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」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
Sub Title	Bemerkungen zur Umsetzung der völkerstrafrechtlichen „Vorgesetztenverantwortlichkeit" im deutschen Strafrecht
Author	横濱, 和弥(Yokohama, Kazuya)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2013
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.97, (2013. 6) ,p.301- 333
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20130615-0301

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」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——

横濱和弥

一　問題の所在
二　国際刑法における上官責任
(一)　上官責任の成立要件
(二)　上官責任の「法的性質」をめぐる初期の議論と責任主義との整合性
(三)　近時の判例の動向
三　ドイツ「国際刑法典」における上官責任の受容
(一)　国際刑法典の概要
(二)　国際刑法典における上官責任の位置づけ
(三)　評　価
四　結　論

一　問題の所在

国際刑法上のいわゆる「中核犯罪」（core crimes）[1]――集団殺害犯罪（ジェノサイド罪）、人道に対する犯罪、戦争犯罪（および侵略犯罪）――は、国家又はそれに類する組織によって遂行されることが常である。他方、そのような組織における上位者が、犯罪を自らの手で実現することはほとんどない。そのため、国際刑法の歴史を紐解いてみると、このような犯罪の集団性・組織性を考慮しつつ、組織の上層部の者に対して個人として刑事責任を問うための理論的枠組みが、常に模索されてきたといえる。[2]

そのような背景の下で発展してきた国際刑法上の法概念の例として、「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するための措置をとらなかった場合には、当該犯罪につき刑事責任を負うとする概念をいう。同概念は慣習国際法上確立した法概念であるとされ、[3] 一九九〇年代に国際連合安全保障理事会によって設立された二つのアド・ホック法廷[4]や、一九九八年に設立された国際刑事裁判所（ＩＣＣ）の規程でも定められ、実際に適用されている。

上官責任の主たる特徴は、上官が犯罪に関与したとはいえな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。[5] すなわち、上官責任の下では、上官が部下による犯罪を認識していなかった場合や、上官が犯罪を行った部下を事後的に処罰しなかったにすぎない場合であっても、刑事責任を問われるとされているのである。このように刑事責任の範囲が拡張されていることにより、犯罪に対して直接的に関与したことを証明することが困難な場合においても、上官責任が「頼みの綱」ないしは「セーフティーネット」として機能するということが指摘されている。[6]

しかし、特にアド・ホック法廷で上官責任が実際に適用されるようになって以降、同概念に対しては少なからぬ批判が提起されてきた。詳しくは後述するが、初期の判例・学説では、同概念は関与形式の一種であり、上官の犯罪に対する関与度が低い（又は関与していない）場合であっても、部下による犯罪についての刑事責任を問うものとされてきた。しかし、これに対しては、「責任主義」に反するとの批判が提起され、上官は自己の不作為のみについて責任を問われるべきであるとする見解が登場した。この問題は、上官責任の「法的性質」論の問題[7]として注目を集めている（二㈡および㈢）。

一方で、この「法的性質」をめぐる議論は、国際刑法の次元のみならず、国内刑法との関係でも問題となりうる。敷衍していえば、ＩＣＣにおいては「補完性の原則」が採用されており、中核犯罪の訴追・処罰は第一次的にはＩＣＣ規程締約国の国内裁判所が担い、ＩＣＣはこれを「補完する」ものであるとされている[8]ところ、国内における中核犯罪の訴追・処罰を実効的なものとするために、ＩＣＣ規程に定められる実体法上の諸概念を国内法化した国が存在している（いわゆるマクシマリスト諸国[9]）。そして、これらの中には、国際刑法上の上官責任をそのまま受容すると責任主義との矛盾を招来するおそれがあるとして、これを責任主義と整合するよう再構成している国が登場しているのである。

その代表的な例としては、二〇〇二年に発効したドイツの「国際刑法典」（Völkerstrafgesetzbuch）があげられる。驚くべきことに、同法は、国際刑法学において上官責任と責任主義との両立性というテーマが頻繁に論じられるよりも前に定められたにもかかわらず、そのような視点を踏まえて上官責任を国内法化している。加えて、同法の規定は、ドイツ国外の学者からも頻繁に参照されている[10]ばかりか、近年のアド・ホック法廷の第一審裁判部は――裁判所自身が明言しているわけではないが――上官責任の「法的性質」を、ドイツの立法とも整合するかたちで解するようになっているのである。

そこで本稿では、ドイツの国際刑法典における上官責任に関する規定を逐条的に検討し、同概念が――特に責任主義との関係で――どのように位置づけられているのか、それによってどのような問題が新たに生じているのか、そして、それらの規定が国際刑法（学）および国内刑法（学）にとってどのような点で示唆的であるのかについて考察を行う。[11] このような検討は、以下の二点において有用であるように思われる。

第一に、近時の国際刑法上の判例・学説で論じられている、上官責任の「法的性質」論は、結局のところ、上官責任を責任主義と整合させるためにはいかなる解釈が妥当かという問題であり、ドイツではまさにこのような視座を前提として立法がなされている。そのため、ドイツの国際刑法典における上官責任の位置づけを検討することは、国際刑法の次元で法的性質論を検討する際にも有用であると思われる。[12]

第二に、ドイツにおける立法を参照することは、日本を含むＩＣＣ締約国の立法政策に資するものとなりうる。特に、ドイツの国際刑法典が、国際刑法上の諸種の概念を分析した上で自国の国内法体系と沿うよう再構成している点は、他国にとっても大いに参考となるように思われる。また、日本との関連では、日本はドイツと同様大陸法系の法制度に立脚しており、歴史的にもドイツ刑法の影響を色濃く受けてきたため、共通の議論を展開できる領域も少なからず存在するように思われる。この点、確かに日本は国際刑法の実体法面の国内法化は「〔ＩＣＣの対象犯罪の〕ほとんどが既存の刑法などで処罰されうる」[13] としてこれを行わなかったため、すでに国内法化を行ったドイツとは前提が異なる。しかし、国際刑法典制定前のドイツにおいても、中核犯罪の大部分は当時のドイツ刑法によってカヴァーされていたが、[14] それでもあえて立法に踏み切ったのであった。加えて、本稿で述べるように、特に上官責任の領域で、ドイツは上官責任の諸種の類型を包括的に受容したわけではなく、当罰性の大小や従来の自国の刑法体系との関係等を考慮し、取捨選択した上で立法を行っている。したがって、ドイツがどの範囲まで立法を必要とし、あるいは不要としたのかを検討することは、日本にとっても参考になると思われる。

以上の問題意識に基づき、本稿では、まず国際刑法における上官責任の諸要件およびその「法的性質」論をめぐる議論の動向について素描し（二）、次にドイツの国際刑法典における同概念の位置づけ方について、逐条的に検討を行う（三）。最後に、ドイツ国際刑法典における上官責任の「位置づけ方」が、国際刑法上の上官責任をめぐる議論にとってどのような点において示唆を提供しうるのか、また、日本刑法の視点からはこれらの議論がどのように受け止められるべきであるのかについても、若干ながら付言する（四）。

二　国際刑法における上官責任

㈠　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規程二八条で定められている。上官責任の詳細な定義および成立要件には規程ごとに差異があるものの、その大まかな構造はほぼ共通しているといえる。[15] 以下では、上官責任の事例を最も多く扱っているＩＣＴＹ規程七条三項の規定にしたがって、その成立要件を概観する。

ＩＣＴＹ規程七条三項は、以下のように定められている。

> 上官は、部下が第二条から第五条までに定める行為を行おうとし又は行ったことを知り又は知る理由がある場合において、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は、当該行為が部下によって行われたという事実をもって、その刑事上の責任を免除されない。

同規定に基づき、アド・ホック法廷はその成立要件として、以下の三つをあげている。すなわち、（1）上官・部下関係の存在、（2）部下による犯罪が行われそうであること又はすでに行われたことを上官が知り又は知る理由があったこと、および（3）上官が犯罪を防止し又は行為者を処罰するために必要かつ合理的な措置をとらなかったこと[16]である。

以上から明らかなように、上官責任は、部下による犯罪を防止又は処罰するための「措置をとらない」という不作為のかたちで定められている。また、その名の通り、同概念の主体は「上官」に限定されており、判例によれば、「犯罪の実行を防止および処罰するための実質的な能力」を有していたという意味での「実効的支配」（effective control）を有していることが必要であるとされている[17]。

上官責任に関して特筆すべきことは、客観面・主観面の双方で複数の要件が定められており、その結果として上官責任には複数の類型が存在するということである。具体的にいえば、上官が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類型、②犯罪を知る理由があったにもかかわらずこれを防止しなかった類型、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類型および④犯罪を知る理由があったにもかかわらず行為者を処罰しなかった類型という四つの類型が想定されている[18][19]。

㈡　上官責任の「法的性質」をめぐる初期の議論と責任主義との整合性

以上のように、上官責任には四つの類型が包含されているが、初期のアド・ホック法廷の判例では、それぞれの類型が特段区別されることなく、上官は同概念に基づき、「部下による不法な行為について」（for the unlawful conduct of their subordinates）刑事責任を問われるとされていた[20]。この表現が具体的に何を意味するのかは必ずしも明らかではないが、学説上、当初のアド・ホック法廷は上官責任を関与形式（mode of liability）の一種として把握していたと評価

されており[21]、そのような見解を支持する立場も存在していた（関与形式説[22]）。すなわち、上官は――犯罪の関与者であったとはいえない場合であっても――ＩＣＴＹ規程七条一項やＩＣＣ規程二五条三項に定められる諸種の関与形式の場合と同様に、部下による犯罪についての責任を「帰属される」（zugerechnet/imputed[23]）と評価されていたのである。

このような「法的性質」をめぐる議論は、当初の判例においては自覚的に論じられておらず、上官責任が関与形式と類似するものであるということが漠然と認識されていたにすぎなかったように思われる。一方で、関与形式説に対しては、「責任主義」（Schuldprinzip/principle of culpability）に反するとの批判が早期から提起されていた。それによれば、関与形式説は、上官が事後的に部下を処罰しなかったにすぎない場合や上官が犯罪を認識していなかったような場合であっても、犯罪に対する寄与の程度を考慮することなく、上官を即座に中核犯罪の正犯（Täter）としてひとまとめにみなすものであると指摘されていた[24]。この点、国際刑法（学）の次元における「責任主義」の内容は必ずしも明らかではないが、ＩＣＴＹの判示に依拠して、「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」とする原則をいうとされることがある[25]。そして、関与形式説は、まさに上官が「関与していない」犯罪について責任を問うものであるとして、批判を受けていたのであった。

以上のような責任主義との整合性に関する批判を念頭に、上官責任に包含される個々の類型がそれぞれ独立した真正不作為犯（echtes Unterlassungsdelikt）であるとする見解が提唱された（独立犯罪説[26]）。それによれば、上官責任の下では、上官は「部下による犯罪について」責任を問われるのではなく、部下による犯罪を防止又は処罰しなかったという自己の作為義務違反（不作為）のみについて責任を問われるべきであるとされる。したがって、この見解の下では、上官は厳密には中核犯罪の行為者として扱われるわけではなく、中核犯罪の行為者とは区別された責任を負うこととなる。加えて、一部の論者からは、上官責任に基づき刑事責任を負う場合には、他の形式（たとえば教唆犯や幇助犯等）の場合よりも、処罰を軽いものとすべきであるということが指摘されていた[27]。

(三) 近時の判例の動向

前述のように、初期のアド・ホック法廷においては、上官責任の法的性質についてはほとんど明示的に論じられておらず、独立犯罪説は、当初は学説の領域で形成されているにすぎないものであった。しかし、後にアド・ホック法廷の第一審裁判部も、その立場を一部認容するかのようなアプローチを採用するに至っている。

アド・ホック法廷ではじめて上官責任の法的性質論について明示的に言及したのは、二〇〇三年のハジハサノヴィッチ事件上訴審決定に対して付されたシャハブディーン判事による反対意見であった。同判事は、当該決定に対する反対意見の中で、上官責任を関与形式として捉える多数意見を批判し、独立犯罪説を採用すべきであると論じている。[28] ただし、この時点ではそのような見解は少数意見にとどまるものであった。[29]

その後、二〇〇五年のＩＣＴＹハリロヴィッチ事件第一審判決において、はじめて裁判所の多数意見の中で法的性質論に関する詳細な判示がなされた。ここで注目すべきことは、従来の判例で述べられてきた、上官が「部下による犯罪について責任を負う」ということは、「犯罪を行った部下と同じ罪責を共有するということを意味するものではなく、部下によって犯罪が行われたことを理由として、自己の不作為について罪責を負うということを意味する」[30]と述べている点である。すなわち、第一審裁判部は、独立犯罪説の論者が述べていたのと同様に、上官責任の処罰根拠が上官の作為義務違反という点のみにあるとし、上官の帰責範囲を限定しているのである。第一審裁判部はこの点を指して、上官責任は、上官に対して――部下と同等の責任ではなく――「固有の」(sui generis)[31] 刑事責任を負わせるものであるとし、上官責任と他の関与形式との間で明確に峻別を図っている。この立場は、その後の第一審判決の中でも支持されている。[32]

加えて、近時の第一審判決では、上官責任の他の側面、すなわち量刑および他の関与形式との競合においても、右

のような法的性質が反映されている。第一に、ハジハサノヴィッチ事件第一審判決によれば、七条一項の通常の関与形式に基づき有罪とされる者に対して適用される量刑枠組みは、上官責任のみに基づき有罪とされる被告人に対しては適用されないとされる。[33] この判示の意図は必ずしも明らかではないが、一部の学説によれば、上官責任のみに基づき有罪とされる者に対して言い渡される刑は、他の関与形式に基づき有罪とされる場合よりも低いものでなければならないことを示しているとされる。[34] 実際に、第一審裁判部で上官責任のみに基づき有罪とされた被告人に対しては、非常に軽い刑が言い渡されている。[35] 一方で、この点に関して上訴裁判部はほとんど言及してこなかったが、二〇一二年のICTRヌタバクゼ事件上訴審判決では、通常の関与形式については有罪とならず、上官責任のみに基づき有罪となった場合であっても、それ自体は刑事責任を減少させるものではなく、刑の減軽事由とはならないとされた。[36] ただし、同事件の第一審では、そもそも被告人ヌタバクゼは通常の関与形式に基づいては訴追されておらず、被告人は「部下による犯罪を故意に防止しなかった」という、上官責任の中で最も刑事不法が重いとされる類型に基づき有罪判決を受けていることには留意する必要がある。[37] 次に述べるように、このような事情の下では、被告人は本来的には上官責任ではなく通常の関与形式に基づいて有罪となる余地があったように思われるのである。仮に上訴裁判部が、上官が犯罪を実際には認識していなかった場合や事後的に処罰を怠った場合であっても、一律に共犯等と同等の責任を問いうるとしたならばそれは不当である。なぜなら、通常の関与形式では捕捉されないが上官責任には該当するような類型の場合には、類型的にその不法が低いと考えることにはなお合理性があるように思われるためである。

第二に、同一事実について上官責任と通常の関与形式の両者の要件が充足される場合、上官はより直接的な関与のための責任である後者のみに基づいて有罪となり、不作為について「固有の」刑事責任を基礎づける上官責任は補完的なものとなるとされる。[38] 特に、①上官が故意に犯罪を防止しない類型に際しては、大抵の場合には他の関与形式の要件も充足するのであり、実務上も通常の関与形式のみに基づき有罪となるケースが多い。[39] このことから、①の類型

は形式的にのみ（pro forma）上官責任に包含されているにすぎないとする見解も提起されている。[40] ただし、この場合、上官責任に基づく上官としての義務を怠ったことを、量刑段階で刑を加重する要素として考慮することができるとされる。[41]

以上のように、近時のアド・ホック法廷では、独立犯罪説の主張が一定程度受容されている。ただし、留意すべきであるのは、アド・ホック法廷は上官責任を真の意味で「独立した犯罪」として位置づけているわけではないという点である。なぜなら、依然として上官責任は、他の関与形式と同様にＩＣＴＹ規程七条の中で総則上の規定として定められており、[42] 上官は原則として部下と同様の罪名について有罪とされ、上官責任に関する検討も、「犯罪」としてではなく、他の関与形式と同様に「個人の刑事責任」に関する章の中で行われているため[43]である。このような点を指して、上官責任は軽い刑事責任を基礎づける帰属概念として用いられているとの指摘もある。[44]

いずれにせよ、近時の第一審裁判部で採用されている、上官責任を「固有の」責任を基礎づける概念として位置づけるアプローチは、少なくとも当初のアド・ホック法廷における上官責任の位置づけと比べれば責任主義と整合するものであり、従来みられた上官責任と責任主義との対立は、一定程度止揚されたといえる。[45]

三　ドイツ「国際刑法典」における上官責任の受容

上官責任の法的性質をめぐる議論は、第一次的には、国際刑事法廷で上官責任が適用される際に、その法的性質をいかに捉えるべきかという視点から展開されてきた。他方で、第二次的には、特に各国がＩＣＣに加盟するにあたって上官責任を国内法上受容する場合に、同概念をどのように位置づけるべきかという観点も意識されてきたといえる。前章でみたように、法的性質論に関してどのようなアプローチをとるかによって、量刑や他の関与形式との関係に影

響が生じることもありうる。[46] そのため、国内法の次元でも、上官責任の法的性質をどのように解するかはきわめて重要な問題なのである。

この点、二〇〇二年に発効したドイツの「国際刑法典」[47]は、上官責任を責任主義と整合するかたちで規定している一例として、ドイツ内外を問わず注目を集めている。同法はアド・ホック法廷で法的性質論に関してはじめて言及された二〇〇三年のＩＣＴＹ上訴審決定よりも前に制定されたものであるにもかかわらず、上官責任が責任主義と整合するよう再構成されている。以下では、同法における上官責任の規定を逐条的に検討し、その全体像と特徴を明らかにした上で、これが国際刑法上の上官責任の解釈論およびその国内法化をめぐる議論に際してどのような点で参考になるのかについて検討を行う。

(一) 国際刑法典の概要

ドイツは二〇〇〇年にＩＣＣ規程を批准し、実体法に関する国内担保法として、二〇〇二年に国際刑法典を制定した。同法はＩＣＣ規程上の概念をそのまま受容するのではなく、ドイツ刑法の犯罪体系に適合するように、諸種の概念に適宜修正を施している。[48]

同法は二部構成からなり、第一部で総則、第二部で各則が定められている。第二部はさらに三つの章に分かれ、第一章ではジェノサイド罪および人道に対する犯罪、第二章では戦争犯罪、第三章では「その他の犯罪行為」が定められる。上官責任は総則の四条、各則の「その他の犯罪行為」の一三条および一四条として、三つに分けて定められている。

ここで、本稿との関係であらかじめ指摘しておきたい同法の特徴は以下の四点である。

第一に、ドイツの立法者によれば、ＩＣＣ規程上の犯罪にあたる行為態様のほとんどは、国際刑法典制定以前のド

イツ刑法上の通常犯罪によってすでに可罰的であったとされる。[49] この点、前述のように、日本は同様の理由に基づき、ＩＣＣ規程上の犯罪類型を国内法化せず、もっぱら手続法面の法整備を行うにとどまった。ドイツはそれとは対照的に、あえて実体法面について国内法化を行っている。その理由は、「現行のドイツ刑法においては、〔中核犯罪の〕本来の国際法上の不法内容が固有のものとして把握されていなかった」[50] ためであるとされる。たとえば人道に対する犯罪が成立するためには、文民たる住民に対する広範又は組織的な攻撃の一部として個別的行為がなされる必要がある[51] が、従来のドイツ刑法上の通常犯罪では――形式的には何らかの犯罪構成要件に該当するかもしれないが――攻撃の広範性・組織性という文脈を十分に考慮できないとされたのであった。[52]

第二に、ドイツでは、国際刑法上の概念が、国際刑法典という一つの独立した特別法の中にすべてまとめられている点である。[53] この点、通常の刑法典に国際刑法上の犯罪を規定するという方法をとることも可能であったにもかかわらず、[54] ドイツはあえて特別法を作るという手段を選択したのである。[55] このように特別法という形式を採用することで、上官責任をはじめとする国際刑法上の固有の概念を一般刑法に干渉させることなく、特別法の枠組みの中に「追いやってしまえる」ことは、特別法形式の利点であるといえよう。

第三に、国際刑法典二条によれば、同法一条および三条から五条までに特別の規定がない限り、刑法典上の総則規定が適用される。そのため、刑法典上の故意や関与形式等に関する規定が妥当することとなる。[56]

第四に、国際刑法典には、重罪にあたる犯罪と軽罪にあたる犯罪の両者が存在しており、重罪に対しては世界主義が適用され、公訴時効および刑の時効にかからないとされている（一条・五条）。国際刑法典上の重罪とは、各則（第二部）のジェノサイド罪、人道に対する犯罪（第一章）および戦争犯罪（第二章）をいう。これに対して、「その他の犯罪行為」（第三章）として定められている、一三条および一四条の上官責任の規定は軽罪（刑法典十二条二項）にあたるため、刑法典三条以下所定の国外犯処罰規定のみが適用され、また、刑法典七八条以下に定められる時効に関す

る規定が適用されることとなる。[57]

(二) 国際刑法典における上官責任の位置づけ

国際刑法典では、上官責任は第一部（総則）の四条、第二部（各則）第三章（その他の犯罪行為）の一三条および一四条に、三つに分けて規定されている。ドイツの立法者によれば、ＩＣＣ規程では、上官責任に包含される四つの類型――すなわち、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類型、②犯罪を知る理由があったにもかかわらずこれを防止しなかった類型、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類型および④犯罪を知る理由があったにもかかわらず行為者を処罰しなかった類型――が、一律に部下による犯罪の故意正犯と同等の扱いを受けているとされており、このような取扱いは責任主義の観点から許容されないとされた。[58] そこで、国際刑法典では、それぞれの類型が責任主義と整合するよう、①の類型のみが関与形式として四条に定められている一方で、その他の類型は、それよりも軽微な類型として、独立した各則上の犯罪として定められているのである。[59] なお、④の類型は、国際刑法典では除外された（後述）。

1 四条

国際刑法典四条は以下のように定められている。[60]

第四条　指揮官その他の上官の責任

（一）軍の指揮官又は文民の上官であって、自己の部下が本法所定の罪を犯すことを防止しなかった者は、部下が犯した罪の正犯と同様に罰せられる。この場合には、刑法典第一三条第二項は適用されない。

（二）部隊において、実質的な指揮又は権能及び支配を行使する者は、軍の指揮官と同様に扱われる。民間の組織又は企業にお

いて、実質的な権能及び支配を行使する者は、文民の上官と同様に扱われる。

条文から明らかな通り、同条一項は、上官責任の類型のうち、①の類型を定めたものである。また、同条二項は、軍の指揮官と文民の上官の射程範囲について定めており、同項は一三条および一四条でも適用されるとされている。

国際刑法典が制定される以前にも、上官責任の①の類型は、不真正不作為犯に関する総則規定である刑法典一三条か、公務担当者が自己の部下に対して犯罪を行うよう誘致する行為を処罰する各則規定である同三五七条等により、[61]すでに可罰的であったとされる。[62]それにもかかわらず、国際刑法典の制定に伴い、改めて四条が設けられたのであった。

同条の特徴は、以下の二点である。すなわち、第一に、同条は上官責任に関する他の規定とは異なり、総則上の概念として定められており、同条の要件を充足した場合には、上官は部下によって行われた中核犯罪の「正犯と同様に罰せられる」（wird wie ein Täter …… bestraft）とされている。より具体的にいえば、この場合の上官は中核犯罪の「正犯としての」（als Täter）法的評価を受けるとされている。[63]したがって、同条では上官は「部下による中核犯罪について」同様の罪名に基づいて処罰されることとなり、部下がどの犯罪構成要件を実現したのかが重要な意味を有することとなる。その意味で、同条は関与形式説の視座を取り入れたものであるといえる。[64]加えて、同条の要件を充足する場合には、本来は正犯とはならず幇助犯にしか該当しないような場合であっても、一律に正犯と同様の責任を問われることとなるとされる。[65]たとえば、上官が、中核犯罪の特別な主観的構成要件（ジェノサイド罪の破壊する意図等）[66]を有していなかった場合がこれにあたる。[67]その意味で、同条は他の共犯形式に優越して適用されることとなる。第二に、通常の不真正不作為犯の場合には、刑法典一三条にしたがって刑の任意的減軽の対象となるが、国際刑法典四条ではこれが明文で排除されている（同条一項二文）。

以上のように、同条は上官を一律に「正犯」として評価し、かつ、刑法典一三条二項に基づく任意的減軽を認めないという点において、通常犯罪の枠組みと比べて上官に対する処罰を加重するものであるといえる。このような加重がなされる理由としては、以下のことがあげられている。すなわち、（1）犯罪阻止義務を有する者が他者による犯罪を防止しなかった場合に、当該不作為犯が正犯となるか幇助犯となるのかについては理論的対立があり[68]、立法者はこれを回避するために上官を明文で一律に正犯としたこと[69]、（2）武力集団は潜在的な危険を有しており、また、そのような組織の上官は自ら権限を行使することにより、そのような犯罪を防止することが容易であること[70]、および（3）刑法典三五七条においても、部下に犯罪を行わせた（geschehen läßt）官公庁の上司に対して一律に正犯としての責任を問うことが許容されていることなどである[71]。もっとも、このような見解に対しては、本来であれば正犯と評価されえない者を正犯として処罰することは、責任主義に反し不当であるとして、同条を限定的に解するべきとする論者も存在する[72]。

ただし、少なくとも「上官」としての身分を有する者が犯罪に対して寄与した場合には、当該身分が刑を加重する事由とされているという限りにおいては、近時のアド・ホック法廷と国際刑法典ではほぼ同様の枠組みが存在していることは、看過されてはならない。前述のように、近時のアド・ホック法廷では、同一の事実に関して、ＩＣＴＹ規程七条一項所定の通常の関与形式と上官責任の両者の要件が充足される場合には、通常の関与形式のみが適用される一方で、上官責任の「上官・部下関係」要件が充足されたことが刑を加重する事由として考慮されている。これに対して、ドイツ国際刑法典においては、上官が犯罪を故意に防止しなかった場合には四条に基づき、――本来的には正犯たりえない場合であっても――一律に正犯としての重い責任を問われる。このように、アド・ホック法廷とドイツ国際刑法典の両者において、「上官」という身分が刑事責任を加重する方向で考慮されており、このような発想それ自体は、必ずしも否定されるものではないように思われる[73]。確かに、国際刑法典四条でそのような類型が一律に「正

犯」とされていることに関しては、反対説がいうように疑問の余地はあるが、その場合には、同条のモデルとなった刑法典三五七条とのバランスもあわせて検討される必要があろう。

なお、近時、ドイツでは国際刑法典の初の適用事例が登場し、同事件では被告人が同法四条に基づき起訴されている。[74] 本稿では紙幅の都合上扱わないが、裁判所が同条と責任主義との関係を含め、どのような議論を展開するのか、いっそう注視する必要がある。

2　一三条および一四条

一三条および一四条は以下のように定められている。

第一三条　監督義務違反

（一）自己の指揮又は実質的な支配の下にある部下に対する適切な監督を、故意又は過失により怠った軍の指揮官は、当該部下が本法所定の罪を犯した場合であって、当該行為が差し迫っていることが当該指揮官にとって認識可能であり、かつ、これを防止することができた場合には、監督義務違反により罰せられる。

（二）自己の命令権又は実質的な支配の下にある部下に対する適切な監督を、故意又は過失により怠った文民の上官は、当該部下が本法所定の罪を犯した場合であって、当該行為が差し迫っていることが当該上官にとって容易に認識可能であり、かつ、これを防止することができた場合には、監督義務違反により罰せられる。

（三）本条の罪は、第四条二項の例に従う。

（四）故意による監督義務違反は、五年以下の自由刑に処せられ、過失による監督義務違反は、三年以下の自由刑に処せられる。

第一四条　犯罪行為の通報の懈怠

（一）部下により行われた本法所定の罪を、そのような行為の捜査又は訴追につき権限を有する官庁に対して遅滞なく通知することを怠った軍の指揮官又は文民の上官は、五年以下の自由刑に処せられる。

（二）本条の罪は、第四条二項の例に従う。

これらの二つの条文の中では、上官責任の諸類型のうち、四条では捕捉されない類型が定められている。また、国際刑法典四条とは異なり、一三条および一四条は、各則上の「その他の犯罪行為」として規定されている。すなわち、同条は不作為それ自体が独立した犯罪として定められている点で、前述の独立犯罪説に則った規定ぶりとなっているのである。[75] このことに伴い、これらの両類型においては、それぞれ個別の刑罰が定められている。

前述のように、上官責任のすべての類型を一律に関与形式とする見解は責任主義に反するとされていた。これに対して、ドイツの立法者は一三条および一四条を責任主義と整合するよう定め、[76] かつ、中核犯罪の規定とは法的効果においても明確に区別している。まず、両規定に定められる犯罪では非常に低い法定刑が定められており、軽罪（刑法典一二条二項）として位置づけられている。また、これらの両規定に定められる犯罪は世界主義の対象とはならず、かつ、時効の適用があるとされている点で、国際刑法典六条から一二条までに定められる中核犯罪および四条に定められる上官責任とは、明確に区別が図られているのである。最後に、両規定が独立した犯罪として定められていることにより、これらに基づいて刑事責任を負う上官は、「部下による犯罪について」の責任を問われるのではなく、自己の不作為のみについて責任を問われることとなる。[77]

以下では、それぞれの規定について若干ながら概観する。まず、一三条は故意又は過失による「監督義務違反の罪」を定めたものである。[78] 一見すると、同条の故意の監督義務違反の類型は、国際刑法上の上官責任の①の類型を定めたものであるようにも思われ、四条と適用範囲が重複する部分があるようにもみえる。しかし、これらの両規定では、「部下による犯罪」の位置づけが明確に異なる。すなわち、四条では部下による犯罪の実行（およびその結果）は構成要件要素として故意の対象となるのに対して、一三条では、立法者の見解によれば、部下による犯罪は客観的処

罰条件とされている。[79] このことに伴い、四条とは異なり、一三条では、部下による犯罪という要素は故意の対象には含まれない（ただし、文言上、少なくとも認識可能であることは要求される）。このように、一三条では部下による犯罪が構成要件要素とされていないことから、同条の処罰根拠が上官の監督義務違反という点のみにあるということも浮き彫りになっているといえる。なお、部下による犯罪を防止しないという上官の不作為が、正犯、共犯ないしは国際刑法典四条などの関与形式の要件と、一三条の要件の両者を充足する場合には、前者が優越するとされる。[80]

次に、一四条は、上官が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類型を定めたものである。ここで留意すべきことは、本条では④犯罪を知る理由があったにもかかわらず行為者を処罰しなかった類型が包含されていない点である。この点に対しては、「〔上官が部下を処罰しないという類型において、〕上官の過失が当罰的不法の敷居を越えることはほとんどない」[81]として肯定的に評価する見解がある一方で、過失の類型を排除したことで、国際刑法典はＩＣＣ規程から一歩後退したとする見解もみられる。[82]

最後に、法定刑に関して付言すれば、一三条四項では故意の場合には五年以下、過失の場合には三年以下の自由刑に処せられるとされており、一四条一項では五年以下の自由刑が定められている。このように、一三条および一四条では、第二部第一章から第三章までに規定される中核犯罪の法定刑よりも非常に低い刑が定められている。[83]

㈢　評　価

以上のように、国際刑法典では、上官責任の諸類型のうち、国内法化するもの・しないものが取捨選択された上で（具体的には、④の類型が排除されたこと）、最終的に国内法化された諸類型も、上官が問われるべき刑事責任の内実に合わせて整理されている。最も重大な不法内容を有する①の類型は加重された関与形式として四条に位置づけられ、同条では上官は「部下による犯罪について」正犯としての責任を問われる。一方で、その他の類型は（④の類型を除い

て）一三条および一四条の中で独立した犯罪として各則上位置づけられ、上官は自己の不作為のみについて軽い責任を問われるにすぎない。加えて、法的効果の面でも、後二者は軽微な類型であるために世界主義の適用がなく、かつ時効の適用があるという点で、四条とは明確に区別されている。このように、上官責任の諸種の類型が区別され、特に一三条および一四条の類型が軽微な独立した犯罪として定められていることは、責任主義と整合するすぐれた手法であると評価されている。[84]

これに対して、分割して定められている国際刑法典上の上官責任の規定が「〔ＩＣＣ規程〕二八条のすべての類型をそのニュアンスまで汲んだ上で包含しているかどうかは、未だ検討を要する」とし、このような規定方法は国際刑法上の規定が有する「意識的形成力」（die bewusstseinsbildende Kraft）を阻害するおそれがあるとする見解も提起されている。[85] つまり、国際刑法典で上官責任のそれぞれの類型が分割して定められていることにより、国際刑法上の上官責任の本来の処罰根拠を覆い隠し、独自の不法概念を「でっち上げている」のではないかとする疑問も、一部の論者から向けられているのである。[86]

しかし、少なくとも国際刑法典上の上官責任の規定に関する限り、そのような批判は適切ではない。その論拠としては、以下の二つをあげることができるように思われる。

第一に、ＩＣＣ規程上、ＩＣＣ締約国は、規程上の実体法上の概念を国内法化する際にそれをどのように位置づけるかに関して、何らの制約も課されていないということである。[87] したがって、ドイツが上官責任を受容する際に、ドイツの犯罪体系に沿うようこれを位置づけることは否定されるものではない。その限りでは、国際刑法とドイツの国際刑法典との間で、上官責任の位置づけに若干の齟齬が生じることは当然にありうる。[88]

第二に、そのような「齟齬」が存在しているとしても、国際刑法上の上官責任とドイツにおける上官責任との間の齟齬は、結果として現時点において、非常に小さいものとなっていると評価できる。近年のアド・ホック法廷の第一

審裁判部によれば、上官責任の下では、上官は自己の不作為のみについて「固有の」責任を問われるとされる。このような整理は、国際刑法典一三条および一四条が上官の不作為それ自体を軽微な独立した犯罪として定め、部下による犯罪を客観的処罰条件にすぎないとしていることとも整合的である。この点、確かに、アド・ホック法廷では上官責任が「個人の刑事責任」を基礎づける形式（関与形式）として用いられているのに対して、ドイツでは独立した犯罪類型とされている――したがって、上官に対して下される「罪名」は両者の間で異なる――という点で齟齬は残存しているが、実質的な観点からは、④の類型を処罰するか否かという点を除けば、両者はほとんど同様の機能を有する概念として用いられているように思われる。

四　結　論

本稿で繰り返し述べてきたように、ドイツ国際刑法典、とりわけその一三条および一四条では、国際刑法上の上官責任が責任主義と整合するよう再構成されて規定されている。確かに、「責任主義」概念は多義的であり、また、その概念が国際刑法の次元でどの程度まで妥当するのかについては議論の余地もあるかもしれない。しかし少なくとも、アド・ホック法廷が述べるように、「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」という原理は、疑いなく国際刑法の次元においても妥当すべきであると考えられる。[89] したがって、ドイツのように、上官責任の個々の類型の不法内容を分析し、上官が問われるべき刑事責任の範囲を明確化するという手法は、国際刑法学においても大いに参考とされるべきである。

この点、少なくとも当初のアド・ホック法廷で採用されていたとされる解釈（関与形式説）は、組織の上位者の責任を追求することを目指すあまり、関与者の寄与の軽重等を問わず、「十把一絡げに」処罰するものであるとの批判

を免れない。[90] これに対して、近時のアド・ホック法廷の第一審裁判部では、上官責任が、国際刑法典上の同概念とほぼ同一の機能を有する概念として用いられている。まず、上官責任の最も当罰性の高い①の類型の場合、アド・ホック法廷では原則として通常の関与形式に基づき「部下による犯罪について」責任を問われ、かつ、「上官」という身分を有していたことも考慮されて、刑が加重されることとなるのに対して、国際刑法典では、部下による犯罪の「正犯」として、やはり加重された関与責任を問われることとなる。次に、その他の類型の場合には、アド・ホック法廷第一審裁判部および国際刑法典のいずれにおいても、上官は部下が犯罪を行ったことを理由として、「自己の不作為について」、中核犯罪の行為者と比べて軽い責任を問われることとなる（ただし、④の類型は国際刑法典では不可罰とされている）。

近時のアド・ホック法廷の第一審裁判部がこのような見解を採用していることは、アド・ホック法廷においても責任主義という観点が明確に認識され、上官責任と他の関与形式概念が明確に区別されていることを表すものであり、歓迎されるべきである。今後、国際刑法の舞台がアド・ホック法廷からＩＣＣに移っていくこととなるが、ＩＣＣにおいてもこのような手法が採用されることが望ましい。

最後に、本稿で検討してきたドイツにおける立法が、日本にとってどのような示唆をもたらすものであるのかについて述べておきたい。

本稿第一章でも述べた通り、日本は「〔ＩＣＣの対象犯罪の〕ほとんどが既存の刑法などで処罰されうる」として、国際刑法の実体法上の概念を国内法化しなかったとされる。しかしながら、少なくとも上官責任に関する限りでは、そのような指摘は妥当しない。なぜなら、確かに上官責任の①の類型は、現在の日本刑法上も（共謀）共同正犯や幇助犯等を通じて処罰可能であるものの、他の類型に関しては、現在の日本刑法では適切な処罰が図られていないためである。[91] この点、①の類型が処罰できることで十分であるとすることそれ自体は、国内法化を行わなかったことの理

由としては適切ではない。というのも、国際刑法の次元においても、①の類型は通常の関与形式によって大抵の場合処罰可能であり、それによって捕捉できない②③④の類型を処罰できることこそが、上官責任の真髄であるためである。[92] したがって、国内法化を行わないことの理由として考えられるのは、上官責任に該当する行為が行われた場合であっても日本が裁判権を行使する必要はなく、ＩＣＣに引き渡してしまえば足りるということであるが、②③④の類型に関してそのような積極的な理由づけがなされていたのかどうかは必ずしも明らかではない。

この点、本稿でも述べた通り、確かに上官責任の②③④の類型は当罰性が比較的に軽微な類型であるため、上官責任の諸類型に対して綿密な検討を加えた結果として、日本の刑法上そのような軽微な犯罪類型を処罰することが謙抑性の観点から妥当でないという結論が導かれるのであれば、それ自体は否定されるべきではない。実際にドイツも、上官責任の④の類型は当罰性があまりにも低いとして、この類型を国際刑法典一四条から除外したのであった。しかし、日本でそのような検討が実際に十分に行われたのかどうかは明らかではなく、今後のさらなる検討を通じて、上官責任が日本刑法上も可罰的とされるべきであるのかについて明らかにされる必要があると思われる。

そのような検討を経た上で、仮に日本においても国際刑法上の概念を――包括的又は部分的に――国内法化する場合、ドイツの国際刑法典における上官責任の規定の中でも、とりわけ以下の点が参考となるように思われる。

第一に、上官責任は、いずれの類型であっても、中核犯罪のみに対して適用されるべき概念であり、国際刑法典での条文の位置づけ上もそれが明確に表れているという点である。すなわち、ドイツでは国際刑法典という特別法の中で、国際刑法上の固有の総則・各則上の規定が包括的に定められており、上官責任も、同法所定の犯罪についてのみ適用されるのである。反対に、もし上官責任が中核犯罪に限定されず、通常犯罪にまで適用されるとすれば、処罰範囲が過度に拡大するおそれがあるように思われる。[93]

第二に、上官責任の諸種の類型ごとに、法的効果の面で明示的に区別が図られている点である。アド・ホック法廷

およびＩＣＣの規程では、上官責任のすべての類型が一つの条文の中で一括して定められており、また、それに対してどのような刑罰ないし法的効果がもたらされるのかは明確に定められていない。その結果、当初においては関与形式説が主張され、責任主義との関係で疑義が呈されることとなってしまったのであった。これに対して、ドイツでは、四条では上官が正犯と同様に処罰されること、一三条および一四条ではそれぞれの類型に妥当する刑罰が明示的に定められている。加えて、後二者の類型は当罰性が低いために、世界主義の適用がなく、時効の適用があるとされている点で、法的効果においても四条とは異なる扱いを受けている。また、④の類型に至っては、当罰性が低いとしてそもそも国内法化が見送られることとなったのであった。このように、上官責任の諸種の類型の内容を分析し、どの類型を国内法化するのかについて取捨選択を行い、その上で、国内法化される類型の内部でもその重大性に応じて法的効果を分けるという手法は、日本にとっても大いに参考となるものであるように思われる。他方で、（ドイツや日本に限らず）各国において上官責任の内容が明確化されることは、国際刑法上の上官責任の発展にも資するものであるように思われる。

（1）国際刑法および中核犯罪の概念に関しては、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）*Héctor Olásolo*, The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes, Oxford/Portland, Oregon 2009, pp. 3 *et seq.* 参照。

（3）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. 343 参照。同概念は、第二次大戦直後に行われたいわゆる山下裁判を契機として実務上形成されてきた概念であり、一九七七年のジュネーヴ諸条約に対する第一追加議定書八六条二項および八七条によって国際条約上はじめて明文で定められた。同概念の歴史的発展に関しては、*William H. Parks*, Command Responsibilities 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―四〇頁以下、二七巻三号（二〇〇四年）五一―八四頁以下などを参照。

（4）旧ユーゴ国際刑事裁判所（ＩＣＴＹ）およびルワンダ国際刑事裁判所（ＩＣＴＲ）。

（5）*Gerhard Werle*, Völkerstrafrecht, 3. Aufl., Tübingen 2013, Rn. 540 参照。

（6）*Ibid.*; *Gerhard Werle*, Principles of International Criminal Law, 2nd ed., The Hague 2009, Mn. 499. また、*Beatrice I. Bonafe*, Finding a Proper Role for Command Responsibility, Journal of International Criminal Justice (JICJ) Vol. 5 (2007), p. 600 も参照。

（7）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）三七六頁以下参照。

（8）ＩＣＣ規程前文第一〇段および一条参照。ＩＣＣの管轄権に関しては、洪恵子「国際刑事裁判所における管轄権の構造」村瀬信也＝洪恵子〔編〕『国際刑事裁判所――最も重大な国際犯罪を裁く』東信堂（二〇〇八年）所収四一頁以下を参照。

（9）これに対して、日本をはじめとして、ＩＣＣとの協力に関する手続的な法整備を行うにとどまり、実体法面に関しては新規立法を行わなかった国も存在する（いわゆるミニマリスト諸国）。新倉修「国際刑事裁判所規程の批准と国内法整備の課題」法律時報七九巻四号（二〇〇七年）二八―二九頁参照。各国における国際刑法上の概念の受容に関しては、松葉真美「国際刑事裁判所規程履行のための各国の国内法的措置」レファレンス五四巻五号（二〇〇四年）三七―六三頁などを参照。

（10）たとえば、*Robert Cryer*, General Principles of Liability in International Criminal Law, in; *Dominic McGoldrick et al.* (eds.), The Permanent International Criminal Court, Oxford/Portland, Oregon 2004, p. 259; *Guénaël Mettraux*, The Law of Command Responsibility, New York 2009, pp. 80-81, note 184; *Olásolo, supra* note 2, p. 107, note. 131; *Chantal Meloni*, Command Responsibility in International Criminal Law, The Hague 2010, pp. 205 *et seq.*; *Elies van Sliedregt*, Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law, New York 2012, pp. 202 *et seq.*; *Antonio Cassese*, International Criminal Law, 3rd ed., Oxford 2013, p. 191, note 39; など。

（11）なお、上官責任を国内法化する際には、軍の指揮官と文民の上官をいかに区別するかという点も課題となりうるが、本稿の検討に際して基軸となる法的性質論とは関連性を有さないため、本稿では立ち入って論じないこととする。

（12）ただし、ドイツではこの問題が立法により解決されているのに対して、国際刑法の次元では国際刑事法廷の規程の解釈論

として論ずる必要があるため、仮にドイツの立法が妥当なものであったとしても、これが国際刑事法廷における解釈論としてただちに採用可能であるかどうかについては、別途の検討を要する。というのも、ＩＣＣ規程では、二一条によって適用可能な法源が一定の範囲に制限されており、アド・ホック法廷では、「疑いの余地なく慣習法の一部を形成している国際人道法上の規則」のみが適用されるとされているためである。Report of the Secretary-General pursuant to paragraph 2 of Security Council Resolution 808, UN Doc. S/25704 (1993), para. 34.

(13) 正木靖「日本と国際刑事裁判所」村瀬信也＝洪恵子〔編〕『国際刑事裁判所』東信堂（二〇〇八年）所収三三〇頁。また、髙山佳奈子「国際刑事法をめぐる課題と展望」刑事法ジャーナル二七号（二〇一一年）八頁も参照。亀甲括弧内は筆者による（以下同じ）。

(14) BT-Drucks. 14/8524 (2002), S. 12.

(15) 横濱（前掲注（7））三七〇頁以下を参照。

(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. 346. なお、ＩＣＣにおける上官責任の詳細な成立要件に関しては、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. 407を参照。

(17) 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.「実効的支配」を有している限り、軍の指揮官であろうと文民の上官であろうと、公的な権限を有していようとなかろうと、上官責任にいう「上官」にあたりうる。加えて、ＩＣＣ規程二八条では、軍の指揮官と文民の上官の両者が刑事責任を問われうることが明文で定められ、それぞれに異なる要件が付されている。詳しくは、*Gideon Boas et al.*, Forms of Responsibility in International Criminal Law, Vol. 1, New York 2007, pp. 181 *et seq.*; *Boris Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Strafrafsystem, Berlin 2008, S. 98 ff.; *Mettraux, supra* note 10, pp. 100 *et seq.*; *Meloni, supra* note 10, pp. 91 *et seq.* などを参照。

(18) ＩＣＣ規程二八条では、軍の指揮官（ａ）に関しては、「知っているべきであった」、それ以外の（文民の）上官（ｂ）に関しては、犯罪の存在を「明らかに示す情報を意識的に無視した」という主観的要件が付されている。

(19) *Volker Nerlich*, Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute: For What Exactly is the Superior Held Responsible?, JICJ Vol. 5 (2007), pp. 667 *et seq.* も参照。

(20) 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. 333; 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. 198; 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), p. 364; ＩＣＴＹ二〇〇三年三月三一日第一審裁判部判決（*Naletilić and Martinović*, IT-98-34-T), para. 163; *Barrie Sander*, Unraveling the Confusion Concerning Successor Superior Responsibility in the ICTY Jurisprudence, Leiden Journal of International Law, Vol. 23 (2010), p. 116, note. 61 参照。

(21) *Thomas Weigend*, Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 116 (2004), S. 1005, Fn. 18; *Burghardt*, a.a.O. (Fn. 17), S. 461; *Meloni, supra* note 10, p. 133; *Sander, supra* note 20, pp. 113 *et seq.* 参照。

(22) 当初のものとしては、*Ilias Bantekas*, The Contemporary Law of Superior Responsibility, American Journal of International Law (AJIL), Vol. 93 (1999), p. 577; *William J. Fenrick*, Article 28, in: *Otto Triffterer* (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 1st ed., Baden-Baden 1999, p. 516 参照。また、近時においても同説を支持するものとして、*Robella Arnold/Otto Triffterer*, Article 28: Responsibility of Commanders and Other Superiors, in: *Otto Triffterer* (ed.), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2nd ed., München 2008, Mn. 90 を参照。

(23) *Weigend*, a.a.O. (Fn. 21), S. 1006; *Sander, supra* note 20, p. 124.

(24) *Weigend*, a.a.O. (Fn. 21), S. 1025. 責任主義の観点からの批判に関しては、横濱（前掲注（7））三七七頁以下も参照。

(25) 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. 国際刑法（学）の次元における責任主義概念については、横濱（前掲注（7））三七七頁以下も参照。

(26) 独立犯罪説に基づいている初期の論考としては、*Kai Ambos*, Superior Responsibility, in: *Antonio Cassese et al.* (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, Vol. 1, Oxford 2002, pp. 824, 871; *Bing Bing Jia*, The Doctrine of Command Responsibility Revisited, Chinese Journal of International Law, Vol. 3 (2004), pp. 31–33 などを参照。また、近時のものとしては、*Oldsolo, supra* note 2, pp. 105 なども参照。

(27) *Ambos, supra* note 26, pp. 852 *et seq.*; *Mirjan Damaška*, The Shadow Side of Command Responsibility, AJIL Vol. 49 (2001), p. 483 参照。

(28) ＩＣＴＹ二〇〇三年三月三日上訴裁判部決定（*Hadžihasanović*, IT-01-47-AR), Judge *Shahabuddeen* Dissenting Opinion, para. 32 参照。

(29) アド・ホック法廷の見解の変遷に関しては、*Chantal Meloni*, Command Responsibility - Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?, JICJ Vol. 5 (2007), pp. 625 *et seq.* などを参照。

(30) 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.

(31) 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.

(32) 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), paras. 74 *et seq.*; 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 などを参照。

(33) 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。

(34) *Nerlich, supra* note 19, p. 666 参照。

(35) たとえば、ハジハサノヴィッチ・クブラ事件第一審判決では、被告人ハジハサノヴィッチおよび被告人クブラの両者が、戦争の法規または慣例に対する違反（ＩＣＴＹ規程三条）について上官責任に基づいて有罪とされ、前者に対しては五年、後者に対しては二年半の自由刑という比較的に軽い刑が言い渡された。また、オリッチ事件第一審判決では、同様に戦争の法規または慣例に対する違反について上官責任に基づき有罪とされた被告人オリッチに対して、二年の自由刑が言い渡された。同判決は、現在までのＩＣＴＹの判決の中で、最も軽い自由刑が言い渡された事案である。

(36) ＩＣＴＲ二〇一二年五月八日上訴裁判部判決（*Ntabakuze*, ICTR-98-41A-A), para. 282 参照。

(37) ＩＣＴＲ二〇〇八年一二月一八日第一審裁判部判決（*Bagosora et al.*, ICTR-98-41-T), paras. 2065, 2067 参照。

(38) 判例の変遷について簡潔にまとめているものとして、ＩＣＴＹ二〇〇六年六月三〇日第一審裁判部判決（*Orić*, IT-03-68-T), paras. 339 *et seq.* 参照。

(39) *Bonafe, supra* note 6, pp. 602, 614 *et seq.* 参照。また、古谷修一「個人の国際責任と組織的支配の構造」国際法外交雑誌一〇九巻四号（二〇一一年）五二頁も参照。

(40) *Burghardt*, a.a.O. (Fn. 17), S. 462 参照。

(41) たとえば、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. 343 参照。

(42) *Arnold/Triffterer, supra* note 22, Mn. 90; *Sander, supra* note 20, pp. 122 *et seq.* 参照。

(43) アド・ホック法廷の実務における「犯罪」と「個人の刑事責任」の二元論に関しては、*Burghardt*, a.a.O. (Fn. 17), S. 265 ff., 285 ff. を参照。

（44）*Burghardt*, a.a.O.（Fn. 17）, S. 406 ff. また、*Hans Vest*, Völkerrechtsverbrecher verfolgen, Bern 2011, S. 271 ff., Fn. 324 も参照。

（45）依然として上官責任の位置づけを不当とし、規程改正による解決を提案するものとして、*Thomas Weigend*, Superior Responsibility: Complicity, Omission or Over-Extension of the Criminal Law?, in: *Christoph Burchard et al.*（eds.）, The Review Conference and the Future of the International Criminal Court, Alphen aan den Rijn 2010, p. 80 参照。

（46）そのような視点に基づき上官責任の国内法化についていち早く論じていたものとしては、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）所収八五一頁がある。

（47）BGBl. 2002 I S. 2254. 同法に関しては、フィリップ・オステン「国際刑事裁判所規程と国内立法――ドイツ『国際刑法典』草案を素材として」ジュリスト一二〇七号（二〇〇一年）一二六頁以下、同「国際刑事裁判所の設立と立法上の対応（上）（下）」捜査研究五一巻五号（二〇〇二年）六六頁以下、五一巻七号（二〇〇二年）六二頁以下を参照。

（48）オステン「国際刑事裁判所の設立と立法上の対応（下）」（前掲注（47））六八頁参照。

（49）BT-Drucks. 14/8524（2002）, S. 12 参照。

（50）*Ibid.*

（51）ＩＣＣ規程七条一項参照。

（52）BT-Drucks. 14/8524（2002）, S. 12 参照。

（53）同様に特別法を制定したものとしては、イギリスの「国際刑事裁判所法」（International Criminal Court Act: 二〇〇一年発効）カナダの「人道に対する犯罪及び戦争犯罪法」（Crimes against Humanity and War Crimes Act: 二〇〇〇年発効）、韓国の「国際刑事裁判所管轄犯罪の処罰等に関する法律」（국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률：二〇一一年発効）などがある。

（54）オステン「国際刑事裁判所の設立と立法上の対応（下）」（前掲注（47））六二頁参照。そのような手法を採用している国としては、スイスがあげられる（二〇一〇年改正）。スイス刑法典二六四条以下を参照。

（55）その理由としては、一つの法律の中に国際法上の犯罪をまとめて規定することにより、「国際法上の犯罪に特有の不法概念を構成要件上明確化すること」および「実務上の便を図ること」があげられている。BT-Drucks. 14/8524（2002）, S. 12 参照。

(56) この点に関しては、*Gerhard Werle*, Völkerstrafrecht und deutsches Völkerstrafgesetzbuch, Juristen Zeitung (JZ) Bd. 8 (2012), S. 376 も参照。

(57) *Helmut Gropengießer*, in: *Albin Eser/Helmut Kreicker* (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Bd. 1, Freiburg 2003, S. 296 ff.; BT-Drucks. 14/8524 (2002), S. 14, 9.

(58) BT-Drucks. 14/8524 (2002), S. 36; *Werle*, a.a.O. (Fn. 56), S. 376 参照。

(59) *Gerhard Werle*, Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts, JZ Bd. 18 (2001), S. 891; *Gropengießer*, a.a.O. (Fn. 57), S. 295; *Weigend*, a.a.O. (Fn. 21), S. 1026 ff.; *ders.*, § 4 VStGB, in: *Wolfgang Joecks/Klaus Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6/2, München 2009, Rn. 7; *Kai Ambos*, Internationales Strafrecht, 3. Aufl., München 2011, Rn. 59; *Helmut Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2011, Rn. 67 などを参照。

(60) 国際刑法典の条文の訳は筆者による。

(61) ドイツ刑法三五七条一項は以下のように定められる。「上司が部下に対して、職務上の違法な行為を唆し若しくは唆すことを企行し、又は、部下にそのような違法な行為を行わせたときは、この違法な行為に対して定められている刑が上司に科される」。訳は、法務省大臣官房司法法制部『ドイツ刑法典』法務資料四六一号（二〇〇七年）二一二頁による。

(62) BT-Drucks. 14/8524 (2002), S. 18 ff. 参照。

(63) *Weigend*, a.a.O. (Fn. 59), Rn. 68; *Nora Karsten*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten, Berlin 2010, S. 100. この点、一見したところ、同条は正犯としての法的評価を付与するのではなく、日本刑法の教唆犯（六一条一項）と同様に、正犯と同様の刑を科するものにすぎない――したがって、規範的には上官責任と正犯はなお区別される――と解することも可能であるようにも思われるが、そのような見解を表明する論稿は現在のところみあたらない。

(64) *Werle*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 577. ヴェルレは同条を「故意の不真正不作為正犯」の規定と呼んでいる。

(65) BT-Drucks. 14/8524 (2002), S. 18 ff.; *Weigend*, a.a.O. (Fn. 59), Rn. 12, 15; *Boris Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit nach Völkerstrafrecht und deutschem Recht (§4 VStGB), Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Bd. 11 (2010), S. 703; *Werle*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 577 も参照。

(66) 同概念に関しては、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）一二〇頁以下を参照。

(67)　*Werle*, a.a.O.（Fn. 5）, Rn. 577 参照。

(68)　この問題はドイツに限らず日本でも盛んに論じられている問題である。たとえば、神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』成文堂（一九九四年）、山中敬一「不作為による幇助」斎藤誠二先生古稀記念『刑事法学の現実と展開』（二〇〇三年）三三一頁以下、島田聡一郎「不作為による共犯について（一）（二・完）」立教法学六四号（二〇〇三年）一頁以下、六五号（二〇〇四年）二一八頁以下、西田典之「不作為による共犯」法学協会雑誌一二二巻四号（二〇〇五年）四一七頁以下などを参照。

(69)　*Gropengießer*, a.a.O.（Fn. 57）, S. 295 ff.; *Weigend*, a.a.O.（Fn. 59）, Rn. 12.

(70)　*Weigend*, a.a.O.（Fn. 59）, Rn. 13 参照。

(71)　BT-Drucks. 14/8524（2002）, S. 18 ff.; *Weigend*, a.a.O.（Fn. 59）, Rn. 67; *Henning Radtke*, Gedanken zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im nationalen und internationalen Strafrecht, *Heike Jung/Bernd Luxenburger/Eberhard Wahle*（Hrsg.）, Festschrift für Egon Müller, Baden-Baden 2008, S. 590; *Karsten*, a.a.O.（Fn. 63）, S. 100, Fn. 52. ドイツ刑法典三五七条に関しては、*Peter Cramer/Günter Heine*, § 357 StGB in: *Albin Eser u.a.*（Hrsg.）, Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010 München, Rn. 1 参照。

(72)　詳しくは、*Burghardt*, a.a.O.（Fn. 65）, S. 704; *Werle*, a.a.O.（Fn. 5）, Rn. 578, Fn. 56 を参照。

(73)　スイス刑法典の上官責任の規定でも、部下による犯罪を故意に防止しなかった上官には正犯と同様の刑が科されると定められている。スイス刑法典二六四条k第一項参照。

(74)　同事案の概要は以下の通りである。被告人はドイツ在住のルワンダ人であり、同国内戦の影響でルワンダからコンゴ民主共和国へ脱出したフツ族によって結成された準軍事集団である「ルワンダ解放民主軍」の指導者であった。被告人は、二〇〇八年以降にコンゴ国内で同組織により行われた残虐行為について、人道に対する犯罪（国際刑法典七条一項一号および六号）および戦争犯罪（同八条一項一号、三号、四号、五号、九条）について、上官責任（四条）に基づき責任を負うとして、ドイツで逮捕された（加えて、刑法一二九条a第一項一号、四項および一二九条bに基づく、外国におけるテロ組織への所属に関する嫌疑もかけられている）。同事件はＢＧＨにおける勾留期間の延長（刑事訴訟法一二一条二項）に関する決定を経て、現在はシュトゥットガルト地方裁判所に係属中である。また、ＢＧＨでは、国際刑法典四条の成立要件に関して、詳細な判示がなされている。同事案に関しては、BGH Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, JZ 2010, S. 960 m. Anm. *Safferling*; *Burghardt*, a.a.O.（Fn. 65）, S. 695 ff. 参照。

(75) *Gropengießer*, a.a.O. (Fn. 57), S. 296 ff. この点、一三条が真正不作為犯と不真正不作為犯のどちらであるかについては争いがある。*Thomas Weigend*, § 13 VStGB, in: *Wolfgang Joecks/Klaus Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6/2, München 2009, Rn. 3 参照。

(76) BT-Drucks. 14/8524 (2002), S. 36; *Gropengießer*, a.a.O. (Fn. 57), S. 295 f.

(77) *Werle*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 579 参照。一三条に関してこの点について異論を提起するものとして、*Weigend*, a.a.O. (Fn. 75), Rn. 3 参照。

(78) 同条のモデルとなったのは、軍刑法（Wehrstrafgesetz）四一条および秩序違反法（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten）一三〇条などであるとされる。*Gropengießer*, a.a.O. (Fn. 57), S. 297.

(79) BT-Drucks. 14/8524 (2002), S. 36; *Karsten*, a.a.O. (Fn. 63), S. 108, Fn. 78 参照。同条における部下による犯罪が客観的処罰条件とされている理由としては、まず、「当該部下が本法所定の行為を行った場合であって」という客観的処罰条件に典型的な文言が用いられていることがあげられる。第二に、文言上、部下による犯罪が「認識可能」であれば足りるとされ、故意の対象とされていない点もあげられる。この点に関して異論を唱えるものとして、*Weigend*, a.a.O. (Fn. 75), Rn. 3 参照。

(80) *Weigend*, a.a.O. (Fn. 75), Rn. 37. 参照。

(81) *Thomas Weigend*, § 14 VStGB, in: *Wolfgang Joecks/Klaus Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6/2, München 2009, Rn. 17, Fn. 7.

(82) *Gropengießer*, a.a.O. (Fn. 57), S. 296; *Ambos*, a.a.O. (Fn. 59), Rn. 59; *Werle*, a.a.O. (Fn. 5), Rn. 576 参照。

(83) たとえば、国際刑法典六条一項および二項によれば、ジェノサイド罪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とされている。

(84) *Gropengießer*, a.a.O. (Fn. 57), S. 299; *Karsten*, a.a.O. (Fn. 63), S. 99 ff.; *Weigend, supra* note 45, pp. 79 *et seq.* 参照。

(85) *Otto Triffterer*, "Command Responsibility" – Grundstrukturen und Anwendungsbereiche von Art. 28 des Rom Statutes. Eignung, auch zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus?, in: *Cornelius Prittwitz u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, Baden-Baden 2002, S. 459.

(86) *Burghardt*, a.a.O. (Fn. 65), S. 702 ff 参照。

(87) ＩＣＣ規程上、締約国は被疑者の引渡し等の協力手続きを行うことができるよう確保する義務を負うにすぎず（八八条）、

裁判所の運営に対する犯罪（七〇条四項）以外に関しては、実体法上の概念を国内法化する義務は負わない。もっとも、日本との関係ではあるが、中核犯罪を国内法化しないというアプローチに対しては批判もある。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――」慶應義塾大学法学部〔編〕『慶應の法律学　刑事法』慶應義塾大学法学部（二〇〇八年）二二八頁参照。

(88) ただし、これは概念の受容の方法又は態様に関するものであって、このことからただちに国際刑法上の概念を国内法化しなくてよいという結論を促すわけではない。

(89) *Meloni, supra* note 10, p. 27 参照。

(90) 同様の指摘は、上官責任のみならず、アド・ホック法廷で実務上用いられているＪＣＥ（joint criminal enterprise）概念に関してもなされてきた。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）所収一三五頁以下、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）四六頁以下参照。

(91) この点に関しては、横濱（前掲注（7））三八五頁以下を参照。

(92) 横濱（前掲注（7））三九〇頁参照。

(93) この点、ドイツは国際刑法上の概念に特化した特別法を定めることで、国際刑法上の概念が国内刑法に影響を及ぼすことを回避している。ただし、このような「中核犯罪と通常犯罪の分離」を行うためには、必ずしも特別法という形をとる必要はなく、たとえば既存の刑法典の中に、国際刑法上の概念を定めることに特化した章を設けるという手法もありうる。そのような方法を採用しているものとして、スイス刑法典一二章の二以下を参照。

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
主要著作　「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』第九二号（二〇一二年）