

報告番号	甲 乙 第	号	氏 名	横濱 和弥
主 論 文 題 名 :				
<b>国際刑法における上官責任とその国内法化</b>				
(内容の要旨)				
<b>一 本稿の概要</b>				
<b>(一) 本稿の問題意識</b>				
<p>我が国は2007年の国際刑事裁判所 (ICC) 加盟時、その対象犯罪である中核犯罪 (集団殺害犯罪・人道に対する犯罪・戦争犯罪・侵略犯罪) を国内法化しなかった。その理由は、中核犯罪該当行為のほとんどが「日本刑法により処罰可能」であるからとされる。</p> <p>しかしながら、「上官責任」の法理 (ICC 規程 28 条) という、中核犯罪に付随する概念をも見据えたときには、この論拠は説得力を欠く。上官責任とは、軍の指揮官や政府指導者等の「上官」が、部下による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、これを防止または処罰しなかった場合には、当該犯罪との関係で刑事責任を負うとする法理をいう。このうち、上官が犯罪を認識していない場合や、上官が部下を事後的に処罰しない場合は、ICC 規程上は可罰的とされる一方、日本刑法上は不可罰となる領域が存在すると思われる。仮に日本刑法上不可罰となる領域が広く存在する場合、我が国での中核犯罪の処罰可能性が不十分となり、ICC が採用する「補完性の原則」の理念に応えられず、また、自国民を ICC に引渡すリスクを背負うことになる。</p>				
<b>(二) 本稿の目的設定および構成</b>				
<p>以上の背景に鑑み、本稿の目的は、我が国が ICC 加盟時に実体法面での国内法整備を行わなかったことの当否を検証し、これが妥当でなく今後法整備を行う必要があるとすればいかなる立法を行う必要があるかを、上官責任の観点から明らかにすることにある。</p> <p>本稿は三部から構成される。第一部においては、国際刑法上の上官責任の歴史的形成過程を検討した。第二部においては、ICC 規程 28 条の各成立要件、その性質および体系上の位置づけを明らかにした。最後に、第三部においては、上官責任概念が日本刑法上どの程度カバーできていないのかを明らかにした上で、今後我が国が上官責任を国内法化する場合にはいかなる規定ぶりが望ましいかを、比較法的観点を交えながら検討した。</p>				
<b>二 本稿の内容</b>				
<b>(一) 第一部「国際刑法上の上官責任の形成史」</b>				
<b>第1章 上官責任の歴史的展開</b>				

**第1章**においては、上官責任概念が第二次大戦直後の戦犯裁判によって形成され、1977年の第一追加議定書 86条・87条を通じて実定法化されたことを確認した。また、戦犯裁判および第一追加議定書を通じて、(A) 軍の指揮官のみならず文民の上官も不作為責任を問われること、(B) 上官が部下による犯罪を認識していなかった場合も責任を問われること、(C) 上官が犯罪を行った部下を事後的に処罰しなかった場合にも責任を問われることといった、上官責任の中核を成す要素が既にみられたことを指摘した。

## **第2章 アド・ホック法廷における上官責任**

**第2章**においては、アド・ホック法廷 (ICTY・ICTR) の判例における上官責任の成立要件を検討した。アド・ホック法廷の判例上、上官責任の成立要件は、①上官・部下関係、②部下による犯罪を知っており又は知る理由があったこと、③犯罪を防止しおよび処罰するための措置をとらなかったことの3つにまとめられる。

また、上官責任の性質も確認した。当初のアド・ホック法廷は上官責任を関与形式の一種と解していた (関与形式説)。他方、近時の ICTY は、責任主義との整合性に配慮し、上官責任を上官の不作為のみについての責任を問う独立犯罪と解する立場 (独立犯罪説) と親和的であり、また、上官には犯罪関与者よりも軽い刑が妥当することを示唆している。さらに、近時のアド・ホック法廷は、同一事実につき上官責任と正犯・共犯が競合する場合には後者のみが成立すると解しており、これは独立犯罪説とも整合する。

## **(二) 第二部「国際刑事裁判所における上官責任」**

第二部においては、ICC 規程 28条における上官責任概念につき検討した。第二部は6章から成り、第1章は第二部の序論的検討であるため、第2章以下が本論となる。第2章～第5章までは上官責任の各成立要件、第6章では上官責任の性質等につき検討した。

### **第2章・第3章 上官責任の主体要件**

**第2章**においては、軍の指揮官と文民の上官の区別基準を検討した。28条においては、従来とは異なり二種類の上官が条文上区別され、責任を問われる範囲が異なるため、両者を区別する必要があるからである。この点、28条の下で軍の指揮官が文民の上官より広い責任を問われる所以は、軍隊が文民集団にはない特有の危険性を有することにある。それゆえ、ある集団が28条にいう「軍」にあたるためには、そのような特有の危険性を担う要素、すなわち、武力紛争における展開可能性を有する必要がある。そのような集団の上官は「軍の指揮官」となり、それ以外の者は「文民の上官」となる。

**第3章**においては、上官に要求される権限の程度・態様について検討した。判例上、(A) 部下の犯罪を防止・処罰する現実の能力 (実質的管理) を、(B) 組織的階級構造に基づき下位者に対して行使可能である者が、上官責任の主体となるとされている。た

だし、この基準を文民にも当てはめると、企業指導者が過度に広い責任を問われかねない。そこで、文民の上官責任を認めるためには、従業員による犯罪が、当該組織の活動の持つ潜在的・類型的危険の発現として発生したという関係性が要求されるべきであり、28条(b)(ii)はそのような事情を示すものとして理解されることを指摘した。

#### 第4章 不作為要件

第4章では、28条の不作為要件を検討した。同条では、上官が部下を「管理しない」と、部下の犯罪を「防止・抑止・付託しない」という二つの不作為が定められる。しかし、犯罪成立のためには両不作為が必要なのか(二分説)、それとも前者(管理懈怠)に独自の意義はなく後者のみで足りるのか(単一説)は、従来自覚的に論じられていない。本章では、二分説には理論上問題があるため単一説が妥当であることを示した。

加えて、単一説をとる場合、28条シャポーの「結果として」という文言の意義が問題となる。判例・学説はこれを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。しかし、本章では、そのような考え方は単一説と矛盾することを示し、この文言は「上官は部下に対する管理を懈怠した結果として責任を負う」ことを示すに過ぎないことを指摘し、それゆえ28条の日本語公定訳は修正されるべきことを主張した。

#### 第5章 主観的要件

第5章においては、28条における主観的要件を検討した。28条では、上官が部下による犯罪を「知っていた」、「知っているべきであった」、犯罪を「明らかに示す情報を意識的に無視した」ことが要求されている。この点、「知っていた」基準は主観的要件の一般規定(30条)の意味で解され、結果発生が「ほぼ確実」であることの意識を示すことを指摘した。また、「知っているべき」類型には「過失」の領域が含まれていることを確認した。さらに、28条においては、部下が犯罪を「行っており若しくは行おうとしていること」の認識等が要求されており、上官が犯罪を事後的に認識した場合が除外されていると解され、これは本来的には上官責任の趣旨・目的と整合しないと指摘した。

#### 第6章 ICCの関与形式体系における上官責任の位置づけ

第6章においては、ICCにおける正犯・共犯と上官責任を比較し、その性質を検討した。正犯・共犯(25条3項)においては、行為が犯罪に因果的に寄与し、かつ、行為者が犯罪事象を認識していることが求められる。一方、上官責任(28条)の下ではいずれも要求されない。それゆえ、責任主義との整合性を図るため、上官責任は正犯・共犯のような関与形式ではなく、アド・ホック法廷と同様、軽い責任を基礎づける独立犯罪と解すべきであり、この理解が量刑でも反映されるべきと指摘した。また、この理解に立つ場合、正犯・共犯と上官責任が競合する場合には、前者が優越すべきと主張した。

### (三) 第三部「国内刑法と上官責任」

#### 第 1 章 日本刑法と上官責任

第 1 章においては、ICC 加盟時に上官責任を国内法化しなかった我が国の立法が、上官責任該当行為の「ほとんどを処罰可能」であるのかを検討した。国際刑法上の上官責任には、(1) 上官が部下による犯罪を知っていたにもかかわらずこれを事前に防止しない類型、(2) 上官が部下による犯罪を知っているべきであったにもかかわらず又は犯罪の存在を明らかに示す情報を意識的に無視してこれを事前に防止しない類型、(3) 上官が部下による犯罪を知っていたにもかかわらず行為者を事後に付託しない類型、(4) 上官が部下による犯罪を知っているべきであったにもかかわらず又は犯罪の存在を明らかに示す情報を意識的に無視して行為者を事後に付託しないタイプの四つが存在する。

(1) (2) には、日本刑法上、不作為幫助により捕捉可能な場合がありうる一方、我が国の国外犯処罰規定が限定的であるため、刑法 4 条の 2 で捕捉されるジュネーヴ諸条約および第一追加議定書の重大な違反行為にあたらぬ行為であって、刑法 3 条および 3 条の 2 に含まれない行為は国外犯が不可罰となることを示した。また、(2) の過失の領域は、日本刑法では過失致死傷罪の構成要件に該当する場合がありうるが、国外犯が不可罰であることを示した。また、(2) の過失の領域のうち、部下が殺人・傷害以外の犯罪を行った場合および (3) (4) の類型は、我が国には処罰規定が存在しないことを示した。以上の検討から、上官責任該当行為には不可罰となる領域が広く存在し、立法上の手当が必要であると指摘した。

#### 第 2 章 ドイツ語圏諸国における上官責任関連規定

第 2 章では、我が国の刑法学が伝統的に参考としてきたドイツと、それと類似する法制度を有するスイス・オーストリアにおける上官責任規定および国外犯処罰規定を検討し、将来の我が国の上官責任の立法に際して参考となる部分を抽出することを試みた。

この検討を通じて、①上官責任を責任主義と整合させるために、過失類型や処罰懈怠類型を関与形式ではなく独立した犯罪として定めること、②上官が部下による犯罪を故意に防止しない類型に関して、刑を加重する旨の規定がみられること、③文民の上官に対する上官責任の適用を限定するための立法上又は解釈上の手立てが必要であること、④上官が部下による犯罪の認識を欠きつつこれを防止しない類型に関して、ドイツやオーストリアでは「監督義務違反」という新たなカテゴリを設けたことでその内容が不明確となっていること、⑤処罰懈怠の類型は自己負罪拒否特権との関係で処罰範囲が狭まること、⑥三国いずれも、自国民が行為者・被害者として関わっていない場合も国外犯処罰規定を認めるための規定が設けられていることなどを確認した。