

Title	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
Sub Title	Für welche Unterlassung wird der Vorgesetzte gemäß Art. 28 IStGH- Statut bestraft?
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	2017
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.113, (2017. 6) ,p.1- 34
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20170615-0001">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20170615-0001</a>

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——

横濱和弥

- 一 問題の所在
- 二 アド・ホック法廷における上官責任
  - (一) 処罰対象としての不作為
  - (二) 「実質的管理」概念
- 三 二分説
  - (一) 二分説の骨子
    - 1 二分説に基づく上官責任の構造
    - 2 二分説における上官の不作為の内容
    - 3 二分説における因果関係の対象
  - (二) 二分説の問題点
    - 1 結論の不当性
    - 2 従来の上官責任概念からの乖離
    - 3 上官責任の法的性質論との関係
- 四 単一説
  - (一) 小括
    - 1 ICC予審裁判部および学説の見解
    - 2 学説
    - 3 検討
  - (二) アムネスティ・インターナショナルの見解
    - 1 因果関係要件を不要とする立場
    - 2 検討
    - 3 私見
- 五 結論

## 一 問題の所在

国際刑法における「上官責任」(superior responsibility)とは、軍の指揮官や政府指導者等の「上官」としての地位を有する者が、自己の部下による中核犯罪<sup>(1)</sup>の発生を知り又は知っているべきであったにもかかわらず、これを防止または処罰しなかつた場合には、当該犯罪との関係で刑事責任を負うとする、不作為による帰責形態をいう<sup>(2)</sup>。同概念は、第二次大戦直後の戦犯裁判で形成され、その後、一九九〇年代初頭に国連安保理により設立されたいわゆるアド・ホック法廷の規程<sup>(4)</sup>、そして一九九八年採択の国際刑事裁判所(ICC)規程二八条でも定められた。同条(a)の日本語公定訳は以下の通りである<sup>(5)</sup>。

「第二八条 (指揮官その他の上官の責任)

裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪についての刑事責任であつてこの規程に定める他の事由に基づくもののほか、

(a) 軍の指揮官又は実質的に軍の指揮官として行動する者は、その実質的な指揮及び管理の下にあり、又は状況に応じて実質的な権限及び管理の下にある軍隊が、<sup>①</sup> 自己が当該軍隊の管理を適切に行わなかつた結果として裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪を行ったことについて、次の(i)及び(ii)の条件が満たされる場合には、刑事上の責任を有する。

(i) 当該指揮官又は当該者が、当該軍隊が犯罪を行つ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つて知つていべきであつたこと。

(ii) 当該指揮官又は当該者が、<sup>②</sup> 当該軍隊による犯罪の実行を防止し若しくは抑止し、又は捜査及び訴追のために事案を権限のある当局に付託するため、自己の権限の範囲内ですべての必要かつ合理的な措置をとることをしなかつたこと。」(傍線部は筆者)

ICCにおける上官責任の規定は、アド・ホック法廷における規定等と比べて詳細なものとなっている。もつとも、ICC規程においては、条文が精緻化されたというよりも、むしろ過度に複雑化し、犯罪の成立要件が不明確になってしまった感がある。特に、ICC規程二八条がいかなる不作為を処罰対象としているかについては見解の相違がみられるところ、この相違も条文の複雑さに起因するものであるように思われる。

同条の不作為の内容に目を向けると、まず、同条(a)のシャポア(柱書)では、上官が自己の軍隊(部下)に対する「管理」(control)を適切に行わないという不作為が要求されている(条文傍線部①)。以下、この管理の懈怠を「①シャポアの不作為」と呼ぶ。一方、サブパラグラフ(ii)では、上官が部下による犯罪を「防止」(prevent)、「抑止」(repress)または「付託」(submit)するための措置をとらないという不作為が定められている(条文傍線部②)。以下、これらを「②サブパラグラフの不作為」と呼ぶ。

このように、二八条では二種類の不作為が定められているようにもみえ、これらの両不作為の関係性については争いがみられる。すなわち、一方においては、①シャポアの不作為と②サブパラグラフの不作為が別個の概念であり、二八条に基づく刑事責任が認められるためには両不作為が必要との見解(二分説)が主張され、他方においては、両不作為が同一内容であり、防止・抑止・付託の懈怠(②サブパラグラフの不作為)のみをもって二八条に基づく刑事責任が生じるとの見解(単一説)も主張されているのである。

両見解の差異は、ICC規程二八条に基づく上官責任がいかなる不作為を処罰対象としているのかにかかわる問題であり、また、刑事手続において立証されるべき事項(不作為の数・内容)にも影響する。さらに、日本法との関係でみれば、近時、上官責任を国内法化するべきか否かが検討されているところ、<sup>6)</sup>その検討にあたっては、前提として、上官責任の処罰対象たる不作為の内容が明らかにされなければならないはずである。それにもかかわらず、学説においては、この問題について無自覚なまま解釈論が展開されることがままある。これにより、たとえば、論者によって

「不作為」の内容につき齟齬があったり、上官の不作為と部下による犯罪との間の因果関係の検討にあたって、どの、~~不作為との因果関係を検討しているのが噛み合っていないかったり、という状況が見受けられるのである。~~

さらに、近時においては、ICCの内部においても、上記の見解の対立がみられる。詳しくは後述するが、ICC初の上官責任に関する有罪判決であるベンバ事件<sup>(7)</sup>において、予審裁判部<sup>(8)</sup>は単一説を採用したのに対して、第一審裁判部<sup>(9)</sup>で同事件を担当した三名の裁判官のうち二名が、各個別意見の中で、二分説に立った上でその解釈論を展開しているのである。

以上の背景に鑑み、本稿では、二分説と単一説をそれぞれ検討し、上官責任の処罰対象としての不作為の内容を明らかにすることを試みる。以下では、まず、ICC規程の解釈にあたっても参考とされている、アド・ホック法廷における上官責任の構造を概観する(二章)。次に、裁判例および学説を素材として、二分説(三章)および単一説(四章)をそれぞれ検討する。最後に、私見を明らかにし、本稿の結論をまとめる(五章)。

## 二 アド・ホック法廷における上官責任

### (一) 処罰対象としての不作為

ICC規程二八条の検討に先立ち、まずはアド・ホック法廷において、上官責任の処罰対象たる不作為の内容がどのように理解されていたかを確認する。旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所(ICTY)規程七条三項において、上官責任は以下のように定められていた。

「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<sup>(1)</sup>防止するため又は当該行為を行った者を<sup>(2)</sup>処罰するため必要かつ合理的な措置をとらなかつたときは、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。」<sup>(10)</sup>（傍線部は筆者）

アド・ホック法廷における上官責任の成立要件は、第一に上官・部下関係の存在、第二に上官が部下による犯罪を知っておりまたは知る理由があつたこと（主観的要件）、そして第三に、上官が部下による犯罪を防止または処罰するための措置をとらなかつたこと（不作為）の三つとされる。<sup>11)</sup>このうち、上官責任の処罰対象たる不作為の内容は、作為が要求される時点に応じて、（1）犯罪が達成される前にこれを「防止する」ための措置をとらないこと（事前不作為類型）と、（2）犯罪の終了後、に行方を「処罰する」ための措置をとらないこと（事後不作為類型）の二つに大別できる。

また、アド・ホック法廷における上官責任をめぐっては、上官の不作為と部下による犯罪との間に因果関係が必要であるか否かが争われていた。もともと、ここでは、（1）防止懈怠（事前不作為類型）に関してのみ、因果関係要件の有無が争われていた。というのも、（2）処罰懈怠（事後不作為類型）においては、上官が負責対象であるその犯罪を事後的に処罰しなかつた結果としてその犯罪が発生した、という意味での因果関係は、そもそも論理的にありえないからである。<sup>12)</sup>なお、アド・ホック法廷の判例上は、防止懈怠の類型であっても、上官の不作為と犯罪との間の因果関係は不要とされてきた。<sup>13)</sup>

以上の通り、アド・ホック法廷における上官責任の処罰対象は、防止・処罰の懈怠であり、これらと別個の「管理の懈怠」という不作為は、上官責任の成立要件とはされていなかった。

## (二) 「実質的管理」概念

ただし、アド・ホック法廷の上官責任においておよそ「管理」(control) という概念が登場しなかったわけではない。この概念は、上官・部下関係要件の中で用いられていた。

上官責任の主体は、組織内部で「上官」としての地位を有する者に限られる。ここでいう上官とは、軍人と文民とを問わず、また、法的にその地位を有する者と事実上そのような地位にある者とを問わない。<sup>(14)</sup> しかし、上官にあたるためには、犯罪を行った部下に対して、「実質的管理」(effective control) を有していることが必要とされてきた。<sup>(15)</sup>

アド・ホック法廷は、「実質的管理」を、部下による犯罪を「防止しおよび処罰する現実の能力」(the material ability to prevent and punish)<sup>(16)</sup> と定義する。換言すれば、上官・部下関係を基礎づける「管理」概念は、防止・処罰の能力という、上官責任の処罰対象たる不作為の内容と対応する形で定義されている。その意味で、アド・ホック法廷における上官責任の枠組みで「管理」を怠ったというとき、それはあくまでも防止・処罰の懈怠というのであって、それらと別個の不作為を指すものではなかったと考えられる。

## 三 二分説

### (一) 二分説の骨子

本章ではICC規程二八条に視点を転じ、二分説の検討を行う(以下、単に条文番号を挙げるときにはICC規程の条文を指す)。二分説は、①シャポーの不作為(管理の懈怠)と②サブパラグラフの不作為(防止・抑止・付託の懈怠)が別

個の概念であり、二八条の成立を認めるためには両者が要求される、との理解を前提とする。また、ベンバ事件第一審裁判部判決では、スタイナー判事(ブラジル)<sup>(17)</sup>と尾崎判事(日本)<sup>(18)</sup>が、各個別意見の中で二分説に立っている。学説においても、二分説は有力に主張される<sup>(19)</sup>。

### 1 二分説に基づく上官責任の構造

前述の通り、アド・ホック法廷における上官責任の不作為には、(1) 防止懈怠(事前不作為類型)と、(2) 処罰懈怠(事後不作為類型)の二つがあった。これに対して、ICC規程二八条における②サブパラグラフの不作為は、「防止」、「抑止」および「付託」懈怠の三つに分かれる。もともと、結論からいえば、アド・ホック法廷における不作為とICCにおける②サブパラグラフの不作為との間には、さほど大きな違いはない。

まず、「防止」懈怠は、部下による着手前または進行中の犯罪を阻止するための措置をとらないことをいう。次に、「抑止」懈怠は、(ア) 部下による犯罪が進行中の場合に、これを阻止するために介入しないことと、(イ) 犯罪終了後に行方を処罰するための措置をとらないことをいう。最後に、「付託」懈怠とは、犯罪終了後に事案を権限ある当局に付託しないことをいう<sup>(20)</sup>。これらの不作為を時系列的にみると、二八条の②サブパラグラフの不作為においても、防止懈怠と抑止懈怠(ア)類型が(1) 事前不作為類型に、抑止懈怠(イ)類型と付託懈怠が(2) 事後不作為類型に分類できるのである<sup>(21)</sup>。

しかし、二分説によれば、以上の②サブパラグラフの不作為のみでは、二八条に基づく刑事責任は生じない。それに加えて、上官が「管理を適切に行わなかった結果として」部下による犯罪が生じたこと(①シャポアの不作為)が、別個に要求されるのである。さらに、条文構造上、①シャポアの不作為は、二八条の全類型において要求されるため、問題となる②サブパラグラフの不作為が事前不作為類型と事後不作為類型のいずれの場合であろうと、管理懈怠の結

果として犯罪が発生したという関係性が、併せて要求される。<sup>(22)</sup>

したがって、二八条における上官責任の成立要件を時系列順に追うと、以下のようになる。まず、(1) 事前不作為類型では、①シャポールの不作為(管理の懈怠)の結果として部下による犯罪発生危険性が切迫し、その後②サブパラグラフの不作為(防止・抑止の懈怠)がなされることを要する。次に、(2) 事後不作為類型では、同様に①シャポールの不作為の結果として部下が犯罪を行い、その終了後に②サブパラグラフの不作為(抑止・付託懈怠)が必要となる。このような構造を捉えて、二分説に立つ論者からは、ICCにおける上官責任は、上官がまず管理を懈怠し、その後防止・抑止・付託措置という「第二のチャンス」を利用することを怠った場合の責任ともいわれる。<sup>(23)</sup>

## 2 二分説における上官の不作為の内容

二分説に立つ場合、②サブパラグラフの不作為の内容は条文上具体化されている(防止・抑止・付託の懈怠)一方、①シャポールの不作為は「管理を適切に行わない」と抽象的に記述されるに留まるため、その内容を確定する必要がある。二分説によれば、①シャポールの不作為は「一般的義務」(general duty)の違反をいうのに対し、②サブパラグラフの不作為は「具体的義務」(specific duty)の違反をいうとされる。<sup>(24)</sup>

①シャポールの不作為を基礎づける「一般的」義務とは、犯罪発生危険性の切迫や、具体的な犯罪に関する上官の認識にかかわらずなく、武力紛争が発生する前でさえも、上官としての地位にある者が常に負うべき恒常的な義務であるとされる。<sup>(25)</sup> この義務が現れている国際条約としてはジュネーブ諸条約第一追加議定書八七条二項が挙げられ、これによれば軍の指揮官は、「その指揮の下にある軍隊の構成員が諸条約及びこの議定書に基づく自己の義務について了知していることをその責任の程度に応じて確保する」よう義務づけられている。その他、上官の一般的義務としては、命令・規律の維持、部下に対する国際法教育、組織内部の報告制度の構築・維持等がある。<sup>(26)</sup> 一方、②サブパラグラフ

の不作為を基礎づける「具体的」義務は、「特定の部下による特定の態度と関連づけられた」義務であり、上官が具体的犯罪を知りまたは知っているべきであった時点から生じるとされる。<sup>(28)</sup>このように、二分説によれば、①シャポールの不作為と②サブパラグラフの不作為は、その内容、具体的犯罪との関連性の要否および発生時期において異なる。もっとも、両不作為は、一定範囲で重なりうると思われる。特に、①シャポールの不作為（管理の懈怠）は、部下による犯罪の予防を目的として、犯罪が現に行われる前の段階でとられるべき措置の懈怠を含み、その点で②サブパラグラフの不作為の事前不作為類型（防止懈怠）と共通する。したがって、具体的犯罪を「防止」しなかった場合、①シャポールの不作為と②サブパラグラフの不作為が同時に充足されるといわれる。すなわち、「上官が、自身の部下が国際法上の犯罪を行わないよう防止しなかった場合には、同時に適切な管理の懈怠も存在している」ために、事前不作為類型に関しては、①シャポールの不作為を追加的に証明する必要はないのである。<sup>(29)</sup>ただし、①シャポールの不作為を基礎づける一般的義務は、②サブパラグラフの不作為とは異なり、部下による特定の犯罪とかかわりなく生じるため、①シャポールの不作為の射程範囲は、②サブパラグラフの不作為のそれよりも広いものとなる。<sup>(30)</sup>このような、管理の懈怠と防止の懈怠の重なり合いは、後述する通り、もっぱら二分説の問題点を克服するために主張される。

### 3 二分説における因果関係の対象

前述の通り、アド・ホック法廷の上官責任では、「防止」懈怠と犯罪発生との間の因果関係要件の要否が争われていた。この意味で、アド・ホック法廷では、（ICCでいう）②サブパラグラフの不作為としての「防止」懈怠に関して因果関係が検討されていた。

一方、ICC規程二八条のシャポールでは、条文中、上官が適切に管理を行わなかった「結果として」(as a result of) 部下による犯罪が発生したことが要求されている（因果関係要件）。二分説の理解によれば、アド・ホック法廷におけ

る上官責任とは異なり、二八条では因果関係要件は①シャポールの不作為との関係で定められていることとなる。また、条文構造上、①シャポールの不作為は二八条の全類型において要求されるため、因果関係要件は、事後不作為類型においても、①シャポールの不作為と犯罪発生との間で要求されることとなる<sup>(31)</sup>という。

なお、この立場によれば、部下が犯罪を行った後にその上官として着任した者が、着任後に事案を付託しなかったとしても、上官責任は成立しない<sup>(32)</sup>。なぜなら、当該犯罪は、上官による管理懈怠の「結果として」生じたわけではないからである<sup>(33)</sup>。

## (二) 二分説の問題点

### 1 結論の不当性

以上、二分説の概要を説明してきたが、本説を徹底した場合、不当な結論に至りうる。たとえば、軍の指揮官が、部下に対する日常的な訓練等を適切に行っていたが、それでもなお部下による犯罪が開始されてしまい、これに対して当該上官が對抗措置をとらなかった場合には、②サブパラグラフの不作為は認められるものの、①シャポールの不作為が欠けるために、上官責任は成立しない。しかし、差し迫っている犯罪を防止可能であったにもかかわらず防止措置を怠った上官が、普段はきちんと職務をこなしていたという理由をもって処罰を免れることについては、二分説の論者自身からも疑問が呈されている<sup>(34)</sup>。

以上のような不当性を回避するために、二分説の論者は、前述の通り、管理懈怠と防止懈怠の重なり合いを論拠に、防止懈怠(事前不作為類型)の場合には、具体的犯罪に対する防止措置の懈怠をもって、①シャポールの不作為と②サブパラグラフの不作為が同時に充足されると主張する。それゆえ、事前不作為類型の場合には、防止懈怠のみをもって犯罪が成立することとなる。しかし、この見解は結局のところ、具体的場面においてその犯罪を防止しないという

不作為こそが処罰対象たるべきであって、一般的な義務の違反は重要ではないことを、認めてしまっていると思われる<sup>(35)</sup>。そうであるとすれば、端的に防止懈怠をもって刑事責任を認めればよいのであって、観念上は①シャポールの不作為と②サブパラグラフの不作為という二つの不作為を要求しつつ、結局は後者の不作為のみをもって両者の充足を認める、などというテクニカルな解釈を採用する必要はないように思われる。

一方、事後不作為類型の場合には、事前の①シャポールの不作為が別個に必要であり、この要件が独自の意義を有することとなる。それゆえ、上官が事前に適切に部下の教育等を行っていた場合には、その後抑止・付託を怠ったとしても、上官責任が成立する余地はない<sup>(36)</sup>。しかしながら、この場合に、なぜ①シャポールの不作為が別個に要求されなければならないのであろうか。ここでは、条文上事前の管理懈怠が要求されているからという形式的な論拠だけでなく、①シャポールの不作為が不可欠である実質的な論拠が示されなければならない。というのも、従来のアド・ホック法廷においても、事後的な処罰懈怠をもって刑事責任が問われることは理論上認められていたし、後述の単一説に立てば事前の管理懈怠は不要となるからである（この点については後述本節3で述べる）。

なお、①シャポールの不作為と②サブパラグラフの不作為としての防止懈怠との間に重なり合いが認められるとすれば、多くの事案は「防止」懈怠として把握されることとなり、②事後不作為類型の存在意義は、著しく減じられるということにも、留意する必要がある。

## 2 従来の上官責任概念からの乖離

二分説に立つ場合、ICCとアド・ホック法廷との間では、上官責任の成立要件が大きく異なる。確かに、両法廷では適用される条文が異なる以上、双方の間で上官責任の成立要件が異なること自体は問題ない。

しかし、この場合、上官責任の不法の中核にも変化が生じることに注意を要する。二分説に従う場合、二八条に

基づく上官責任の全類型において、①シャポアの不作為の結果として犯罪が生じたという関係が要求される。それゆえ、①シャポアの不作為こそが不法の中核を成し、②サブパラグラフの不作為の重要性は相対的に低いものとなる。この点、アド・ホック法廷においては、防止・処罰の懈怠こそが上官責任の処罰対象であったことに鑑みれば、ICCとアド・ホック法廷との間では、上官責任の不法の中核に大きな差異がみられる。果たしてICC規程の起草者が、アド・ホック法廷における上官責任概念からここまで離れることを、意図的に選択したのかは明らかではない。

### 3 上官責任の法的性質論との関係

尾崎判事は、「個人の刑事責任は、犯罪と一定の形で個人的な連関を有している者に対してのみ問うことができる」ということは、刑法の中核的な原則」であるがゆえに、管理懈怠(①シャポアの不作為)と部下による犯罪との間の因果関係が必要であるとして、②サブパラグラフの不作為としての事後的な付託懈怠のみに基づく上官の処罰を否定する<sup>(38)</sup>。その際、同判事は、上官責任においては、作為義務違反それ自体が独立した犯罪ではなく、上官は部下による犯罪について責任を問われることを強調する<sup>(39)</sup>。

換言すると、以下のようなだろう。上官責任は、二五条三項所定の関与形式(正犯・共犯等<sup>(40)</sup>)と同様に、他人により行われた犯罪についての責任を問う形式であり、ある犯罪についての責任が問われるためには、その犯罪に対する因果的寄与が必要である。したがって、事後的な付託懈怠のみで上官の責任を問うことはできず、犯罪に対して因果性を有する①シャポアの不作為が別個に要求され、ゆえに二分説が妥当である、と。

しかし、このような、他の関与形式との類比性に基づく論拠が上官責任にも妥当するかについては留保を要する。確かに上官責任は、アド・ホック法廷でもICCでも、「上官責任罪」という独立犯罪ではなく、「関与形式」の一つとして定められている<sup>(41)</sup>。しかし、上官責任は、必ずしも他の関与形式と同様の意味で、「自己の部下による犯罪につ

い、この」(for the crimes committed by his subordinates) 責任を問うものではない。尾崎判事も認める通り、上官責任は上官に「固有の」(sui generis) 責任を帰属する原理とされる。<sup>(42)</sup>

この表現は、元々はアド・ホック法廷で用いられたものであり、上官は自己の部下と同等の責任を共有するのではなく、「自己の部下によって行われた犯罪を理由として、[because of the crimes committed by his subordinates]、自己の不作為について責任を負う」という趣旨で用いられていた。<sup>(43)</sup> 換言すれば、上官責任の下では、確かに罪名は部下による犯罪に從属するものの、上官は部下による犯罪そのものではなく、自身の不作為について(のみ)責任を問われるのである。このような意味での上官責任の固有性を認めるとすれば、たとえ②事後的に付託を怠ったに過ぎず、上官の不作為が部下による犯罪との因果性を欠くとしても、上官に対する帰責が否定されないと考える余地もある。すなわち、上官責任に基づく帰責は、正犯・共犯等の関与形式の意味における帰責とは性質を異にするため、<sup>(44)</sup> 因果関係要件を放棄してもよい、と考えることも不可能ではないのである。

加えて、上官責任においては、上官が部下による犯罪を「知っているべきであった」ことで足りる。すなわち、上官責任の下では、主観面において、正犯・共犯等では帰責が認められない場合(上官が犯罪に関与していない場合)であつても、部下による犯罪についての帰責が認められている。それにもかかわらず、なぜ客観面においては、正犯・共犯と同等の帰責のための要件(因果関係)が要求されるのかについては、明らかではない。

以上のように、上官責任は、上官を犯罪の「関与者」とする原理ではなく、上官に部下とは区別された「固有の」責任を問うものに過ぎない。このような法的性質に鑑みれば、部下による犯罪に対して因果性を有する不作為(①シャポーの不作為)が常に要求されるべきとの主張は、必ずしも説得力を持たない。

#### 4 シャポールの不作為にかかる主観的要件

二分説を採用する場合、ICCにおける主観的要件の一般規定である三〇条との関係が問題となる<sup>(45)</sup>。同条一項によれば、「別段の定め」がない限り、犯罪の客観的要素は「intent and knowledge」をもって実現されなければならない。三〇条においては、客観的要素が行為・結果・状況の三つに分けられ、行為に関しては intent、結果に関しては intent/knowledge、状況に関しては knowledge が要求されている。同条二項および三項においては intent/knowledge の定義が各々定められ、特に「行為」については intent があるといえるためには、その行為を行う「意図」(mean to) が要求される(同条二項(a))。

この点、二八条の①シャポールの不作為に関しては別段の主観的要件の定めがない以上、三〇条を適用せざるをえないはずである<sup>(46)</sup>。それゆえ、管理懈怠という不作為(行為)は、不作為に留まる「意図」をもってなされなければならない(三〇条二項(a))。

一方、②サブパラグラフの不作為についてみると、二八条(a)(i)においては、上官が犯罪を「知っているべきであった」にもかかわらず防止・抑止・付託しなかったことが要求されている。ここでは、上官が犯罪を現に知っている必要はなく、それゆえ部下による犯罪という「結果」または「状況」にあたる客観的要素について、intent/knowledge よりも低い敷居が設けられている(三〇条の例外たる「別段の定め」)。この点、部下による犯罪を認識している必要はないが、当該犯罪の防止は意図的に怠らなければならないというのは、論理矛盾である。それゆえ、防止懈怠という「行為」要素についても三〇条は適用されず、上官が防止措置を「意図」的に怠ることは必要ない、と考えることができるのではなからうか。

二分説の論者によれば、上官の防止懈怠をもって、①シャポールの不作為と②サブパラグラフの不作為が同時に充足されるというが、意図的ではない②サブパラグラフの不作為(犯罪を知っているべきであったにもかかわらず防止措置を怠

ること)の存在をもって、何故に意図的に行われなければならない①シャポールの不作為までもが充足されるのであるか。この点に関しては、三〇条の理解も含め、二分説の論者からの説明が待たれる<sup>(48)</sup>。

また、二分説に立つ場合、*intent/knowledge*をもって行われる①シャポールの不作為こそが上官責任の不法の中核である、との理解が一層浮き彫りになる。他方、部下による犯罪に関しては認識が不要である以上、犯罪の発生それ自体は(日本の刑法学の用語法にならえば)、加重結果または客観的処罰条件を基礎づけるに過ぎない。しかしながら、このような把握の仕方は、尾崎判事らが前提とするような、上官が「部下による犯罪について」刑事責任を問われるという点に主眼を置く思考とは、両立しないと思われる。

### (三) 小括

以上の通り、二分説は、まず、徹底すると結論が不当になる点において問題がある。

次に、二分説の論者はそのような問題を克服するため、具体的犯罪を防止しないことをもって①シャポールの不作為と②サブパラグラフの不作為が同時に充足されるという。しかし、そうであるとすれば、そもそも二分説を採用する必要があるのか疑問であるし、また、主観的要件の一般規定である三〇条との関係で、防止懈怠をもって①シャポールの不作為と②サブパラグラフの不作為が同時に充足されるのかも、更なる検討を要する。

また、上官責任が関与形式であることに依拠して、事後不作為類型においても事前の寄与が必要であるがゆえに二分説が妥当とする立場も、支持できない。というのも、上官責任は上官に「固有」の責任を問うものに過ぎず、因果的寄与は不要たりうるからである。

このような二分説の問題性に鑑みれば、これに代わる、より妥当な帰結を導きうる解釈が模索されるべきである。そこで、次章では、単一説についての検討を行う。

## 四 単一説

単一説は、二八条の①シャポーの不作為と②サブパラグラフの不作為が同一内容であり、後者のみをもって上官責任の成立を認める見解である。もともと、その内部でも主張内容には相違がみられ、二八条シャポーという管理懈怠の「結果として」(as a result of) という文言が、上官の不作為と部下による犯罪との間の因果関係を意味すると解するのか、または上官の刑事責任の発生を意味するのと解するのかに従い、同説は二つに大別できる。この区別に従い、本章では、(一)ICC予審裁判部および学説の見解(前者)と、(二)アムネスティ・インターナショナルの見解(後者)に大別し、それぞれ検討を加える。

### (一) ICC予審裁判部および学説の見解

#### 1 ICC予審裁判部

ベンバ事件を担当した第一審裁判部とは对象的に、同事件の予審裁判部決定では、単一説が採用されていた。予審裁判部は、二八条シャポーにいう「管理」(control) 概念の意義を検討することにより、単一説を基礎づけている。同決定において、「管理」概念は、上官・部下関係を基礎づける基準の文脈と、処罰対象たる不作為の文脈の中で言及されている。

まず、上官・部下関係の基準に関して、予審裁判部によれば、二八条の主体にあたるためには、軍隊(部下)に対して「実質的管理」(effective control)を有している必要がある<sup>(49)</sup>。予審裁判部は、アド・ホック法廷の判示を踏襲し、実質的管理を「犯罪の実行を防止し若しくは抑止し、または事案を権限ある当局に付託する現実の能力」と定義し、

「そのような管理能力を行使しないことが、それ自体として、刑事責任を生じさせる」とする<sup>(50)</sup>。

次に、①シャポールの不作為について、予審裁判部は以下のように述べる。「実質的管理とは「犯罪を」防止し、抑止しまたは事案を権限ある当局に付託する『現実の能力』を意味するので、『管理を適切に行わなかった』場合とは、実際には、そのような義務を遂行しない場合を指す。このことは、『管理を適切に行わなかった』という文言が、二八条(a)(ii)に照らして理解されなければならないことを意味する」<sup>(51)</sup>。

以上の通り、予審裁判部は、(1)「上官」性を基礎づける「実質的管理」とは防止・抑止・付託能力を指し、(2)それゆえに「管理を適切に行わなかった」とは防止・抑止・付託の懈怠を意味し、(3)この意味での「管理」を怠ることそれ自体をもって刑事責任が生じる、という論法で、①シャポールの不作為(管理の懈怠)と②サブパラグラフの不作為(防止・抑止・付託の懈怠)が同一内容であることを基礎づけている。

このような予審裁判部の見解は、因果関係要件に関して、先にみた二分説と結論を異にする。二八条シャポールの文言上、部下による犯罪は、上官が適切に管理を行わなかった「結果として」(as a result of)行われなければならないところ、予審裁判部によれば、この文言は上官の不作為と部下による犯罪との間の因果関係要件を意味するとされる。加えて、単一説の理解によれば、①シャポールの不作為と②サブパラグラフの不作為は同一内容であるため、ここではあくまでも、防止・抑止・付託の懈怠と部下による犯罪との間の因果関係が検討されることとなる<sup>(52)</sup>。しかしながら、②サブパラグラフの不作為のうち、事後不作為類型は「犯罪が実行されている最中または実行された後になって」生じるものであり、「これらの二つの義務が遡及的に、既に行われた犯罪を惹起すると結論することは非論理的である」<sup>(53)</sup>。それゆえ、「因果関係要件は、指揮官が将来の犯罪の実行を防止する義務に関してのみ必要とされ」、事後不作為類型に関しては要求されないという<sup>(54)</sup>。

以上の通り、予審裁判部によれば、(1)上官責任の処罰対象たる不作為は防止・抑止・付託の懈怠に尽き、(2)

因果関係要件は事前不作為類型との関係でのみ論じられる。

## 2 学説

学説においても、単一説を採用する論者が散見される。

二八条シャポーでは、上官が部下に対する管理を行わなかった結果として当該部下が犯罪を行ったことについて、「次の (i) 及び (ii) の条件が満たされる場合には、刑事上の責任を有する」(shall be criminally responsible... where) とされ、その後にはサブパラグラフの中で、上官の不作為が充足すべき客観的・主観的基準が定められる。単一説の論者は、このような規定の仕方に依拠して、シャポーはまずもって、上官による管理の懈怠が犯罪を惹起した場合には上官が刑事責任を問われるという「法的効果」について定めておくとする<sup>(55)</sup>。そして、サブパラグラフでは、上官による管理の懈怠の要件が具体化されているという<sup>(56)</sup>。裏を返せば、シャポーにおける「管理を適切に行わない」という文言は、サブパラグラフの各不作為類型(防止・抑止・付託懈怠)を「要約」したもので、または、二八条の一般的な特質を指すものであるという<sup>(57)</sup>。

以上の理解によれば、①シャポーの不作為と②サブパラグラフの不作為は同一内容であり、後者は前者を具体的に記述しているに過ぎない。それゆえ、二八条における不作為は防止・抑止・付託の懈怠に尽き、それと別個の管理の懈怠という不作為は不要となる。この点において、この見解は、ベンバ事件予審裁判部決定とほぼ同一の結論に至る。

## 3 検討

単一説によれば、防止・抑止・付託懈怠をもって上官の可罰性が認められ、それと別個の管理懈怠は不要となる。それゆえ、二分説の不当な結論(上官が一般的な管理を行っていれば、具体的犯罪を放置しても不可罰となる)は問題になら

ない。この点で、単一説は二分説より優れる。また、単一説を採用した場合、ICCとアド・ホック法廷との間で上官責任の構造が類似することとなるため、副次的な効果ではあるものの、ICCにおいてもアド・ホック法廷の判例を参照しやすくなる点で、法的安定性に資する可能性がある。

加えて、「管理」概念の意義に鑑みても、単一説には理由がある。「管理」概念は、上官・部下関係を基礎づける概念としても用いられるところ、上官といえるためには部下に対して実質的「管理」を行使している必要があり、単なる「事実上の影響力」(substantial influence)では足りない<sup>(58)</sup>とされる。また、「上官」は、部下による犯罪を認識していなかった場合または事後的に処罰・付託を怠ったに過ぎない場合のような、通常の正犯・共犯等では刑事責任を問われない場合であっても、部下による犯罪との関係で刑事責任を問われうる。このように刑事責任の敷居が低められる根拠は、上官は重大な危険源たる軍隊またはそれに類する組織において、階級構造を利用して部下の行動に介入しまたは制裁を科すという、きわめて強力な作用を行使できる点に求められうる<sup>(59)</sup>。この点、二分説によれば、①シャポーの不作為にいう「管理」概念は一般的義務の違反を広く含み、部下による具体的犯罪との関係性が比較的希薄な義務違反でも「管理」懈怠たりうる。しかし、以上のような上官の「管理」の作用に鑑みれば、「管理」の内実が防・抑止・付託という中核的作用に限られるべきという単一説の発想には、理由がある。

もっとも、予審裁判部および学説の単一説は、因果関係要件の説明に難がある。この見解の論者も、二八条シャポーにおける、管理を行わなかった「結果として」(as a result of) という文言を、上官の不作為と部下による犯罪との間の因果関係要件と解しているところ、この要件はシャポーに置かれている以上、二八条の全類型にかかるはずである。しかし、②サブパラグラフの不作為のうち、事後不作為類型は犯罪の後になってなされるため、上官の不作為の「結果として」部下による犯罪が生じることはいない。論者自身も述べる通り、この見解からは因果関係要件を適切に説明できないこととなる<sup>(60)</sup>。

この点、予審裁判部は、事後不作為類型においては因果関係を要求しえないのだから、当該類型において因果関係要件は不要である、と割り切った説明を行っているが、この解釈が罪刑法定主義（二二条以下）と両立するかにについては、慎重な検討を要する<sup>(61)</sup>。

## (二) アムネスティ・インターナショナルの見解

### 1 因果関係要件を不要とする立場

ペンバ事件予審裁判部の審理に際し、アムネスティ・インターナショナル（Amnesty International、以下AI）は、法廷助言者（amicus curiae）として上官責任に関する意見を述べており、ここでも単一説に基づく主張がなされている<sup>(62)</sup>。しかし、AIの見解は、管理懈怠の「結果として」（as a result of）というシャポアの文言が、因果関係要件を意味するものではないとする点において、予審裁判部らの見解とは異なる。他の見解においては、同文言は、上官の不作為と部下による犯罪との間の因果関係要件を指すことが前提とされていた。すなわち、シャポアの文言は、「管理を適切に行わなかった結果として行われた犯罪」（crimes... committed... as a result of his or her failure to exercise control property）と読まれていた。これに対して、AIによれば、「結果として」という文言は、上官の「不作為によって生じる上官の刑事責任を示す」ものであって、「軍の指揮官は「…」適切に管理を行わなかった結果として刑事上の責任を有する」（A military commander... shall be criminally responsible... as a result of his or her failure to exercise control property）と理解されるべきとされる<sup>(63)</sup>。すなわち、AIによれば、シャポアにおいては、上官が自己の不作為（防止・抑止・付託の懈怠）の結果として刑事責任を問われることが定められているに過ぎないのである。

以上の解釈は、二分説を回避しつつ、予審裁判部および学説による単一説の難点（事後不作為類型に関して因果関係要件を説明できない）をも克服できる点で注目し値する。もっとも、この見解は、ペンバ事件予審裁判部決定および第

一審裁判部判決のいずれにおいても検討されず、スタイナー・尾崎両判事の個別意見中で若干の言及がなされているに留まる。すなわち、両裁判部とも、「結果として」という文言は因果関係要件を示すという前提に立っているのである。<sup>(64)</sup>以下では、A Iの見解について、若干の検討を行う。

## 2 検討

### (1) 規定の文言・文脈からみた因果関係要件

まずは、二八条シャポアの「結果として」という文言を、「用語の通常の意味」に従い検討する。<sup>(65)</sup>尾崎判事は——英語正文の文言解釈としては——この文言を、因果関係要件と解することも、A Iが主張するように上官の刑事責任の発生を意味するものと解することも、不可能ではないと指摘する。

それゆえ、二八条が置かれている文脈、趣旨および目的等に照らした検討が必要である。この点、尾崎判事は前述の通り、二分説の立場から、二八条が関与形式の一種であり、犯罪についての刑事責任が問われるためにはその犯罪に対する因果的寄与が必要であることに依拠して、「結果として」という文言を因果関係要件と解するのが妥当とする。<sup>(67)</sup>

しかしながら、前述の通り、そもそも二分説が妥当でない。また、上官責任における上官は、部下による犯罪に対して関与していない場合であっても刑事責任を問われうるため、犯罪に対する因果的寄与という要件が不要とされる余地があることも、既に指摘した通りである。さらに、単一説を採用し、かつ、「結果として」という文言が因果関係要件を意味すると解した場合、事後不作為類型に関しても因果関係を要求するという不当な結論に至ってしまう。<sup>(68)</sup>

このことに鑑みれば、「結果として」という文言は因果関係要件を意味するものではないと解するA Iの見解の方が、妥当<sup>(69)</sup>という。

(2) ICC規程二八条の起草過程

では、このようなA Iの見解は、二八条の起草過程<sup>(70)</sup>に照らしても、なお採用されうるであろうか。上官責任規定における「結果として」(as a result of)という文言は、一九九六年準備委員会草案第C条において既にみられ、最終的に採択された二八条に至るまで、一貫して記載されている。もともと、A Iによれば、因果関係要件が上官責任の独立した要件として導入されるべきかについては起草段階で議論されたことがなく、それゆえ、この点に関する明示的な立法者意思は読み取れない<sup>(72)</sup>。また、管見の限りでは、「結果として」という文言の導入意図について明示的に述べた起草資料は存在しない<sup>(73)</sup>。

一方、スタイナー判事は、起草過程中には、「結果として」という文言が因果関係要件を示すと解する見解に親和的な規定も存在したとする<sup>(74)</sup>。一九九六年準備委員会において、英国は上官責任規定のシャポーに相当する箇所を、以下のように提案していた。

“In addition to other (types of complicity) (modes of participation) in crimes under this Statute, a commander is also criminally responsible (as an aider and abettor) for such crimes committed by forces under his command as a result of his failure to exercise proper control where...”<sup>(75)</sup> (イタリックは筆者)

確かに、この規定においては——おそらくは「committed」と「as a result of」の位置が近いために——「結果として」という文言を因果関係要件と解した方が自然であるという感覚には、一理あるのかもしれない。他方で、この文言が、起草者により因果関係要件を意味するものとして自覚的に採用されたのかは明らかでないのも確かである。その意味では、起草過程に依拠してこの文言の内容を明らかにすることはできず、それゆえ、A Iの見解も立法者の

意思に反するといえるわけでもないように思われる。<sup>(76)</sup>

加えて、この文言が因果関係要件を意味するとすれば、二分説・単一説のいずれを採用しても不当な結論に至ることは、再三述べてきた。仮に二八条の起草者がこの文言を因果関係要件と解していたとしても、結論の妥当性に目を向けていたのかは、疑わしい。

(3) ICC規程外の規則との対比

ICC規程二一条一項によれば、ICCは二次的な法源として、「適用される条約並びに国際法の原則及び規則」および「裁判所が世界の法体系の中の国内法から見いだした法の一般原則」を適用できるとされている。このことに従い、AIは、上官責任を定めた国際条約（第一追加議定書八六条二項等）、慣習国際法（アド・ホック法廷の判例等）および国内法等においても、因果関係は明示的に要求されていないと主張する。<sup>(77)</sup>

ただし、この論拠が、ICCにおける因果関係要件の要否の検討に際して直接的に影響を持つかは疑問である。というのも、ここで検討されるべきは、二八条シャポアの「結果として」という文言が因果関係要件を意味するのか否かということであって、およそ（ICC規程の制約を離れて）上官責任において因果関係要件が要求されるべきか否かではない。それゆえ、ICC規程外の法源は、あくまで参考程度に留まるべきであろう。<sup>(78)</sup>

(4) 正文間の文言の差異

AIおよび尾崎判事は、ICC規程の英語版以外の正文において、「結果として」(as a result of) に相当する文言がどのように定められているかを検討している。<sup>(79)</sup>

ICC規程の六つの正文（五〇条一項）のうち、英語・アラビア語・ロシア語・スペイン語版においては、「結果として」に相当する文言が用いられている一方、フランス語および中国語版においては、「上官が管理を適切に行わなかった場合」には刑事責任が生じると定められているという。<sup>(80)</sup> 後者においては、管理懈怠と犯罪発生との間に因果関

係が要求されていると解することは困難であり、英語版の「結果として」という文言が上官の刑事責任の発生を意味するとの立場に親和的である。<sup>(81)</sup> このことに依拠して、A Iは、フランス語版・中国語版を他の正文と合致させる解釈を採用する必要がある、それゆえにこの文言は因果関係要件を意味するものではないとする。<sup>(82)</sup> このように、二八条につき各正文間で差異がみられることは、起草過程において「結果として」という文言の意味が十分に詰められなかったことを示唆するものであり、A Iの指摘は傾聴に値する。

一方、尾崎判事は、各正文間の文言の差異を認めつつ、「二二条二項で定められる厳格解釈の原則により、当裁判部は、適切に管理を行使すべき指揮官の義務を犯罪の実行と連結する解釈（因果関係要件肯定）」と親和的に解するよう要求される」とする。<sup>(83)</sup> この点、二二条二項は、「犯罪の定義については、厳格に解釈するものとし、類推によって拡大してはならない。あいまいな場合には、その定義については、捜査され、訴追され、又は有罪の判決を受ける者に有利に解釈する」と定める。すなわち、同項では、厳格解釈の原則および類推解釈の禁止に加えて、（通常は手続法分野で言及される）「疑わしきは被告人の利益に」の原則が定められている。同項に鑑みると、尾崎判事は、二八条の解釈に際して、処罰範囲がより狭く、被告人に有利になるという意味での「厳格な」<sup>(84)</sup> 解釈を採用すべきであり、それゆえに、「as a result」という文言は、上官の刑事責任の発生ではなく、因果関係要件と解すべきと主張しているように見受けられる（後者の方が、因果関係という追加的な要件が付されるため、前者より処罰範囲が狭くなる）。

もっとも、二二条二項は、考えられる中で最も制限的かつ被告人に最も有利な解釈を採用するよう、裁判所に課すものではない。というのも、仮にそうであるとすれば、裁判所は刑罰法規の解釈に際して、道理に合う解釈を試みる余地すらなく、常に被告人に最も有利な解釈を行わなければならないこととなるからである。<sup>(85)</sup> それゆえ、文言上可能な範囲で、被告人の処罰を拡大する方向での解釈を行うことは許容されうる。

再三述べた通り、二分説および「as a result of」を因果関係要件と解する見解には様々な問題点が存在することに

鑑みれば、単一説かつ「as a result of」を刑事責任の発生と解する立場の方が結論において優れ、かつ文言上も採用可能であるように思われる。

### 3 私見

以上の諸種の論拠に鑑み、結論からいえば、A Iの見解は支持に値すると思われる。

二八条シャポーにいう「結果として」という文言の意義につき、起草過程の中には決定的な証拠は見出せない。それゆえ、二八条の文脈・趣旨・目的等に照らして最も合理的な意味がこの文言に与えられるべきところ、単一説に立った上で、この文言が因果関係要件を意味するとした場合、事後不作為類型においても、上官の不作為と犯罪発生との間の因果関係が要求されてしまったため、そのような解釈は回避されることが望ましい。对象的に、「結果として」という文言を刑事責任の発生と解した場合、「管理を行使しなかった結果として上官は刑事責任を問われる」という関係性は、事前不作為・事後不作為の両類型で問題なく妥当するため、事後不作為類型を最も適切に説明できる<sup>(86)</sup>といえよう。

現状、学説の圧倒的多数は、二八条(a)シャポーにいう「結果として」という文言が因果関係要件を意味すると解しており、A Iの見解はほとんど顧みられてこなかった。この見解は再度評価され、二八条をめぐる議論に取り込まれるべきであると思われる。

## 五 結論

本稿の結論を要約すると、以下の通りである。まず、①シャポーの不作為(管理の懈怠)と、②サブパラグラフの

不作為(防止・抑止・付託の懈怠)が別個の概念であるとする二分説は、妥当ではない。その理由は、まず、二分説を徹底すると、上官が一般的な管理を果たしてさえいれば、具体的場面において犯罪を防止しなかったとしても不可罰となるという点で、結論が不当であるからである。また、二分説の論者は、①シャポールの不作為と②サブパラグラフの不作為の重なり合いを論拠に、具体的犯罪の防止懈怠をもって両不作為が同時に充足されるとするが、それは、①シャポールの不作為が本質的には不要であることを自ら示している。さらに、上官責任が関与形式の一種であり、事後不作為類型においても因果的寄与が必要であるがゆえに二分説が妥当とする見解は、上官責任が不作為のみについての「固有」の責任を問うものである点を看過している。それゆえ、単一説が妥当であり、上官責任の処罰対象としての不作為は、防止・抑止・付託の懈怠に尽きる。

次に、二八条(a)シャポールの「結果として」という文言が、上官の不作為の「結果として」部下による犯罪が生じたという意味で因果関係要件を意味するのか、あるいは、上官は自己の不作為の「結果として」犯罪についての責任を問われるという意味で刑事責任の発生を意味するかが問題となる。この点、仮に前者の見解に立った場合、特に事後不作為類型において、上官が部下によるある犯罪を処罰または付託しなかった結果としてその犯罪が生じた、という非論理的な関係が要求されていることとなってしまう。このことに鑑みれば、「結果として」という文言は、因果関係を意味するものではないと解する方が妥当である。

本稿では、上官責任における不作為の構造の大枠を示すに留まった。具体的に上官のいかなる不作為がその処罰対象に含まれるか——特に、一般的義務の違反がどこまで考慮されるか——は、さらに明確化される必要がある、この点は今後の課題としたい。

(1) 国際刑事裁判所(ICC)の対象犯罪である集団殺害犯罪(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、「国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪」であるとされ（ICC規程五条等参照）、中核犯罪（core crimes）とも呼ばれる。
- (2) 上官責任に関しては、横濱和弥「国際刑法における「上官責任」に関する一考察」法学政治学論究九二号（二〇一二年）三六五頁以下、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）参照。
  - (3) 上官責任の初の適用事例とされる、第二次大戦直後のいわゆる山下裁判に関しては、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）」南山法学二六卷三・四号（二〇〇三年）二三頁以下、同二七卷三号（二〇〇四年）五一頁以下参照。
  - (4) 旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所（ICTY）規程七条三項およびルワンダ国際刑事裁判所（ICTR）規程六条三項参照。
  - (5) なお、二八条（a）は主体が「軍の指揮官又は実質的に軍の指揮官として行動する者」の場合、（b）は主体が軍の指揮官以外の上官（いわゆる文民の上官）の場合の規定である。本稿では便宜上、（a）の規定を用いて検討を行う。
  - (6) 横濱（前掲注（2）三八四頁以下、永福（前掲注（2）二七七頁以下参照）。
  - (7) ベンバ事件においては、二〇〇二年から二〇〇三年にかけて、中央アフリカ共和国における武力紛争下で活動するコンゴ解放運動（MLC）が、同国内で住民に対する殺人（ICC規程七条一項（a）および八条二項（c）（i）、強姦（七条一項（g）、八条二項（e）（vi）および略奪（八条二項（e）（v））に及んだことにつき、MLCの議長であった被告人の刑事責任が問題となった。予審裁判部においては、まず共同正犯（二五条三項（a））が検討されたものの、主観的要件の観点からその成立が否定され、上官責任（二八条（a））に基づく犯罪事実の確認がなされた。その後、第一審裁判部においても、被告人は上官責任に基づき、犯罪を防止・抑止・付託しなかったとして有罪となった。
  - (8) *Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC (PTC II), Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, 15 June 2009 (以下、*Bemba PTC*)。
  - (9) *Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC (TC III), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/08-3343, 21 March 2016 (以下、*Bemba TC*)。
  - (10) 日本語訳は、薬師寺公夫ほか〔編〕『ベーシック条約集2016』東信堂（二〇一六年）による。なお、ICTR規程六条三項もほぼ同様の文言である。

- (11) *Aleksowski*, ICTY (AC), Judgement, IT-95-14/1-A, 24 March 2000, para. 72; *Mucic et al.*, ICTY (TC), Judgement, IT-96-21-T, 16 November 1998, para. 346 (ㄨㄣㄣㄣㄣ *Mucic et al.* TC).
- (12) *Mucic et al.* TC, para. 400 参照。
- (13) *Oric*, ICTY (TC II), Judgement, IT-03-68-T, 30 June 2006, para. 338 等参照。アド・ホック法廷において因果関係要件が不要とされた理由としては、(1) 事後不作為類型が存在すること自体が、上官責任の独立した要素としての因果関係は不要であること、(2) 事前不作為類型において因果関係を要求した場合、上官責任とICTY規程七条一項に基く(正犯・共犯等)責任との間の區別が消失しつつあることが挙げられていた。*Boris Burchardi*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Strafsystem (2008), S. 205 ff. ♪参照。
- (14) *Chantal Meloni*, Command Responsibility in International Criminal Law (2010), pp. 92 *et seq.*
- (15) *Mucic et al.*, ICTY (AC), Judgement, IT-96-21-A, 20 February 2001, para. 196 (ㄨㄣㄣㄣㄣ *Mucic et al.* AC); *Mucic et al.* TC, para. 378 参照。
- (16) *Mucic et al.* AC, para. 256; *Mucic et al.* TC, para. 378 参照。
- (17) *Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC (TC III), Separate Opinion of Judge Sylvia Steiner, ICC-01/05-01/08-3343-AnxI, 21 March 2016 (ㄨㄣㄣㄣㄣ *Steiner*, Separate Opinion).
- (18) *Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC (TC III), Separate Opinion of Judge Kuniko Ozaki, ICC-01/05-01/08-3343-AnxI, 21 March 2016 (ㄨㄣㄣㄣㄣ *Ozaki*, Separate Opinion).
- (19) 代案註文のㄨㄣㄣㄣㄣ *Meloni*, *supra* note 14, pp. 164 *et seq.*; *Alejandro Kiss*, Command Responsibility under Article 28 of the Rome Statute, in: Carsten Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court* (2015), pp. 608 *et seq.*; *Volker Nerlich*, Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute: For What Exactly is the Superior Held Responsible?, *Journal of International Criminal Justice* (JICJ), Vol. 5 (2007), pp. 665 *et seq.*; *Barrie Sanders*, Unravelling the Confusion Concerning Successor Superior Responsibility in the ICTY Jurisprudence, *Leiden Journal of International Law* (LJIL), Vol. 23 (2010), pp. 132 *et seq.*; *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 zum 70. Geburtstag* (2002), S. 437 ff. (ㄨㄣㄣㄣㄣ *Triffterer*, FS-Lüderssen); *Otto Triffterer*, Causality,

- a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute?, LJIL Vol. 15 (2002), pp. 179 *et seq.* (ㄨㄣㄟ Triffterer, LJIL); *Otto Triffterer*, Command Responsibility, Article 28 Rome Statute, an Extension of Individual Criminal Responsibility for Crimes Within the Jurisdiction of the Court - Compatible with Article 22, nullum crimen sine lege?, in: Otto Triffterer (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Theo Vogler* (2004), S. 213 ff. (ㄨㄣㄟ Triffterer, GS-Vogler); *Otto Triffterer*, "Command Responsibility" - Crimen Sui Generis or Participation as "otherwise provided" in Article 28 Rome Statute?, in: *Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag* (2005), S. 901 ff. (ㄨㄣㄟ Triffterer, FS-Eser); *Gerhard Werle/Florian Jeßberger*, *Völkerstrafrecht*, 4. Aufl. (2016), Rn. 634 ff.
- (20) *Bemba* TC, paras. 202 *et seq.*; *Bemba* PTC, paras. 437 *et seq.* 参照°
- (21) *Nerich*, *supra* note 19, pp. 668 *et seq.* 参照°
- (22) *Steiner*, Separate Opinion, para. 14; *Ozaki*, Separate Opinion, paras. 13, 17; *Triffterer*, FS-Lüderssen, S. 447; *Triffterer*, LJIL, pp. 199 *et seq.*; *Triffterer*, GS-Vogler, S. 251 参照°
- (23) *Triffterer*, GS-Vogler, p. 233.
- (24) *Steiner*, Separate Opinion, para. 12; *Ozaki*, Separate Opinion, para. 15 note 22, para. 17; *Meloni*, *supra* note 14, p. 165; *Triffterer*, FS-Lüderssen, S. 448.
- (25) *Steiner*, Separate Opinion, para. 12; *Ozaki*, Separate Opinion, para. 15; *Meloni*, *supra* note 14, p. 165 参照°
- (26) *Steiner*, Separate Opinion, para. 12; *Ozaki*, Separate Opinion, para. 15. ㄨㄣㄟ *William J. Ferrick*, Article 28: Responsibility of Commanders and Other Superiors, in: Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (1999), nn. 9 参照°
- (27) *Triffterer*, FS-Lüderssen, S. 448.
- (28) *Meloni*, *supra* note 14, p. 166 参照°
- (29) *Werle/Jeßberger*, a.a.O. (Fn. 19), Rn. 636. ㄨㄣㄟ *Steiner*, Separate Opinion, para. 13; *Ozaki*, Separate Opinion, para. 17 参照. なお、トリフテラーは「部に よつて 犯罪が行われたところによつて」それより適切に管理が行われつゝなかつたことの「一応の [prima facie] 証拠の「種々なる」」を以て。 *Triffterer*, FS-Lüderssen, p. 448; *Triffterer*, FS-Eser, p. 911. しかし、犯罪発生のみをもつて管理懈怠を自動的に認めるとすれば、もはやこの要件は存在意義を失つてゐると言ひかねる。

得な。

- (30) *Steiner, Separate Opinion, para. 11; Ozaki, Separate Opinion, para. 15* 参照。
- (31) *Steiner, Separate Opinion, para. 14; Ozaki, Separate Opinion, paras. 13, 17; Trifflerer, FS-Lüderssen, S. 445, 456* 参照。
- (32) この問題は、この「承継的上官責任」(successor superior responsibility)の問題と呼ばれる。この点については、*Sander, supra note 19, pp. 105 et seq.* 参照。
- (33) *Sander, supra note 19, pp. 133 et seq.* 参照。
- (34) *Werte/Jebberger, a.a.O. (Fn. 19), Rn. 637* 参照。
- (35) *Thomas Weigend, Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 2004, S. 1016; Hans Vest, Völkerrechtsverbrecher verfolgen (2011), S. 253 f.* 参照。
- (36) *Werte/Jebberger, a.a.O. (Fn. 19), Rn. 638* 参照。
- (37) *Werte/Jebberger, a.a.O. (Fn. 19), Rn. 634* 参照。
- (38) *Ozaki, Separate Opinion, para. 9; Steiner, Separate Opinion, para. 7* 参照。
- (39) *Ozaki, Separate Opinion, paras. 5 et seq.* 参照。
- (40) 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」川端博ほか(編)『理論刑法学の探求③』成文堂(二〇一〇年)所収一六頁以下、後藤啓介「国際刑事裁判所における行為支配論の展開」国際人権二六号(二〇一五年)一〇九頁以下参照。
- (41) ICTY規程では、上官責任は「個人の刑事上の責任」について定める七条で定められ、ICC規程では、「刑法の一般原則」について定める第三部の中で定められている。
- (42) *Ozaki, Separate Opinion, para. 6*。また、*Bemba TC, para. 174* 参照。
- (43) *Hallwirth, ICTY (TC), Judgement, IT-01-48-T, 16 November 2005, para. 54* 参照。また、横濱(前掲注(2))三八〇頁以下も参照。なお、亀甲括弧内は筆者による。以下同様。
- (44) これは、裁判所の事項的管轄が限定されていることによるものと思われる。横濱(前掲注(2))三八二頁参照。
- (45) 横濱(前掲注(2))三八八頁参照。なお、尾崎判事は、「二八条が固有の性質を有していることそれ自体は、そのような刑法の基本原則〔犯罪に対する因果的寄与の必要性〕を適用しないことの理由にはならぬ」(*Ozaki, Separate Opinion,*

- para. 9) とする。しかしながら、アド・ホック法廷で言われる意味での上官責任の固有性を前提とすれば、上官は部下による(自身が因果的に寄与していない)犯罪ではなく、自己の不作為のみについて刑事責任を問われるため、「刑法の基本原則」には反していないとも考えられる。
- (46) ICC 規程三〇条に関しては、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」法学政治学論究一〇九号(二〇一六年)六七頁以下を参照。
- (47) 三〇条の適用を肯定する見解として、*Nertlich, supra note 19, p. 679; Triffterer, GS-Vogler S. 232; Triffterer, FS-Eser S. 910* 参照。なお、尾崎・スタイナー両判事、ヴェルレーイエースベルガーらは、三〇条の適用の有無につき明言していない。
- (48) かつでは、三〇条二項(a)で要求される「意図」の理解が問題となる。*Kai Ambos, Treatise on International Criminal Law, Vol. 1 (2013), pp. 274 et seq.* 参照。
- (49) *Bemba* PTC, para. 413.
- (50) *Bemba* PTC, para. 415.
- (51) *Bemba* PTC, para. 422.
- (52) *Bemba* PTC, para. 423.
- (53) *Bemba* PTC, para. 424.
- (54) *Bemba* PTC, para. 424. なお、予審裁判部は、犯罪後に着任した上官が付託を怠った場合、上官責任を否定する。なぜなら、二八条シャポーにおいて、管理懈怠の「結果として」行われた犯罪について上官の刑事責任が生じると定められているため、少なくとも犯罪が行われようとしている時点において上官が実質的管理を有している必要があるからとされる。*Bemba* PTC, paras. 418-419. しかし、予審裁判部によれば、管理懈怠の「結果として」犯罪が生じたという因果関係要件は事後不作為類型にはかからないとされたにもかかわらず、なぜ犯罪終了後に着任した上官の付託懈怠が、因果関係の欠如に基づき不可罰となるのかは、明らかではない。なお、二八条(a)(i)の主観的要件に着目して、そのような上官の刑事責任を否定する見解としては、永福(前掲注(2))一九五頁、*Jens Bille, Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht (2015), S. 621* 参照。
- (55) *Weigend, a.a.O. (Fn. 35), S. 1017; Nora Karsten, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des nicht-militärischen Vorgesetzten (2010), S. 68* 参照。

- (56) *Bille*, a.a.O. (Fn. 54), S. 619 参照。
- (57) *Weigend*, a.a.O. (Fn. 35), S. 1017; *Karsten*, a.a.O. (Fn. 55), S. 68 参照。
- (58) *Mucic et al. AC*, para. 266; *Bemba TC*, para. 183 参照。
- (59) 実質的管理は厳格に解られべきとされる。 *Beatrice I. Bonjafé*, Finding a Proper Role for Command Responsibility, JICJ Vol. 5 (2007), p. 609 *et seq.* 参照。
- (60) *Weigend*, a.a.O. (Fn. 35), S. 1021; *Ozaki*, Separate Opinion, para. 17 参照。
- (61) 単一説をとるカルステンは、ICC規程は政治的交渉の所産であるゆえ理論的な整理は容易でなく、重点を置いた解釈が有用とされる。 *Karsten*, a.a.O. (Fn. 55), S. 69 参照。
- (62) *Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC (PTC II-Amnesty International), Amicus Curiae Observations on Superior Responsibility Submitted Pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence, ICC-01/05-01/08-406, 20 April 2009, para. 40 (以下、*Amnesty International*, Amicus Curiae) 等々参照。
- (63) *Amnesty International*, Amicus Curiae, para. 39. 日本語公定訳は、この文言を因果関係要件として訳しており、AIの解釈によればこれは誤訳となる。
- (64) *Bemba TC*, paras. 210 *et seq.*; *Bemba PTC*, paras. 423 *et seq.* 参照。
- (65) 国際条約の解釈規則について定める条約法に関するウィーン条約(条約法条約)三十一条によれば、条約の規定はまずもって「文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする」とされる。
- (66) 同様の指摘として、*Ozaki*, Separate Opinion, para. 8 参照。
- (67) *Ozaki*, Separate Opinion, para. 9; *Steiner*, Separate Opinion, para. 14 ♀ 参照。
- (68) *Amnesty International*, Amicus Curiae, para. 40 参照。
- (69) また、AIによれば、二八条において上官の不作為と部下による犯罪との間の因果関係が要求されるとすれば、二八条には二五条三項に基づく各関与形式を超える領域が存在しないこととなってしまうとされる。 *Amnesty International*, Amicus Curiae, para. 40.
- (70) 条約法条約三二条によれば、三十一条(前掲注(65))も参照)の規定の適用により得られた意味を確認するため、又は、

- 「(a) 前条の規定による解釈によつては意味があいまい又は不明確である場合」若しくは「(b) 三一条の規定による解釈により明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合」には、「解釈の補足的な手段、特に条約の準備作業及び条約の締結の際の事情に依拠することが必要」とされる。
- (71) Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, Vol. II, UN Doc A/51/22 (1996), pp. 85 *et seq.* 参照。
- (72) *Amnesty International*, Amicus Curiae, para. 43 note 108 参照。
- (73) なお、キッスは「A I の見解は起草段階で議論されたことがないため、「結果として」を因果関係要件と解すべきとする。しかし、キッスは、起草段階で同文言が因果関係要件と解されていたことを示す論拠も示していない。Kiss, *supra* note 19, p. 637 参照。
- (74) *Steiner*, Separate Opinion, para. 7; また、*Ozaki*, Separate Opinion, para. 10.
- (75) 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, ㉞㉞。同時期のカナダ提案 (Applicable Law and General Principles of Law, Working Paper Submitted by Canada, UN Doc A/AC.249/L.4, 6 August 1996, p. 115) も類似した規定をなしている。
- (76) *Ozaki*, Separate Opinion, para. 11 参照。
- (77) *Amnesty International*, Amicus Curiae, para. 42 参照。
- (78) この点に関して、*Steiner*, Separate Opinion, para. 6 も参照。
- (79) 条約法条約三三条によれば、条約の正文言語が複数存在し、条約の文言および起草過程等に依拠しても解消されない意味の相違がある場合には、「条約の趣旨及び目的を考慮した上、すべての正文について最大の調和が図られる意味を採用する」とされる。
- (80) フランス語版は「lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle」、中国語版は「如果未对 (...) 适当行使控制」と定める。
- (81) *Amnesty International*, Amicus Curiae, para. 44; *Ozaki*, Separate Opinion, para. 11 参照。
- (82) *Amnesty International*, Amicus Curiae, para. 44 参照。
- (83) *Ozaki*, Separate Opinion, para. 11 参照。
- (84) なお、条約の各言語間で意味が異なる際に、「より厳格な」解釈が用いられた例に関して、杉原高嶺ほか『現代国際法講

義〔第五版〕有斐閣(二〇一二年)三一一頁参照。

(85) *Germain Katanga, ICC (TC II), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/04-01/07-3436, 7 March 2014, para. 53; Werle/Leibinger, a.a.O. (Fn. 19), Rn. 229* 参照。

(86) なお、(こ)では「結果として」という文言が因果関係要件を意味するものではないことが主張されるに留まる。仮にこの文言が因果関係要件を意味しないとしても、「防止しない」という不作為に内在する要素として因果関係を要求する余地はなおありうる。

(追記) 本稿は、平成二八年度慶應義塾大学大学院博士課程学生研究支援プログラムの補助を受けて執筆されたものである。

横濱 和弥 (よこはま かずや)

所屬・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

慶應義塾大学大学院法学研究科助教

慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

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)

「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』第九七号(二〇一三年)

「インターネット上の抽象的危険犯と犯罪地——ドイツにおける近時の動向を参考に」『法学政治学論究』第一一一号(二〇一六年)