* 参照。

(33) *Chantal Meloni*, Command Responsibility: Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?, JICJ Vol. 5 (2007), pp. 621, 623; *Sander, supra* note 31, p. 117 参照。

(34) *Arnold, supra* note 31, Rn. 90 参照。

(35) ＩＣＴＹ一九九九年七月一五日上訴裁判部判決（*Tadić*, IT-94-1-A), para. 186.

(36) *Meloni, supra* note 2, p. 26; *Sander, supra* note 31, p. 123, note 107 などを参照。その意味では、日本やドイツの責任主義概念と、概ね一致するといえるかもしれない。

(37) *Sander, supra* note 31, pp. 123 *et seq.* 参照。

(38) *Mirjan Damaška*, The Shadow Side of Command Responsibility, American Journal of International Law, Vol. 49 (2001), p. 468; *Meloni, supra* note 33, p. 630 参照。

(39) *Damaška, supra* note 38, pp. 463–464 参照。

(40) *Weigend*, a.a.O. (Fn. 15), S. 1025 ff. 参照。

(41) *Bing Bing Jia*, The Doctrine of Command Responsibility Revisited, Chinese Journal of International Law, Vol. 3 (2004), pp. 31–33; *Kai Ambos*, Superior Responsibility, in: *Antonio Cassese/Paola Gaeta/John R. Jones* (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary Vol. 1, Oxford 2002, pp. 824 *et seq.* 参照。

(42) アンボスはこのような特徴を指して、上官責任が「真正不作為犯」であると端的に述べている。*Ambos, supra* note 41, p. 824 参照。

(43) *Damaška, supra* note 38, p. 483 参照。

(44) 国際刑法典に関しては、フィリップ・オステン「国際刑事裁判所の設立と立法上の対応（下）――ドイツ国際刑法典が日本に示唆するもの――」捜査研究六一〇号（二〇〇二年）六二頁以下参照。同法では、たとえばジェノサイドの法定刑は原則として終身刑、ただし比較的重くない事態については五年以上の自由刑（六条一項・二項）とされているのに対して、上官責任の一類型である故意による監督義務違反の場合には五年以下、過失による場合には三年以下の自由刑（一三条四項）が定められている。また、同法一四条も参照。

(45) *Ambos, supra* note 41, p. 871; *Damaška, supra* note 38, pp. 482–483 参照。

(46) 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-T), para. 750; ＩＣＴＹ一九九九年六月二五日第一審裁判部判決（*Aleksovski*, IT-95-14/1-T), para. 67 なども参照。

(47) ＩＣＴＹ一九九七年一月二〇日検察官文書（Response of the Prosecutor to the Defence Motion in limine regarding mens rea required for charges alleging command responsibility and for bill of particulars re command responsibility portions of Indictment; *Blaškić*, IT-95-14-T), p. 14.

(48) ＩＣＴＹ二〇〇六年三月一五日第一審裁判部判決（*Hadžihasanović and Kubura*, IT-01-47-T), para. 2075. また、ＩＣＴＹ二〇〇六年六月三〇日第一審裁判部判決（*Orić*, IT-03-68-T), para. 293 も参照。

(49) ＩＣＴＹ二〇〇五年一一月一六日第一審裁判部判決（*Halilović*, IT-01-48-T), para. 54.

(50) この点、*Guénaël Mettraux*, The Law of Command Responsibility, Oxford 2009, pp. 39 *et seq.* も参照。

(51) ＩＣＴＹ二〇〇五年一一月一六日第一審裁判部判決（*Halilović*, IT-01-48-T), para. 78; ＩＣＴＹ二〇〇六年三月一五日第

一審裁判部判決（*Hadžihasanović and Kubura*, IT-01-47-T), para. 75; ＩＣＴＹ二〇〇六年六月三〇日第一審裁判部判決（*Orić*, IT-03-68-T), para. 293 参照。

(52) ＩＣＴＹ二〇〇六年三月一五日第一審裁判部判決（*Hadžihasanović and Kubura*, IT-01-47-T), para. 2076 参照。

(53) たとえば、第一審の段階では、ハジハサノヴィッチに対して五年、クブラに対して二年半、そしてオリッチに対しては二年の自由刑が言い渡されている。また、*Volker Nerlich*, Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute: For What Exactly is the Superior Held Responsible?, JICJ Vol. 5 (2007), p. 677 も参照。

(54) ＩＣＴＹ二〇〇六年三月一五日第一審裁判部判決（*Hadžihasanović and Kubura*, IT-01-47-T), pp. 620, 625; ＩＣＴＹ二〇〇六年六月三〇日第一審裁判部判決（*Orić*, IT-03-68-T), pp. 268 *et seq.* 参照。

(55) ＩＣＴＹ二〇〇六年六月三〇日第一審裁判部判決（*Orić*, IT-03-68-T), para. 292. また、*Meloni, supra* note 2, p. 302 も参照。

(56) *Boris Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem – Eine Untersuchung zur Rechtsprechung der internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda, Berlin 2008, S. 464.

(57) 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-T), paras. 1221 *et seq.* などを参照。

(58) 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; 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 などを参照。また、*Burghardt*, a.a.O. (Fn. 56), S. 425 も参照。

(59) ＩＣＴＹ二〇〇一年二月一六日第一審裁判部判決（*Kordić and Čerkez*, IT-95-14 / 2-T), para. 371.

(60) 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 などを参照。

(61) この点を指して、ブルクハルトは、上官責任の①の類型は原則として一項の関与形式で処理されるため、①の類型は「形だけ包含されている」に過ぎないとする。*Burghardt*, a.a.O. (Fn. 56), S. 462 参照。

(62) 我が国の判例・通説上、正犯と意思連絡がない、いわゆる片面的幇助犯も可罰的であるとされている。大塚仁『刑法概説（総論）〔第四版〕』有斐閣（二〇〇八年）三二〇頁、大判大一四・一・二二刑集三巻九二一頁、大判昭八・一二・九刑集一二巻二二七二頁参照。

(63) 裁判例の中には、雑居ビルにおける火災事故の際、直接の火災の原因が（故意正犯の）放火によるものであった可能性があっても、当該ビルの防火管理者に業務上過失致死罪の成立を認めたものがある。東京地判平二〇・七・二判タ一二九二号

一〇三頁参照。

(64) 大塚（前掲注（62））一五一頁参照。

(65) フィリップ・オステン「国際刑法における『中核犯罪』の保護法益の意義――ＩＣＣ規程批准のための日本の法整備と刑事実体法規定の欠如がもたらすものを素材として――」『慶應の法律学　刑事法――慶應義塾大学創立一五〇年記念法学部論文集』慶應義塾大学法学部（二〇〇八年）所収二二九頁以下、後藤啓介「ジェノサイドの『破壊する意図』と五つの個別的行為類型に関する一試論――現行日本刑法でのカバレッジという観点から――」法学雑誌タートンヌマン一一号（二〇〇九年）一四八頁以下参照。

(66) その意味で、過失犯には拡張的正犯概念が妥当する、ということがしばしば指摘される。井田良『講義刑法学・総論』有斐閣（二〇〇八年）四三六頁、注五参照。

(67) 西田典之『刑法総論〔第二版〕』弘文堂（二〇一〇年）三三六頁以下参照。

(68) 尾崎久仁子「日本における戦争犯罪の処罰について」村瀬信也＝真山全〔編〕『武力紛争の国際法』東信堂（二〇〇四年）所収八五一頁も参照。また、既述のように、ドイツの国際刑法典一三条・一四条ではそのような手法が採用されている。

(69) *Burghardt*, a.a.O. (Fn. 56), S. 461 ff. 参照。

(70) BGH, Beschl. v. 17.6.2010-AK 3/10.

横濱　和弥（よこはま　かずや）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
所属学会　日本刑法学会
専攻領域　刑法、国際刑法