

Title	国際刑法上の上官責任における「実質的管理」要件の内実と意義
Sub Title	Inhalt und Bedeutung der „effektiven Kontrolle“ im Rahmen der Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht
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	2018
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.117, (2018. 6) ,p.69- 104
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20180615-0069

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.

国際刑法上の上官責任における「実質的管理」要件の内実と意義

横濱和弥

- 一 問題の所在
- 二 「上官・部下関係」要件を基礎づける基準としての「実質的管理」の導出
 - (一) アド・ホック法廷
 - (二) ICC
- 三 「実質的管理」の内実
 - (一) 実質的管理の有無の判断にあたっての考慮要素
 - (二) 防止・処罰能力と組織的階級構造
- 四 上官の作為義務と実質的管理
 - (一) 不作為犯としての上官責任
 - (二) 文民の上官責任、特に企業犯罪への適用可能性
- 五 結論

一 問題の所在

国際刑法上の「上官責任」(superior responsibility)とは、軍の指揮官や政府指導者等の「上官」が、部下による中核犯罪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、これを防止し又は処罰するための措置をとらなかつた場合に、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。同概念は、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)(以下、両裁判所を「アド・ホック法廷」と呼ぶ)、そして国際刑事裁判所(ICC)の規程等で採用されている。

通常、ある犯罪について刑事責任を問われるためには、行為者がその犯罪に一定の形態で「関与」したことが必要となる。上記の各国際刑事法廷の規程上も、犯罪の関与形態——犯罪の実行、命令、教唆、幫助等¹⁾——が定められており、いずれかに該当する形で犯罪に関与していない限り、刑事責任は生じない。これらの関与形態の下では、原則として、犯罪の結果発生を認識していたことと、犯罪に因果的に寄与したことが求められる²⁾。

他方、上官責任の下では、上官が犯罪を認識していなかった場合又は犯罪実行者の処罰を事後的に怠った場合——いわば犯罪に「関与」したとはいえない場合——であっても、刑事責任が生じるとされているため、ここでは、前述の各関与形態よりも帰責範囲が拡大されている。それゆえ、「上官」としての地位を有する者は、各関与形態に加えて、上官責任の下でも刑事責任を問われうるという意味で、そのような地位を有さない者と比べて広い責任を問われうる。しかし、上官責任の主体はあくまで「上官」に限られているため、犯罪に関与した範囲内でのみ責任を問われるのか、それとも上官責任をも含む広い責任を問われるのかを画するためには、「行為者が「上官にあたるか否か」の検討が重要となる。

また、上官責任の下で、上官は、犯罪を防止・処罰するための「措置をとらない」という不作為に基づき責任を問われることに鑑みると、「上官にあたるか否か」の検討はいつそう重要となる。なぜなら、不作為犯が成立するためには、不作為者が作為義務を有することが要求され、上官責任における上官としての地位は、部下による犯罪に対抗措置をとるべき義務を根拠づける、保証人的地位としての機能を有するからである。

詳しくは後述するが、アド・ホック法廷およびICCのいずれにおいても、「上官」にあたるためには、不作為者が犯罪実行者に対して「実質的管理」(effective control)を行使していることが要求されており、これは「犯罪を防止しおよび処罰する現実の能力」と定義される⁽⁴⁾。しかしながら、この基準をめぐっては、未だ明らかではない点が存在する。それは、なぜ実質的管理が上官の作為義務を基礎づけるのかという点である。

ここでは、「犯罪の防止・処罰能力」を有する者が「上官」となり、「防止・処罰義務」を負う、との関係が存するかのような印象を受ける。しかし、「作為能力を有する者が作為義務を負う」という発想は妥当ではない。たとえば、行き倒れの人を見て見ぬふりをする通行人はその人を救助可能かもしれないが、そのことをもって直ちに救助義務を肯定すれば、犯罪成立の範囲が過度に拡大してしまう⁽⁵⁾。現に、学説上、防止・処罰能力に着目して上官・部下関係を判断するという手法には、疑問も呈されている⁽⁶⁾。ゆえに、実質的管理が上官の作為義務を基礎づける基準として妥当であるのかを再検討する必要があるだろう。

以上の検討に際しては、前提として、実質的管理の内実も再検討される必要がある。なぜなら、確かに前述の通り、実質的管理は、犯罪の防止・処罰能力と表されることが多いものの、本当に判例上、同基準が防止・処罰能力に尽きるとされているのかについては、一考を要するからである。仮に判例上、同基準が防止・処罰能力に尽きるものではなく「プラスアルファ」の要素を有するとされていれば、「上官責任の下では防止・処罰能力に基づき防止・処罰義務が導かれている」との前記批判は、妥当しないこととなりうる。

以上の問題意識の下、本稿は、上官責任の主体を基礎づける「実質的管理」の内実を分析し、これが上官の作為義務を適切に基礎づけるのかを検討することを目的とする。以下では、まず、アド・ホック法廷およびICCにおいて、実質的管理という基準がいかにして導かれているのかを確認する(二章)。次いで、両法廷の判例上、実質的管理がいかなる内実を有するとされているのかを検討する(三章)。その後、上官の作為義務の根拠を検討し、これが実質的管理の判断枠組といかなる関係に立つのかを明らかにする(四章)。

二 「上官・部下関係」要件を基礎づける基準としての「実質的管理」の導出

(一) アド・ホック法廷

まずは、アド・ホック法廷で、上官責任の主体を基礎づける「実質的管理」基準がどのように導かれているかを確認する。ICTY規程七条三項は、以下のように定める。

「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。」⁽⁷⁾

上官責任が適用されるためには、不作為者と犯罪実行者との間に「上官・部下関係」(superior-subordinate

relationship)が必要とされる⁽⁸⁾。アド・ホック法廷における上官責任のリーディング・ケースであるチェレビチ収容所事件では、上官が部下に対して「法的な」(de jure)指揮権限を有する必要があるかが問題となり、第一審裁判部は以下の検討を経て、上官が「事実上の」(de facto)権限を有することで足りるとした。

まず、第一審裁判部は、上官責任を初めて明文化したジュネーヴ諸条約第一追加議定書(一九七七年)を参照する。その八七条一項によれば、軍の指揮官はジュネーヴ諸条約等の違反行為を防止する義務を負うとされ、同義務は部下の違反行為に限らず、「その管理」(control)の下にあるその他の者⁽⁹⁾の違反行為にも及ぶとされる。また、同議定書の注釈書によれば、この文言は、占領地等において「文民たる住民が、自身の領域内で戦争捕虜と敵対し、捕虜を虐待すると脅した場合、たとえ当該住民が公的には指揮官の権限下になかったとしても、当該捕虜について責任を負う軍の指揮官はそれに介入し、必要な措置をとる義務を有する」ことを示すものとされる⁽¹⁰⁾。つまり、指揮官は公的指揮下の部隊だけでなく、管轄領域内にあるその他の者による犯罪の防止も義務づけられるという。

次に第一審裁判部は、第二次世界大戦直後の戦犯裁判を参照する。すなわち、(1) Lit et al. 事件、(2) von Leeb et al. 事件、(3) Pohl et al. 事件、(4) Roehling et al. 事件、(5) 豊田副武事件、東京裁判の(6) 武藤章および(7) 広田弘毅の事案である。本稿では詳しく扱わないが、第一審裁判部は以上の裁判例の検討を通じて、犯罪実行者に対して公的指揮権を欠く事実上の権限保有者であっても上官責任の主体たりえ、かつ、これは不作為者が文民であっても妥当すること(3, 4, 7)を確認した⁽¹¹⁾。

他方、第一審裁判部は、上官責任は「部下の行動を管理する上官の権力を前提として」おり、被告人と犯罪実行者との間の「管理の連結が欠ける又は遠すぎるような状況において、他者の行為につき個人に責任を問うことで不正な結論に至らないよう」注意を払うべきとする。ゆえに、上官は、犯罪を「防止しおよび処罰する現実的能力」(material ability to prevent and punish...)を有するということの意味において、当該違反行為を行った者に対して実質的管理

〔effective control〕を有することが必要⁽¹²⁾とされた。

以上のように、ICTYは、実質的管理という事実的基準に依拠することで、公的指揮権限という形式的基準を超えて上官責任の適用範囲を拡大する。他方、ICTYは、上官の「現実の能力」に着目しており、これは上官に不能を強いるという「不正義」を排除する観点から、責任主体の範囲を限定するものということができる。

(二) ICC

次に、ICC規程二八条の内容を確認する。本稿執筆時点(二〇一八年二月二三日)では、上官責任に関してICCの上訴裁判部が判断を下した事案は存在しないものの、第一審裁判部が上官責任に基づき有罪を言渡した事案として、いわゆるBanda事件がある。以下では、同事件第一審裁判部および予審裁判部の判示を参照しつつ、二八条における上官・部下関係要件の構造を概観する。まずは、同条の日本語公定訳を確認する。

「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、自己が当該軍隊の管理を適切に行わなかっ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おくべきであつたこと。

(ii) 当該指揮官又は当該者が、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。

(b) (a) に規定する上官と部下との関係以外の上官と部下との関係に関し、上官は、その実質的な権限及び管理の下にある部下が、自己が当該部下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)から(iii)までのすべての条件が満たされる場合には、刑事上の責任を有する。

(i) 当該上官が、当該部下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、又はこれらのことを明らかに示す情報を意識的に無視したこと。

(ii) 犯罪が当該上官の実質的な責任及び管理の範囲内にある活動に関係していたこと。

(iii) 当該上官が、当該部下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。」

同条(a)では「軍の指揮官」と「実質的に軍の指揮官として行動する者」の二種類の軍の指揮官の類型が定められる。ICC第一審裁判部によれば、前者は、形式的に又は法的に指揮官として任じられている者を指し、後者は、形式的地位を欠くものの、実質的に指揮官として行動する者を指すとされる。⁽¹³⁾これに対して、(b)ではその他の上官が定められており、これはいわゆる「文民の」上官の類型といわれる。それゆえ、ICCでも、法的指揮権限の有無を問わず、また軍人・文民を問わず、上官責任の主体となるといえる。

また、(a)では、軍隊が指揮官の「実質的な指揮及び管理」(effective command and control)又は「実質的な権限及び管理」(effective authority and control)の下にあること、(b)では、部下が上官の「実質的な権限及び管理」の下にあることが要求される。つまり、ICC規程二八条では、アド・ホック法廷では解釈上導かれていた「実質的な〔…〕管理」が、条文上要求されている。

他方、同条では「実質的管理」に、「指揮」(command) および「権限」(authority) という文言が加えられている。しかし、両文言が何らかの差異をもたらすのかは明らかにされておらず、むしろ、予審裁判部および第一審裁判部によれば、両文言は「管理」の程度又は基準に対して何ら実質的な影響をもたらすものではなく、管理行使の「形態、態様又は性質を示す」に過ぎないとされる。⁽¹⁵⁾ それゆえ、二八条の下でも、「実質的管理」こそが、両文言を包括する上位概念として、上官責任の主体を基礎づける要件となる。

ICC 第一審裁判部および予審裁判部は、アド・ホック法廷の判例を引用しつつ、二八条における実質的管理概念を、犯罪を「防止し若しくは抑止し、又は事案を権限ある当局に付託する現実の能力」(the material ability to prevent or repress [...] or to submit the matter [...])⁽¹⁷⁾ と定義する。この点、アド・ホック法廷では「処罰」という文言が用いられる一方、ICC では「抑止」・「付託」という文言となっているが、この差異は、両法廷の規程の間で、不作為要件につき異なる文言が用いられていることによる。それゆえ、両法廷の間で、実質的管理の内容は本質的には同一といえる。⁽¹⁸⁾

以上の通り、アド・ホック法廷とICC の双方で、上官責任の主体となるためには、不作者が犯罪実行者に実質的管理を有する必要があり、これは具体的には部下による犯罪を防止・処罰する現実の能力を指す(以下、単に「防止・処罰能力」と呼ぶことがある)。

三 「実質的管理」の内実

(一) 実質的管理の有無の判断にあたっての考慮要素

1 考慮要素の具体例

本章では、アド・ホック法廷およびICCの判例上、実質的管理がどのように認定されているのかを確認することを通じて、実質的管理基準の内実を明らかにする。一般に、実質的管理の有無は、「事案との関係で特定の答えられるべき」であり、「実体法というより証拠の問題」とされる¹⁹⁾。つまり、実質的管理の有無は、ケース・バイ・ケースで、上官の防止・処罰能力を示しうる事情を総合的に考慮して決せられる。

ICC第一審裁判部は、アド・ホック法廷の判例をまとめつつ、軍の指揮官につき実質的管理を肯定する方向で考慮される事情を次に列挙する。「①軍事的構造内部における指揮官の公的地位およびその者が遂行した実際の職務、②自己の直接の指揮下にあるか又はそれより低い階層にあるかにかわりなく、自身の指揮下にある軍隊又は部隊に対して、敵対行為に参加するよう命令を発する能力を含む、命令を発する権力、③命令が実際に従われたか否かの考慮を含む、命令の遵守を確保する能力、④部隊を再編成し又は指揮構造を変更する能力、⑤軍隊のいかなる構成員をも昇進させ、交換し、排除し若しくは懲戒措置をとり又は捜査を開始する権力、⑥敵対行為が発生している場所に軍隊を送り、およびいかなる時点においても撤退させる権限、⑦通信装備および武装等の戦争遂行手段に対して、独立のアクセスおよび管理を有すること、⑧財政に対する管理、⑨交渉に際して軍隊を代表し、又は集団を代表して外部の団体又は個人と交流する能力、⑩その者が、部下が支持する運動のイデオロギーを代表しており、および公への露出および宣言を通じて一定程度目立っているか否か²⁰⁾」。一方、実質的管理の不存在を示す事情としては、「①問題

となる軍隊に対して他の排他的権限保有者が存在すること、**②**被告人の命令又は指示が無視され又は服従されないこと、**③**指揮系統が脆弱又は機能不全に陥っていること」が挙げられた。⁽²¹⁾

以上の通り、実質的管理の認定にあたっては多様な事情が考慮要素とされる。この点、まず指摘できるのは、公的地位・権限の存在は、上官にあたるためには不要である一方、実質的管理の存在を示す一事情として考慮されることはありうる点である(①)。

その他の事情は、概ね、「上官」が自身の属する集団(およびその構成員)の組成や行動に対して影響を与えられることを示す事情(②~⑧)、**①**~**③**と、上官が当該集団を代表していることを示す事情(⑨⑩)の二つに大別できるように思われる。特に前者の観点からは、上官が「部下に対して命令を下し、命令が現に従われているという関係」(命令・服従関係)が重要となりうることを示されているといえる。**②**③や**②**はその典型であるし、また、**④**部隊の再編成、**⑤**構成員の昇進・解雇等および**⑥**軍隊の配備・撤退等も、多くの場合、上官の命令を通じて行われるであろう。さらに、**①**自身以外に排他的権限を有する他の上官が存在することや、**③**指揮系統の機能不全といった事情は、当該上官の命令が部下により従われないであろうことを示す事情ということもできる。

命令・服従関係が存在すれば、特に上官が犯罪阻止も命令できたとの関係性が推認され、防止・処罰能力(実質的管理)を肯定する方向で働くことは想像に難くない。他方、部下が上官の命令に従わない状況が存在する場合には、当該能力は否定されやすくなる。実際に、アド・ホック法廷においては、命令・服従関係が頻繁に検討対象とされており、検察官も、この事情を積極的に認定対象として主張しているといわれる。⁽²²⁾

2 アド・ホック法廷の判例

以下では、具体的事案における実質的管理の認定方法を紹介する。まずはアド・ホック法廷の判例を扱うが、ア

ド・ホック法廷で上官責任が扱われた事案は多岐にわたり、紙幅の関係上、全ては紹介できない。以下では、第一審では実質的管理が肯定されたが、上訴審では否定された事案を取り上げる。なお、以下では、各事件における事案の全貌を示すわけではなく、特に実質的管理の有無が争点となった部分のみを検討対象とする。

〈事例1〉 ICTY Blaskić 事件

【概要】旧ユーゴ紛争中、クロアチア防衛評議会（HVO・ボスニア・ヘルツェゴヴィナ領内に成立したヘルツェグ・ボスナ・クロアチア人民共和国の軍事組織）軍隊が Ahmići および周辺村落で殺人、民物への攻撃、宗教・教育施設の破壊等を行い、HVO 中央ボスニア作戦区域（CBOZ）司令官であった被告人 Blaskić の責任が問題となった。第一審では複数部隊との関係で上官責任が肯定された一方、上訴審では、憲兵隊第四大隊（Military Police 4th Battalion）およびその特殊部隊 Jokers 以外の犯罪への関与が認められず、両者に対する被告人の実質的管理の有無が争点となった。

【第一審】大要以下の事情に基づき憲兵隊らに対する「指揮権限」が肯定された。（1）参謀総長命令により、憲兵隊は一時的に被告人の管理下にあった。（2）証人（憲兵隊元構成員）が、被告人の命令を拒絶したことがないと述べ、また、「Travnik 地区の憲兵隊司令官がボスニア・ヘルツェゴヴィナ軍参謀長を誘拐した際、当該参謀長は被告人の命令により解放された。（3）被告人は、兵士による規律違反を参謀長らに通知しなければならなかった。⁽²³⁾

【上訴審】上訴裁判部は大要以下の事情に言及して、実質的管理を否定した。

① CBOZ 司令官たる被告人は、憲兵隊に関して作戦上（攻撃行動等）の管理を有していなかった。また、Jokers は、被告人ではなく内務省又は防衛省等の権限下にあった。⁽²⁴⁾

② (i) 第一審理由（2）につき、憲兵隊は人質解放命令を拒否していた。(ii) 憲兵隊第四大隊司令官が、憲兵隊は被告人に対して何らの義務も負わないと述べていた。(iii) Jokers が配備された検問所を人道支援のコンボイが通過した際、

Kordić (ヘルツェグ・ボスナ・クロアチア共和国副大統領) の介入により通過が許可され、被告人の通行許可証は、憲兵隊により有効とみなされていなかった。⁽²⁶⁾

③ (i) 憲兵隊はHVOの管理外で犯罪行為に従事し、被告人以外の権力者・司令官の保護下・命令下にあった。(ii) JokersらはKordićらの命令に従って弾圧・略奪を行い、またKordićらに報告を行っていた。(iii) 憲兵隊は被告人ではなく防衛省憲兵隊行政局 (Military Police Administration in the Ministry of Defence) の指揮下にあった。⁽²⁷⁾

④ 憲兵隊は、他の関係機関との衝突、地方権力者との癒着等、問題を有していた。⁽²⁸⁾

〈事例2〉 ICTY Hadzhasanović and Kubura 事件

【概要】 ボスニア・ヘルツェゴヴィナ軍の第三軍団 (3rd Corps) 指揮下の「El Mujahedin」部隊 (以下、EM) は、クロアチア系・セルビア系文民等を Orašac Camp に拘禁して虐待・斬首し、第三軍団司令官であった被告人 Hadzhasanović の上官責任が問題となった。EMはアラブ諸国から派遣された外国人ムスリムおよび地方出身者等から成り、紛争の中途から第三軍団の指揮下に正式に加入したところ、EMは一定の独立性を有する部隊であったため、被告人の実質的管理の有無が争われた。

【第一審】 大要以下の事情に基づき実質的管理が肯定された。(1) 命令を発し遂行させる被告人の権力、(2) EMの戦闘態様、(3) EMに対する他の権限保有者の不存在、(4) EM構成員は規律違反に際して他の第三軍団構成員と同一に扱われ、軍法会議で訴追された例もあったこと、(5) 被告人の法的指揮権限⁽²⁹⁾、(6) 第三軍団は、軍事的利益を得られる限りでEMの例外的地位を許容し、また、その使用を強制されてもいない。ゆえに、第三軍団はその決断の帰結を受け入れ、EMに全面的責任を負っていた。⁽³⁰⁾

【上訴審】 上訴裁判部は、以下の事情を指摘し、結論として実質的管理を否定した。

① 第三軍団司令部は E M に対し、他部隊への編入命令を三度発したが、第一のものは拒否され、第三のものは被告人退任後に発されたため、本件では重要ではない。第二のものは遂行されたが、これは第三軍団が E M に実質的管理を行使するための試みであり、当該命令だけでは、両者間の単なる協力を超えた実質的管理関係を示すには充分ではない。⁽³¹⁾

② (i) E M の他部隊からの独立を示す事情（戦闘参加を自ら決定する権利を保持していたこと、同部隊との連絡の困難性、報告なく戦場を離脱したこと、第三軍団と異なる独立のキャンプを有していたこと等）が存在した。(ii) 第一審理由（6）につき、第三軍団が E M から軍事的利益を得ていたことは、実質的管理を示すものではない。⁽³²⁾

③ 理由（3）につき、E M に対して他の権限保有者が存在しないことは、被告人が実質的管理を行使していることを示すものではない。⁽³³⁾

④ 理由（4）につき、E M 構成員が訴追されたとしても、その際の被告人の役割等は示されていない。また、規律違反を犯した E M 構成員は、少なくとも原則としては他の第三軍団構成員と同一に扱われるものとされていたというが、これは第三軍団の現実の処罰能力を示すものではなく、第三軍団がおそらく処罰するであろうことを示すに過ぎない。⁽³⁴⁾

⑤ E M は文民らを入質とし、OG 司令官による解放命令にも応じず、「人質解放のために第三軍団がとることができた唯一の手段は、E M に直接の武力を用いることであった」。上訴裁判部は、部下の管理のために武力行使を強いられても直ちに実質的管理は否定されないとしつつ、本件では「あたかも（自身から）区別された敵軍であるかのよう」に同部隊を攻撃すること」が要求されていたこと等に鑑み、E M と第三軍団の関係は従属関係ではなく、「明らかに敵対行為」(over hostility) に近かつた。⁽³⁵⁾

〈事例3〉 ICTY Perisic事件

【概要】旧ユーゴ紛争中、クライナ・セルビア人共和国（RSK：クロアチア領内のセルビア人勢力）の軍隊SVKがザグレブ市街等を攻撃し、多数が死傷した。SVKに対しては、ユーゴ軍（VJ）の40h Personnel Centers（40h PC）から人員が送り込まれており、40h PCを指揮下に有するVJ参謀総長であった被告人Perisicが、SVK構成員の犯罪につき、上官責任を問われるかが問題となった。

【第一審】大要以下の事情に基づき実質的管理が肯定された。（1）被告人は40h PCの法的な上官であった。

（2）被告人は40h PC構成員に対する懲戒・刑事手続開始能力を有していた（ただし、これはRSK崩壊以降〔本件攻撃以降〕にのみ行使された）。（3）被告人はSVKから定期報告を受け、40h PCに命令等を行っていた。（4）被告人は40h PC構成員に拘束力ある命令を発する一般的能力を有していた。（5）被告人は、構成員の昇進に際しての推薦能力と、構成員の契約を終了させる能力を有していた。⁽⁴⁷⁾

【上訴審】上訴裁判部は、以下の事情に特に依拠して、実質的管理を否定した。

①被告人はCeleketic（SVK参謀総長）に本件攻撃の停止を指示した一方、CeleketicはMartić（RSK大統領・SVK最高司令官）の指示に従い本件攻撃を命じた。また、被告人およびMilosevic（セルビア大統領）はCeleketicの電話を盗聴しており、これは両名が、Celeketicが被告人の実質的管理下にないと認識していたことを示す。⁽³⁸⁾

②(i)元SVK所属の証人が、被告人から指揮命令を受けたことがないと述べた。(ii)VJからSVKへの連絡に際し、威圧的ではなく「please」等の請願的な言葉が用いられていた。(iii)被告人は、国連の援助の通過を支援せよとのMilosevic大統領の命令を伝達したが、当該命令の名宛人にはVJに属していなく、Martićも含まれ、当該命令はVJの指揮系統内部に向けられたものではない。また、Celeketicは同命令につき、被告人およびVJの指揮系統を経由せず、Milosevic大統領に直接返答した。(iv)被告人は40h PCを支援する組織の設立を命じたとされるが、そこへ配属

を命じられた者の一部（RSK防衛省構成員等）は被告人の権限下になく、同命令が従われたことの証明もない。(v)本件攻撃後にSVK参謀総長がCaleketicから交代⁽³⁹⁾されて以降、被告人は40th PC兵士に対して指示を行っていたが、これは犯行当時、実質的管理を証明するものではない。

③第一審理由(2)につき、被告人がSVK構成員の懲戒手続に関与するようになったのはRSK崩壊後であり、被告人が本件攻撃後に懲戒上の権力を獲得したという推論を排除できず、「被告人が部下に対する指揮を獲得する前に当該部下によって行われた犯罪を処罰しなかったことについては、被告人は七条三項に基づく責任を問われ得ない」⁽⁴⁰⁾。

〈事例4〉 ICTR Ndindiyimana et al. 事件 (1)

【概要】本件事案は、ルワンダ内戦中、Kansi Parishにおいてツチ族文民に攻撃が行われ、国家憲兵隊 (Gendarmier nationale) 参謀長であった被告人Ndindiyimanaの自宅を警護していたルワンダ国家憲兵 (gendarmes) が民兵組織 Interahamwe に武器等を供与し、かつ攻撃に参加したというものである。この点、本件犯行前の時点で、国家憲兵の大部分に対する指揮権はルワンダ軍に移っており、被告人の管理下になかったことから⁽⁴¹⁾、被告人が同人宅を警護していた国家憲兵に対して特に実質的管理を有していたかが争われた。

【第一審】大要以下の事情に基づき実質的管理が肯定された。(1)当該国家憲兵が被告人の妻により招集された。

(2)被告人が、当該国家憲兵が本件攻撃に関与するを知っていた。(3)国家憲兵は国家憲兵隊の作戦指揮下にあり、作戦行動が一定の組織性を帯びていた。(4)被告人は国家憲兵隊の参謀長としての地位を有していた。⁽⁴²⁾

【上訴審】上訴裁判部は、大要以下の事情に依拠して、実質的管理を否定した。

①犯行当時、本件国家憲兵が特に被告人の作戦指揮下に留まっていたとは示されておらず、本件国家憲兵の配備に

際しての被告人の役割・命令の有無も示されていない。⁽⁴³⁾

② 第一審理由(1)につき、本件国家憲兵が被告人の妻の要望により配備された際、被告人は同地におらず、家族と連絡も取っていないかった。たとえ被告人の影響力が配備に一役買ったとしても、それは実質的管理を充分に示すものではない。また、理由(2)につき、被告人が本件犯罪を知っていたとしても、それは権限を充分に示すものではない。⁽⁴⁴⁾

③ 本件国家憲兵は、本件犯行直前に、別の国家憲兵又は大統領親衛隊 (Presidential Guard) のいずれかにより招集された。それゆえ、本件国家憲兵が犯行時に当該集団の指揮・命令下にあり、被告人が実質的管理を欠いていた可能性を排除できない。⁽⁴⁵⁾

〈事例5〉 ICTR Ndindiyimana et al. 事件 (2)

【概要】 本件は〈事例4〉と同一被告人の事案である。本件では、St. André Collegeにおいて、民兵組織 Interahamwe と連携したルワンダ軍 Nyamirambo 旅団の国家憲兵によりツチ族難民が殺害され、国家憲兵に対する被告人の実質的管理が争点となった。

【第一審】 大要以下の事情に基づき実質的管理が肯定された。(1) 被告人は本件犯行地の Kibuye 地区に長期間滞在していた。(2) 被告人は本件犯行の報告を受け、現場の部下に攻撃の時点ごろに命令を発していた。(3) 被告人は本件 College を国家憲兵に保護して欲しいとの要請があったことを知っていた。(4) 本件国家憲兵は国家憲兵隊指揮下にあり、作戦行動が組織性を帯びていた。(5) 被告人の国家憲兵隊参謀長としての地位。⁽⁴⁶⁾

【上訴審】 上訴裁判部は、以下のように述べて、実質的管理を否定した。

① 犯行当時、本件国家憲兵が特に被告人の作戦指揮下に留まっていたとは示されていない。また、第一審理由

(3) につき、当該保護要請はルワンダ軍参謀長に対して行われ、それに応じて国家憲兵が派遣された。ゆえに、ルワンダ軍が国家憲兵に権限を行使しており、被告人が実質的管理を有していたかは疑問である。⁽⁴⁷⁾

②理由 (1) につき、被告人が長期間を Kigali で過していたことは、被告人の実質的管理を示すものではない。⁽⁴⁸⁾

③理由 (2) につき、第一審において記録の誤読があり、被告人が本件 College に関する又は Nyamirambo 旅団に対する命令を発したとは示されていない。⁽⁴⁹⁾

④理由 (3) につき、被告人は保護要請を知っていた一方、被告人がいつそれを知り又は国家憲兵の配備に際して何らかの役割を担ったかは示されていない。⁽⁵⁰⁾

3 ICCの裁判例——Bemba 事件

次に、ICCの Bemba 事件における実質的管理の判断枠組を概観する。

〈事例6〉 ICC Bemba 事件

【概要】中央アフリカ共和国における内戦中、同国政府側に加担して紛争に介入したコンゴ解放運動 (MLC) 軍の兵士が、多くの地域で略奪、文民の殺害および強姦を行った。以上につき、MLC議長 (President) かつその軍事部門であるコンゴ解放軍 (ALC) 総司令官であった被告人 Bemba が、ICC規程二八条 (a) の「実質的に軍の指揮官として行動する者」としての責任を問われるかが問題となった。

【予審】予審裁判部は二八条 (a) の主体に関する要件として、被疑者が「軍の指揮官又は実質的にそのような者として行動する者であること」と、被疑者が軍隊に対し「実質的な指揮および管理又は実質的な権限および管理を有すること」の二つを挙げる。⁽⁵¹⁾ここでは、軍の指揮官であることと実質的管理が理論上区別されているものの、両要件は「相互関係を有する」として、一括して検討された。結論としては、大要以下の事情に依拠して、両要件の充足が肯

定された。(1) MLCの議長・ALCの総司令官としての公的地位、(2) 命令権を有し、命令が遵守されていたこと、(3) MLC司令官の任命・昇進・降格・解雇権および逮捕・拘禁・釈放の権力、(4) 犯罪防止・抑止の権力⁽⁵³⁾。

【第一審】第一審裁判部も、予審裁判部と同様に、上官責任の主体要件を、「被告人が軍の指揮官又は実質的に軍の指揮官として行動する者であること」と、被告人が「犯罪を行った軍隊に対して実質的な指揮および管理又は実質的な権限および管理を行使していること」の二つに分ける一方、両判断を一括している⁽⁵⁴⁾。他方、第一審裁判部は、まずMLCにおける被告人の地位・能力を一般的に考察し、次いで中央アフリカに展開された具体的なMLC部隊に対する管理を考察するという、二段階の判断を行っている。

まず、以下の事情に基づき、被告人がMLC一般に関して、実質的な軍の指揮官でありかつ実質的管理を有すると認められた。(i) MLC議長およびALC総司令官としての法的地位、(ii) 構成員の任免・昇進に関する権力、(iii) MLCの資金調達の管理、(iv) 現場指揮官との通信ラインおよび報告制度の存在、(v) 参謀から助言を受けて作戦・戦術上の命令を下すことが可能であり、実際にこれを下していたこと、(vi) 犯罪の捜査および軍法会議の設置を含む懲戒権力、(vii) 現地に部隊を送り又は撤退させる能力⁽⁵⁵⁾。

その上で、現地の具体的なMLC部隊に関しては、特に以下の事情に依拠して、被告人が実質的な軍の指揮官でありかつ実質的管理を有することが肯定された。

① 現地MLC部隊は中央アフリカの軍事的階級に編入されてはならず、同部隊に対する被告人の権限が失われているわけではない⁽⁵⁶⁾。

② 被告人は中央アフリカに展開される部隊・指揮官を選択し、その初期配置を命令した。被告人は現場指揮官から恒常的かつ直接に連絡を受けていた。被告人は兵站上の [logistic] 支援等を現地MLC部隊に対して提供していた。被告人は現地MLC部隊に対して作戦命令を下し、これが実施されていた⁽⁵⁷⁾。

③ MLC参謀は被告人への助言・報告等の重要な役割を果たしていたが、このことから被告人の権限が縮小されるわけではない。被告人はしばしばMLC参謀を経由せず、現場指揮官に対して直接的に指示又は命令を発し、報告を受けていた。⁽⁵⁸⁾

④ 被告人は、中央アフリカの国連代表者であるOssé大将と交渉を行い、犯罪に関してメディア等に返答を行うなど、中央アフリカのMLC部隊を代表していた。⁽⁵⁹⁾

⑤ 被告人は、現地MLC部隊につき、逮捕権限および調査委員会・軍法会議の設置権限等、主要な懲戒上の権限を保持しており、これらの権力は、少なくとも四度にわたって行使された。また、MLCの行動規範は本件介入期間の間も適用可能であり、被告人の懲戒・処罰権限が失われたことに関する根拠は存在しない。⁽⁶⁰⁾

⑥ 被告人は中央アフリカからのMLC部隊の撤退を命じる権限を保持しており、また現に被告人の撤退命令は従われた。⁽⁶¹⁾

4 小括

以上の各事案をみても、実質的管理の判断に際しては複数の事情に依拠されており、どの事情が重視されたのかは必ずしも明らかではない。一方、目を引くのは、実質的管理が否定されたアド・ホック法廷の事案で、命令・服従関係が否定されている点である（事例1）理由②、（事例2）理由①⑤、（事例3）理由①②、（事例4）理由①、（事例5）理由③。ICCの（事例6）でも、命令・服従関係（第一審理由(v)②⑥）に言及がなされている。

(二) 防止・処罰能力と組織的階級構造

これまでみてきた通り、実質的管理（犯罪の防止・処罰能力）を証明するにあたっては、様々な事情が考慮要素とし

て検討されており、その中で特に命令・服従関係は、実質的管理を一定程度強く推認させる事情として考えられているようにも思われる。しかし、他方で、以下で示すように、命令・服従関係が明らかに存在する——それゆえ防止・処罰能力が強く推認されうる——にもかかわらず、上官としての地位が否定された例がみられる。

〈事例7〉 ICTY Mucić et al. 事件

【概要】旧ユーゴ紛争の最中、ボスニア・ヘルツェゴヴィナ領内に設置されたチェレビチ収容所において、セルビア系被収容者が衛兵らによる虐待を受けた。これらにつき、同収容所副司令官であった被告人 Erasin Džić が、上官責任に基づき起訴された。

【第一審】第一審裁判部は大要以下の事情に言及しつつ、被告人が「部下に対して命令を発し、又は部下による犯罪行為を防止若しくは処罰する権力を伴って、チェレビチ収容所において指揮系統の内部に位置づけられていたこと」を否定した。⁽⁶²⁾ (1) 衛兵は被告人を恐れており、被告人はしばしば衛兵・被収容者を怒鳴りつけていた。また、収容所司令官 Mucić が不在の際には被告人が命令を発し、被収容者および衛兵は被告人に従わなければならなかった。(2) HVO 軍捜査委員会は、被収容者の中から面談対象をリスト化し、これを司令官 Mucić に渡していたが、彼不在の際には被告人にこれを渡していた。また、同委員会作成のファイルには、Mucić および被告人のみがアクセスできた。(3) 被告人は、衛兵から要請された被収容者に対する治療を手配するものとされていた。⁽⁶³⁾

以上のうち、(1) は被告人の影響力を示しうる一方、当該影響力は「威圧的かつ道徳的に不良な個人〔被告人〕に衛兵が恐れを抱いていたことによるものでありえ、〔…〕それ自体としては Džić の上官としての権限の徴表たりえ」ない。⁽⁶⁴⁾ また、(2) (3) から、被告人は収容所の日常業務および司令官の補佐を職務としていたとはいえるが、「命令を発し、また部下による犯罪行為を防止および処罰するという意味における実際の指揮権限を示すものとはい

えなく」。⁽⁶⁶⁾

【上訴審】上訴裁判部は、原審判断をほぼ全面的に維持した。⁽⁶⁶⁾ なお、検察側は上訴趣意の中で、第一審裁判部は被告人が「チェレビチ収容所において指揮系統の内部に位置づけられていたこと」を要求することにより、「公的な」指揮系統の存在を要求したもので不当と主張したが、上訴裁判部は公的な指揮系統は不要とした上で、以下のように述べた。

「本上訴裁判部は、実行者が被告人の『部下』であることを証明する必要があるということは、〔…〕被告人がその地位の観点から、実行者に対して一定の公的又は非公式的な階級の中で上位者〔senior〕であることを意味すると解する。本上訴裁判部は、防止又は処罰の現実の権力という意味における実質的管理を行使する能力とは、上官・部下関係を認めるための最低限の要件であると考え、これはほぼ必然的にそのような従属関係なくしては充足され得ない。しかし、同等の地位又は階級にある二人の者のうちの一方が〔…〕、他方に対して、少なくとも他方の行動をたとえば人格的強制又は物理的強制によって防止する、純粋な実際上の能力という意味での『実質的管理』を現に行使している状況があらうる。本上訴裁判部は、上官責任の法理が〔…〕、完全に同等の地位にある他者の行動のために人に刑事責任を課すものと意図されてきたとは考えない」。⁽⁶⁷⁾

〈事例 8〉 ICTR Nyiramasuhuko et al. 事件

【概要】ルワンダ内戦中、Ngoma コミュニンの市長であった被告人 Kanyabashi が、兵士および民兵に対して、同地区に所在する Matyazo Clinic に避難したツチ族の攻撃を命じ、多数が死亡した。これらにつき、被告人の上官責任が問題となった。

【第一審】兵士らに対する被告人の法的権限は認められなかったものの、被告人が本件攻撃を命じ、兵士らがこれに

従ったことに基づき、被告人が兵士に対して「アド・ホックの又は一時的な基礎に基づき実質的管理を行使」していたとされた。⁽⁶⁸⁾

【上訴審】上訴裁判部は、以下のように述べて、上官・部下関係を否定した。

①まず、上訴裁判部は、先にみた〈事例7〉の上訴裁判部の判示を引用する。⁽⁶⁹⁾ その上で、文民の権限保有者たる被告人の命令に兵士が従ったことは、被告人の権限および影響力を示しうる一方、「先在する〔pre-existing〕上官・部下関係を示唆するもの、裏を返せば、当該文民権限保有者に対して、兵士の犯罪実行を防止する義務又は行われた犯罪のためにそれらの部下を処罰する義務を課す」ものとはいえないとされた。⁽⁷⁰⁾

②第一審においては、被告人が兵士を伴って現場に赴いていたことや、兵士が被告人宅に居住していたこと等が認定されたものの、これらの事情は、被告人が本件攻撃を行った兵士の上官である、ということ以外の推論——たとえば被告人が「兵士と上官・部下関係なく、意図的にこれらの者を支援していた」という推論を排除するものではない。⁽⁷¹⁾

〈事例7〉第一審裁判部理由(1)や〈事例8〉上訴裁判部理由①にみられる通り、両事案では命令・服従関係が一応存在し、それゆえ防止・処罰能力が肯定されることもありえない事案ではないようにみえる。この点、〈事例8〉でも引用された〈事例7〉の上訴裁判部の判示では、同等地位の複数人の間で防止・処罰能力が肯定できたとしても上官・部下関係は基礎づけられない旨が指摘されている。⁽⁷²⁾

このことから、防止・処罰能力は、対等地位間で存在するのではなく、「上下関係に基づく」(上位者性)必要があることが示されているといえる。たとえば〈事例7〉の第一審裁判部では、被告人が収容所の「指揮系統の内部に位置づけられていたこと」が否定され、上訴裁判部では、不作為者が犯罪実行者に対する「上位者」(senior)であることが要求されている。また、〈事例8〉上訴裁判部では、「先在する上官・部下関係」の存在が要求されている。

これらはまさにその「上位者」性を示すものであると考えられる。

それでは、この「上位者」性はどのように判断されるべきであろうか。判例・学説においてはしばしば、実質的管理が「階級構造」(hierarchical structure) なし「指揮系統」(chain of command) の中で行使されていることが要求される。たとえば、Werle/Jebberger は以下のように述べる。

「常に必要とされるのは、管理能力が、ある程度組織的な安定性を有する階級構造の中に組み込まれていることである。それゆえ、単に犯罪実行の具体的状況において、犯罪に直接参加した者の態度に対して管理が行使されうるに過ぎない場合は、上官・部下関係は存在しない。また、個々の人的関係にのみ基づく管理能力も充分ではない。」

ここでは、具体的状況・個人的関係にのみ基づく防止・処罰能力と、階級構造に組み込まれたそれが対置され、後者のみが上官・部下関係を基礎づけるとされる。つまり、防止・処罰能力は、カリスマ等の個人的特質のみに基づくものでは足りず、上位者の命令を下位者が実施するという関係を担保する組織の制度に基づいていることが求められている。⁽¹⁴⁾

この見解に従えば、上官責任の成立のためには、ある程度安定的な組織的階級構造ないし指揮系統が存在し、上位者と下位者の双方がこの中に組み込まれており、その内部において下位者は上位者の命令に原則として服従しなければならぬという関係が存在する必要がある。そして、まさにこのような階級構造又は指揮系統に基づいて、上位者が下位者に対して防止・処罰能力を有する必要がある。

以上の理解によれば、〈事例7〉では、収容所副司令官たる被告人の命令に衛兵が従ったのは恐怖心に基づいていた可能性があり、〈事例8〉⁽¹⁵⁾では、市長であった被告人は軍等に組み込まれておらず、両被告人と各犯罪実行者との

間の命令・服従関係は「階級構造に基づくものではなかった」ことになろう。それゆえ、上官・部下関係の証明にあたっては、当該関係が階級構造に基づいていたことを示す追加的な事情（一例として、命令・服従関係が継続的に存在したことも示される必要があったといえよう。なお、〈事例3〉上訴審理由②では、被告人が伝達した大統領命令が軍隊（VJ）の指揮系統に向けられていなかったとして、当該命令は実質的管理を肯定する方向では評価されなかったが、このことも、当該命令が組織の階級構造に基づいていないと評価されたものと位置づけられる。

以上の検討から、アド・ホック法廷の判例上、実質的管理の有無は、（A）下位者の犯罪を防止・処罰する能力が、（B）組織の指揮系統又は階級構造に基づいていること、という二つの軸に基づき判断されているといえる。

四 上官の作為義務と実質的管理

以下では、前章で検討した上官・部下関係（実質的管理）の判断枠組が、作為義務の基礎づけという観点からいかに基礎づけられるかにつき、若干の検討を行う。

（一） 不作為犯としての上官責任

第一章でも述べた通り、学説の中には、防止・処罰能力に着目して上官・部下関係を判断するという手法を批判するものがある。すなわち、上官責任においては犯罪の防止・処罰能力をもって防止・処罰義務が基礎づけられており、これは不当というのである。

たしかに、作為能力は作為義務の必要条件ではあっても十分条件ではないという限りでは、上記批判は妥当たりうる。しかし、前章でみた通り、アド・ホック法廷では、上官・部下関係の判断にあたり、（A）純粋な防止・処罰能

力ではなく、(B) 当該能力が組織の階級構造に基づくことという「プラスアルファ」が要求されている。このことに鑑みると、結論からいえば、上官責任の典型的な適用対象たる「軍隊」との関係では、作為義務を肯定可能と思われる。以下では、上官の作為義務の根拠を若干ながら検討する。

作為義務の発生根拠については様々な見解があるが、まず、ドイツや日本で伝統的にみられるように、(a) 一定の法令・契約等から作為義務が生じうるとの考えがありうる⁽⁷⁶⁾。上官責任との関係でいえば、「軍の指揮官」が、軍隊を適切に監督すべき義務を有することは、国際法上確立している（たとえば、第一追加議定書八七条）。

加えて、実質的観点として、ドイツや日本では、作為義務の発生根拠を危険源監督義務と法益保護義務に二分し、前者につき、(b) 危険源の監督を引き受けた者はそこから法益侵害が生じないよう保証する義務を負うとする見解がみられる⁽⁷⁷⁾。この観点からは、「軍隊」が中核犯罪を発生させる潜在的危険源であることは歴史的経験則により肯定され、だからこそ、国際法上、軍の指揮官は部下の監督を特に義務づけられているといえる。この観点からは、軍隊の監督を引き受けている者に対しては作為義務を肯定できる⁽⁷⁸⁾。

軍隊の階級構造に基づき、部下の犯罪を防止・処罰できるだけの権限を持つ者は、軍隊の監督をその制度上引き受けた者といえる。ゆえに、先にみた(A)(B)の判断枠組は、軍の指揮官に関しては維持可能といえる。前章で検討した事案においても、多くの場合、犯罪を行った「部下」は軍隊（又はそれに類する集団）であり、当該集団との関係で(A)(B)が認められる限りでは、上官の作為義務を肯定して差し支えないと思われる。

(二) 文民の上官責任、特に企業犯罪への適用可能性

国際法上の義務と、軍隊の潜在的危険源としての性質に着目する場合、犯罪実行者が軍隊（又は類似の武装集団）ではない場合には、上官責任を肯定することは困難となる。たとえば、通常の企業は、従業員の規律を維

持する国際法上の義務を負うかは疑問であるし、多くの場合、中核犯罪を生じさせうる危険源ともいえないと思われる。⁽⁷⁹⁾

それにもかかわらず、ICTRでは、企業の指導者が上官責任に基づき有罪となった事例が複数存在する。代表的なものとしては、以下の二つが挙げられよう。

〈事例9〉 ICTR Musema 事件

【概要】被告人 Musema は、ルワンダ国営の製茶工場 (tea factory) の工場長であった。ルワンダ紛争中、被告人は Gitawa Hill 等で行われた難民に対する殺人に関与したところ、攻撃の一部には同工場の従業員も関与しており、その部分につき上官責任 (三項) の成立が争われた。なお、一部の事案では、従業員が工場所有の車両で被告人と共に現場に到着し、工場の制服を着用していたことが併せて認定された。⁽⁸⁰⁾

【第一審】第一審裁判部は被告人の従業員に対する実質的管理を認めた。その際、管理の内容としては、「とりわけ従業員を製茶工場における地位に任命しまたその地位を解く自己の権力を通じて、当該従業員に対して法的および財政上の管理を行っていた」ことが指摘された。また、被告人の義務の内容に関して、被告人は (1) 「これらの権力の観点から、従業員が規程上可罰的な犯罪の実行者と判明した際には、当該個人を製茶工場における地位から解くこと又はその旨の脅しを加えるなどの合理的な措置をと」り、(2) 「製茶工場の車両、制服又はその他の財産がそれらの犯罪の実行に使用されることを防止し又は処罰することを試みるための合理的な措置をとるべき地位にあった」とされた。⁽⁸¹⁾

〈事例10〉 ICTR Nahimana et al. 事件

【概要】本件事案は、ルワンダ紛争中、ルワンダのラジオ局RTL Mの従業員およびジャーナリストが、同国内の民族集団であるツチ族の殲滅を呼びかける放送を行ったというものである。これにつき、RTL Mの重要人物であった被告人Nahimanaは、ジェノサイドの扇動および人道に対する犯罪としての迫害に基づき、上官責任で起訴された。

【第一審】第一審裁判部は、以下の事情に特に言及して、上官・部下関係を肯定した。(1) 被告人はRTL Mの「ナンバーワン」であった。(2) 被告人はルワンダ情報担当省との会合にRTL Mを代表して出席した。(3) 被告人はRTL Mの財政を管理していた。(4) 被告人はRTL Mの取締役会として機能する「運営委員会」(Steering Committee)の一員であり、RTL Mの全従業員およびジャーナリストは同委員会に責任を負っていた。(5) 被告人は、RTL Mの番組に責任を負う「技術・番組委員会」(Technical and Programme Committee)の長であり、その番組内容は被告人らが責任を負う編集方針を反映していた。(6) RTL Mが国連ルワンダ支援団およびその司令官Dallaire氏を攻撃する放送を行おうとした際、被告人が介入し、放送を停止させた。⁽⁸²⁾

【上訴審】上訴裁判部は原審判断を維持し、被告人がRTL Mの犯罪的講演の放送を防止又は処罰する能力を有していたと認めた。⁽⁸³⁾ なお、弁護側は上訴趣意の中で、純粋な民間の文脈で軍の指揮官に比肩する権限を欠く文民であったも上官責任の適用対象になるとした第一審は誤りであり、「公権力に類似した極めて強力な法的又は事実上の権力」を有する文民指導者のみが上官責任の主体たるべきとしたの⁽⁸⁴⁾対して、上訴裁判部は、実質的管理(防止・処罰能力)を有すれば文民も上官責任の主体たりえ、「軍の指揮官と類似した特権」も、「公権力に類似した『極めて強力な権力』」も不要とした。⁽⁸⁵⁾

〈事例9〉では製茶工場、〈事例10〉ではラジオ局という、一見すると通常の企業の長が、従業員の犯罪について上

官責任を問われている。しかし、元々は軍隊という重大な危険源との関係で発展してきた上官責任を、あらゆる企業指導者に転用することには、慎重になる必要がある。上記事例では、従業員への介入権限あるいは財政的な管理等を理由に「上官」としての地位が肯定されている。一方、企業に関して上官責任の成立を限定する枠は示されておらず、たとえば給与の支払いという「財政に対する管理」を有していれば、あらゆる企業指導者に対して上官責任が適用可能となる可能性さえある⁽⁸⁶⁾。しかし、この帰結は妥当ではない。上官責任の無制限な拡大を防ぐためには、不作為者と犯罪実行者が属する組織が、その活動上、中核犯罪を発生させる典型的・潜在的危険性を有することという、「枠」を設定することが有用と思われる。そのような危険が存在するからこそ、当該集団の監督者に対する作為義務が肯定されるのである。

この点、いわゆる文民の上官責任を定めるICC規程二八条(b)(ii)では、軍の指揮官に関する(a)にはない追加的条項が存在する。すなわち、「犯罪が当該上官の實質的な責任及び管理の範囲内にある活動に係っていたこと」が要求されているのである。この条項は、上官責任の成立範囲を、職務中に又は職務と関連して行われた部下の行為に限定する趣旨と説明されることが多い。つまり、軍の指揮官は二四時間三六五日、部下に対して規律・管理及び及ぼすことが要求される一方、軍隊以外の組織においてはそのような厳格な規律は妥当せず、上官の監督が要請される範囲が時間的・場所的・事物的に限定されるというのである⁽⁸⁷⁾。このように、文民の上官責任の成立範囲が、その職務と関連性を有する領域に限定されていることは、当該職務が中核犯罪に繋がりを有する危険性を有することを前提としているとも考えられる。この追加的条項が存在する以上、ICCでは、企業の長が従業員に対して、(A)犯罪の防止処罰能力を(B)企業の階級構造に基づき有しているという意味で實質的管理を有していたとしても直ちに上官とはならず、企業の性質や職務内容もまた、検討対象とされなければならない。それゆえ、上官責任の成立範囲は、アド・ホック法廷と比べて限定的となると考えられ、それは妥当な方向性と思われる。

具体的事案との関係でみると、〈事例9〉の製茶工場事例では、従業員が工場所有の車両や制服を使用したという事情はあるものの、工場長に伴って難民を殺害することが工場の事実上の職務領域内であったとは示されていないため、仮にICC規程の枠組に従った場合には、上官責任の成立を認めることは困難である。他方、〈事例10〉のラジオ局事例では、他民族の排除を扇動する放送がその事実上の職務領域内にあったかが問題となる。その判断にあたっては、そのような放送が行われることがラジオ局の職務に固有の危険といえるか、番組内容が局の承認を受けたか否かといった事情が考慮されることとなる。

五 結 論

本稿の結論をまとめると、以下の通りである。

アド・ホック法廷およびICCのいずれにおいても、上官責任の主体となるためには、(A)部下の犯罪を防止・処罰する現実の能力という意味での実質的管理が必要とされる。その判断にあたっては、特に上官と部下との間の命令・服従関係が重要な事情たりうる。

防止・処罰能力は、(B)組織的階級構造に基づき、組織の下位者に対して行使可能である必要がある。このことは、階級構造内部の「上位者」のみが上官責任の主体となることを示し、対等地位間における上官責任の適用を排除する機能を有する。

上官責任における作為義務の発生根拠は、(a)その第一次的な適用対象たる軍の指揮官が部下の監督を国際法上の義務づけられており、(b)軍隊が中核犯罪を発生させる潜在的危険を有していることから説明できる。それゆえ、軍隊の指揮系統および階級構造ゆえに部下の犯罪を防止・処罰する権限を与えられている者が作為義務を負うという

論理は理解可能であり、軍の指揮官に関しては (A) (B) の判断枠組は維持できる。

アド・ホック法廷では、企業の高が上官責任を問われた例がみられるが、多くの企業には (α) (β) のいずれの事情も認められない。また、あらゆる企業指導者に上官責任が適用可能とすれば、処罰範囲が拡大しすぎる虞がある。それゆえ、上官責任の適用範囲は、上官・部下が属する組織が、中核犯罪を生じさせる潜在的危険を有する場合に限定されるべきであり、「組織」の性質や活動内容もまた、上官・部下関係の判断にあたって考慮されるべきである。ICC 規程二八条 (b) (ii) では、それらの事情が判断材料となるべきことが示されている。

- (1) たとえば、ICTY 規程七条一項および ICC 規程二五条三項を参照。
- (2) 国際刑法上の関与形態に関しては、*Gerhard Werle/Florian Jeßberger, Völkerstrafrecht*, 4. Aufl. (2016), Rn. 546 ff. が詳しく。
- (3) このことは、上官責任を初めて法典化した第一追加議定書の注釈書でも指摘される。*Jean de Preux, Protocol I – Article 86, in: Yves Sandoz et al. (eds.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (1987), mn. 3524 参照。
- (4) 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)は「control」を「統制」と訳出する一方、ICC 規程二八条の日本語公定訳はこれを「管理」と訳している。本稿では差し当たり後者に従う。
- (5) 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣、二〇〇八年)一四三頁。
- (6) たよんは、*Yael Ronen, Superior Responsibility of Civilians for International Crimes Committed in Civilian Settings*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43 (2010), pp. 335 *et seq.*; *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* (2010), p. 73.
- (7) なお、ICTR 規程六条三項は、条文番号を除き同一文言となっている。

- (8) *Mucić et al.*, ICTY (TC), Judgment, IT-96-21-T, 16 November 1998 (以下「*Mucić et al.* (TC)」, para. 346.
- (9) 日本語公定訳では「control」は「監督」と訳されているが、*「control」*は便宜上「管理」と訳しておく。条文・判決文の訳中の亀甲括弧・強調は筆者による。以下同。)。
- (10) *Prenx*, *supra* note 3, mn. 3555, note. 9. また、*Mucić et al.* (TC, para. 371) も参照。もともと「占領地の指揮官」が自己の指揮系統下の部下とは異なる者による犯罪につきつても上官責任を問われるかにつづいては、異論がある。永福（前掲注(4)）一四七頁以下、*Boris Burghard*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Strafsystem (2008), S. 181 註・参照。
- (11) *Mucić et al.* (TC, para. 372-376. 第二次世界大戦後の戦犯裁判における上官責任につき、永福（前掲注(4)）四四頁以下、*William H. Parks*, Command Responsibility for War Crimes, *Military Law Review*, Vol. 62, pp. 1 *et seq.* 参照。
- (12) *Mucić et al.* (TC, paras. 377-378.
- (13) *Bemba*, ICC (TC III), Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, ICC-01/05-01/08-3343, 21 March 2016 (以下「*Bemba* (TC)」, paras. 176-177.
- (14) *Bemba*, 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)」, para. 413, note 529. 参照。
- (15) *Bemba* (TC, para. 181; *Bemba* (PTC, paras. 412-413. なお、para. 412 では「二八条の起草過程では「管理」以外の追加的文言は「不要であり混乱を生じやまない」との主張もみられ、「一部の立法者はこれらの文言を挿入することで文言に異なる意味を追加し又は与えるものとは考えていなかった」と指摘されている。
- (16) *Kai Ambos*, *Treatise on International Criminal Law*, vol. 1 (2013), p. 210.
- (17) *Bemba* (TC, para. 183; *Bemba* (PTC, paras. 414-415.
- (18) なお、アド・ホック法廷の判例上、当局に対して通報を行う能力であっても処罰能力を基礎づけられるとされ、他方で ICJ においても「抑止」懈怠には「処罰」懈怠も含まれるとされる。*Aleksovski*, ICTY (TC), Judgment, IT-95-14/1-T, 25 June 1999, para. 78; *Bemba* (TC, paras. 202 *et seq.* 等も参照。
- (19) *Blaskić*, ICTY (AC), Judgment, IT-95-14-A, 29 July 2004 (以下「*Blaskić* (AC)」, para. 69. また、*Bemba* (TC, para. 188. 参照。

- (20) *Bemba* TC, para. 188 (脚注省略。番号は便宜上変更した)。#64’ *Boas et al.*, Forms of Responsibility in International Criminal Law, vol. 1 (2011), p. 199; *Guénard Mettraux*: The Law of Command Responsibility (2009), pp. 164 *et seq.* 参照。
- (21) *Bemba* TC, para. 190 (番号は変更)。#65’ *Mettraux*, *supra* note 20, pp. 168 *et seq.* 参照。
- (22) 命令・服従関係の詳細な検討については *Mettraux*, *supra* note 20, p. 157 参照。
- (23) *Blaskić*, ICTY (TC), Judgement, IT-95-14-T, 3 March 2000 (以下 *Blaskić* TC), paras. 400, 440, 495; *Blaskić* AC, para. 339 参照。
- (24) *Blaskić* TC, paras. 460–465.
- (25) *Blaskić* AC, para. 394.
- (26) *Ibid.*, paras. 384–385, 395–397, 399, 400.
- (27) *Ibid.*, paras. 386–387, 390–392, 397, 398, 400.
- (28) *Ibid.*, para. 388.
- (29) *Hadžihasanović and Kubura*, ICTY (TC), Judgement, IT-01-47-T, 15 March 2006, paras. 843, 851–853.
- (30) *Ibid.*, paras. 849–850.
- (31) *Hadžihasanović and Kubura*, ICTY (AC), Judgement, IT-01-47-A, 22 April 2008, paras. 199–200.
- (32) *Ibid.*, paras. 209–213.
- (33) *Ibid.*, para. 217.
- (34) *Ibid.*, paras. 219–220.
- (35) *Ibid.*, paras. 227–230.
- (36) 40th PC の目的は、VJ 構成員の権利を本国で保持させようとするVK に向わせる一方、VJ の紛争への関与を隠匿し、国際社会からの批判を躲かんとした点にある。 *Pertisid*, ICTY (TC I), Judgement, IT-04-81-T, 6 September 2011, para. 787.
- (37) *Ibid.*, paras. 1757–1769.
- (38) *Pertisid*, ICTY (AC), Judgement, IT-04-81-A, 28 February 2013, paras. 99–101.
- (39) *Ibid.*, paras. 102–106.

- (40) *Ibid.*, paras. 109-110. なお、犯罪実行後に処罰能力を得た者が、過去に犯罪を行った部下を処罰しなかった場合に上官責任が成立するかどうかについては、争いがある。永福（前掲注（4））一〇一頁以下、*Barrie Sanders, Unravelling the Confusion Concerning Successor Superior Responsibility in the ICTY Jurisprudence*, *Leiden Journal of International Law*, vol. 23 (2010), pp. 105 *et seq.* を参照。
- (41) *Ndindiyimana et al.* ICTR (TC II), Judgement and Sentence, ICTR-00-56-T, 17 May 2011 (以下、*Ndindiyimana et al.* TC), paras. 1925-1929, 1936.
- (42) *Ibid.*, paras. 1946, 1948.
- (43) *Ndindiyimana et al.*, ICTR (AC), Judgement, ICTR-00-56-A, 11 February 2014 (以下、*Ndindiyimana et al.* AC), para. 56.
- (44) *Ibid.*, para. 57.
- (45) *Ibid.*, para. 58.
- (46) *Ndindiyimana et al.* TC, paras. 1947-1948.
- (47) *Ndindiyimana et al.* AC, para. 71.
- (48) *Ibid.*, para. 72.
- (49) *Ibid.*, para. 73.
- (50) *Ibid.*, para. 74.
- (51) *Bemba* PTC, para. 407.
- (52) *Ibid.*, para. 445.
- (53) *Ibid.*, paras. 449-464.
- (54) *Bemba* TC, paras. 170, 178, 696.
- (55) *Ibid.*, para. 697.
- (56) *Ibid.*, para. 699.
- (57) *Ibid.*, para. 700.
- (58) *Ibid.*, para. 701.

- (59) *Ibid.*, para. 702.
- (60) *Ibid.*, para. 703.
- (61) *Ibid.*, para. 704.
- (62) *Mucić et al.* TC, para. 810.
- (63) *Ibid.*, paras. 798-808.
- (64) *Ibid.*, para. 806.
- (65) *Ibid.*, para. 809.
- (66) *Mucić et al.* AC, paras. 294-312 参照。
- (67) *Ibid.*, para. 303.
- (68) *Nyiramasuhuko et al.*, ICTR (TC II), Judgement and Sentence, ICTR-98-42-T, 24 June 2011, paras. 5822-5823.
- (69) *Nyiramasuhuko et al.*, ICTR (AC), Judgement, ICTR-98-42-A, 14 December 2015, para. 2568.
- (70) *Ibid.*, para. 2570.
- (71) *Ibid.*, para. 2572.
- (72) このことを示す例として、警察官は一般人の犯罪を防止し、犯罪を行った一般人を逮捕しうるが、そのことから警察官を「一般人の「上官」とはならぬ」と認めらるゝことがある。Halilović, ICTY (AC), Judgement, IT-01-48-A, 16 October 2007, para. 59. 亦々 Weigend, *supra* note 6, p. 73 を参照。
- (73) *Werle/Jegberger*, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 614.
- (74) *Burghardt*, a. a. O. (Fn. 10), S. 174 は「階級的秩序内部における自身の地位に基づき、直接正犯に対して指揮又は命令を下す構造的な権能を有し、他方で直接正犯が当該命令に従うことを構造上義務付けられること」を要求する。Bemba TC, para. 184; *Chantal Meloni*, Command Responsibility in International Criminal Law (2010), pp. 105 *et seq.*; *Mettraux*, *supra* note 20, pp. 147-148, 156 *et seq.* を参照。亦々 *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. 620-621 は「占領地指揮官を念頭に、「実質的管理が、組織的枠組により厳格にカバーされな行為との関係で行使されることがありえ〔…〕実質的管理が肯定される場合には、「上官責任を否定する理由がなし」とするが、疑問である。

- (75) 同様の分析として、Alexander Zahar/Göran Sluiter, *International Criminal Law* (2008), pp. 262 *et seq.* 参照。
- (76) 團藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』（創文社、一九九〇年）一四九頁、Radolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl. (2017), §50 Rn. 2 参照。
- (77) このような見解はマイノリティは通説とされる。Rengier, a. a. O. (Fn. 76), §50 Rn. 6, 62 ff.。また、山口厚『刑法総論〔第三版〕』（有斐閣、二〇一六年）九一頁以下も参照。
- (78) Kai Ambos, *supra* note 16, p. 207; Thomas Weigend, Bemerkungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, ZStW 2004, S. 1004; Hans Vest, *Völkerrechtsverbrecher verfolgen* (2011), S. 264 f.; Otto Trifflerer/Robela Arnold, Article 28, in: Otto Trifflerer/Kai Ambos (eds.), *Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary*, 3rd ed. (2016), mn. 87 参照。また、Kiss, *supra* note 74, pp. 612 *et seq.* は、占領地の指揮官を含頭に、軍の指揮官の義務を法益保護義務から導く。
- (79) Vest, a. a. O. (Fn. 78), S. 259.
- (80) Musena, ICTR (TC I), *Judgement and Sentence*, ICTR-98-42-T, 27 January 2000, para. 890 等も参照。
- (81) *Ibid.*, para. 880. また、上訴裁判部は、上官責任に関する争いは争われつつある。
- (82) Nahimana *et al.*, ICTR (TC I), *Judgement and Sentence*, ICTR-99-52-T, 3 December 2003, paras. 971-973. また、Nahimana *et al.*, ICTR (AC), *Judgement*, ICTR-99-52-T, 28 November 2007 (以下、Nahimana *et al.* AC), para. 794 も参照。
- (83) Nahimana *et al.* AC, paras. 822, 834.
- (84) *Ibid.*, para. 778.
- (85) *Ibid.*, para. 785.
- (86) Weigend, a. a. O. (Fn. 78), S. 1011.
- (87) ナウベ⁷⁴ Ambos, *supra* note 16, p. 212; Vest, a. a. O. (Fn. 78), S. 257-259; Meloni, *supra* note 74, p. 162; Ronen, *supra* note 6, p. 340; William J Fenrick, Article 28, in: Otto Trifflerer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (1999), mn. 19, 22; Greg R. Vetter, *Command Responsibility of Non-Military Superiors in the International Criminal Court* (ICC), *The Yale Journal of International Law*, vol. 25 (2000), p. 120; Christoph Safferling, *Internationales Strafrecht* (2011), Rn. 96.

(追記) 本稿は、平成二九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』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』第一二二号(二〇一六年)

「国際刑法における上官責任の処罰対象としての不作為——国際刑事裁判所規程二八条を中心に——」『法学政治学論究』第一一三号(二〇一七年)