

個人責任の位置付けの再検討

——犯罪関与形態における組織性に着目して——

長 澤 宏

はじめに

第1章 ニュルンベルク・東京裁判における組織性

第1節 共同謀議の性格

第2節 上官責任の誕生

第2章 ICTY・ICTRにおける組織性

第1節 ICTY・ICTRにおける上官責任

(1) 上官部下関係の検討

(2) 了知または了知する理由の検討

(3) ICTY・ICTRにおける上官責任の位置付け

第2節 共同犯罪企図の登場

(1) 客観的要素

(2) 主観的要素

(3) ICTY・ICTRにおける共同犯罪企図の位置付け

第3章 ICCにおける組織性

第1節 ICC規程における上官責任

(1) ベンバ事件における上官責任

(2) 上官責任の限界

第2節 ICC規程における組織責任の拡大

(1) ルバンガ事件における行為支配論の提示

(2) 行為支配論の拡大

(3) 行為支配論の意義と問題点

おわりに

はじめに

伝統的な国際法は、国家を国際法上の主たる主体として措定し、国家に国際法の義務を課すことで、国家の行動を通じて国際法の規範内容を実現させるプロセスを想定していた。したがって、国際法上の義務違反が生じた場合、その責任追及の対象は国家であり、国際法上の責任は、国家の責任に他ならなかった。そのため、例えば、私人によるどのような行為が国家としての行為としてみなされるかという国家への行為の帰属論は、このような国家に一元化した国際法上の責任体系を反映した法理の一つであると言える。そのため、確かにあらゆる国家の行為は特定の個人によって遂行されるが、行為を実際に行なった個人の責任は国際法上の問題とはならなかった。

しかし、このような伝統的な国際法の責任システムは、1945年に大きな転換点を迎える。ニュルンベルク国際軍事裁判では、国際法上の犯罪を行なった主体はドイツという国家ではなく特定の個人であるとみなされ、個人の国際法上の刑事責任が直接に追及された。これは、個人が国際法上の犯罪に関する規範の名宛人となり、当該規範の違反に対する責任を負うことを意味する。このことは、「国際法に対する犯罪は、抽象的な実体ではなく、人間により行われるのである。したがって、当該犯罪を行なった個人の処罰によってのみ、国際法の規定は履行されうる。」と判示されたこと⁽¹⁾によく現れている。ここで明示された個人責任論は、国際犯罪を行なった主体を国家ではなく個人であると措定するため、個人と国家の峻別を前提としている。したがって、個人は、例えば事項的免除に基づき、問題となる行為が個人の行為ではなく国家の行為であるとの主張により、国際法上の責任から逃れることはできない⁽²⁾。このような峻別に基づき、個人は国家とは異なる主体として国際法上存在し、個人に国際法上の責任を追及することで、国家に加えて個人を通じた国際法実現プロセスの新たなチャンネルが誕生した⁽³⁾と言える。

ところで、人道に対する罪やジェノサイドといった国際法上の犯罪は、個

人単独で行われるものではなく、大規模かつ組織的・計画的な政策の一環として実行される。そして、これらの犯罪は、政治指導者や軍指揮官などの指導的地位を有する個人による命令や計画に従って遂行されるため、彼らが犯罪の中核を担っている。したがって、犯罪を実際に物理的に実行する下位の兵士ではなく、上位に位置する指導者層が、国際法上の犯罪に対して最も責任がある者と考えられる。

しかし、このような最も責任のある者が、実際の犯罪の物理的実行者であることはほとんどないため、指導的地位を有する者を犯罪の物理的実行者として、当該犯罪に対する責任を追及することは不可能である。したがって、彼らと犯罪との関係、すなわち、彼らがどのように犯罪に関与したかに着目して責任を問わなければならず、国際刑事法廷は、実際に犯罪を行なった者と問題となる指導者層の人物との関係を犯罪関与形態によって明らかにし、後者に刑事責任を課す必要があるのである。

ここで、指導者層の犯罪関与形態の証明の一つとして、純粋な個人と個人との関係にのみ着目し、指導的地位を有する者と犯罪の物理的実行者の関係を明らかにする方法がある。これは、個人間の関係の具体的な検討を必要とするものであり、犯罪関与形態としては上官責任がこれに該当する。しかし、例えば、犯罪を実行した下位の兵士と当該犯罪の実行を計画・命令した指導者層の支配構造における距離が隔絶していた場合、この方法による関係の証明は困難である。特に、第二次世界大戦のような明確な国家の正規軍間の紛争ではなく、内戦や複数の正規・非正規軍が関与するような大規模かつ複雑な紛争である場合、この困難はさらに大きくなると考えられる。したがって、国際刑事法廷は、個人間の関係を検討する際、両者が属する組織に着目して、両者の間に存在する隔絶性を解消せざるを得なくなっていると考えられ、組織性に着目した個人責任の追及が行われている。実際、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所（ICTY）およびルワンダ国際刑事裁判所（ICTR）は共同犯罪企図（Joint Criminal Enterprise）、国際刑事裁判所（ICC）は行

為支配論によって組織性を犯罪関与形態に取り込んでいる。

しかし、このような現象は、個人にのみ着目した個人責任の理論からは必ずしも説明できない。なぜならば、個人責任は本来、国家という組織から切り離して検討され、具体的な個人に焦点を当てるからである。それにもかかわらず、このような理論とは乖離するように、ICTY・ICTR および ICC において、上位の指導者層の訴追という政策的な要請から、組織性を取り込んだ関与形態の検討が行われている現実が看取される。ここから、個人責任の理論が時間を経ながら組織性を取り込むことによって、個人責任の位置付けが変化していると考えられる。したがって、国際刑事法廷が犯罪関与形態を検討する際、どのように組織性を取り込んできたのかを時系列に基づき分析することにより、現在の個人責任の位置付けが明らかになると考える。

以上の問題意識に基づき、本稿はまず、第二次世界大戦後の二つの軍事裁判所を含むそれまでの国際刑事法廷における個人の犯罪関与形態の概念を分析する。次に、ICTY・ICTR の二つのアド・ホック裁判所における上官責任および共同犯罪企図に着目し、両犯罪関与形態の検討の中での組織性の位置付けを検討する。最後に、ICC における上官責任および組織性を勘案した行為支配論を分析し、現在の関与形態と組織性の関係を明らかにする。

第1章 ニュルンベルク・東京裁判における組織性

第1節 共同謀議の性格

ある一定の犯罪行為に対して、犯罪行為を行なった個人ではなく当該犯罪を指揮、扇動した個人の国際法上の責任を追及し、その追及を国内裁判所ではなく国際裁判所において行う試みは、第一次世界大戦後から存在した。

パリ講和予備会議で設立された戦争実行者の責任および処罰の執行に関する委員会における最終報告書では、「敵国に属するあらゆる人物は、地位がどれほど高くとも、国家の長を含む地位の区別なく、戦争の法および慣習ならびに人道の法に対する攻撃に関して有罪であれば、刑事訴追に服する。」

と述べられており、第一次世界大戦中の行為に関する個人の刑事責任の追及が目指されていることがわかる。⁽⁴⁾ これを受け、ヴェルサイユ条約第227条は、ヴィルヘルム2世に対して、国際道義と条約の神聖性に対する究極の攻撃を理由にその責任を問い、特別法廷において訴追、裁判が行われることを規定した。⁽⁵⁾ しかし、実際にはこの特別法定は設立されず、ヴィルヘルム2世の刑事責任は検討されなかった。したがって、問題となる犯罪に対して国家の責任と個人の責任がどのような関係に位置しているのか、および個人がどのような形態において問題となる犯罪に関与し、当該関与がどのような刑事責任を生じさせるかという問題が扱われなかった。

このような個人の国際法上の責任を追及する試みは、第二次世界大戦時に引き継がれた。実際、1943年に連合国戦争犯罪委員会が設立されて以降、モスクワ宣言などで個人が国際法上の責任を負うことが繰り返し示された。⁽⁶⁾ そして、その集大成として、ロンドン協定に基づきニュルンベルク国際軍事裁判所が設立され、個人の国際法上の責任が直接追及されることとなる。同裁判所憲章は、個人の犯罪関与形態につき、第6条で以下のように規定する。

「[...] 前記の罪のいずれかを犯すために共通の計画又は共同謀議の立案又は実行に参加した指導者、組織者、教唆者及び共犯者は、そのような計画の遂行上なされた一切の行為について、何人が実行したかにかかわらず、責任を負う。」

共同謀議は、共通の計画または共同謀議の遂行において他の者によって実行されたいかなる行為に対して責任を負うものだけではなく、平和に対する罪への共同謀議という実体的な犯罪としても成立していた。⁽⁷⁾ また、共同謀議は、犯罪の物理的な実行者から離れた者の潜在的な責任の拡大を試みるものであったが、「刑事的な罪は個人的なものであり、大規模な処罰は回避されるべきである」として、共同謀議に基づく組織的な犯罪に対する責任の追及

を避けていた⁽⁸⁾。このように、ニュルンベルク裁判では、個人が関与していた事実の認定とそれに伴う責任の検討が行われ、犯罪の組織性には焦点が当てられなかった。

極東軍事裁判所においても、同裁判所憲章第5条で共同謀議が規定された。しかし、極東軍事裁判では、個人の犯罪の関与ではなく、まず日本の国家の政策に焦点が当てられた⁽⁹⁾。なぜなら、ニュルンベルク裁判とは異なり、東京裁判では単一の政党や一人の独裁者といった一体的な要素が欠けていたため、個々の参加により全体の共同謀議が成立していることを示す必要があったからである⁽¹⁰⁾。言い換えれば、東京裁判では共同謀議が個人ではなく国家の政策性に沿って適用されることで、組織的支配の構造が取り込まれたのである⁽¹¹⁾。

このように、ニュルンベルク裁判および極東軍事裁判では、共同謀議に基づいた個人責任の追及が行われたが、前者では個人と犯罪の検討が主眼であったのに対し、後者は国家という組織に依拠した検討が行われた。つまり、共同謀議の概念は、政府高官の訴追という政策的目的に基づき犯罪の特徴に応じて用いられており、その意味で、個人と国家という組織の峻別という理論は、必ずしも明確に確立していなかったと指摘できる。

第2節 上官責任の誕生

上官責任とは、部下によって行われた重大な犯罪に対して、政治的および軍事的指導者に責任を負わせる法理である⁽¹³⁾。この法理の萌芽は、戦争実行者の責任および処罰の執行に関する委員会の報告書にみられる。同報告書は、違反行為の実行者に加えて、その者の地位の高さにかかわらず、階級の区別なく、戦争の法規および慣習の違反を命令し、またはそれを了知し介入する権限を有する場合に、防止または防止する措置をとり、終了させ、抑止することを行わなかった者は訴追されるべき旨を示している⁽¹⁴⁾。しかし実際には、この報告書で目指された国際法廷の設立は実現しなかったため、上官責

任の具体的内容は明らかにはされなかつた⁽¹⁵⁾。

そのため、上官責任の内容が明らかになるには、山下裁判まで待たなければならぬ⁽¹⁶⁾。同裁判では、日本軍の指揮官であった山下が、自身の指揮下にある者の作戦行動を管理する指揮官としての義務を果たさず、それらの者による処刑や拷問などの実行を許容したことにつき、戦争の法の違反が問われた。山下の弁護側は、ゲリラの行動によって高官による部下の管理が困難になり、通信手段の混乱や破壊が生じたため、山下が部下に対して管理を及ぼしていなかったと述べ、山下の上官責任を否定した⁽¹⁷⁾。しかし、軍事委員会は、以下のように述べ、山下の上官責任を認めた⁽¹⁸⁾。

「明らかに、軍指揮官としての職は広範な権限と重い責任を伴う。[…]
しかし、一人の兵士が殺人または強姦を行ったことを理由に、指揮官を殺人者または強姦者と考えるのは不合理である。それにもかかわらず、殺人、強姦および凶暴で執念深い行為は広範な犯罪であり、また指揮官によって犯罪行為を発見しおよび管理する実効的な試みが存在しない場合、自らの部隊による違法な行為に対し、その性質および取り巻く状況によっては、その指揮官は責任を有し、刑事責任さえ有する。[…]
軍指揮官が軍事裁判を行う広範な権限が与えられているのは、とりわけ、規律と管理の維持を目的としているからである。」

このように軍事委員会は、山下が当時置かれていた状況ではなく軍指揮官としての地位を強調し、結論として、山下が状況により必要とされる自らの部隊に対する実効的な管理を行わなかったことにつき、刑事責任を負うと述べた。

その後、山下が行った人身保護令状の請求を検討したアメリカ連邦最高裁判所は、以下のように判示した⁽¹⁹⁾。

「指揮官の命令または努力により抑止されない部下の過度な軍事作戦行為が、ほぼ確実に違反という結果になることは明らかであり、その防止が戦争法の目的である。残虐行為からの文民および捕虜の保護というその目的は、仮に侵攻軍の指揮官が彼らの保護のための合理的な措置をとることを怠っても不処罰となるならば、その大部分が無に帰するだろう。したがって、戦争法は、部下に対して一定程度の責任を有する指揮官による戦争行動の管理を通じて、その違反が避けられることを前提とする。[…]

(ハーグ陸戦条約第1条や赤十字条約第26条などの) これらの規定は、フィリピンにおける軍政総督であり日本軍の指揮官でもあった申立人に対し、戦争捕虜および文民を保護するため、自らの権限内でありかつ状況に適した措置をとる積極的な義務を明らかに課している。この指揮官の義務はこれまで認められており、その違反は我々の軍事裁判所によって処罰されている。」

このようにアメリカ連邦最高裁判所も、上官責任の内容に関して軍事委員会と同様の立場を採用し、山下の上官責任を認めた。これに対し、マーフィー判事は、特定の戦闘の性質および烈度に応じて義務および部隊を管理する能力は変わるとして、アメリカ軍の攻撃により通信が破壊され実効的な管理ができない非組織的な状況においては、指揮官に義務は課されないとの反対意見を述べている。⁽²⁰⁾

しかし裁判所は、指揮官が上官責任を負うのに必要な管理の基準を明示せず、⁽²¹⁾ 山下が当時部下に対して有していた実質的な管理の度合いを検討しなかった。むしろ裁判所は、軍の内部における山下の指揮官としての地位という形式的側面に着目し、彼の上官責任を認めていると言える。⁽²²⁾

他方、上官責任に関して、指揮官の形式的な地位だけではなく、指揮官の部下による犯罪の認識を求めた事例も存在する。ドイツ軍による犯罪が問題となった最高司令部事件では、上官責任の内容につき、以下のように述べら

⁽²³⁾
れた。

「その事実（部隊が犯罪行為に及んだこと）のみからこの指揮命令系統の中にいるすべての個人に犯罪性が付与されるわけではない。そこには個人的な怠慢（dereliction）が存在しなければならない。行為が指揮官に直接に起因する場合または指揮官が自身の部下を適切に管理しなかったことが刑事過失（criminal negligence）を構成する場合にのみ、それは起こり得る。後者の場合、個人の過失は、部下の行為に対する理不尽かつ不道徳な無視に相当し、つまり黙認に相当するものでなければならない。他のいかなる国際法の解釈も、文明国により知られている刑事法の基本原則を遙かに逸脱するものである。」

以上の理解に基づき、ドイツ軍最高司令部指揮官レープは、部下による文民の殺害につき認識を持たず、またそのような行為を黙認したとはいえないと結論づけられた。⁽²⁴⁾

このように山下裁判では、指揮官としての部下の行為に対する具体的な認識や怠慢を検討することなく、山下の指揮官としての形式的側面に着目して上官責任が認められている。しかし、最高司令部事件では、指揮官の地位という形式的要素だけでなく、指揮官が有する犯罪に対する具体的な認識の有無が検討されている。このように、上官責任はその初期において、指揮官が上官責任を負う条件につき、見解の相違が見られる。⁽²⁵⁾ 上官責任が、上官に犯罪に対する具体的な認識という実質的な関係を要求するものなのか、または上官の地位に着目した形式的な関係に着目するものなのかは、ICTY・ICTRにおける検討に引き継がれることになる。

第2章 ICTY・ICTRにおける組織性

第1節 ICTY・ICTRにおける上官責任

ICTY 規程は、第7条3項において、上官責任の法理を初めて明文で以下のように規定している。⁽²⁶⁾

上官は、部下がこの規程の第二条から第五条までに定める行為を行おうとし、又は行なったことを了知し又は了知す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なった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ときは、当該行為が部下によって行われてい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。

同条文は、国連事務総長による報告書に基づき起草されている。同報告書では、「上官権限の地位にある者は、本規程上の犯罪を行うという不法な命令を与えたことにつき、個人責任を負うべきである。しかし、その人物はまた、自らの部下による犯罪を防止し、または不法な行動を阻止しなかったことにつき、責任を負うべきである。この転嫁された責任または刑事過失 (criminal negligence) は、上官権限を有する者が、自らの部下が犯罪を行おうとしておりまたは既に行っていることを了知または了知する理由があり、それにもかかわらず、そのような犯罪の実行を防止または抑止するための必要かつ合理的な手段を取らず、または当該犯罪を行った者を処罰しなかった場合に生じる。」と述べられている。⁽²⁷⁾したがって、上官責任は、部下による犯罪に対する責任ではなく、上官に部下による犯罪を防止・処罰する積極的義務を課されているのにもかかわらず、それを怠ったことから生じる責任と考えられる。⁽²⁸⁾

上官責任が認められる場合に関して、ICTY は、以下の三要件を示している。⁽²⁹⁾すなわち、第一に上官部下関係が存在すること、第二に、上官が、犯罪行為が行われようとしているまたは行われたと了知または了知する理由があったこと、第三に、上官が、犯罪行為を防止またはその実行者を処罰するための必要かつ合理的な手段を取らなかったことである。第三の要件は第

一の要件と密接に関係し、事例ごとの判断を要するため、本稿では第一と第二の要件を検討対象とする。⁽³⁰⁾

（１）上官部下関係の検討

上官部下関係の検討においては、いくつかの要素が考慮される。まず、上官と部下の関係は形式的なものにとどまらず、比較的広い関係を指す概念である。⁽³¹⁾したがって、上官には事実上の上官および法令上の上官の双方が含まれる。⁽³²⁾そして、上官部下関係の存在の証明に重要なのは、上官が部下の行為に対する現実の支配権限を有していることである。この点につき、ICTY 第一審裁判部は、以下のように述べる。⁽³³⁾

「確かに、指揮官の地位は、上官責任を課すための必要な前提である。しかし、形式的な地位の参照のみによってそのような地位の存在は判断できないという認識により、このことは制限されなければならない。むしろ、このような類型の刑事責任を決定する要素は、部下の行動に対する支配権限の現実の所持または不所持である。したがって、指揮官としての公式の任命は、上官責任を負う必要条件として考えられるべきではない。」

このような指揮官の支配権限という実質的側面に着目した上官部下関係の定式化からは、いくつかの重要な帰結が導かれる。まず、指揮官は部下に対する法令上の権限がなかったとしても、事実上の権限があれば、上官責任を負う。例えば、ICTR では、被告人は法令上の権限を有していなかったものの、民兵組織と深く連携し、支配を有していたとして、当該民兵組織との上官部下関係が認められた。⁽³⁴⁾同様に、ICTY は、証言や収容所の様子などの種々の要素を考慮した上で、⁽³⁵⁾被告人が捕虜収容所の実上の指揮官であり、明示的な法令上の権限が欠けていても、指揮官による事実上の支配の行使があれば、部下の行為に対して刑事責任を負うと判示した。⁽³⁶⁾

次に、指揮官が上官責任を負うには、当該指揮官が犯罪を防止または処

罰するだけの実効的な支配を及ぼしている必要がある。⁽³⁷⁾この点、法令上の権限は、指揮官が部下に対する実効的な支配の有無を判断する際の種々の証拠の一つにすぎないと考えられる。⁽³⁸⁾しかし、法令上の権限があれば実効的な支配を示すのに十分であるとの判断がいくつかみられる。例えば、ICTY 上訴裁判部は、チェレビチ事件で、「一般的に、法令上の権限それ自体は、それが実行的支配を明示するものでない限り上官責任を見出すのに十分ではないが、裁判所は、そのような権限の保持は、反証がなされない限り、実効的な支配を一応 (*prima facie*) もたらすものとして推定する」と述べた。⁽³⁹⁾実際、ICTY 第一審裁判部は、他の事件においても、被告人の法令上の権限が部下の部隊に対する実行的な支配に相当するとの推定に反論する証拠の不存在を理由に、被告人が実効的な支配を有していたと結論づけている。⁽⁴⁰⁾このような見解をとれば、法令上の権限を有する指揮官は、自身が実効的な支配を有していないことを証明しない限り部下に対する実効的な支配の存在が認められ、形式に着目した推定が働くことを意味する。⁽⁴¹⁾

最後に、上官責任は、部下との直接的な関係からも間接的な関係からも生じ、その範囲は、部下の部下による行為にまで及ぶと解される。⁽⁴²⁾部下との関係につき、ICTY 第一審裁判部は、「実効的な支配が部下に対して直接に行われているかまたは他の指揮官を介在して行われているかは重要ではなく、同様に、上官部下関係の存在の証明は、名前による主要な実行者の特定や仲介者の数や人物につき、上官が了知していることを求めるものではない」と述べている。⁽⁴³⁾したがって、ある集団に属する者が犯罪行為を行い、当該集団に対して上官が実効的な支配を及ぼしていれば、上官は、部下との関係の密接さにかかわらず、部下の犯罪につき上官責任を負うことになる。

以上三つの上官部下関係の検討につき、ICTY・ICTR は、指揮官が上官責任を負う状況を当該指揮官が部下に対して現実の支配権限を有する場合に限定することにより、上官責任の射程が無制限に拡大することを防いでいる。その一方で、裁判所は、法令上の権限から上官の実効的な支配を推認する

ことにより、上官責任による処罰の実効性の確保を試みていると考えられる。これは、上官が組織の上位に位置すればするほど、支配する集団の拡大に伴いその責任範囲も拡大し、上官責任が地位の上位性に基づく抽象的な組織責任となることを意味する。⁽⁴⁴⁾この意味で、上官としての形式的な地位は、上官責任に基づく指導者層の訴追において重要な位置づけを与えられていると言えるが、形式的地位の存在ではなく支配権限という実質的な関係を求めている点で、山下裁判とは異なると指摘できる。

（２）了知または了知する理由の検討

指揮官が上官責任を負うには、現実の支配権限という客観的要件に加え、自身の部下によって犯罪行為が行われようとして、行われていて、またはすでに行っていたということを知っていたまたは知る理由があったという主観的要件が示されなければならない。了知または了知する理由の存在は、単に指揮官としての地位によって推定されないが、指揮官としての地位は、了知の検討にあたって重要な証拠となる。⁽⁴⁵⁾また、上官は、犯罪を行う意図までも部下と共有している必要はないとされるが、⁽⁴⁶⁾犯罪の客観的要件のすべてがすでに満たされ、現に満たされ、または満たされようとしていることを知ってまたは知る理由があることは必要と考えられる。⁽⁴⁷⁾

了知する理由の存在の判断要素として、当初 ICTY で見解の相違があった。一方で、第一審裁判部は、チェレビチ事件において、「上官は、自身の部下によって犯罪が行われるという警告となるいくつかの特定の情報が実際に入手可能である場合にのみ、刑事責任を負う。この情報は、それ自身で犯罪の存在を結論づけるまで十分なものである必要はない。その情報によって上官が更なる調査を行う、言い換えれば、情報が部下によって犯罪行為が行われたまたは行われようとしているかどうかを確かめるための追加的な調査の必要性を示すものであれば十分である」と示した。⁽⁴⁸⁾

他方で、ブラシュキッチ事件では、「仮に指揮官が自身の義務を果たすために相当の注意を払っていたにもかかわらず、犯罪が行われようとしてま

たはすでに行われていたという了知が欠如していた場合、そのような欠如は、当該指揮官によるものだとみなすことはできない。しかし、彼の指揮官としての特定の地位および当時の支配的な状況を考慮すれば、知識を有していないことが自身の義務を果たさなかった過失 (negligence) に起因する場合、そのような無知は抗弁とはなり得ず、当該指揮官は規程の意味における了知する理由を有していた⁽⁵⁰⁾」と判示された。

両者の違いは上官に課される義務の違いにある。前者の場合、指揮官は犯罪に関する特定の情報を有していなければならないが、調査の義務は指揮官が実際にそのような情報を有している場合のみ生じ、指揮官はそのような情報を調査する義務は有していないと解される。しかし後者の場合、指揮官は、了知の欠如が自身の義務の遂行における相当の注意を払わなかったことから生じる場合に責任を負い、そのような義務の一つとして、部下の犯罪行為に関する情報を追求する義務がある⁽⁵¹⁾と解される。したがって、部下の犯罪行為に関する情報を収集する上官の義務の有無が了知する理由に関する判断において重要となるが、⁽⁵²⁾ 上訴裁判部は、以下のように述べて、情報を収集する義務を認めなかった。

「規程第7条3項は、了知しているのにもかかわらず行動を行わなかったことから生じる上官の責任に関するものである。しかし、そのような了知を得る義務の懈怠は、別個の犯罪として規程内で特徴づけられておらず、したがって、上官はそのような行動を行わなかったことに対して責任を負わず、防止または処罰のための必要かつ合理的な手段を取らなかったことに対して責任を負う。」

その後の事件は、このようなチェレビチ事件の解釈を支持する見解を支持⁽⁵³⁾し、ブラシュキッチ事件の上訴裁判部も、第一審裁判部の解釈を覆してチェレビチ事件における解釈を採用した⁽⁵⁴⁾。したがって、上官責任における了知す

る理由の要素につき、上官は積極的な情報収集義務は負っておらず、入手可能な情報に基づき更なる調査を行う義務を負うにとどまる。⁽⁵⁵⁾

（3）ICTY・ICTRにおける上官責任の位置付け

以上のように、ICTY・ICTRにおける上官責任は、第二次世界大戦後に示された上官責任よりも、上官と部下の関係を示すための具体的な要件を求めており、この点で、山下裁判に見られたような上官という形式的な側面を重視した判断よりも上官責任の証明に求められるハードルが高くなっていることが指摘できる。⁽⁵⁶⁾ 確かにICTY・ICTRは、上官としての形式的な地位に重要な位置付けを与えていると考えられるが、上官としての地位から直ちに上官部下関係や了知の存在が導出されるわけではない。したがって、上官は不特定多数の実行犯によって行われた犯罪に対して、あるいは、自らの命令系統の範囲を超えて上官責任を負うことはない。言い換えれば、組織として行われた犯罪であっても、上官責任の検討にあたっては、当該犯罪は、物理的の実行者とその指導者の具体的な関係の中で検討される。その意味で、上官責任は、純粋な個人責任に傾倒するものであると指摘できる。

しかしこれは同時に、検察官に個人間の実質的な関係の立証を要求することを意味する。そのため、指揮官などの軍組織の上位にいる者と犯罪の物理的の実行者の間に複数の人物が関与する場合など、両者が属する組織が大きければ大きいほど、それゆえ両者の支配構造における距離が離れていればいるほど、上官責任に基づく刑事責任の追及は困難になると言える。そのため、上官責任は犯罪関与形態の証明としては用いられず、問題となる個人の量刑判断の一要素として考慮されるだけにとどまり、高位の被告人に対する刑事責任追及の役割は、次に述べる共同犯罪企図へと移っていった。⁽⁵⁷⁾⁽⁵⁸⁾

第2節 共同犯罪企図の登場

共同犯罪企図は、他の者と共通の犯罪目的を共有している個人が、自らは犯罪を物理的に実行しないものの、犯罪の実行の意図を持ってその目的を推

進する場合に、当該個人に刑事責任を負わせる法理である⁽⁵⁹⁾。共同犯罪企図は、上官責任と異なり、ICTY 規程および ICTR 規程のいずれにも明文で規定されていないが、ICTY のタジッチ事件において初めて用いられた。⁽⁶⁰⁾

第一審裁判部は、タジッチが所属していた武装集団による攻撃により5人のボスニア・ムスリムが殺害されたことに対し、彼が5名の殺害に関与していないと判断した⁽⁶¹⁾。しかし、上訴裁判部は、タジッチが所属する集団が5名の殺害を行ったことを示す証拠の存在を確認した上で、「規程第2条、3条、4条、または5条上の犯罪の実行は、共通の策定または目的の実現への参加を通じても生じる」として、タジッチの当該殺害に対する責任を認め⁽⁶²⁾た。上訴裁判部は、共同犯罪企図と ICTY 規程の関係につき、「規程は、共通の目的を有する何人かの人物が、共同でまたはそのうちの何人かによって行われる犯罪行為に従事する場合に、犯罪の実行に参加する形態を排除していない」として、規程第7条1項上の「実行 (commission)」に共同犯罪企図の根拠を求めている⁽⁶³⁾。

上訴裁判部によれば、共同犯罪企図は三つの類型に分類される。第一類型は、すべての被告人 (co-defendants) が、共通の策定にしたがって行動し、共通の犯罪意図を有している場合である⁽⁶⁵⁾。第二類型は、共通目的が強制収容所の運営であるような、軍事上または行政上の組織の者によって犯罪が行われる場合である⁽⁶⁶⁾。上訴裁判部は、この類型に該当する判例をいくつか列挙しているが、いずれの場合も、被告人は強制収容所内で権威を有しており、犯罪の客観的要件も主観的要件も、この権威ある地位から推論されうる⁽⁶⁷⁾。第三類型は、犯罪実行者の一人が共通の策定の範囲外の行為を行ったが、それが共通の目的の遂行の自然かつ予見可能な結果となる場合である⁽⁶⁸⁾。以下では客観的要素、主観的要素に分けて検討する。

(1) 客観的要素

共同犯罪企図を構成する客観的要素には、以下の三つの要素が必要である⁽⁶⁹⁾。

第一に、複数の人間の関与である。これらの人間は、軍事的または行政的

に組織化されている必要はない。⁽⁷⁰⁾ また被告人は、不特定の人物との関係で共同犯罪企図としての責任は負わず、当該人物は特定できるほど十分に詳細が判明していなければならない。⁽⁷¹⁾

第二に、規程上の犯罪の実行に相当するまたはそれを伴う共通の計画、策定または目的の存在である。⁽⁷²⁾ この計画や目的の存在は、事実や状況から推定される。⁽⁷³⁾ また、目的は事前に計画されている必要はなく、共同犯罪企図に従事する者の中で明示的な合意がある必要もない。⁽⁷⁴⁾ しかし、集団による犯罪の実行行為そのものでは、共同犯罪企図に従って当該犯罪行為が実行されたと推定されるには不十分であると考えられ、ある共通の目的の遂行のために共に行動したことが示されなければならない。⁽⁷⁵⁾

第三に、問題となる個人による規程上の犯罪の実行を伴う共通の策定への参加である。共同犯罪企図への従事者が、犯罪に実質的に寄与する行動ではなくとも、共通の計画または目的を何らかの方法で推進させる行動を取れば、この要件に該当する。⁽⁷⁶⁾ そのため、被告人は、犯罪の物理的実行時にその場にいる必要はない。⁽⁷⁷⁾ また、犯罪の集団の一員であることだけでは共同犯罪企図への参加の証明にはならず、共通の計画の存在と計画への参加が必要である。⁽⁷⁸⁾ そして、その参加は重大なものでなければならない。⁽⁷⁹⁾ ここで言う重大さは、行為または不作為が組織をより円滑にまたは妨げられることなく運営することを可能にするような意味で、企図（enterprise）を効率的にまたは効果的にすることを指す。したがって、被告人が指導的な地位を有していれば、その地位に伴う参加は重大なものであると考えられる。⁽⁸⁰⁾

（２）主観的要素

客観的要素は類型によらず共通しているが、主観的要素はそれぞれの類型で異なる。

第一類型の主観的要素では、被告人が自発的に企図に参加し、犯罪を意図していたことが必要である。⁽⁸¹⁾ そして、すべての参加者が、特定の犯罪を実行する同一の意図を有していなければならない。⁽⁸²⁾ 問題となる犯罪自体がジェノ

サイドのように特別な意図を要求する場合、被告人も当該意図の共有が求められる⁽⁸³⁾。

第二類型では、残虐な取り扱いに関する個人的な知識および残虐な取扱いを促進させる意図の二つが必要になる⁽⁸⁴⁾。前者の個人的な知識は、明示的な証言や被告人の権威ある地位からの合理的な推論から導かれる⁽⁸⁵⁾。また後者の要件につき、第一類型とは異なり、物理的な実行者と犯罪実行の意図を共有している必要はないが、特別な意図を要求する犯罪については、当該特別な意図を有していることが求められる⁽⁸⁶⁾。

第三類型では、犯罪活動または集団の犯罪目的に参加して促進し、共同犯罪企図または当該集団による犯罪の実行に何かしら貢献する意図が必要となる。この類型が想定するのは、問題となる犯罪が集団の当初の目的とは異なる場合である。被告人がそのような犯罪に対して責任を負うためには、犯罪が集団の一またはその他の者によって行われるのが予見可能であり、かつ、被告人がそのような危険をあえて犯したことが示されなければならない⁽⁸⁷⁾。ここでも、特別な意図を要求する犯罪と被告人の意図の関係が問題となる。ICTY 第一審裁判部は、ジェノサイドに求められる特別な意図が被告人に欠如していることを理由に、他の犯罪を目的とした共同犯罪企図におけるジェノサイドに関して、被告人の共同犯罪企図の第三類型に基づく責任を認めなかった⁽⁸⁸⁾。しかし、上訴裁判部は、被告人本人がジェノサイドに要求される特別な意図を有している必要はないとして、そのような意図を持って犯罪行為が行われることが被告人にとって合理的に予見可能であったことが示されれば良いと判示した⁽⁸⁹⁾。この理解に従えば、被告人に問題となる犯罪に特有の意図を有していることを求める第一類型および第二類型とは異なり、第三類型はそのような意図の証明が必要とされないため、第三類型を理由として広範な責任が生じうる。

(3) ICTY・ICTRにおける共同犯罪企図の位置付け

以上より、共同犯罪企図は、上官責任と比較してより集团的・組織的な要

素を包含する法理と言え、上官責任のような犯罪の物理的実行者と上位の指導者の関係の具体的な証明を求めるものではない。つまり、犯罪の実行者と被告人の物理的・組織的距離にかかわらず、それぞれの類型に基づき主観的・客観的要件が証明されれば、共同犯罪企図に基づく指導者層の刑事責任の追及が可能になる。例えば、第二類型では、強制収容所を一体的な制度として捉えつつ、権威的な地位から主観的要素および客観的要素が導出されており⁽⁹⁰⁾、集団・組織内における地位に大きな比重を与えている。また第三類型では、策定に参加する個人は、その範囲外の行為についても責任を負い、特別な意図の共有が求められないため、処罰範囲が広範になることは明らかである。このように、共同犯罪企図は、上官責任では責任の追及が困難な組織の上位に存在する者に対しても責任が問うことが可能であり、ICTY・ICTRの設立目的である責任のある者の処罰に効果的な法理であると考えられる。

しかし、ICTYは、共同犯罪企図に基づく処罰の範囲が無制限に拡大するとは考えていなかった。例えば、第一審裁判部は、共同犯罪企図の成立要件として、被告人と犯罪の物理的実行者との間の合意が必要であると述べ、一定の制限を課すことを試みている⁽⁹²⁾。さらに、同裁判部は、共同犯罪企図が適用される犯罪の性質に関して、タジッチ事件においては小さな企図が想定されていたとして、個人が犯罪の実行から組織的に隔絶しているような非常に大規模な性質のものにおいて、共同犯罪企図という犯罪関与形態は適当ではないと述べた⁽⁹³⁾。この理解に則れば、共同犯罪企図は、国家のような指揮組織と実行組織が隔絶している大規模なものには適用されず、支配構造における個人間の関係を無制限に繋いだ責任の追及は行われない。

ところが、上訴裁判部は、共同犯罪企図で問題となるのは犯罪が共通の犯罪意図の一部を構成しているかであるため、被告人と物理的な実行者との合意は要求されないと述べた⁽⁹⁴⁾。さらに、共同犯罪企図が適用される規模に関しても、タジッチ事件は大規模な事例への適用を排除しておらず、先例によ

っても支持されないと判示した。⁽⁹⁵⁾ただし、上訴裁判部も無制限な責任の範囲の拡大を認めているわけではない。上訴裁判部は、共同犯罪企図は連携による罪に基づいて判決を下すことを許容する制限のない概念ではなく、すべての必要な要素が満たされなければならないことを強調している。⁽⁹⁶⁾しかしながら、共同犯罪企図は上官責任で要求される上官部下関係のような地位の差異を必要としておらず、⁽⁹⁷⁾無制限では無いにしろ、責任追及の範囲が広範になりすぎる懸念が解消されるわけではない。⁽⁹⁸⁾

いずれにせよ、ICTY・ICTRは、高位の責任のある者に犯罪の責任を負わせるために共同犯罪企図を援用している。ここで、被告人は、上官責任のように、自身の上官としての義務を遂行しなかったがゆえに責任を負うのではなく、共通の計画を有する集団に属していたことに起因する責任を負う。すなわち、問題となる犯罪は、上官責任のように物理的な犯罪の実行者と指揮官の具体的な関係の中で検討されるのではなく、共通の目的を促進する意図を共有する組織に着目して検討される。そしてこのような責任の追及は、個人としての責任ではなく、組織に基づく責任としての様相を帯びていると言え、個人と組織の峻別が明確に維持されていないことが指摘できる。

第3章 ICCにおける組織性

前章で述べたICTY・ICTRに見られる上官責任の実質化および共同犯罪企図に見られる組織性への依拠は、ICCにおいてどのように現れるだろうか。ICCは、最も責任のある者の訴追を目的とする戦略をとっており、⁽⁹⁹⁾軍指揮官などの組織の上位に位置する者の責任追及を主眼としている。したがって、ICC規程は、第25条で個人の刑事責任を、第28条で指揮官その他の上官の責任を規定しているが、ICCがその目的を達成するため、これらの条文にどのような役割を見出すのか、そして犯罪の組織性をどのように取り込むのかを検討する必要がある。

第1節 ICC 規程における上官責任

(1) ベンバ事件における上官責任

ベンバ事件では、コンゴ民主共和国における「コンゴ解放運動（MLC）」の議長であり、その非正規軍である軍事組織「コンゴ解放軍（ALC）」の最高司令官であったベンバ⁽¹⁰⁰⁾の、MLC の兵士が行った殺人、強姦および略奪に対する責任が問題となった⁽¹⁰¹⁾。

第一審裁判部は、ICC 規程第28条上の上官責任が認められるための要件として、次の六つを挙げた。⁽¹⁰²⁾すなわち、第一に、軍隊により裁判所の管轄内の犯罪が行われたこと、第二に、被告人が軍指揮官または軍指揮官として実質的に行動する人物であること、第三に、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支配または実質的な権限および支配を有していること、第四に、被告人は軍隊が犯罪を行っているまたは行おうとしていることを知っていたまたは当時の状況により知っているべきであったこと、第五に、犯罪の実行を防止もしくは抑止し、または捜査および訴追のために事案を権限ある当局に付託するため、自己の権限内ですべての必要かつ合理的な措置をとらなかったこと、第六に、被告人が軍隊の管理を適切に行わなかった結果として犯罪が行われたことである。

第一審裁判部は、これらの要件に従い、ベンバがMLC の議長かつ ALC の最高司令官として指揮統制権を有し、作戦上の命令を下していたことなどを踏まえて、ベンバが軍事指揮官として行動し、MLC に対して実効的な権限および支配を有していたことを認めた。⁽¹⁰³⁾また、ベンバは、犯罪が物理的に行われた場所からは地理的に離れた場所に所在したが、現場の司令官との直接の通信手段を有しており、MLC による殺人、強姦および略奪に関する情報を得ていたこと、およびMLC による犯罪がメディアで報道されていたことから、ベンバがMLC の兵士による犯罪につき知るべきであったと判断した。⁽¹⁰⁴⁾さらに、確かにベンバは報告された犯罪に関する調査や現場への訪問を行ったが、それはすべて目的および結果の観点から限定的かつ不適当なもの

であり、MLCの部隊を直ちに撤退させなかったことなどから、彼が自身の権限において、部下による犯罪を防止しまたは抑止するすべての必要かつ合理的な措置をとらなかつた⁽¹⁰⁵⁾と判断した。最後に、ベンバは部隊への訓練の不足などから部隊に対する適切な管理を行なっておらず、その結果として犯罪が行われたと判断⁽¹⁰⁶⁾し、ベンバの上官責任が認められたのである⁽¹⁰⁷⁾。

しかし、上訴裁判部は、上官責任に関して第一審裁判部の判断には重大な誤りがあると述べ、七つの第一審裁判部の判断の誤りを指摘⁽¹⁰⁸⁾し、ベンバは第28条a上の上官責任を負わないと判示した⁽¹⁰⁹⁾。ここでは、上訴裁判部が第28条の要件解釈を行なった「すべての必要かつ合理的な措置」に関する判断に着目する。

上訴裁判部は、「すべての必要かつ合理的な措置」をとる義務の範囲に関して、指揮官は自身の実質的な能力(material ability)の範囲内で、すべての必要かつ合理的な措置をとることが求められ、したがって、当時の状況でどのような措置をとることができたかが考慮されると述べた。また、指揮官による必要かつ十分な措置については、当該指揮官がどのような犯罪をどの時点で知っていたまたは知っているべきであったかの考慮に基づかなければならないと述べている⁽¹¹⁰⁾。しかし、このことは指揮官が可能な限りの措置をとらなければいけないということの意味せず、ICC規程第28条の文言上、合理的なものにのみ限られる⁽¹¹¹⁾。ここで上訴裁判部は、合理性の判断にあたり、「単に指揮官の部下によって犯罪が実行されたという事実と当該指揮官が仮定上とるべきであった措置のリストを並置することそれ自体は、当時指揮官が不合理に行動したということを示さない。」として、「第一審裁判部は、指揮官が具体的にどのような措置をとるべきであったかを明確に特定しなければならない。理論的に指揮官がとりうる措置に関する抽象的な認定は有益ではなく問題がある。」と述べた⁽¹¹²⁾。そして本件において、第一審裁判所は、MLCの部隊が中央アフリカにいたため、ベンバが現地から離れた指揮官としての困難を有することに十分な注意を払っておらず、また証言からMLC

が捜査を実施する困難に直面していたと述べた。⁽¹¹³⁾ 結論として、「第一審裁判部は、当時存在した特別の状況において、ベンバによってとられた措置の範囲が、彼の実質的な能力の制限を考慮して、彼がとり得た必要かつ合理的な措置の範囲であるか否かの判断に関して、適切な判断を行わなかった。」と判断した。⁽¹¹⁴⁾

（２）上官責任の限界

上記のように、ベンバは、第一審裁判部では規程第28条上の上官責任に基づく刑事責任を負うことが示されたが、上訴裁判部は、「すべての必要かつ合理的な措置」に関する解釈を含む第一審裁判部の重大な誤りを指摘して、ベンバの上官責任を否定した。上訴裁判部は、同要件の解釈につき、被告人が当時の状況においてどのような合理的な措置をとることができるかが示されなければならないとし、状況に応じた具体的な措置の提示が必要であると述べている。そしてその際、指揮官は、金銭および利益に基づいた分析を行なってどのような措置をとるかを決定することが許容されている。⁽¹¹⁵⁾ このような方法での具体的な措置の検討は、上官責任の検討においてはほとんど免罪符に等しく、地理的に離れた者と犯罪とを上官責任で結びつけることをより困難にする判断であると指摘される。ベンバ事件では、地理的距離の乖離をあくまで事件に特有の事実として考慮されているに過ぎないが、これはあらゆる事情が合理性の判断に含まれることを示唆するものである。⁽¹¹⁷⁾

ここから、ICCにおける上官責任は、ICTY・ICTRにおける上官責任と比較して、より具体的かつ現実的な要件の証明が必要であると考えられる。そして、ICTY・ICTRにおいて与えられていた指揮官としての形式的な地位の重要性は、ICCにおいては失われているように思われる。このことは、上官責任がより上官と部下の抽象的な関係の証明、言い換えれば、組織性に依拠した証明を排除することを意味し、個人間の関係に焦点が強くなっていることを示すものである。その意味で、上官責任は、さらに純粋な個人責任に傾倒していることが指摘できる。

しかし、近年の紛争は、国家の正規軍のような指揮命令系統が明確な場合とは異なり、地方の武装集団や非正規軍などが入り混じって軍事行動が行われている場合が多い。したがって、武装集団の内実も集団によって様々であり、すべての武装集団の指導者層が部下の実態を把握するのに十分な支配権限を及ぼし、かつ犯罪を抑止または防止するための措置を常にとることができるとは言い難い。このような中で、ベンバ事件上訴裁判部のような、理論的ではなく現実的に上官がとりえた措置の検討は、犯罪の発生が直ちに上官による懈怠と解されないことを意味するため、上官責任が認められる可能性が低くなることを意味する。したがって、上官責任は、ICTY・ICTRと同様、大規模かつ組織的な犯罪における指導者層の訴追には明らかな限界があると言える。

第2節 ICC 規程における組織責任の拡大

(1) ルバンガ事件における行為支配論の提示

上官責任が個人間の具体的な関係を求める一方で、ICCは、最も責任のある者の処罰という政策的要請に応えるため、組織性に依拠した法理への傾倒が見られ、それはルバンガ事件で初めて示された。

被告人ルバンガは、コンゴ愛国連合(UPC)およびコンゴ解放愛国軍(FPLC)の創設者であり、FPLCの総司令官であった。⁽¹¹⁸⁾ルバンガ事件では、ルバンガが、ICC規程第8条2項(b)(xxvi)および同項(e)(vii)の児童兵の徴収、編入または使用に関する犯罪に関して、同規程第25条3項(a)上の「他の者と共同して」これらの犯罪を行なったかが問題となった。

予審裁判部は、規程第25条3項(a)上の共同正犯の概念は、ある者が犯罪に対して、自らに帰責される「本質的に重要な寄与(essential contribution)」の結果として「共同支配(joint control)」を有している場合にのみ、採用されると述べた。⁽¹¹⁹⁾また、同条上の共同正犯と共同犯罪企図との関係につき、検察官は前者がICTYで採用された共同犯罪企図とは異なる

ることを主張し、⁽¹²⁰⁾予審裁判部は、正犯と共犯を区別する三つのアプローチを提示した。すなわち、客観的アプローチにおいては、犯罪に対して一以上の客観的要件を物理的に遂行した人物のみが、当該犯罪の正犯とみなされう⁽¹²¹⁾る。また、主観的アプローチは、犯罪への寄与の度合いよりも犯罪を行った内心を重視し、犯罪を実行する意図を共有して犯罪に寄与した者のみを正犯とみなすものであり、ICTYの共同犯罪企図に関する先例によって採用され⁽¹²²⁾ている。第三のアプローチとして、行為支配論（control over the crime）の概念があり、同概念上、正犯には犯罪の客観的要件を物理的に遂行した者だけではなく、犯罪を実行するか否かおよびその方法を決定しているという点で、犯罪の現場から離れているのにもかかわらず、当該犯罪の実行を支配⁽¹²³⁾または背後で操作する者も含まれる。

これらの分類の後、予審裁判部は、ICC規程は行為支配論の概念に基づく⁽¹²⁴⁾第三のアプローチをとっていると判断した。同アプローチは、二つの客観的要件と三つの主観的要件に分けられ、⁽¹²⁵⁾客観的要件の一つとして、「各々の共犯の調和された本質的に重要な寄与が、犯罪の客観的要件の実現という結果になること」を挙げている。同要件においては、本質的に重要な役割が与えられており、結果として、当該役割を果たさないことにより犯罪の実行を妨げる権限を有する者のみが、犯罪行為に対する共同支配（joint control over the crime）⁽¹²⁶⁾を有していると言える。予審裁判部は、このような基準に基づき証拠を精査し、ルバンガは、規程第8条2項（b）（xxvi）および同項（e）（vii）上の犯罪につき、規程第25条3項（a）上の責任を負うと結論づけ⁽¹²⁷⁾た。

続く第一審裁判部も、本質的に重要な寄与の要件につき、予審裁判部と同様の⁽¹²⁸⁾見解をとり、規程第8条2項（e）（vii）に関して、共同正犯に基づく刑事責任を認めた。その際、ルバンガが総司令官としてUPCおよびFPLCの政策立案をし、共犯の行動を指揮できたことや、報告系統が確立していたことから十分な情報を得ており、共通の計画の実施に関する指示を出していた

ことなどを累積的に考慮し、15歳以下の児童兵の雇用および使用につき本質的に重要な寄与を果たしていたと判断された。そして、UPC および FPLC 内でのルバンガの役割ならびに他の共犯との階層的な関係は、彼が共通の計画の支援のために個人的に行った活動と組み合わせると、共通の計画の実施は、彼の寄与がなければ可能ではなかったとの結論を導くと述べた。⁽¹²⁹⁾そして上訴裁判部も、本質的に重要な寄与に関する第一審裁判部の見解を支持し、ルバンガの共同正犯責任を認めた。⁽¹³⁰⁾

このように ICC は、第25条3項(a)上の共同正犯を解釈する際に行為支配論を用いて、これを共犯と区別する理論を提示した。行為支配論においては、犯罪の物理的実行者と問題となる指導者層の具体的な関係の証明は求められず、後者の犯罪に対する寄与が示されれば刑事責任の証明に足りる。つまり、具体的な個人間の関係の検討は必要ではなく、その意味で行為支配論は、実質的な関係を検討する上官責任とは正反対の発展の方向を示していたと言える。

(2) 行為支配論の拡大

ルバンガ事件で初めて示された行為支配論は、共同正犯の枠にとどまらず、カタンガ=キューイ事件において、その射程を間接正犯にまで広げている。カタンガはイツリ愛国抵抗軍(FRPI)の指揮官であり、キューイは民族主義者・統合主義者戦線(FNI)の軍事指導者であった。⁽¹³¹⁾彼らは、対立する村への攻撃などの戦争犯罪および人道に対する罪に問われた。

予審裁判部は、ある者の刑事責任は、正犯と共犯を区別する行為支配論のアプローチに基づいて判断されなければならないと述べ、ICC 規程第25条3項(a)上の正犯の形態として、以下の三つを挙げた。⁽¹³²⁾すなわち、犯罪のすべての要件を物理的に実行する者、自らに課された本質的に重要な役割のため、他の者と共に犯罪に対する支配を有する者、および犯罪の客観的要件を実行する者の意思に対して支配を有する者であり、予審裁判部は第三の形態に着目する。同裁判部は、他の者を通じた犯罪の実行は広く認められた刑事

責任の形態であり、ここにおける正犯（間接正犯）は、犯罪の実行の道具として実行者（直接正犯）として利用している⁽¹³³⁾と述べる。続いて、実行者の有責性にかかわらず、他の者を通じて犯罪を行なった者は刑事責任を負うとする概念が法理論の中で発展してきており、この刑事責任の形態の根底にある理論的根拠は、正犯の背後の正犯が、直接正犯の意思の支配を理由として責任を有するというものと指摘する⁽¹³⁴⁾。そして、正犯の背後の正犯の諸事例の中で最も国際犯罪に関係があるのは、正犯の背後の正犯が、「組織に対する支配（Organisationsherreshaft）」を利用して他の者を通じて犯罪を行う事例であり、他の者を通じて犯罪を行なった者に犯罪の実行に関して最高度の責任を負わせることは、規程第25条3項（a）に既に法典化されていると述べ⁽¹³⁵⁾る。

このように他の者を通じた犯罪の実行の概念を述べた後、予審裁判部は、組織に対する支配の検討を行った。同裁判部は、行為支配論のアプローチは、正犯による「組織に対する支配」の概念に基礎を置いていると指摘した⁽¹³⁶⁾上で、同概念の意義を以下のように述べる⁽¹³⁷⁾。

「当裁判部がこの責任形態に好意的な判決を下すのは、それが規程の枠組みに既に組み込まれているからである。裁判所の管轄権内にある犯罪—「国際社会全体の関心事」および「世界平和、安全及び福祉を脅かす」犯罪—は、ほとんど不可避免的に、集团的または集合的な犯罪性に関係する。当裁判部は、責任ある個人を通じた犯罪の実行を規定することにより、規程は、正犯による組織に対する支配を伴う類型の事例を対象にしていると判断する。」

続いて予審裁判部は、権力の組織的および階層的な装置（apparatus）の検討に入り、組織は、上官と部下の階層的關係に基づいていなければならない、上官の命令が仮に一人の部下によって実行されなければ他の者によって

実行されることが保証されるほどに十分な数の部下によって構成されていなければならないと述べる。⁽¹³⁸⁾そして、決定的に重要なのは、指導者が装置に対して権限および支配を行使し、その権限および支配が、部下による指導者の命令の遵守に明白に現れていることであると指摘する。指導者は、犯罪の実行のために装置に対する自らの支配を用いなければならず、これは、指導者が、正犯の背後の正犯として、自らの命令の遵守の確保のために、組織内における自らの権限および権力を結集することを意味すると述べた。⁽¹³⁹⁾

最後に、予審裁判部は、ほとんど自動的な命令の遵守により確保される犯罪の実行と題して、犯罪の組織性に関して以下のような判断を行なった。⁽¹⁴⁰⁾

「[...] 組織化されかつ階層化された装置の特別な性質により、指導者は、実際に犯罪の実行の確保が可能になる。本質的に、装置に対する指導者の支配により、当該指導者は、『自動的に』犯罪の結果を生じさせるために、自らの部下を『巨大な機械における単なる一つの歯車』として用いることができる。[...] 何よりも、この『機械化』は、計画を成功裡に遂行することが特定の部下による命令の不遵守によって損なわれないことを確保しようとするものである。どの一人の部下が命令を遵守しなくても、遵守するであろう他の者に置き換えられ、命令の現実の実行者は、単なる代替可能な個人に過ぎない。このように、組織はまた、部下の十分な量の供給が可能なほど大規模なものでなければならない。」

さらに予審裁判部は、この種の組織の主な特質は、最高権限を有する者が自らの命令が自動的に遵守されることを確保できるメカニズムにあり、最高権限を有する者は、単に犯罪の実行を命令するだけでなく、組織に対する支配を通じて、犯罪を実行するかどうか、およびどのように実行するかにつき本質的に決定するのであると述べた。⁽¹⁴¹⁾

このように、予審裁判部は、ルバンガ事件において、行為支配論を精緻化

ただだけでなく、正犯の背後の正犯につき、組織を機械とみなして物理的な犯罪の実行者を代替可能な歯車と捉えたことにより、行為支配論を組織支配まで拡大した。

そして、このような組織支配の概念の射程は、国家元首まで及ぶことになる。検察局は、ダルフル内戦におけるスーダン大統領のアル・バシールの責任形態につき、「行為支配論の概念」に依拠して間接正犯に基づく責任を主張し、その要件を以下の三つ提示している⁽¹⁴²⁾。第一に、間接正犯が、犯罪の実行の確保という自らの支配的な意思を直接正犯に対して課することができるような関係の存在である。間接正犯が組織または集団を通じて犯罪を実行した場合、当該組織または集団は「階層的に組織」されていなければならない。第二に、間接正犯は、問題となる政策および実行の「採択および実施に関して最終決定権」を有するほどに十分な権限を組織内で有していることである。そして第三に、間接正犯が、犯罪の促進につき、「組織内における自らの特別な役割を自覚し、積極的にそれを用いる」ことである。これを受け、予審裁判部は、ルバンガ事件およびカタング事件で採用された行為支配論⁽¹⁴⁴⁾に触れ、アル・バシールが法令上かつ事実上のスーダンの大統領かつスーダン軍の最高司令官であり、共通の計画の策定および実施において本質的に重要な役割を果たし、スーダン軍などを「装置」として完全な支配を及ぼして共通の計画の実施を確保するためにそれを用いたと判断している⁽¹⁴⁵⁾。

（3）行為支配論の意義と問題点

このように行為支配論は、組織を用いて犯罪を実行する高位の指導者に対する非難を行う効果的な責任形態であるといえ⁽¹⁴⁶⁾、ICC は、行為支配論の導入により、刑事責任の帰属および非難の評価のための一般的規則を規定し、それをすべての事例に適用しようとしている⁽¹⁴⁷⁾。実際、検察局もンタガンダ事件やオングウェン事件においても行為支配論に積極的に依拠し、それぞれ有罪⁽¹⁴⁸⁾となっている⁽¹⁴⁹⁾。

しかし、このような行為支配論への依拠には多くの批判がある。例えば、

支配を及ぼしているかどうかは択一的な問題ではなく程度問題であるため、犯罪行為の支配に基づく正犯と従犯の責任の区別は、他の者の存在および彼らの支配の程度により予測不可能な帰結を導くとの批判⁽¹⁵⁰⁾や、行為支配論の柔軟な解釈により刑事責任が広範に拡大する可能性が指摘されている。また、複数の部門に複雑に分かれる構造では支配を失うことは非常に容易であるため、行為支配論を現実の犯罪の実行と密接な状態に置かれていない上官に適用するのは困難であるとの指摘もある⁽¹⁵²⁾。以上から、間接正犯の理論は規程上根拠がなく、裁判所の法的枠組への不必要な輸入であるとの意見があり、最悪の場合法的に誤ったもの、良くても不必要なものであり、危険な理論であるとさえ非難されている⁽¹⁵⁴⁾。さらに、ICCによる同理論の画一的適用に対しては、事実、被告人の背景、組織の構成および作戦の形態が事件ごとに重大な違いを有するにもかかわらず、単一の抽象的な枠組みにより、それらが同一に扱われているとも指摘される⁽¹⁵⁵⁾。確かに、国際刑事法の主な懸念である犯罪の実行のため他の者を用いる者に「正犯」の地位を課すことは、国際刑事法の目的に合致しているといえる⁽¹⁵⁶⁾。しかし、その目的を追及するがために、行為支配論は抽象的な規範に止まり、計画的な犯罪の複雑な現実に対応しておらず、規程上の「実行」の意味が際限なく拡大する可能性を有する⁽¹⁵⁷⁾。

しかし裏を返せば、行為支配論に基づき犯罪の組織性に着目することにより、上官責任よりも指導者層の犯罪への関与の立証が容易になり、最も責任を有する者の処罰は達成されうる。ICCがこの側面を重視していることは明らかであり、今後も規程第25条に基づいた組織的な犯罪における上層部の関与形態の証明を行為支配論に依拠して模索していくと思われる⁽¹⁵⁹⁾。

おわりに

個人責任論の意義は、一定の行為を個人ではなく国家という組織による行為と擬制することで、国家に一元化していたこれまでの国際法上の責任論に新たな責任体系を創出したことにある。特に国際法上の犯罪に関しては、そ

の責任を国家という組織全体に帰着させることは無責任を意味すると考えられるため、個人を名宛人とした責任追及システムは、犯罪の防止・抑止に効果的であると考えられる。したがって、個人責任論は、国家責任論とは切り離されて存在し、この峻別が大きな意義であった。

このような前提のもと、ニュルンベルク裁判および極東軍事裁判では、ドイツおよび日本それぞれの責任ある者の処罰が行われた。前者ではそれぞれの個人の共同謀議が検討されたが、後者では問題となる個人の刑事責任の確保のために国家の政策性に着目し、共同謀議が組織性を取り込んで適用された。すなわち、個人責任論は、その萌芽において、すでに組織性とは切り離せないことを示唆している。これは個人中心的な法でありながらも、集団的な犯罪を扱うという国際刑事法のジレンマの現れだと考えられる。⁽¹⁶¹⁾

このようなジレンマは上官責任からも確認できる。山下裁判では、当時の状況における山下の具体的な認識や怠慢は検討されず、山下の上官としての形式的地位が重視された。ICTY・ICTRにおける上官責任でも、法令上の権限を有する指揮官は、自身が実行的な支配を有していないことを証明しない限り、部下に対する実行的支配があるとされるため、組織における形式的な上官の地位は、重要な位置付けを与えられている。しかし、上官責任では、上官部下関係および了知または了知する理由の存在も必要であり、上官と部下の実質的な関係が具体的に検討される。これは、個人にのみ焦点を当てる個人責任論の前提に適合するものである。

ところが、上官と部下の支配構造における関係が隔絶していればしているほど、すなわち上官と部下が所属する組織が大規模であればあるほど、また複雑であればあるほど、両者の具体的な関係の証明は非常に困難である。しかし同時に、ICTY・ICTRは、その設立根拠となる安保理決議から明らかなように、それぞれの事態に責任のある者を処罰する政策的要請を受けている。したがって、ICTY・ICTRは、共同犯罪企図に指導者層と犯罪の物理的実行者の隔絶性の解消を求めた。

共同犯罪企図は、共通の計画や当該計画の促進の意図が示されれば、問題となる指導者層と犯罪の現実の実行者との具体的関係は問われない。さらに、特に第三類型においては、特別な意図を求める犯罪における当該意図を被告人が有することを必要としないため、広範な責任を認めうる。このような法理は、裁判所としての政策的要請に応答すべく適用され、個人の具体的な関係を求めない点で、個人責任論の前提からの乖離が指摘できよう。

このような現象は、アド・ホック裁判所だけではなく、常設の国際刑事裁判所であるICCにおいても見られる。ICCは、ベンバ事件における上官責任の検討において、当時の状況における具体的かつ現実的な措置に焦点を当てており、上官責任に基づく指導者層の訴追は困難であると考えられる。しかし、ICCも政策的な要請、すなわち不処罰の文化の撲滅のため、物理的に実際に犯罪を行うような下位の兵士ではなく、犯罪の核となる計画・命令を行う上位の指導者層の訴追が求められており、ICCは、行為支配論に依拠してこれに依っている。

行為支配論は、問題となる個人の犯罪への支配に着目し、本質的に重要な寄与の存在を検討する。この要件は、組織内で有する地位が高ければ高いほど重大であると考えられ、言い換えれば、上官責任のような犯罪の実行者と指導者層の具体的なおよび実質的な関係ではなく、指導者層が支配する犯罪の組織性に基づいた個人責任の追及が行われるのである。しかし、このような組織性への依拠は、具体的な個人間の関係ではなく、組織という形式的な関係に重点を置くことを意味し、カタンガ事件で示された機械と歯車の概念は、まさにこのことを反映している。すなわち、上位の指導者層は、個人としてではなく、彼らが属する組織内における地位から生ずる責任となり、行為支配論は、組織として特定の行為を行ったことに対する抽象的な責任であることを意味する。そして、これはまさしく、国家責任論が依って立つ擬制の論理に他ならないのである。

以上から、国家責任と峻別されて成立した個人責任論は、国際刑事法廷に

向けられた政策的要請に応答するため、組織性に依拠した上位の指導者層の犯罪への関与を証明に傾倒していると言える。このように、国際法上の重大な犯罪に関して、計画や命令といった国家の組織性は個人の刑事責任の追及と不可分であると言え、組織性に依拠すればするほど、個人責任の前提である国家と個人の峻別からの乖離が指摘できる。すなわち、個人責任の追及の精緻化が組織性への依拠を高め、それは個人責任がその前提から乖離して組織責任としての国家責任に接近していくというパラドクスが生じていることを意味するのである。

そこで犯罪関与形態からの観点に加えて、犯罪構成要件の観点からも組織性がどのように関与するかを明らかにし、より包括的に個人責任論の位置付けを再検討することを今後の課題として結びに代えたい。

〔付記〕本稿は、2022年度安達峰一郎記念国際法奨学金によって助成された研究成果の一部である。

- (1) Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Vol. I (1947), p. 218, available at <https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NT_major-war-criminals.html> (last visited 28 September 2022).
- (2) 事項的免除を含めた公的資格無関係の原則に関する考察として、拙稿「公的資格無関係の原則の射程と動態—国際共同体利益と国家利益調整プロセスの観点から」『早稲田大学法研論集』第181号（2022年）51-76頁。
- (3) 古谷修一「国際法上の個人責任の拡大とその意義—国家責任法との関係を中心として—」『世界法年報』第21号（2001年）83頁。
- (4) M. Adachi, “Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties”, *American Journal of International Law*, Vol. 14 (1920), p. 117.
- (5) Treaty of Peace between the Allied and Associated Powers and Germany, Art. 227, available at <<https://nla.gov.au/nla.obj-2579181373/view?partId=nla.obj-2579482146#page/n50/mode/lup>> (last visited 28 September 2022).

- (6) Statement Signed by President Roosevelt, Prime Minister Churchill and Premier Stalin Regarding Atrocities, in Report of Robert H. Jackson United States Representative to the International Conference on Military Trials (1945), pp. 11-12; Protocol of the Proceedings of the Berlin Conference, Berlin, 2 August 1945, reprinted in *International Law Quarterly* Vol. 1 (1947), p. 418.
- (7) A. Danner and J. Martinez, "Guilty Associations: Joint Criminal Enterprise, Command Responsibility, and the Development of International Criminal Law", *California Law Review*, Vol. 93 (2005), pp. 114-117.
- (8) Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, *supra* note 1, p.256.
- (9) フィリップ・オステン「東京裁判における犯罪構成要件の再訪—初期国際刑法史の一段面の素描—」『法学研究』第82巻1号(2009年)324-325頁。
- (10) 内山正熊「ニュルンベルグ裁判の再検討」『法学研究』第62巻12号(1989年)354-355頁。
- (11) N. Boister and R. Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal: A Reappraisal* (Oxford University Press, 2008), p. 219.
- (12) 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』第109巻4号(2011年)、41-42頁。
- (13) A. Cassese, *The Oxford Companion to International Criminal Justice* (Oxford University Press, 2009), p. 270.
- (14) M. Adachi, *supra* note 4, p. 121.
- (15) ライプチヒ裁判においても、上官責任を理由に有罪となった事件は一つしかないが、メローニは、当該事件における上官責任は行為責任にも該当し、厳密な意味での上官責任ではないと指摘する。C. Meloni, *Command Responsibility in International Criminal Court* (TMC Asser Press, 2010), pp. 41-42. またライプチヒ裁判につき、W. H. Parks, "Command Responsibility for War Crimes", *Military Law Review*, Vol. 62 (1973), pp. 12-14.
- (16) 山下事件の上官責任の先例としての評価の相違につき、岡田泉「山下裁判と戦争犯罪に対する指揮官責任の法理(二・完)」『南山法学』第27巻3号(2004年)77-83頁。また軍事委員会の詳細につき、永福誠也『国際刑事裁判所規程第28条にみる上官責任の考察』(内外出版、2014年)15-24頁。
- (17) The United Nations War Crimes Commission (ed.), *Law Reports of Trials*

- of War Criminals*, Vol. 4 (1948), p. 18.
- (18) *Ibid.*, pp. 35–37.
- (19) *In re Yamashita*, 327 U.S. 1, pp. 15–16 (1945).
- (20) *Ibid.*, pp. 34–35 (Mr. Justice Murphy, Dissenting).
- (21) A. Danner and J. Martinez, *supra* note 7, p. 124.
- (22) G. Boas *et al.*, *Forms of Responsibility in International Criminal Law* (Cambridge University Press, 2007), p. 153. 山下の弁護側も、山下は日本軍の指揮官であったという事実のみに基づき責任を問われていると述べていた。The United Nations War Crimes Commission, *supra* note 17, p. 12.
- (23) *United States v. von Leeb et al.*, in *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. 11 (1950), pp. 543–544.
- (24) *Ibid.*, p. 562.
- (25) このような相違がありながらも、上官責任の検討においては、指揮官の実際の管理よりも組織内における形式的な役割または機能が重視されていたとの指摘がある。G. Boas *et al.*, *supra* note 22, p. 157.
- (26) ICTR 規程第 6 条にも文言は若干異なるものの、同一の規定が置かれているため、両者を同一のものとして扱う。ICTR における上官責任の認識につき、*Preliminary Report of the Independent Commission of Experts Established in accordance with Security Council Resolution 935 (1994)*, U. N. Doc. S/1994/1125, 4 October 1994, paras. 129–130.
- (27) *Report of the Secretary-General pursuant to Paragraph 2 of Security Council Resolution 808 (1993)*, U. N. Doc. S/25704, 3 May 1993, p. 15.
- (28) *Prosecutor v. Halilović*, IT-01-48-T, Judgement, 16 November 2005, para. 54; *Prosecutor v. Krnojelac*, IT-97-25-A, Judgement, 17 September 2003, para. 171.
- (29) *Prosecutor v. Delalic et al*, IT-96-21-T, Judgement, 16 November 1998, para. 346.
- (30) *Ibid.*, paras. 394–395; *Prosecutor v. Halilović*, *supra* note 28, para. 123.
- (31) *Prosecutor v. Strugar*, IT-01-42-T, Judgement, 31 January 2005, para. 362.
- (32) *Prosecutor v. Delalic et al*, *supra* note 29, para. 354.
- (33) *Ibid.*, para. 370.
- (34) *Prosecutor v. Kajelijeli*, ICTR-98-44A-T, Judgment and Sentence, 1 December

- 2003, paras. 403-405, 781.
- (35) ICTY は、被告人が指揮官であったとの証言に加え、被告人本人による証言や捕虜収容所における規律などに依拠している。Prosecutor v. Delalic et al, *supra* note 29, paras. 738, 740, 743, 746-748.
- (36) *Ibid.*, paras. 739, 750.
- (37) Prosecutor v. Blagojević and Jokić, IT-02-60-T, Judgement, 17 January 2005, para. 791.
- (38) Prosecutor v. Blaškić, IT-95-14-A, Judgement, 29 July 2004, para. 69; Prosecutor v. Halilović, *supra* note 28, para. 58.
- (39) Prosecutor v. Delalic et al, IT-96-21-A, Judgement, 20 February 2001, para. 197.
- (40) Prosecutor v. Krstić, IT-98-33-T, Judgement, 2 August 2001, para. 648. 同様に、実行的支配の推定を覆す証拠の不存在に基づき被告人の実行的支配を認められたものとして、Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura, IT-01-47-T, Judgement, 15 March 2006, paras. 843, 846, 851.
- (41) このような拳証責任の転嫁に対する批判として、Prosecutor v. Milošević, IT-02-54-AR73.5, Decision on the Prosecution's Interlocutory Appeal against the Trial Chamber's 10 April 2003 Decision on Prosecution Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 28 October 2003, Dissenting Opinion of Judge David Hunt, para. 14.
- (42) Prosecutor v. Halilović, *supra* note 28, para. 63; Prosecutor v. Strugar, *supra* note 31, para. 363.
- (43) Prosecutor v. Orić, IT-03-68-T, Judgement, 30 June 2006, para. 311.
- (44) 古谷「前掲論文」(注12)、49頁。
- (45) Prosecutor v. Orić, *supra* note 43, para. 319; Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura, *supra* note 40, para. 94.
- (46) Prosecutor v. Orić, *supra* note 43, para. 319; Prosecutor v. Blaškić, *supra* note 38, para. 57.
- (47) Prosecutor v. Orić, *supra* note 43, para. 317.
- (48) G. Boas *et al.*, *supra* note 22, p. 202.
- (49) Prosecutor v. Delalic et al, *supra* note 29, para. 393.
- (50) Prosecutor v. Blaškić, IT-95-14-T, Judgement, 3 March 2000, para. 332.

- (51) G. Boas *et al.*, *supra* note 22, p. 207.
- (52) Prosecutor v. Delalic et al, *supra* note 39, para. 226.
- (53) Prosecutor v. Krnojelac, *supra* note 28, para. 154; Prosecutor v. Strugar, *supra* note 31, para. 369; Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura, *supra* note 40, para. 95.
- (54) Prosecutor v. Blaškić, *supra* note 38, para. 62.
- (55) 勧告的な情報の内容の検討につき、G. Boas *et al.*, *supra* note 22, pp. 210-221.
- (56) B. Bonaé, “Finding a Proper Role for Command Responsibility”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5 (2007), p. 608.
- (57) Prosecutor v. Krstić, *supra* note 40, para. 709.
- (58) E. Sliedregt, Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5 (2007), p. 187.
- (59) A. Cassese, *supra* note 13, p. 392.
- (60) 共同犯罪企図の概念を示すものとして、“joint criminal enterprise” 以外にも、“common criminal plan”、“common criminal purpose”、“common design or purpose”、“common criminal design”、“common purpose”、“common design”、“common concerned design” などの用語がある。Prosecutor v. Brđanin and Talić, IT-99-36-PT, Decision on Form of Further Amended Indictment and Prosecution Application to Amend, 26 June 2001, para. 24.
- (61) Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-T, Judgement, 14 July 1997, para. 373.
- (62) Prosecutor v. Tadić, IT-94-1-A, Judgement, 15 July 1999, para. 183.
- (63) *Ibid.*, para. 188.
- (64) *Ibid.*, para. 190. 共同犯罪企図は、上官責任と同様、犯罪への関与形態の一つであり、それ自体は犯罪ではない。Prosecutor v. Multinović, Decision on Dragoljub Odžanić’s Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise, IT-99-37-AR72, Appeals Chamber, 21 May 2003, para. 44; Prosecutor v. Kvočka et al, Appeal Judgement, IT-98-30/1-A, 28 February 2005, para. 91.
- (65) Prosecutor v. Tadić, *supra* note 62, para. 196.
- (66) *Ibid.*, para. 202.
- (67) *Ibid.*, para. 203.
- (68) *Ibid.*, para. 204.

- (69) *Ibid.*, para. 227.
- (70) Prosecutor v. Stakić, IT-97-24-A, Judgement, 22 March 2006, para. 64; Prosecutor v. Brđanin, IT-99-36-T, Judgement, 1 September 2004, para. 261.
- (71) Prosecutor v. Simba, ICTR-2001-76-T, Judgement and Sentence, 13 December 2005, para. 389; Prosecutor v. Brđanin, *supra* note 70, para. 346.
- (72) この第二の要件は、共同犯罪企図の第二類型には適用されない。Prosecutor v. Kvočka *et al*, Appeal Judgement, IT-98-30/1-A, 28 February 2005, paras. 115-119.
- (73) Prosecutor v. Simba, *supra* note 71, para. 387; Prosecutor v. Blagojević and Jokić, *supra* note 37, para. 699.
- (74) Prosecutor v. Krajišnik, IT-00-39-T, Judgement, 27 September 2006, para. 883.
- (75) *Ibid.*, para. 884.
- (76) Prosecutor v. Tadić, *supra* note 62, para. 229.
- (77) Prosecutor v. Krnojelac, *supra* note 28, para. 81; Prosecutor v. Simić *et al*, IT-95-9-T, Judgement, 17 October 2003, para. 158.
- (78) Prosecutor v. Multinović, Decision on Dragoljub Odjanić's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise, IT-99-37-AR72, 21 May 2003, para. 26; Prosecutor v. Simić *et al*, *supra* note 77, para. 158.
- (79) Prosecutor v. Kvočka *et al*, IT-98-30/1-T, Judgement, 2 November 2001, para. 309; Prosecutor v. Simić *et al*, *supra* note 77, para. 159.
- (80) Prosecutor v. Krstić, *supra* note 40, para. 642-644; Prosecutor v. Kvočka *et al*, *supra* note 79, para. 292.
- (81) Prosecutor v. Tadić, *supra* note 62, para. 196; Prosecutor v. Blagojević and Jokić, *supra* note 37, para. 703.
- (82) Prosecutor v. Tadić, *supra* note 62, para. 228; Prosecutor v. Stakić, *supra* note 70, para. 65.
- (83) 人道に対する罪につき、Prosecutor v. Kvočka *et al*, *supra* note 79, para. 288。ジェノサイドにつき、Prosecutor v. Krstić, *supra* note 40, para. 634; Prosecutor v. Simba, *supra* note 71, para. 416.
- (84) Prosecutor v. Tadić, *supra* note 62, para. 228.
- (85) *Ibid.*, para. 228. Kvočka 事件では、第一審裁判部でも上訴裁判部でも被告人の地位が考慮されている。Prosecutor v. Kvočka *et al*, *supra* note 79, para. 324;

- Prosecutor v. Kvočka et al, *supra* note 72, paras. 174, 202.
- (86) Prosecutor v. Krnojelac, *supra* note 28, para. 111.
- (87) Prosecutor v. Tadić, *supra* note 62, para. 228. なお、後続の判例では、問題となる犯罪が企図の遂行の自然かつ予見可能な結果であり、かつ、被告人がそのような犯罪が当該企図の遂行のあり得る帰結であることを認識し、その認識を持ちながらも企図に参加したことが要件として求められている。Prosecutor v. Brđanin and Talić, IT-99-36-PT, Decision on Form of Further Amended Indictment and Prosecution Application to Amend, 26 June 2001, para. 30.
- (88) Prosecutor v. Brđanin, IT-99-36-T, Decision on Motion for Acquittal Pursuant to Rule 98 *bis*, 28 November 2003, paras. 30, 57.
- (89) Prosecutor v. Brđanin, IT-99-36-A, Decision on Interlocutory Appeal, 19 March 2004, para. 6.
- (90) Prosecutor v. Tadić, *supra* note 62, para. 202.
- (91) Prosecutor v. Milosević, IT-02-54-T, Second Amended Indictment, 28 July 2004, paras. 5-28.
- (92) Prosecutor v. Brđanin, *supra* note 70, para. 344. 当該合意は、犯罪の実行者との間において、特定の犯罪を実行するもの、または犯罪実行者によって行われた犯罪が被告人と犯罪実行者との間で合意された犯罪の自然かつ予見可能な結果であることが示されなければならない、被告人および犯罪実行者の相互の合意であることが求められる。*Ibid.*, paras. 347, 352.
- (93) *Ibid.*, para. 355.
- (94) Prosecutor v. Brđanin, IT-99-36-A, Judgement, 3 April 2007, paras. 415-419.
- (95) *Ibid.*, paras. 420-425.
- (96) *Ibid.*, para. 428.
- (97) K. Ambos, *Command Responsibility and Organisationsherrschaft: Ways of Attributing International Crimes to the 'Most Responsible'*, *System Criminality in International Law* (Cambridge University Press, 2009), p. 139.
- (98) この点に関連する批判として、E. Sliedregt, “Joint Criminal Enterprise as a Pathway to Convicting Individuals for Genocide”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5 (2007), pp. 188-189; A. Danner and J. Martinez, *supra* note 7, p. 137; M. Bardar, “Just Convict Everyone!-Joint Perpetration: From Tadić to Stakić and Back Again”, *International Criminal Law Review*, Vol. 6

- (2006), pp. 293-302; J. Ohlin, “Three Conceptual Problems with the Doctrine of Joint Criminal Enterprise”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 5 (2007), pp. 85-88. また、ICTY の判事からも強い批判が述べられている。Prosecutor v. Simić, IT-95-9-T, Separate and Partly Dissenting Opinion of Judge Per-Johan Lindholm, 17 October 2003, paras. 2-5.
- (99) The office of the Prosecutor, Report on Prosecutorial Strategy, 14 September 2006, para. 2 (b), available at <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914_English.pdf> (last visited 28 September 2022); Strategic Plan 2019-2021, 17 July 2019, para. 24, available at <<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/20190726-strategic-plan-eng.pdf>> (last visited 28 September 2022).
- (100) Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gambo, ICC-01/05-01, Judgment, 21 March 2016, paras. 384-389, 390-393, 697.
- (101) *Ibid.*, paras. 694-695. なお、予審裁判部ではベンバの共同正犯も検討されていたことに着目して、上官責任と正犯の関係を論じたものとして、後藤啓介「国際刑法における正犯と上官責任の適用上の関係について：二〇一六年三月二一日の国際刑事裁判所第一裁判部第三法廷ベンバ事件を契機として」『法學研究』第90巻7号(2017年)、52-61頁。
- (102) Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gambo, *supra* note 100, para. 170. また上官責任の法的性質に関して、学説上の争いの存在を認めつつも、上官責任が犯罪関与形態の一種である立場を示した。*Ibid.*, para. 171.
- (103) *Ibid.*, paras. 696-705.
- (104) *Ibid.*, paras. 706-718.
- (105) *Ibid.*, paras. 719-734.
- (106) *Ibid.*, paras. 735-741.
- (107) *Ibid.*, para. 742. なお、犯罪と上官の懈怠 (failure) と関係につき、二人の判事がそれぞれ個別意見を付している。Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gambo, ICC-01/05-01, Separate Opinion of Judge Sylvia Steiner, 21 March 2016, paras. 1-9, 16-24; Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gambo, ICC-01/05-01, Separate Opinion of Judge Kuniko Ozaki, 21 March 2016, paras. 2-23.
- (108) Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08A, Judgment on the Appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III’s “Judgment

- pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 June 2018, para. 189.
- (109) *Ibid.*, para. 194.
- (110) *Ibid.*, paras. 167-168.
- (111) *Ibid.*, para. 169.
- (112) *Ibid.*, para. 170.
- (113) *Ibid.*, paras. 171-172.
- (114) *Ibid.*, para. 173.
- (115) *Ibid.*, para. 170.
- (116) R. Murphy, “Command Responsibility after Bemba”, *New Zealand Yearbook of International Law*, Vol. 15 (2017), p. 97.
- (117) Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gambo, ICC-01/05-01-08-3636-Anx1-Red, Appeals Chamber, Dissenting Opinion of Judge Sanji Mmasenono Monageng and Judge Piotr Hofmański, para. 127.
- (118) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007, paras. 7-8.
- (119) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06, Prosecutor’s Document Addressing Matters that were Discussed and the Confirmation Hearing, 4 December 2006, paras. 38-41.
- (120) *Ibid.*, paras. 31-32.
- (121) *Ibid.*, para. 328.
- (122) *Ibid.*, para. 329.
- (123) *Ibid.*, para. 330.
- (124) *Ibid.*, para. 338.
- (125) *Ibid.*, paras. 342-367.
- (126) *Ibid.*, para. 347. さらに、予審裁判部は、犯罪に対する共同支配の行使が犯罪の遂行段階に限定するような制限を規程は含んでいないと述べた。すなわち、そのような支配には、準備段階における計画立案なども含まれる。*Ibid.*, para. 348.
- (127) *Ibid.*, para. 410.
- (128) 加えて、第一審裁判部は、被告人の本質的に重要な寄与の數居を下げることによって正犯の責任概念を拡大することも可能だが、それは正犯から国際的な関心事である最も重要な犯罪に最も責任があるものに向けられる非難を表明する責務を奪うと述べている。Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06,

- Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 14 March 2012, para. 999.
- (129) *Ibid.*, para. 1270.
- (130) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 A 5, Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against His Conviction, 1 December 2014, para. 499.
- (131) Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-01/07, Decision on the Confirmation of Charges, 30 September 2008, paras. 6, 9, 12.
- (132) *Ibid.*, para. 488.
- (133) *Ibid.*, para. 495.
- (134) *Ibid.*, paras. 496-497.
- (135) *Ibid.*, paras. 498-499.
- (136) *Ibid.*, para. 500.
- (137) *Ibid.*, para. 501.
- (138) *Ibid.*, para. 512.
- (139) *Ibid.*, paras. 513-514.
- (140) *Ibid.*, paras. 515-516.
- (141) *Ibid.*, paras. 517-518.
- (142) Situation in Darfur, The Sudan, ICC-02/05, Public Redacted Version of the Prosecutor's Application under Article 58, 14 July 2008, paras. 244-247.
- (143) *Ibid.*, para. 248.
- (144) Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC-02/05-01/09, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009, para. 210.
- (145) *Ibid.*, paras. 221-222.
- (146) Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06 A 5, Judgment on the Appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against His Conviction, 1 December 2014, para. 492.
- (147) L. Minkova, "Control over the Theory: Reforming the ICC's Approach to Establishing Commission Liability?", *International Criminal Law Review*, Vol. 22 (2022), p. 519.
- (148) これらの事件では、間接共同正犯に基づき責任が追及された。Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06-203-AnxA, Document Containing the

- Charges, 10 January 2014, para. 144; Prosecutor v. Ongwen, ICC-02/04-01/15-375-AnxA-Red, Document Containing the Charges, 22 December 2015, paras. 42, 55. 間接共同正犯の分析につき、広見正行「国際刑事裁判所規程 8 条 2 項 (e) (iv) にいう『攻撃』の意味、間接共同正犯理論の妥当性、司法妨害罪の捜査に係る証拠開示—ンタガンダ事件上訴審判決（2021年 3 月30日）」『国際法研究』第10号（2022年）265頁；久保田隆「『間接共同正犯』に関する初の ICC 上訴審判決—ンタガンダ事件」『国際人権』第33号（2022年）111-113頁。
- (149) Prosecutor v. Dominic Ongwen, ICC-02/04-01/15-1762-Red, Judgment, 4 February 2021, para. 2874; Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06-2666-Red, 30 March 2021, para. 1144.
- (150) T. Weigend, “Perpetration through an Organization: The Unexpected Carrer of a German Legal Concept”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9 (2011), p. 100.
- (151) Prosecutor v. Ntaganda, ICC-01/04-02/06-2666-Anx2, Separate Opinion of Judge Howard Morrison on Mr Ntaganda’s Appeal, 30 March 2021, para. 17. 同様に行為支配論の曖昧さを指摘するものとして、A. Gil and E. Maculan, “Current Trends in the Definition of ‘Perpetrator’ by the International Criminal Court: From the Decision on the Confirmation of Charges in the Lubanga Case to the Katanga Judgment”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 28 (2015), pp. 356-362.
- (152) Prosecutor v. Ntaganda, ICC-01/04-02/06-2666-Anx5, Partly Concurring Opinion of Judge Eboe-Osuji, 30 March 2021, para. 77.
- (153) Prosecutor v. Ntaganda, ICC-01/04-02/06-2666-Anx2, Separate Opinion of Judge Howard Morrison on Mr Ntaganda’s Appeal, 30 March 2021, para. 3.
- (154) Prosecutor v. Ntaganda, *supra* note 151, paras. 17, 94.
- (155) L. Minkova, “Control over the Theory: Reforming the ICC’s Approach to Establishing Commission Liability?”, *International Criminal Law Review*, Vol. 22 (2022), pp. 522-525.
- (156) J. Ohlin *et al*, “Assessing the Control-Theory”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 26 (2013), p. 745.
- (157) L. Minkova, *supra* note 155, p. 511.
- (158) R. Clarke, “Together Again? Customary Law and Control over the Crime”,

Criminal Law Forum, Vol. 26 (2015), p. 464. この点、ワインガート判事は、規程第25条3項(a)の文言および文脈に即した解釈が必要であるとし、犯罪の実質的要件の実現に直接に寄与した個人のみが当該犯罪を共同で実施したと主張し、刑事責任を負う個人の範囲を限定している。Prosecutor v. Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-02/12, Concurring Opinion of Judge Christine Van den Wyngaert, 18 December 2012, para. 44.

(159) ただし、近年、予審裁判部では、行為支配論への依拠を行わない事例が見られるとの指摘がある。Prosecutor v. Yakatom and Ngaïssona, ICC-01/14-01/18-403-Red-Corr, Corrected Version of Public Redacted Version of ‘Decision on the Confirmation of Charges’ against Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaïssona, 14 May 2020, para. 60; Prosecutor v. Abd-Al-Rahman, ICC-02/05-01/20-433, Corrected Version of ‘Decision on the Confirmation of Charges’ against Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (‘Ali Kushayb’), 9 July 2021 paras. 44-45; L. Minkova, *supra* note 155, pp. 529-530.

(160) C. Kutz, *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age* (Cambridge University Press, 2000), p. 113.

(161) B. Bonaée, *supra* note 56, p. 600.