

論 説

# 国際刑事裁判所規程25条3項(a)に 基づく間接正犯

——近時の裁判例における組織支配論の展開——

後 藤 啓 介

目次：

国際刑事裁判所規程25条3項(a)に基づく間接正犯  
——近時の裁判例における組織支配論の展開——

1. はじめに
2. 行為支配と正犯性
3. 行為支配の一形態としての意思支配
4. 現在のICC実務における間接正犯の成立要件
5. ICC実務における「正犯の背後の正犯」の受容
  5. 1. ルバンガ事件の予審裁判部第1法廷の見解
  5. 2. カタンガ=キュイ事件の予審裁判部第1法廷の見解
  5. 3. カタンガ事件の第一審裁判部第2法廷の見解
  5. 4. ルバンガ事件の上訴裁判部の見解
  5. 5. 小括
6. 組織支配
  6. 1. ロクシンが提唱している「組織支配」の要件
    6. 1. 1. 命令権（組織的権力機構の存在）
    6. 1. 2. 法乖離性
    6. 1. 3. 直接実行者の代替可能性
    6. 1. 4. 直接実行者の高められた機動性
    6. 1. 5. 直接実行者の代替可能性と高められた機動性をめぐる議論の変遷
  6. 2. 現在のICC実務で提示されている「組織支配」の要件
    6. 2. 1. カタンガ=キュイ事件の予審裁判部第1法廷の見解
    6. 2. 2. カタンガ事件の第一審裁判部第2法廷の見解

( 2 ) 国際刑事裁判所規程 25 条 3 項(a)に基づく間接正犯

7. ロクシンの見解と現在のICC実務の見解との比較および検討
  7. 1. ロクシンの4要件のうち現在のICC実務によって(一応は)明示的に是認されているといえる2つの要素
  7. 2. ロクシンの4要件のうち現在のICC実務によって明示的に是認されているとはいえない2つの要素
  7. 3. 比較・検討の結果——現在のICC実務における組織支配の要件といえる3つの要素
  7. 4. 比較・検討の意義——現在のICC実務による組織支配の要件の「修正」は処罰範囲などにも影響を及ぼしうるか
8. 組織支配論に対する批判および当該批判に対する反論
  8. 1. 組織支配論に対する批判
  8. 2. 当該批判に対する反論
9. おわりに

## 1. はじめに

本稿の目的は、国際刑事裁判所 (International Criminal Court: ICC) 規程 25条 3 項(a)に基づく「組織支配を利用した間接正犯」<sup>1)</sup>の法的な特徴を明らかにすることにある。下記2でも付言するように、ICCの判例によれば、ICC規程25条 3 項に基づく犯罪の関与形式について、いわゆる「正犯」と「共犯」を区別することが明らかにされ、両者を区別するための基準として、いわゆる「行為支配」概念が採用されている。また、詳しくは後述(下記4および5)するように、ICC規程25条 3 項(a)では、正犯の一形式としての「間接正犯」が国際刑法史上初めて明文で規定され、いわゆる「正犯の背後の正犯」という概念もICCの判例によって是認されるに至っている。さ

---

1) 国内刑法学の枠組みにおける「組織支配を利用した間接正犯」についての邦文献としては、例えば、後藤啓介「間接正犯論の新展開——ドイツ刑法の現状が日本刑法に示唆するもの——」慶應法学24号(2012年)163頁以下、鈴木彰雄「組織的権力機構による間接正犯——ドイツ連邦通常裁判所1994年7月26日判決の検討」関東学園大学法学紀要5巻1号(1995年)87頁以下、同「ドイツ刑法における『組織的権力機構による間接正犯』の理論」関東学園大学法学紀要11巻2号(2001年)113頁以下など参照。

らに、近時のICCの裁判例<sup>2)</sup>において、「共同正犯」と「間接正犯」を「組み合わせ」た関与形式として「間接共同正犯」(indirect co-perpetration)<sup>3)</sup>という概念が登場していることも、注目されている。

ICCの実務におけるこのような動向は、「中核犯罪」(core crimes)<sup>4)</sup>ともいわれる「国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪」が「処罰されずに済まされてはならない」(ICC規程前文4段落)というICC規程の目的に照らし合わせてみれば、特筆に値する。通常、中核犯罪のような大規模かつ組織的な犯罪について最も重い責任を問われるべき「指導者」たちは、

---

2) 管見の限りでは、少なくとも以下の7つの予審裁判部決定で、「間接共同正犯」について言及がなされている。すなわち、①ICC 2008年9月30日予審裁判部第1法廷決定 (*Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07), paras. 490 *et seq.*; ②ICC 2009年3月4日予審裁判部第1法廷決定 (*Al Bashir*, ICC-02/05-01/09), paras. 210 *et seq.*; ③ICC 2012年1月23日予審裁判部第2法廷決定 (*Muthaura et al.*, ICC-01/09-02/11-382-Red), paras. 296 *et seq.*; ④ICC 2012年1月23日予審裁判部第2法廷決定 (*Ruto et al.*, ICC-01/09-01/11-373), paras. 291 *et seq.*; ⑤ICC 2014年6月9日予審裁判部第2法廷決定 (*Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-309), paras. 101 *et seq.*; ⑥ICC 2014年6月12日予審裁判部第1法廷決定 (*Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-656-Red), paras. 230 *et seq.*; ⑦ICC 2014年12月11日予審裁判部第1法廷決定 (*Blé Goudé*, ICC-02/11-02/11-186), paras. 136 *et seq.* などである。

3) 間接共同正犯について、肯定的な文脈では、例えば、*Shachar Eldar*, Indirect Co-Perpetration, Criminal Law and Philosophy – An International Journal for Philosophy of Crime, Criminal Law and Punishment, Vol. 8 (2014), pp. 605-617; *Harmen G. van der Wilt*, The Continuous Quest for Proper Modes of Responsibility, Journal of International Criminal Justice (hereinafter JICJ), Vol. 7 (2009), pp. 312-314; *Gerhard Werle/Boris Burghardt*, Die mittelbare Mittäterschaft – Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerrecht?, in: *René Bloy* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, Berlin 2010, S. 857-864; *Steffen Wirth*, Co-perpetration in the Lubanga Trial Judgment, JICJ, Vol. 10 (2012), pp. 984-986 など参照。否定的な文脈では、例えば、*Stefano Manacorda/Chantal Meloni*, Indirect Perpetration versus Joint Criminal Enterprise – Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law, JICJ, Vol. 9 (2011), pp. 172-175; *Thomas Weigend*, Perpetration through an Organization – The Unexpected Career of a German Legal Concept, JICJ, Vol. 9 (2011), pp. 110-111 など参照。

( 4 ) 国際刑事裁判所規程 25 条 3 項(a)に基づく間接正犯

犯行現場におらず、自らの手で犯罪を直接的に実行することもほとんど想定されえない<sup>5)</sup>。そのため、ICC以前の国際刑事（ないし軍事）法廷においても、このような犯罪の指導者たちの個人の刑事上の責任がどのように評価されるべきであるのかについては、さまざまな試行錯誤が重ねられてきた<sup>6)</sup>。具体的には、第二次世界大戦直後のニュルンベルク裁判および東京裁判の両条例にも規定されていた「共同謀議」<sup>7)</sup>、あるいは、冷戦後のアド・ホック国際刑事法廷などで用いられている「犯罪共同企図」(Joint Criminal Enterprise: JCE)<sup>8)</sup>などは、その一例といえることができる。しかしながら、ICCは、これらの法理論のいずれをも引き継ぐことなく、「行為支配」や「組織支配を利用した間接正犯」などの概念を採用することによって、従来の国際刑事法廷とは別の道を歩みつつある。

このようなICCの動向に鑑みれば、ICCにおいて中核犯罪の指導者たちの

---

4) ICC規程 5 条 1 項に規定されているように、ICCの対象犯罪は、同70条の「裁判の運営に対する犯罪」などを除けば、基本的には、4つの中核犯罪、すなわち、集団殺害（ジェノサイド）犯罪（同6条）、人道に対する犯罪（同7条）、戦争犯罪（同8条）、および、侵略犯罪（同8条の2）に限定されている。中核犯罪については、例えば、フィリップ・オステン「刑法の国際化に関する一考察——ドイツと日本における国際刑法の継受を素材に——」法学研究79巻6号（2006年）55頁以下、同「国際刑法における『中核犯罪』の保護法益の意義——ICC規程批准のための日本の法整備と刑事実体法規定の欠如がもたらすものを素材として——」慶應義塾大学法学部〔編〕『慶應の法律学 刑事法——慶應義塾大学創立一五〇年記念法学部論文集』慶應義塾大学法学部（2008年）所収217頁以下なども参照。

5) 中核犯罪の大規模性・組織性が関与形式に及ぼす影響については、例えば、*Stefanie Bock, Zurechnung im Völkerstrafrecht, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (zit: ZIS), Bd. 7-8 (2017), S. 411 ff.; *van der Wilt, supra* note 3, pp. 307 *et seq.*なども参照。

6) 国際刑法における関与形式の歴史的沿革については、例えば、*Bock, a.a.O.* (Fn. 5), S. 410 ff.; フィリップ・オステン「国際刑法における『正犯』概念の形成と意義——ICCにおける組織支配に基づく間接正犯概念の胎動」川端博ほか〔編〕『理論刑法学の探究③』成文堂（2010年）所収111頁以下などを参照。

7) 国際軍事裁判所条例6条、および、極東国際軍事裁判所条例5条参照。さらに、いわゆる「ニュルンベルク諸原則」の第7原則も参照。

個人の刑事上の責任がどのように評価され、当該指導者たちがどのように訴追・処罰されるのかを理解するにあたっては、現在のICC実務によって使用されている「組織支配を利用した間接正犯」の内実を明らかにすることは、重要な検討課題の1つとなる。とりわけ、近時のICCにおいて「間接共同正犯」という「共同正犯」と「間接正犯」を「組み合わせ」た概念が新たに登場していることを踏まえれば、同概念を理解するためにも、同概念の理論的な前提の1つとなっている「組織支配を利用した間接正犯」が法的にいかなる内容を有しているのかを把握することは、必須の検討課題である。

この場合、ICC実務における「組織支配を利用した間接正犯」の検討にあたって最も留意すべきことの1つとは、昨今のICCの裁判例<sup>9)</sup>が、ドイツの刑法学者クラウス・ロクシンの見解<sup>10)</sup>を頻繁に参照し、引用していることである。その意味で、ICCの裁判例における「行為支配」や「組織支配を利用した間接正犯」などの概念を理解するためには、その大前提として、ドイツ刑法学上の議論をも意識した検討が必要不可欠である。しかしながら、そのような研究は、我が国ではこれまで断片的にしか行われてこなかった<sup>11)</sup>。そこで、本稿では、特に、「組織支配を利用した間接正犯」概念の「創始者」といわれるロクシンの見解の検討を近時のICCの裁判例の検討と併せて行

8) JCEに関する邦文献としては、例えば、木原正樹「旧ユーゴ国際刑事裁判所判例上の『共同犯罪実体』概念——その意義と問題点をめぐる議論を中心に——」松田竹男ほか〔編〕『現代国際法の思想と構造Ⅱ——環境、海洋、刑事、紛争、展望』東信堂（2012年）所収223頁以下、佐藤宏美「共同犯罪集団（Joint Criminal Enterprise）の法理と慣習国際刑法」国際法外交雑誌111巻4号（2013年）51頁以下、竹村仁美「国際刑事法におけるJCE（Joint Criminal Enterprise）の概念（1）・（2）」一橋法学6巻2号（2007年）965頁以下・同6巻3号（2007年）1417頁以下、多谷千香子『戦争犯罪と法』岩波書店（2006年）101頁以下など参照。また、同法理の統一的な正犯概念を彷彿とさせる運用とそれに対する批判については、例えば、オステン（前掲注6）115頁以下など参照。

9) 例えば、ICC 2008年9月30日予審裁判部第1法廷決定（*Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07), paras. 496, 515; ICC 2014年3月7日第一審裁判部第2法廷判決（*Katanga*, ICC-01/04-01/07), paras. 1404, 1409, 1411 など参照。

10) 例えば、*Claus Roxin*, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, Goldammer's Archiv für Strafrecht (zit: GA) 1963, S. 193 ff. など参照。

( 6 ) 国際刑事裁判所規程 25 条 3 項(a)に基づく間接正犯

い、ロクシンの学説を1つの「物差し」とすることで、ICCの近時の裁判例における同概念の法的な特徴を浮き彫りにしてみたい。

以上の問題意識に基づいて、本稿では、まず、議論の前提として、ICCの判例によって採用され、ICC規程25条3項における正犯・共犯の区別基準となっている「行為支配」概念について確認する(下記2)。次に、この「行為支配」概念の中でも特にICC規程25条3項(a)3類にいう「間接正犯」を根拠づけているとされている「意思支配」概念について概観する(下記3)。さらに、同(a)3類にいう間接正犯の一般的な成立要件について考察を加える(下記4)。その後、「組織支配」論の理論的な前提となる「正犯の背後の正犯」という概念について考察する(下記5)。以上の考察の後、本稿の主たる目的である現在のICC実務とロクシンのそれぞれで主張されている「組織支配を利用した間接正犯」論との異同を比較・検討するため、ロクシンが提唱している「組織支配」の要件と現在のICC実務で提唱されている同要件とをそれぞれ確認する(下記6)。その後、下記6で確認された諸要件に基づいて、この両者における諸要件を比較・検討し、その異同と意義を明らかにする(下記7)。さらに、「組織支配を利用した間接正犯」に向けられている国際刑法学上の批判・異論についても検討し、それらに対する反論も試みてみたい(下記8)。最後に、以上の比較・検討の結果に基づいてICC規程における「組織支配を利用した間接正犯」の意義、および、今後の課題について若干の言及を行い擱筆する(下記9)。

---

11) ICC規程25条3項(a)3類の解釈における「組織支配を利用した間接正犯」に関して、ドイツ刑法学を参照しつつ検討している邦文献としては、例えば、オステン(前掲注6)125頁以下、後藤啓介「日本刑法における共謀共同正犯と国際刑法における『正犯』概念に関する一考察——中核犯罪の『黒幕』とされる者は如何なる概念によって捕捉されるべきか——」法学政治学論究87号(2010年)51頁以下なども参照。また、木原正樹「『国際刑事裁判所』における正犯の要件——ICCの『コントロール』理論を中心に」国際法外交雑誌113巻4号(2015年)544頁以下、同「Lubanga 事件確定判決における『コントロール』理論とその課題」立命館法学363・364号(2015年)1394頁以下、および、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109巻4号(2011年)576頁以下でも、当該概念の紹介および検討がなされているが、これらの論稿においては、必ずしもドイツ刑法学上の議論を十分に踏まえた考察がなされているわけではない。

## 2. 行為支配と正犯性

「行為支配」論 (the ‘control over the crime’ theory, Tatherrschaftslehre) とは、現在のICC実務および国際刑法の学説において、ICC規程25条3項(a)から(d)までを解釈するにあたって、その指針となっている重要な法理論である<sup>12)</sup>。ルバンガ事件<sup>13)</sup>の予審裁判部第1法廷による犯罪事実確認決定<sup>14)</sup>によれば、行為支配論とは、「犯罪を行うか否か、また、行うとすればどのように行うのかということを決定的にすることによって、犯罪を『支配』している者を正犯とする」見解であるとされ、「行為支配」の有無によって、「正犯」(perpetrator)と「共犯」(accessory)とを区別する理論であるとされている。すなわち、この理論によれば、正犯とは、犯罪において中心的な役割を果たしているため、犯罪を支配している者であるのに対して、共犯とは、犯罪において副次的な役割しか果たしていないため、犯罪を支配してはいない者であるということになる<sup>15)</sup>。

行為支配論に基づいてICC規程では正犯・共犯体系が採用されていること、すなわち、ICC規程25条3項(a)にいう「正犯」と同(b)から(d)までにいう「共犯」とが行為支配の有無によって区別されることは、ICCの判例—ルバンガ事件だけではなく、カタンガ (=キューイ) 事件<sup>16)</sup> など—でも

---

12) 行為支配論は、ドイツにおいて通説であるとされ、日本の学説上も有力に主張されている。これについては、例えば、*Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft*, 9. Aufl., Berlin/Boston 2015, S. 60 ff., 702 ff. = Rn. 255 ff.; *Bernd Schünemann*, § 25 StGB, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte u.a. (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1., 12. Aufl., Berlin 2006, Rn. 7; *Bettina Weißer*, *Täterschaft in Europa – Ein Diskussionsvorschlag für ein europäisches Tätermodell auf der Basis einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Beteiligungssysteme Deutschlands, Englands, Frankreichs, Italiens und Österreichs*, Tübingen 2011, S. 38; 井田良『講義刑法学・総論』有斐閣 (2008年) 437頁以下、橋本正博『「行為支配論」と正犯理論』有斐閣 (2000年) 1頁以下など参照。また、ICCにおける行為支配論については、後藤啓介「国際刑事裁判所における行為支配論の展開——正犯概念との関係を中心に——」国際人権 26号 (2015年) 109頁以下も参照。



( 8 ) 国際刑事裁判所規程 25 条 3 項(a)に基づく間接正犯

明確に是認され<sup>17)</sup>、国際刑法の学説上も広く支持を集めている<sup>18)</sup>。この場合、行為支配を有している正犯(25条3項(a))は、犯罪に「本質的に重要な寄与」(essential contribution)を行っていないか否かに対して、行為支配を有していない共犯(同(b)から(d))は、犯罪に「実質的な寄与」(substantial contribution)ないし「その他の方法で〔の〕寄与」を行っていれば足りるとされている<sup>19)</sup>。

また、ICC規程25条3項内部における行為支配論に基づく正犯と共犯との

- 
- 13) ルバンガ事件について、以下の引用では、①ICC 2007年1月29日予審裁判部第1法廷決定(Lubanga, ICC-01/04-01/06)、②ICC 2012年3月14日第一審裁判部第1法廷判決(Lubanga, ICC-01/04-01/06)、および、③ICC 2014年12月1日上訴裁判部判決(Lubanga, ICC-01/04-01/06 A 5)の3つをそれぞれ、①「Lubanga, PTC I」、②「Lubanga, TC I」、および、③「Lubanga, AC」と略記する。さらに、ルバンガ事件に関する邦文献としては、例えば、①の予審段階までについては、村井伸行「国際刑事裁判所(ICC)に対する違法な逮捕・勾留に基づく手続中止の申請——ルバンガ・ディーロ事件」国際人権18号(2007年)133頁以下、②の第一審段階までについては、フィリップ・オステン「正犯概念再考——ルバンガ事件判決と国際刑法における共同正犯論の展開を素材に——」法学研究87巻5号(2014年)1頁以下、石井由梨佳「国際刑事裁判所と戦争犯罪——ルバンガ事件判決の評価を中心に——」国際法研究2号(2014年)107頁以下、稲角光恵「国際刑事裁判所初のルバンガ事件判決の意義と課題」金沢法学55巻1号(2012年)63頁以下、木原正樹「〔48〕ルバンガ事件」杉原高嶺=酒井啓亘〔編〕『国際法基本判例50〔第2版〕』三省堂(2014年)所収190頁以下、坂本一也「戦争犯罪としての子ども兵士の使用——ICCにおけるLubanga事件判決の分析から」岐阜大学教育学部研究報告人文科学61巻2号(2013年)21頁以下、東澤靖「判例紹介 国際刑事裁判所における最初の有罪判決——ルバンガ事件〔国際刑事裁判所第1審裁判部2012.3.14判決,同年7.10決定〔上訴〕〕」国際人権23号(2012年)138頁以下、③の上訴審段階までについては、後藤啓介「国際刑事法における行為支配論と共同正犯(1)・(2)・(3・完)——2014年12月1日の国際刑事裁判所ルバンガ事件上訴裁判部判決を契機として——」亜細亜法学50巻1号(2015年)1(190)頁以下・同50巻2号(2016年)1(266)頁以下・同51巻1号(2016年)1(194)頁以下などがある。
- 14) Lubanga, PTC I, para. 330.
- 15) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II – Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003, § 25 Rn. 10.



区別は、ICCの各裁判部によって指摘されているように<sup>20)</sup>、形式的な用語上の区別にとどまるものではなく、正犯が共犯よりも重く非難されることを明らかにし、被告人の刑事責任に適切な罪名を付与することに貢献しているという点で、実質的にも重要な区別であるといえる。

- 
- 16) カタンガ=キューイ事件、ならびに、分離後のカタンガ事件、および、分離後のキューイ事件について、以下の引用では、①ICC 2008年9月30日予審裁判部第1法廷決定 (*Katanga and Chui*, ICC-01/04-01/07)、②ICC 2014年3月7日第一審裁判部第2法廷判決 (*Katanga*, ICC-01/04-01/07)、③ICC 2012年12月18日第一審裁判部第2法廷判決 (*Chui*, ICC-01/04-02/12-4)、および、④ICC 2015年2月27日上訴裁判部判決 (*Chui*, ICC-01/04-02/12 A) の4つをそれぞれ、①「*Katanga and Chui*, PTC I」、②「*Katanga*, TC II」、③「*Chui*, TC II」、および、④「*Chui*, AC」と略記する。さらに、これらの事件に関する邦文献としては、例えば、①の予審段階までについては、オステン(前掲注6)125頁以下、②および③の第一審段階までについては、後藤(前掲注13・亜細亜法学51巻1号)57(138)頁以下、増田隆「〔判例評釈〕ローマ規程と幫助犯——カタンガ事件第一審判決——」帝京法学30巻2号(2017年)251頁以下、④の上訴審段階までについては、後藤(前掲注6・亜細亜法学51巻1号)65(130)頁注391などがある。
- 17) *Lubanga*, PTC I, para. 338; *Lubanga*, TC I, para. 1003; *Lubanga*, AC, para. 473; *Katanga and Chui*, PTC I, para. 486, *Katanga*, TC II, para. 1394.
- 18) *Thomas Weigend*, Intent, Mistake of Law, and Co-perpetration in the Lubanga Decision on Confirmation of Charges, JICJ, Vol. 6 (2008), p. 480; *Gerhard Werle*, Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute, JICJ, Vol. 5 (2007), pp. 956 *et seq.*; *Gerhard Werle/Boris Burghardt*, Establishing Degrees of International Criminal Responsibility – Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute, in: *Elies van Sliedrecht/Sergev Vasiliev* (eds.), *Pluralism in International Criminal Law*, Oxford 2014, pp. 306 *et seq.*; *Gerhard Werle/Florian Jessberger*, *Völkerstrafrecht*, 4. Aufl., Tübingen 2016, Rn. 548; フィリップ・オステン「国際刑法における行為支配論と正犯概念の新展開——多元的関与形式体系の意義——」井田良ほか〔編〕『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』成文堂(2014年)所収492頁以下、後藤(前掲注13・亜細亜法学50巻1号)45(146)頁以下など参照。
- 19) 詳しくは、*Kai Ambos*, *The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga) – A Comprehensive Analysis of the Legal Issues*, *International Criminal Law Review (ICLR)*, Vol. 12 (2012) pp. 146 *et seq.*, 後藤(前掲注13・亜細亜法学50巻1号)44(147)頁なども参照。

### 3. 行為支配の一形態としての意思支配

本稿の主たる関心事であるICC規程25条3項(a)3類における「間接正犯」との関係においても、行為支配論は、同(a)にいう「正犯」と同(b)から(d)までにいう「共犯」とを区別するだけでなく、ICC規程25条3項(a)内部の正犯形式を区別するための理論的な基盤をも提供している。これについては、特に、ルバンガ事件の予審裁判部第1法廷決定による以下のような判示が重要である<sup>21)</sup>。

この説〔行為支配論〕によれば、以下の〔3つの〕理由のために、当該犯罪の実行に対する支配を有し——かつ、そのような支配を意識して——いる者のみが、正犯とされうる。

- i. 当該者が、当該犯罪の客観的要素を物理的に実行しているため（自らの手による犯罪の実行、すなわち、直接正犯）。
- ii. 当該者が、当該犯罪の客観的要素を実行する者の意思を支配しているため（他の者を通じての犯罪の実行、すなわち、間接正犯）。
- iii. 当該者が、各自に課されている任務（task）が本質的に重要であるという理由で、他の者と共同して当該犯罪に対する支配を有しているため（他の者と共同しての犯罪の実行、すなわち、共同正犯）、である。

すなわち、行為支配論によれば、ICC規程25条3項(a)にいう①「単独で」、②「他の者と共同して」、および、③「他の者を通じて」犯罪を行うという3つの概念は、それぞれ、①について、上記iにいう「自らの手による犯罪の実行」——言い換えれば、「自らの行動」——によって犯罪の実行を支配する「行動支配」に基づいて根拠づけられる「直接正犯」、②について、上記iii（および当該予審裁判部の他の判示箇所ならびに上訴裁判部の判示

---

20) *Lubanga*, PTC I, para. 320; *Lubanga*, TC I, paras. 996-999; *Lubanga*, AC, para. 462.

21) *Lubanga*, PTC I, para. 332. なお、*Katanga and Chui*, PTC I, para. 488 も参照。

など)にいう「当該犯罪に対する本質的に重要な寄与によって、また、結果として当該犯罪の実行を頓挫させる力によって、当該犯罪に対する支配を保持」<sup>22)</sup> することで犯罪の実行を他の者と共同して支配する「機能的行為支配」<sup>23)</sup> に基づいて根拠づけられる「共同正犯」<sup>24)</sup>、および、③について、上記 ii にいう「犯罪の客観的要素を実行する者の意思を支配」することによって犯罪の実行を支配する「意思支配」に基づいて根拠づけられる「間接正犯」として把握される<sup>25)</sup>。

この3つの支配概念のうち、本稿の主たる関心事である「間接正犯」に関する基本原理とは「意思支配」(Willensherrschaft)である。この「意思支配」概念については、上訴裁判部による明確な判示がまだ存在していないため、現時点では確立したICCの判例があるわけではない。しかし、カタンガ=キューイ事件の予審裁判部第1法廷<sup>26)</sup>やカタンガ事件の第一審裁判部第2法廷<sup>27)</sup>などの見解によれば、「意思支配」とは、「黒幕」又は「背後者」が、犯罪の直接実行者(行為介在者)の「意思」を支配することで、当該実行者をあたかも「道具」のように利用して、当該犯罪を実行することをいとされている。当該裁判部によれば、このような「意思支配」は、少なくとも以下の4つの方法により実現されるとされている<sup>28)</sup>。

⑦実行行為者に対してICC規程31条1項(d)にいう「圧迫」(duress)を加えることで当該実行者の意思を支配して犯罪を実行すること(いわゆる「強

22) *Lubanga*, AC, para. 473. なお、*Lubanga*, PTC I, para. 342 も参照。

23) 「機能的行為支配」について、詳しくは、例えば、*Roxin*, a.a.O. (Fn. 12), S. 278 f.; 後藤(前掲注13・亜細亜法学50巻1号)22(169)頁以下、および、同(前掲注13・亜細亜法学50巻2号)8(259)頁以下など参照。

24) ICCにおける共同正犯について、詳しくは、例えば、後藤(前掲注13・亜細亜法学50巻2号)1(266)頁以下、および、同(前掲注13・亜細亜法学51巻1号)1(194)頁以下なども参照。

25) これらの概念について、詳しくは、後藤(前掲注12)110頁、同(前掲注13・亜細亜法学50巻1号)7(184)頁以下、26(165)頁以下、および、42(149)頁以下なども参照。

26) *Katanga and Chui*, PTC I, paras. 495 *et seq.*

27) *Katanga*, TC II, paras. 1398 *et seq.*

( 12 ) 国際刑事裁判所規程 25 条 3 項(a)に基づく間接正犯

制を利用した意思支配」(Willensherrschaft kraft Nötigung)<sup>29)</sup>

- ①実行者を欺罔し、かつ、この欺罔を通じて被欺罔者の意思を支配して犯罪を実行すること(いわゆる「錯誤を利用した意思支配」(Willensherrschaft kraft Irrtum)<sup>30)</sup>)
- ②心神喪失若しくは心神耗弱などの理由で責任能力が(十分に)ない実行行為者<sup>31)</sup>の意思を支配することで行為を支配すること、および、
- ③組織的権力機構内で命令者として恣意的に交換可能な実行者を使役し、かつ、この権力機構を通じて個々の直接実行者に逐一指示することなく犯罪を実行すること(いわゆる「組織的権力機構を利用した意思支配」(Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate)ないし「組織支配」(Organisationsherrschaft)<sup>32)</sup>)である。

このうち、上記①から③までの場合は、背後者に道具のように利用されている行為介在者について責任阻却ないし減少事由など何らかの免責が認められる場合である<sup>33)</sup>。すなわち、行為介在者に「正犯」としての完全な帰責を行うことができない場合であって、伝統的に、ドイツの判例<sup>34)</sup>・学説<sup>35)</sup>でも、日本の判例<sup>36)</sup>・学説<sup>37)</sup>でも、間接正犯の典型例であるとされている事例である。

---

28) この4つの間接正犯の分類については、*Roxin*, a.a.O. (Fn. 15), § 25 Rn. 45 ff. も参照。ただし、ロクシンによれば、間接正犯は、基本的には、「強制を利用した支配」、「錯誤を利用した支配」、および、「組織的権力機構を利用した支配」の3つしか問題とならないとされ、「責任無能力者、限定責任能力者および未成年者を利用した間接正犯は、構造的には、強制を利用した支配と錯誤を利用した支配との組み合わせでしかない」(*ibd.*, Rn. 46)とされている。

29) *Katanga and Chui*, PTC I, para. 495; *Katanga*, TC II, para. 1402: 「圧迫の下で行為している実行行為者」(physical perpetrators who [...] act under duress)。

30) *Katanga and Chui*, PTC I, para. 495; *Katanga*, TC II, para. 1402: 「錯誤によって行為している実行行為者」(physical perpetrators who [...] by mistake)。

31) *Katanga and Chui*, PTC I, para. 495; *Katanga*, TC II, para. 1402: 「心神喪失若しくは心神耗弱の状態にある実行行為者」(physical perpetrators [...] who are afflicted by mental deficiency or impairment)。

32) *Katanga and Chui*, PTC I, paras. 501-518; *Katanga*, TC II, paras. 1403-1412.

33) *Katanga and Chui*, PTC I, para. 495; *Katanga*, TC II, para. 1402.

これとは対照的に、上記㊦にいう「組織支配を利用した間接正犯」概念においては、直接行為者が完全な刑事責任を有する場合が前提とされている。この場合、この概念を是認するためには、「正犯の背後の正犯」の理論が重要な鍵となってくる。しかし、これについては後述（下記5）することとして、以下（下記4）ではまず、ICC規程における間接正犯の一般的成立要件についてみていくこととしたい。

34) ドイツの判例について、例えば、軍事裁判所による「死刑判決を利用」して夫を殺害しようとしてそれを逃げなかった妻の事案については、BGHSt 3, 110 = BGH, Urteil des 1. Strafsenats vom 08.07.1952 – 1 StR 123/51 –; 第三者を利用した謀殺未遂および重い傷害未遂を肯定した判例については、BGHSt 30, 363 (365) = BGH, Urteil des 4. Strafsenats vom 26.01.1982 – 4 StR 631/81 –, juris, Rn. 9; 「優越的な知識を利用した」(kraft überlegenden Wissens) 間接正犯については、BGHSt 32, 38 (41 f.) (シリウス事件) = BGH, Urteil des 1. Strafsenats vom 05.07.1983 – 1 StR 168/83 –, juris, Rn. 14; 「回避しうる禁止の錯誤」(vermeidbarer Verbotsirrtum) を利用した間接正犯については、BGHSt 35, 347 (349 ff.) (猫王事件) = BGH, Urteil des 4. Strafsenats vom 15.09.1988 – 4 StR 352/88 –, juris, Rn. 7 ff.; 「被害者自身を利用した」(Tatmittler gegen sich selbst) 謀殺未遂を一般的には肯定しつつも当該事案については否定した判例については、BGHSt 43, 177 (179 ff.) (間接正犯・パッサウ毒入り酒瓶事件) = BGH, Urteil des 1. Strafsenats vom 12.08.1997 – 1 StR 234/97 –, juris, Rn. 8 ff. など参照。

35) ドイツの学説については、例えば、Günter Heine/Bettina Weißer, § 25 StGB, in: Albin Eser (Hrsg.), Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., München 2014, Rn. 6-60; Wolfgang Joecks, § 25 StGB, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., München 2017, Rn. 53-183; Wolfgang Schild, § 25 StGB, in: Urs Kindhäuser u.a. (Hrsg.), Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2017, Rn. 75-124; Schünemann, a.a.O. (Fn. 12), Rn. 60-154 など参照。また、ドイツの場合、ドイツ刑法25条1項後段に「他の者を通じて犯罪を行った者は、正犯として罰せられる」という間接正犯の明文規定がある。さらに、ドイツにおける間接正犯概念の歴史的沿革に関する邦文献としては、例えば、市川啓「間接正犯の淵源に関する一考察 (1)・(2)・(3・完) ——19世紀のドイツにおける学説と立法を中心に——」立命館法学361 (2015年) 169頁以下・同362号 (2015年) 220頁以下・同365号 (2016年) 142頁以下なども参照。

#### 4. 現在のICC実務における間接正犯の成立要件

ICC規程25条3項(a)3類は、国際条約において初めて間接正犯を明文化した規定である<sup>36)</sup>。同規定によれば、間接正犯とは、「他の者が刑事上の責任を有するか否かにかかわらず当該他の者を通じて犯罪を行うこと」と定義されている。この規定に基づく間接正犯の成立要件については——これまでのところ、その一般的な要件を明示した唯一の第一審裁判部<sup>39)</sup>である——カタンガ事件の第一審裁判部第2法廷によれば、少なくとも以下の

36) 日本の判例については、例えば、情を知らない郵便職員および被害者を利用した殺人未遂については、大判大正7(1918)年11月16日刑録24輯1352頁、「緊急危難ノ状態ヲ發生セシメ其發生ヲ機トシテ醫師ニ胎兒ノ排出ヲ求メ…醫師ノ〔当該〕正當業務行爲ヲ利用シテ墮胎ヲ遂行シタル者〔の〕墮胎罪ノ間接正犯」については、大判大正10(1921)年5月7日刑録27輯257頁、「作成権限者たる公務員の職務を補佐して公文書の起案を担当する職員」が「その職務に関し内容虚偽の文書を起案し情を知らない作成権限者たる公務員を利用して虚偽の公文書を完成」させた場合の「虚偽公文書作成罪の間接正犯」については、最小二判昭和32(1957)年10月4日刑集11巻10号2464頁、被告人の「日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている〔12歳の少〕女を利用〔した〕窃盗の間接正犯」については、最小一決昭和58(1983)年9月21日刑集37巻7号1070頁、「被告人を極度に畏怖して服従していた被害者」を利用した殺人未遂については、最小三決平成16(2004)年1月20日刑集58巻1号1頁など参照。なお、被害者利用の類型については間接正犯ではなく、直接正犯であるとする見解もある。

37) 日本の学説については、例えば、大塚仁『間接正犯の研究』有斐閣(1958年)、中義勝『間接正犯』有斐閣(1963年)、西原春夫『間接正犯の理論』成文堂(1962年)など参照。さらに、「間接正犯の実行の着手」の問題(関連するドイツの判例なども含む)に関する比較的最近の邦文献としては、例えば、佐藤拓磨『未遂犯と実行の着手』慶應義塾大学出版会(2016年)233頁以下も参照。

38) *Albin Eser, Individual Criminal Responsibility, in: Antonio Cassese et al. (eds.), The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary Vol. I, Oxford 2002, p. 793; Florian Jessberger/Julia Geneuss, On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir – German Doctrine at The Hague?, JICJ, Vol. 6 (2008), p. 857 with fn. 19; 後藤(前掲注13・亜細亜法学50巻1号)28(163)頁以下など参照。*

3つの要素が必要であるとされている<sup>40)</sup>。

- i. 1人以上の〔他の〕者によって客観的要素が引き起された犯罪に対する支配〔control over the crime whose material elements were brought about by one or more [other] persons〕を行使し〔……〕、
- ii. ICC規程30条に規定されている主観的要素、および、当該犯罪に固有の主観的要素を充足し、かつ、
- iii. 当該犯罪に対する支配を行使することを当該者に許容する事実上の状況を意識していなければならない。

まず、要素 i にいう「1人以上の〔他の〕者によって客観的要素が引き起された犯罪に対する支配」についてみれば、当該第一審裁判部は、このような支配が容易に想定されうるのは、当該犯罪の「実行行為者の意思に対する支配」(control over the will of the physical perpetrators) を行使することであると判示している<sup>41)</sup>。前述のように、ICCの裁判例によれば、このような「意思支配」が是認されうるのは、少なくとも上記㉗から㉕までの

---

39) もっとも、被告人カタンガに対しては、間接正犯 (ICC規程25条3項(a)) の適用は認められなかった。なぜならば、(1) 犯行時点で民兵集団が中央集権化され、かつ、実効的な指揮系統が存在する組織的権力機構であったこと、および、(2) 被告人が、犯行当時、当該民兵に対する支配を行使していたことが、いずれも証明されなかったとされたからである (*Katanga*, TC II, paras. 1417-1421)。その結果、「集団による…犯罪の実行に対し、その他の方法で寄与すること」(同25条3項(d)) がICCで初めて適用されて有罪判決が下されることになった。

40) *Katanga*, TC II, para. 1416. 本文中の見出しのローマ数字、強調および捕捉は筆者によるもの。なお、本文中の要素 i において「〔……〕」によって省略している部分については、括弧書きで「(本件の場合、当該犯罪の実行が権力機構に対する支配〔control over an apparatus of power〕の行使を通じて保証される場合には、この条件が充足される)」という判示がある。すなわち、ここでは、上記㉗から㉕までの4つの間接正犯形態のうち、特に上記㉕に該当する場合が明示されており、当該事件における後述(下記5)する「組織支配」概念の重要性が際立たせられているといえる。

41) *Katanga*, TC II, para. 1402.



( 16 ) 国際刑事裁判所規程 25 条 3 項(a)に基づく間接正犯

4つの場合である。

次に、要素 ii について最も重要なこととは、この要件が、行為支配概念というよりも、ICC規程における主観的要件の一般規定であるICC規程30条<sup>42)</sup>から導かれた要件である、ということである。この場合、最も参考になるのは、ルバンガ事件の上訴裁判部による共同正犯の主観的要素についての判示である<sup>43)</sup>。すなわち、当該判示によれば、ICC規程25条3項(a)2類という共同正犯が成立するためには、犯罪の結果発生を「意図」し(同30条2項(a)および(b)前段)、又は犯罪の結果が「通常の成り行きにおいて生ずること」を意識していなければならない(同30条2項(b)後段および3項)とされている<sup>44)</sup>。また、上訴裁判部によれば、犯罪の結果が「通常の成り行きにおいて生ずること」を意識していなければならないというのは結果発生が「ほぼ確実であること」(virtual certainty)を意識していなければならないということであるとされている<sup>45)</sup>。この場合、共同正犯と間接正犯が共にICC規程25条3項(a)に規定され、間接正犯の主観的要素についてICC規程30条1項にいう「別段の定め」が存在しない以上、このようなICC規程30条に基づく共同正犯の主観的要素に対する理解は、基本的には、間接正犯の主観的要素に対する理解にも転用可能であると考えられる。事実、カタンガ事件の第一審裁判部第2法廷も、間接正犯が成立するためには、犯罪の結果発生を「意図」し(30条2項(a)および(b)前段)、又は犯罪の結果が「通常の成り行きにおいて生ずること」を意識していなければならない(30条2項(b)後段および3項)と判示している<sup>46)</sup>。同様に、犯罪の結果が「通常の成り行きにおいて生ずること」を意識していなければならない

---

42) ICC規程30条に関する近時の邦文献としては、例えば、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——国際刑事裁判所規程30条における『Intent and Knowledge』の意義——」法学政治学論究109号(2016年)67頁以下などがある。また、後藤(前掲注13・亜細亜法学51巻1号)17(178)頁以下も参照。

43) 詳しくは、例えば、後藤(前掲注13・亜細亜法学51巻1号)41(154)頁以下なども参照。

44) *Lubanga, AC, paras. 446-451.*

45) *Lubanga, AC, paras. 446-447 and 451.*

46) *Katanga, TC II, paras. 773 et seq.; Lubanga, AC, paras. 446-451.*

いというのは結果発生が「ほぼ確実であること」(virtual certainty)を意識していなければならないということであるとされている<sup>47)</sup>。その結果、ICC規程上、未必の故意による間接正犯も原則として認められないと考えられる<sup>48)</sup>。

最後に、要素iiiについては、当該第一審裁判部によれば、間接正犯は、特定の犯罪の意図などだけではなく、「行為支配の行使を自己に許容する事実上の状況を正犯が意識していることも必要とされている」<sup>49)</sup>。要するに、4つあるとされている意思支配の形態に応じて、「行為支配の行使の基盤となる構成要素を意識できる立場にいないといけない」<sup>50)</sup>とされている。したがって、被利用者利用者との間に意思支配の形態に応じた支配従属の関係があることや、被利用者が道具のように作用して結果が発生することなどを、利用者である間接正犯は意識していなければならない。

これらの3つの要素は、あくまでもICC規程における間接正犯全般に、すなわち、上記㉗から㉙までのすべての間接正犯形態に、あてはまる要素である。ゆえに、当該第一審裁判部も指摘しているように<sup>51)</sup>、組織支配を利用した間接正犯を是認するためには、さらに別の要件が充足されなければならない。

この場合、1つの手がかりとなりうるのは、上記㉗から㉙までの間接正犯と㉘の間接正犯との最大の相違点の1つとして、前者の場合の「行為介在者」は「刑事上の責任を有しない者、又は責任の全部若しくは一部を免除されている者」<sup>52)</sup>であるのに対して、後者の場合の「行為介在者」は「正犯の背後の正犯」という概念に基づいて「刑事上の責任を有する者」<sup>53)</sup>である場合もあるということである。ゆえに、次節では、「組織支配を利用した間接正犯」についての理解を深めるため、ICC実務において「正犯の背後の正犯」がどのように受容されているのかについて——そもそも「正犯の背

47) *Katanga*, TC II, para. 776; *Lubanga*, AC, paras. 446-447 and 451.

48) *Katanga*, TC II, para. 775; *Lubanga*, AC, paras. 449-450.

49) *Katanga*, TC II, para. 1414.

50) *Katanga*, TC II, para. 1415.

51) *Katanga*, TC II, paras. 1407-1412.

52) *Katanga*, TC II, para. 1402.

53) *Katanga*, TC II, paras. 1404-1405.

( 18 ) 国際刑事裁判所規程 25 条 3 項(a)に基づく間接正犯

後の正犯」とはいかなる概念であるのかということも含めて——検討することとする。

## 5. ICC実務における「正犯の背後の正犯」の受容

「正犯の背後の正犯」(perpetrator behind the perpetrator, Täter hinter dem Täter)とは、ドイツでは、「行為介在者に完全な刑事上の答責性がある場合の間接正犯」(mittelbare Täterschaft bei voll verantwortlichem Tatmittler)と理解されている<sup>54)</sup>。日本でも、「利用される者の行為が犯罪といえるときにも、それを利用する間接正犯を考えてもよい場合がある、とする考え」という形で、すでにその存在は認識されている<sup>55)</sup>。

もっとも、従来、「答責原理」(Verantwortungsprinzip)、すなわち、「すべての者は、自己の行為についてしか答責性を有さず、他の者が自由意思に基づいて行った行為については答責性を有さない」<sup>56)</sup>という原則によれば、背後者による行為と結果との間に行為介在者の自律的決定に基づく行為が介入して犯罪の結果が実現された場合、当該結果については背後者の正犯性が否定されるとされてきた<sup>57)</sup>。なぜならば、この場合、当該結果について第一次的に帰責されるべきであるのは行為介在者であるため、背後者は、正犯ではなく、せいぜい共犯にとどまるとされたからである。

しかしながら、「正犯の背後の正犯」という考え方が肯定される場合、一定の類型においては答責原理が破られ、背後者もまた正犯となりうることになる。そして、組織支配を利用した間接正犯の理論を肯定する立場は、

---

54) Heine/Weißer, a.a.O. (Fn. 35), Rn. 22-30.

55) 齊藤誠二「いわゆる『正犯の背後の正犯』をめぐって」警察研究55巻10号(1984年)8頁。さらに、後藤(前掲注1)169-171頁、橋本(前掲注12)92頁なども参照。

56) Harro Otto, Grundkurs Strafrecht – Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Berlin 2004, § 6 Rn. 49; Luis Greco, Organisationsherrschaft und Selbstverantwortungsprinzip, ZIS, Bd. 1 (2011), S. 9 ff.

57) なお、「答責原理」の根拠、および、この原理に対する批判などに関する邦文献としては、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』東京大学出版会(2002年)234頁以下なども参照。

まさにこの「正犯の背後の正犯」を肯定する立場を前提としている。ゆえに、近時のICCの裁判例において展開されている組織支配を利用した間接正犯の概念を解明するためには、その理論的な前提として、ICC規程において、いかなる根拠に基づいて、どのような場合に「正犯の背後の正犯」が肯定されうるのかということをはっきりとすることを明らかにする必要がある。

以下で確認するように、ICCの各裁判部は、「正犯の背後の正犯」を一貫して肯定している。そこで、本節では、なぜICC規程において「正犯の背後の正犯」が是認されうるのかを明らかにするため、ルバンガ事件の予審裁判部の見解、カタンガ＝キューイ事件の予審裁判部の見解、カタンガ事件の第一審裁判部の見解、および、ルバンガ事件の上訴裁判部の見解をそれぞれ検討してみることとする。

### 5. 1. ルバンガ事件の予審裁判部第1法廷の見解

まず、ルバンガ事件の予審裁判部第1法廷は、以下のように判示して、もっぱらICC規程25条3項(a)の文言に基づいて、「正犯の背後の正犯」を是認している<sup>58)</sup>。

この点、当予審裁判部は、ICC規程25条3項(a)では、行為支配概念の最も典型的な表現として、明示的に「他の者を通じて当該犯罪を行うこと」と規定されていることを指摘する。さらに、同25条3項(a)において「他の者が刑事上の責任を有するか否かにかかわらず」という文言が使用されていることは、同規定が、故意なき道具〔innocent agent〕を通じての（すなわち、刑事上の責任を問われない他の者を通じての）犯罪の実行だけではなく、完全な刑事上の責任を問われる他の者を通じての犯罪の実行にも拡張されるという結論に有利に作用する〔原注は省略〕。

すなわち、ICC規程25条3項(a)において、「他の者が刑事上の責任を有するか否かにかかわらず」という文言が使用されていることは、同規定が、「刑事上の責任を問われない他の者」（＝いわゆる「道具」的な行為介在者）を通じての犯罪の実行だけではなく、「完全な刑事上の責任を問われる他の

58) *Lubanga*, PTC I, para. 339.

( 20 ) 国際刑事裁判所規程 25 条 3 項(a)に基づく間接正犯

者を通じて」( = 「正犯」) を通じての犯罪の実行 ( = 「正犯の背後の正犯」) をも是認しているというのである<sup>59)</sup>。

## 5. 2. カタンガ=キューイ事件の予審裁判部第 1 法廷の見解

カタンガ=キューイ事件の予審裁判部第 1 法廷も、以下のように判示して、もっぱらICC規程25条 3 項(a)の文言に基づいて、「正犯の背後の正犯」を肯定している<sup>60)</sup>。

[……] 当予審裁判部は、ICC規程の起草者がICC規程25条 3 項(a)の中で——同 3 項(a)には、故意がないわけではない(すなわち、有責的な)個人の行為を道具のように利用して犯罪が行われることが含まれている——実行形式を確立しようとしていたことを指摘する。したがって、[……] 他の者(犯罪を行うことについて責任を有する者)を利用する者には犯罪の実行に対する最高度の責任 [the highest degree of responsibility] が課されるということは——すなわち、利用者が正犯とみなされるということは—— [……] すでにICC規程25条 3 項(a)において法典化されているのである。

また、さらに重要なことに、上記判示によれば、直接実行者である他の者を利用する背後者には「最高度の責任」が課され、「正犯」とみなされると判示して、背後者である間接正犯が規範的にも重く処罰されうることも示唆されている。

## 5. 3. カタンガ事件の第一審裁判部第 2 法廷の見解

同様に、カタンガ事件の第一審裁判部も、まずは、もっぱらICC規程25条 3 項(a)の文言に依拠しながら<sup>61)</sup>、「正犯の背後の正犯が効果を発揮する場合がある」(a perpetrator behind the perpetrator may [···] be at work)<sup>62)</sup> ということを明言している。

---

59) これについては、*Jeßberger/Geneuss, supra note 38, pp. 358 et seq.*なども参照。

60) *Katanga and Chui*, PTC I, paras. 496-499. なお、本文中の引用はpara. 499である。

61) *Katanga*, TC II, para. 1398.

62) *Katanga*, TC II, para. 1405.

さらに、カタンガ事件の第一審裁判部が、前述した2つの予審裁判部の見解よりもさらに踏み込んで、「正犯の背後の正犯」を組織支配概念などに理論的に結びつけることを可能にする「正犯の背後の正犯」の複数性・多数性がICC規程上是認されうる実質的な理由について、以下のように判示していることも注目に値する<sup>63)</sup>。

〔……〕 ICC規程の目的を重視すれば、2人以下の限られた人数に関する間接正犯の必要性が想定されるだけでなく、多数人、すなわち、同一の構造に所属し、かつ、集団的かつ組織的に行動する者らによる犯罪の当該実行〔間接正犯〕も想定されなければならない。さらに、この後者の犯罪類型は、かなり高度の確率で今後のICCで頻繁に審理の対象となるであろう〔……〕。〔原注は省略〕

まず、最も重要なことは、当該第一審裁判部が、「ICC規程の目的」に注目する——いわゆる目的論的——解釈を行っていることである。この場合、同判決文では明記されていないけれども、「ICC規程の目的」として真っ先に想起されうるのは、「国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪が処罰されずに済まされてはならない」（ICC規程前文4段落）ということである。この点、冒頭（上記1）でも触れたように、「国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪」は、一般的には中核犯罪と呼称されているところ、その法的な特徴としては、大規模性・組織性が容易に想定されうる。その結果、中核犯罪の訴追・処罰というICC規程の目的を重視すれば、ICC規程25条3項(a)3類にいう「間接正犯」規定において「正犯の背後の正犯」を肯定するということは、「2人以下の限られた人数に関する間接正犯」、すなわち、単に「1人の正犯の背後のもう1人の正犯」<sup>64)</sup>を肯定するだけでは不十分であるということになる。というのも、大規模性および組織性を具備していることが一般的に多いといえる中核犯罪には多数人が関与していることが

63) *Katanga*, TC II, para. 1403 with fn. 3198. なお、亀甲括弧による「間接正犯」という語の捕捉は筆者によるものであるが、当該引用個所の文脈ならびに当該引用箇所が付属する注からみれば、これが共同正犯ではなく、間接正犯を指していることは明らかである。

( 22 ) 国際刑事裁判所規程 25 条 3 項(a)に基づく間接正犯

普通であるからである。したがって、中核犯罪の効果的な訴追・処罰のためには、「多数人の間接正犯」、すなわち、「複数の正犯の背後の複数の正犯」<sup>65)</sup>を肯認する必要もあるということになる。

#### 5. 4. ルバンガ事件の上訴裁判部の見解

ルバンガ事件の上訴裁判部は、行為支配論を肯定する文脈の中で、前述した3つの裁判部と同様に、まずはICC規程25条3項(a)の文言に基づき、以下のように判示して、「正犯の背後の正犯」を明確に是認している<sup>66)</sup>。

[……] 実行の第3の帰責形式 [ICC規程25条3項(a)3類にいう間接正犯] は、ある者は「他の者を通じて」犯罪を行うことができる、という概念に依拠している。この根底にある仮定とは、被告人は、他の者——犯罪とされる行為を実際に実行する者——を支配することによって、当該他の者を利用しているため、他の者による行為が被告人にも帰責される、というものである。

---

64) これについては、例えば、YがBを襲撃しようとしていることを聞き知ったXは、自己の敵であるAを犯行予定地に送り込んだところ、Yによる人違いの結果、YによってAが射殺されたといういわゆる「ドーナ事例」(*Alexander Graf zu Dohna, Übungen im Strafrecht und Strafprozessrecht, 3. Aufl., Berlin 1929, Fall Nr. 36*)は、まさに「1人の正犯(Y)の背後にもう1人の正犯(X)」の事例であるといえる。このような「マイクロな犯罪」の場合における「正犯の背後の正犯」については、特に、*Friedrich-Christian Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, Berlin 1965, S. 143 ff.*を参照。さらに、後藤(前掲注1)178頁も参照。なお、ICCで対象となるような事案であっても、被利用者は、必ずしも「正犯」に限定されるわけではなく、場合によっては、有責性のない(又は少ない)「行為者」も十分に想定することができる。しかし、これについては、後掲注67も参照。

65) これについては、例えば、後藤(前掲注1)218頁以下も参照。なお、「複数の正犯の背後の正犯」の問題には、理論的には、組織支配を利用した間接正犯の問題だけでなく、間接共同正犯ないし共同間接正犯の問題も含まれうる。これについては、後藤(前掲注13・亜細亜法学50巻2号)33(234)頁以下も参照。

66) *Lubanga, AC, para. 465.* なお、本文引用中の強調は原文のママであり、原注のうちの一部は省略している。



したがって、他の者を「通じて」犯罪を実行するという事は、犯罪とされる行為を実際に実行する者とその背後にいる者との間の関係、および、そのような背後者と犯罪との関係を規範的に評価することが必要とされる刑事上の責任形式である。この点、ICC規程25条3項では「他の者を通じて」という実行責任は、当該他の者自身には刑事上の有責性がない場合、したがって、他の者が背後者の手中にあって意思のない道具のように使役されている場合だけではない、ということには注目すべきである。むしろ、当該犯罪について完全な刑事責任を有する者を通じても犯罪を行い〔commit〕るのである〔原注865：「正犯の背後の正犯」と呼ばれることもある（Also referred to as “perpetrator behind the perpetrator”）〔……〕〕。このような考え方によれば、背後者は、犯罪とされる行為を実際に行っている者と同等に、又はそれ以上に非難される〔……〕。

すなわち、ルバンガ事件の上訴裁判部は、ICC規程25条3項(a)3類では、刑事責任を有していない他の者を通じてだけでなく、むしろ、「当該犯罪について完全な刑事責任を有する者を通じても犯罪を行いうる」として、「正犯の背後の正犯」を明示的に肯認している。

しかしながら、さらに注目されるべきであるのは、上訴裁判部が「規範的な評価」に重点を置いていることである。

この点、上訴裁判部によれば、直接正犯の背後にいる間接正犯をICC規程25条3項(a)3類において肯定する上で重要なことは、「犯罪とされる行為を実際に実行する者とその背後にいる者との間の関係、および、そのような背後者と犯罪との関係を規範的に評価すること」であるとされている。また、カタンガ＝キューイ事件の予審裁判部による判示でもすでに示唆されていたように、上訴裁判部は、「背後者は、犯罪とされる行為を実際に行っている者と同等に、又はそれ以上に非難される」と判示して、「正犯の背後の正犯」の概念によれば、背後者である間接正犯が、場合によっては、直接正犯よりも規範的に重い非難に値しうることを明らかにしている。

### 5.5. 小括

以上のように、ICCのいずれの裁判部も、「正犯の背後の正犯」を肯定している。この場合、ICC規程上で「正犯の背後の正犯」が是認される上でい

( 24 ) 国際刑事裁判所規程 25 条 3 項(a)に基づく間接正犯

ずれの裁判部でも言及されているといえるのが、ICC規程25条3項(a)3類にいう「他の者が刑事上の責任を有するか否かにかかわらず」という文言である。すなわち、この文言があるため、背後者である間接正犯に使役される道具としての「他の者」が、「刑事上の責任を有していない者」である場合だけではなく、「刑事上の責任を有している者」である場合にも、間接正犯が是認されうるというのである。

たしかに、このような条文上の形式的な根拠によって「正犯の背後の正犯」が是認されていることは、重要なことである。しかしながら、それだけではまだ十分ではない。というのも、「正犯の背後の正犯」という概念は、それが直ちに「組織支配」概念を意味するわけではなく、この概念の下では、「1人の正犯の背後のもう1人の正犯」という事例も想定されうるからである<sup>67)</sup>。

この場合、なぜICC規程において「正犯の背後の正犯」が明文規定をもって是認されているのかということについて、もっと実質的な理由が検討されなければならない。これについては、前述したカタンガ事件の第一審裁判部第2法廷の見解<sup>68)</sup>が参考になる。すなわち、中核犯罪の訴追・処罰という「ICC規程の目的」を重視すれば、「1人の正犯の背後のもう1人の正犯」が問題となるような事例は、比較的稀なのであって、国際刑法上の重要性は低いといわざるをえない。これとは対照的に、「複数の正犯の背後の複数の正犯」は、大規模性および組織性が容易に想定されうる中核犯罪の訴追・処罰において、より一般的で、かつ、重要性も高いといえ、その必要性が十分に肯定されうると考えられる。

さらに、カタンガ=キューイ事件の予審裁判部およびルバンガ事件の上訴

---

67) なお、*Claus Kreß, Cluas Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht*, GA 2006, S. 307 f. によれば、ICC規程上の間接正犯を「比較的稀有な、かつ、ICC規程上直接的には規定されていない実行行為者の責任減少類型に制限するなどというのはまさに的外れ」であるとされている。これについては、さらに、*Jeßberger/Geneuss, supra note 38, p. 858 with fn. 24* も参照。もっとも、ICCの「手続及び証拠に関する規則」145条2項(a)(i)によれば、「実質的な責任能力の減少」(substantially diminished mental capacity) が刑の減輕事由になりうることが示唆されている。

68) *Katanga*, TC II, para. 1403 with fn. 3198.

裁判部などによって示唆されているように、直接正犯の背後にいる間接正犯は、場合によっては、規範的により重い非難に値しうると評価されていることも重要である。すなわち、すでにアイヒマン事件<sup>69)</sup>でも是認されているように、大規模かつ組織的な犯罪の場合、「責任の程度は…実際に凶器を手中にしている者から離れれば離れるほど、かつ、命令階層が上にいけばいくほど…増大する」<sup>70)</sup> ことがある。この場合、当該犯罪について「最高度の責任」を有する者——「背後者」——は、通常、犯行現場から遠く離れ、かつ、実行行為を直接的に行っているわけではない。そのため、このような「背後者」の刑事上の責任を適切に把握して、訴追・処罰するためには、「犯罪を行うか否か、また、行うとすればどのように行うのかということを決定的ことによって、犯罪を『支配』している」<sup>71)</sup>のかどうかという——それぞれの正犯形式に応じた行為支配概念に基づく——「規範的な評価」が必要になってくるのである。

このように、ICC規程25条3項(a)を単純に文理解釈するだけではなく、目的論的に解釈すれば、同規定では「複数の正犯の背後の複数の正犯」が容易に想定されうる。さらに、背後者が場合によっては規範的により重い非難に値するとみなされていると理解することは、説得力に富んでいることである。その結果、これらの事情を総合的に勘案すれば、上記2で概観

---

69) アイヒマン事件については、*Hannah Arendt, Eichmann in Jerusalem – A Report on the Banality of Evil*, London 1962; ハンナ・アーレント〔著〕=大久保和郎〔訳〕『イェルサレムのアイヒマン——悪の陳腐さについての報告』みすず書房（1969年）なども参照。とりわけ、*van der Wilt, supra note 3, p. 313* などによれば、「ロクシンの著作は——カタンガ=キューイ事件決定〔注：*Katanga and Chui*, PTC I〕の中でも頻繁に引用されているが——おそらくはアーレントに示唆されて著述されたのであって、その証拠は『機械の中の歯車』[*cog in the machine*]という隠喩の中にも見出される」とされている。

70) *Jerusalem District Court, The Attorney General v. Eichmann*, Case No. 40/61, Judgement 36 I.L.R. 5-14, 18-276, 12 December 1961, para. 197; *Aver W. Less* (Hrsg.), *Schuldig – Das Urteil gegen Adolf Eichmann*, Frankfurt am Main 1987, Rn. 197. なお、この箇所は、*Roxin, a.a.O. (Fn. 10), S. 202; ders., a.a.O. (Fn. 12), S. 247; Katanga and Chui*, PTC I, para. 503 などでも直接引用されている。

71) *Lubanga*, PTC I, para. 330.

( 26 ) 国際刑事裁判所規程 25 条 3 項(a)に基づく間接正犯

した行為支配という指針に基づいて理解されているICC規程25条3項(a)の規定から「組織支配を利用した間接正犯」を導き出すことも十分に可能となると考えられる。

次に問題となるのは、「正犯の背後の正犯」がICC規程の条文中肯定されることを前提とした上で、どのような事情が備われば「組織支配」を肯定して背後者に正犯としての責任を問うことができるのか、ということである。この点、カタンガ=キューイ事件の予審裁判部第1法廷<sup>72)</sup>も、カタンガ事件の第一審裁判部第2法廷<sup>73)</sup>も、明示的にロクシンという「組織支配論」の創始者の名前およびその著作に言及しながら、ICC規程上、「正犯の背後の正犯」が「組織支配」を利用して他の者を通じて犯罪を行うことを肯定している。ゆえに、次節では、「組織支配」概念について検討することとする。

## 6. 組織支配

いわゆる「組織的権力機構を利用した意思支配」(Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate) ないし「組織支配」(Organisationsherrschaft) という概念は、アイヒマン事件などを念頭に、1963年に公刊されたドイツの刑法学者クラウス・ロクシンの論稿<sup>74)</sup>によって創始・発展させられた理論である。この概念は、ドイツの判例<sup>75)</sup>・学説<sup>76)</sup>でも広く一般的に是認されている<sup>77)</sup>。

ICCの各裁判部は、共同正犯の指導原理である「機能的行為支配」を是認<sup>78)</sup>した時だけでなく、「組織支配」を肯認する際にもロクシンの論稿を引用<sup>79)</sup>するなどして、ロクシンの学説を「大いに評価」(giving extensive credit)<sup>80)</sup>しながら、ICC規程における「組織支配」概念を展開させている<sup>81)</sup>。

しかしながら、ロクシンのいう「組織支配」概念と現在のICCの各裁判部

---

72) 例えば、*Katanga and Chui*, PTC I, paras. 496, 515 など参照。

73) 例えば、*Katanga*, TC II, paras. 1404, 1409, 1411 など参照。

74) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 10), S. 193 ff. なお、すでにこのロクシンの論稿において「組織支配」という用語が見出される (*ibid.*, S. 201) のであって、少なくとも、ロクシン自身は、「組織的権力機構を利用した意思支配」という言葉と「組織支配」という言葉をほぼ同一の意味で使用している。このことは、*Roxin*, a.a.O. (Fn. 15), § 25 Rn. 105 ff. から窺い知ることができる。

によって提示されている——ただし、上訴裁判部による判示は現時点ではまだ存在していない——「組織支配」概念は、まったく同一の内容を具備しているわけではなく、この概念に必要とされる前提条件をめぐっては、両者の間にいくつかの相違も散見される。そこで、この両者の違いを明らかにするため、以下では、まず、ロクシンのいう「組織支配」概念について確認する（下記6.1）。さらに、ICCの各裁判部によって提示されている「組織支配」概念についても確認する（下記6.2）。その後、節を改めて、この両者を比較し、その異同と意義を明らかにしてみたい（下記7）。

### 6.1. ロクシンが提唱している「組織支配」の要件

ロクシンによれば、「組織支配」の最大の特徴とは、組織的な権力機構の支配者が、当該機構を支配することを通じて、当該機構の一員である自己の部下をあたかも「権力機構という巨大な機械の中にある交換可能な小さな歯車」(ein auswechselbares Rädchen im Getriebe des Machtapparates)<sup>82)</sup>として利用することによって、自己が目指している犯罪構成要件の結果を「自動的・機械的に」(automatisch)<sup>83)</sup> ほぼ確実に惹起させることができるというメカニズムにある。このような犯罪的な結果の確実性という観点からは、組織支配とは、「構成要件に該当する行為〔die tatbestandsmäßige Handlung〕に対する支配」であるだけでなく、「構成要件に該当する結果〔der tatbestandsmäßige Erfolg〕に対する支配」<sup>84)</sup> でもあるといわれている。

ロクシンによれば、組織支配の成立要件には、以下の4つがあるとされ

---

75) 「組織的権力機構を利用した間接正犯」に関するドイツの判例については、例えば、BGHSt 40, 218 (236) (DDR国家防衛評議会事件) = BGH, Urteil des 5. Strafsenats vom 26.07.1994 – 5 StR 98/94 –, juris, Rn. 81; BGHSt 45, 270 (296) (DDR政治局事件) = BGH, Urteil des 5. Strafsenats vom 08.11.1999 – 5 StR 632/98 –, juris, Rn. 119; BGHSt 48, 77 (89) (SED中央委員会事件) = BGH, Urteil des 5. Strafsenats vom 06.11.2002 – 5 StR 2812/01 –, juris, Rn. 44 など参照。なお、これらの判例については、特に、後藤（前掲注1）174頁以下および203頁、ならびに、鈴木（前掲注1・関東学園大学法学紀要5巻1号）87頁以下も参照。さらに、その後のドイツの判例における間接正犯の展開について、詳しくは、後藤（前掲注1）194頁以下も参照。

76) *Heine/Weißer*, a.a.O. (Fn. 35), Rn. 28; *Joecks*, a.a.O. (Fn. 35), Rn. 152; *Henning Radtke*, Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft im nationalen und internationalen Strafrecht, GA 2006, S. 355 f.; *Rudolf Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München 2017, § 43, Rn. 60 ff.; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 12), S. 242 ff.; 736 f. = Rn. 334 f.; *Schild*, a.a.O. (Fn. 35), Rn. 123; *Jan Schlösser*, Soziale Tatherrschaft – Ein Beitrag zur Frage der Täterschaft in organisatorischen Machtapparaten, Berlin 2004, S. 332 ff.; *Schünemann*, a.a.O. (Fn. 35), Rn. 8; *Carolin Urban*, Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft – Eine Studie zu Konzeption und Anwendbarkeit, insbesondere im Hinblick auf Wirtschaftsunternehmen, Göttingen 2004, S. 151 など参照。なお、この概念に明確に反対するドイツの学説としては、例えば、*Helmut Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München 2015, Kap. 27, Rn. 40; *Rolf Dietrich Herzberg*, Mitterbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, in: *Knut Amelung* (Hrsg.), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Sinzheim 2000, S. 33 ff.; *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, § 62 II. 8 (S. 670); *Volker Krey/Marcel Nuys*, Der Täter hinter dem Täter – oder die Liebe der Strafrechtler zum Glasperlenspiel, in: *Martin Böse/Detlev Strenberg-Lieben* (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts – Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, S. 218; *Ernst-Joachim Lampe*, Tätersystem – Spuren und Strukturen, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (zit.: ZStW), Bd. 119 (2007), S. 505 ff.; *Marcus Marlie*, Unrecht und Beteiligung – Zur Kritik des Tatherrschaftsbegriffs, Baden-Baden 2009, S. 135 ff.; *Harro Otto*, Täterschaft kraft organisatorischen Machtapparates, Juristische Ausbildung (Jura) 2001, S. 753 ff.; *Joachim Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübingen 1997, S. 87 ff. (90); *Thomas Rotsch*, Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?, ZStW, Bd. 112, 2000, S. 518; *ders.*, Neues zur Organisationsherrschaft, Neue Zeitschrift für Strafrecht (zit.: NSZ) 2005, S. 13 ff. (16); *ders.*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft – zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre, Tübingen 2009, S. 331; *Gerhard Wolf*, Gestufte Täterschaft – Zur Lehre vom „Täter hinter dem Täter“, in: *Andreas Hoyer* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2006 (zit.: FS-Schroeder 2006), S. 415 ff.; *Frank Zieschang*, Gibt es den Täter hinter dem Täter?, in: *Gerhard Dannecker* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, Köln/Berlin/München 2007, S. 508 ff. などがある。

ている<sup>85)</sup>。

- ① 命令権（組織的権力機構の存在）
- ② 法乖離性

77) 日本の学説では、組織支配を利用した間接正犯概念はほとんど支持されていない。例えば、島田（前掲注57）306頁によれば、組織支配論では「背後者の『地位』のみを根拠として、当該具体的犯罪行為への関わり方を軽視して正犯性が肯定されることになるおそれがあるが、それは妥当ではない」とされ、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』弘文堂（2005年）113頁によれば、「判例のような事案〔注：DDR国家防衛評議会事件〕についても、とくに『組織支配』のような論理構成を用いずとも…原則通りの形で間接正犯を肯定することが可能であった」などとされ、この概念についての批判もある。しかしながら、橋本（前掲注12）173頁では、組織支配を利用した間接正犯を「若干の留保をした上〔で〕採用する」とされているように、日本の学説上もこの概念に対する支持がまったくないわけではない。

78) *Lubanga*, PTC I, para. 342; *Lubanga*, AC, para. 473. なお、これについて、詳しくは、後藤（前掲注13・亜細亜法学50巻1号）22（169）頁以下、および、同（前掲注13・亜細亜法学50巻2号）8（259）頁以下なども参照。

79) 例えば、*Katanga and Chui*, PTC I, paras. 496, 515; *Katanga*, TC II, paras. 1404, 1409, 1411 など参照。

80) *Kai Ambos*, Article 25 – Individual Criminal Responsibility, in: *Otto Triffterer/Kai Ambos* (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary*, 3rd ed., München 2016, mn. 14 = p. 998.

81) なお、*Claus Roxin*, *Zur neuesten Diskussion über die Organisationsherrschaft*, GA 2012, S. 395 ff. (397 f.); クラウス・ロクシン〔著〕=佐藤拓磨〔訳〕「ドイツの理論刑法学の最近の状況について」刑法雑誌49巻2・3号（2010年）206頁などによれば、ロクシン自身も、「私が考案した『組織的権力機構に基づく間接正犯』という法的形態は…国際刑事裁判所の規程の中に受け継がれた」と評している。

82) *Claus Roxin*, § 25 StGB, in: *Burkhard Jähnke* u.a. (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1., 11. Aufl., Berlin 2003, Rn. 128; *ders.*, a.a.O. (Fn. 10), S. 200; *ders.*, a.a.O. (Fn. 12), S. 245.

83) *Ebd.*

84) *Claus Roxin*, *Organisationsherrschaft und Tatentschlossenheit*, FS-Schroeder 2006, S. 387-400 (399) = ZIS, Bd. 7 (2006), S. 293-300 (299 f.).



85) これについて、詳しくは、*Claus Roxin, Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft, Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht*, Jg. 125 (2007), S. 11 ff.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 81), 407 ff.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 12), S. 739 f. = Rn. 342 ff.; 後藤 (前掲注 1) 179頁以下など参照。なお、木原 (前掲注11・国際法外交雑誌113巻4号) 544頁以下 (以下「木原論文①」という)、および、同 (前掲注11・立命館法学363・364号) 1394頁以下 (以下「木原論文②」という) は、少なくとも以下の4つの理由から、ICCの裁判例および重要な学説に対する基本的な理解に問題がある。第1に、木原論文①560頁および木原論文②1411頁では、「コントロール」という訳語について、「ドイツ刑法学者Roxinの理論を基礎」としていることを確認した上で「行為コントロール (Tatherrschaft) 理論」というドイツ語を引用しているにもかかわらず、「行為支配論」という「定訳」ともいわれている訳語への言及がまったくないため、従前の先行研究との関連性が不明確である。この点、「行為支配」という用語および訳語の重要性および先行研究については、特に、後藤 (前掲注13・亜細亜法学50巻1号) 23(168)頁以下および同注59から62を参照。第2に、行為支配論に関する文脈で、木原論文①560頁注68 および木原論文②1411頁注68 では、「Gerhard Werle and Boris Burghardt, “Claus Roxin on Crimes as Part of Organized Power Structures,” *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, No. 1 (2011), pp. 199-201」〔原文ママ〕という存在しない文献 (これについては、木原論文①561頁注70 および565頁注94、ならびに、木原論文②1412頁注70 および1418頁注94 などからみても、木原論文は、Gerhard WerleおよびBoris Burghardtをこの論文の著者としているようであるが、これはそもそもロクシン論文〔Roxin, a.a.O. (Fn. 10), 193 ff.〕の翻訳であって、しかも、「*Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, No. 1 (2011)」〔原文ママ〕の193頁における脚注[\*]でも「Note of the editors: Originally published in *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, or GA (1963) 193-207. The segment, here extracted, translated, edited and annotated by kind permission of Prof. Dr. Claus Roxin and the board of editors of the *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*. Translation by Ms Belinda Cooper」と明記されているように、翻訳者はBelinda Cooperである) や、「Claus Roxin “Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten,” *Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft*, Vol. 74 (1962), pp. 425-430」〔原文ママ〕という「過失犯における義務違反と結果」についての論文が引用されていることなどからも推察されるように、ロクシンの行為支配論に関する検討に不備がみられる。第3に、木原論文①560頁および木原論文②1412頁においてロクシンの「組織支配」の要件として『「共通の計画」に『不可欠の寄与』をした』という実際のロクシンの学説とは異なる要件を挙示し、かつ、

- ③ 直接実行者の代替可能性
- ④ 直接実行者の高められた機動性

これらの要件について適宜素描してみれば、以下のようになる。

### 6. 1. 1. 命令権（組織的権力機構の存在）

まず、要件①については、ロクシンによれば、「組織的権力機構」には、国家的な組織（例えば、ナチス体制、ソ連のスターリンあるいはDDRが率いていた共産主義の独裁体制、および、ペルーのフジモリによる独裁政権など）だけではなく、非国家的な組織（例えば、テロ組織、レジスタンス組織、マフィアのような組織、および、アフリカの民族紛争<sup>86)</sup>。しかし、これとは反対に、個人的な関係だけで成立しているような犯罪者集団は組織的権力機構には含まれないとされている<sup>87)</sup>。また、組織には構成員の変遷に左右されることのない構成要素がなければならず、かつ、ある程度の

---

本稿が列挙しているようなロクシンのいう「組織支配」の4つの要件についての言及も不十分であるなど、ロクシンのいう「機能的行為支配」に基づく「共同正犯」概念と「意思支配」に基づく「間接正犯」概念が混同されている。なお、ロクシンの理解において、「共通の計画」などの要件が、間接正犯とは「根本的に区別される」共同正犯に関する要件の1つであることについては、例えば、*Roxin, a.a.O. (Fn. 15), § 25 Rn. 188 ff.*などを参照。第4に、ICC規程30条には「未必の故意」は含まれないとするのがICCの上訴裁判部の立場である（詳しくは、*Lubanga, AC, paras. 446-451*, および、後藤（前掲注13・亜細亜法学51巻1号）41（154）頁以下など参照）にもかかわらず、木原論文①557頁および563頁などでは上訴裁判部の見解については少しも触れずに予審裁判部の見解のみに言及して「『未必の故意』でも…主観的要件を満たす、とICCは解した」という事実とは異なる断定を行っている。さらに、木原論文②1405頁以下でも、上訴裁判部においてもICC規程30条に「『未必の故意…』も含まれる、と解している」という事実とは異なる記述がなされている。このように、木原論文①および②には、少なくとも以上の4つの問題がある。

86) *Roxin, a.a.O. (Fn. 10), S. 205; ders., a.a.O. (Fn. 81), S. 408 f.; ders., a.a.O. (Fn. 12), S. 250 f., 739 = Rn. 343.*

87) *Roxin, a.a.O. (Fn. 10), S. 206; ders., a.a.O. (Fn. 81), S. 409; ders., a.a.O. (Fn. 12), S. 250 f., 739 = Rn. 344.*

規模がなければならないとされている<sup>88)</sup>。さらに、ロクシンによれば、組織支配に基づく間接正犯とは、厳格に指導されている組織の内部で命令権を保持し、かつ、構成要件を実現させるために当該命令権を行使する者のみをいうとされている<sup>89)</sup>。

### 6. 1. 2. 法乖離性

要件②については、ロクシンによれば、「組織支配は機構が全体として法秩序の外部で作動している場合にのみ存在しうる」<sup>90)</sup>とされ、このような組織の法乖離性は、「体制（ないし国家体制の一部）は、全体として犯罪的に〔…〕活動していなければならない」という意味で理解されている<sup>91)</sup>。言い換えれば、機構は、その構成員が刑事罰による制裁をほとんど考慮しなくてもよい程度にまで法秩序の枠組みを外れて作動していなければならない、ということである。この点、ロクシンによれば、「法乖離性という基準の背景にある思想とは、いかなる刑法的な結果からも確実に保護されると実行者が思い込んでいるため、法の外で作業している組織は自己の命令を何ら妨げられることなく実施・貫徹しようということなのである」<sup>92)</sup>とされている。また、「何が『法』であるのかは、裁判所によって決定されるのであって、組織犯罪における命令保持者の人権軽視的な表象によって決定されるわけではない」<sup>93)</sup>とされている。

ロクシンによれば、法乖離性の要件は、特に、組織支配論を経済企業・会社などの組織による経済犯罪（例えば、詐欺など）から区別するのに必要な要件であるとされてきた<sup>94)</sup>。すなわち、経済企業は、通常、刑事罰による制裁をほとんど考慮しなくてもよい程度にまで法秩序の枠組みを外れて行動することはありえないために、法乖離性の要件を充足しえず、それ

---

88) *Ebd.*

89) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 85), S. 12; *ders.*, a.a.O. (Fn. 12), S. 739 = Rn. 343.

90) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 10), S. 204; *ders.*, a.a.O. (Fn. 12), S. 249.

91) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 84), FS-Schroeder 2006, S. 397 = ZIS 2006, S. 298; *ders.*, a.a.O. (Fn. 12), S. 739

92) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 81), S. 409 f.

93) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 12), S. 739 = Rn. 346.

94) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 84), FS-Schroeder 2006, S. 397 = ZIS 2006, S. 298.

ゆえに、経済企業には組織支配を利用した間接正犯の概念を適用しえないというのである。もっとも、ドイツの場合、経済企業による犯罪は組織支配を利用した間接正犯から除外されるべきであるという多数の学説<sup>95)</sup>の主張にもかかわらず、BGHの判例<sup>96)</sup>は当初から「法乖離性」を不要とみなし、経済企業による犯罪も組織支配を利用した間接正犯によって捕捉するという姿勢を鮮明にしている。

### 6. 1. 3. 直接実行者の代替可能性

要件③については、ロクシンによれば、直接実行者の「代替可能性」とは、背後者が組織的権力機構内のある直接実行者をまた別の直接実行者についても任意に交代させ若しくは交換することができるということである<sup>97)</sup>。また、組織に直接実行者の代替性がある場合、背後者はいつでも実行者になりうる者を任意かつ自由に使役することができるため、たとえ実行者の1人が背後者の命令を拒否したり又はその他の理由で命令の遂行に失敗したりしても、構成要件の実現が阻害されないことから、結果が確実に実現されるとされている<sup>98)</sup>。ゆえに、ロクシンによれば、この場合の構成要件の実現に対する支配は、結果の惹起を保証する手下の者の多数性にに基づいているとされている<sup>99)</sup>。

### 6. 1. 4. 直接実行者の高められた機動性

最後に、要件④については、ロクシンの最新の見解によれば、組織支配の独自の要件というよりは、①から③までの要件の「帰結」であるとされ、この要件の取扱いを副次的なものとなししている<sup>100)</sup>。しかし、あえて端的にいうとすれば、直接実行者の高められた機動性とは、「背後者からの指示

95) これについては、例えば、後藤（前掲注1）215頁以下および同論文注117などを参照。

96) これについては、例えば、後藤（前掲注1）192頁以下などを参照。

97) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 10), S. 200; *ders.*, a.a.O. (Fn. 85), S. 13 ff.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 81), S. 410 f.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 12), S. 245, 739 = Rn. 347.

98) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 10), S. 200; *ders.*, a.a.O. (Fn. 85), S. 13, *ders.*, a.a.O. (Fn. 12), S. 245.

99) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 12), S. 739 = Rn. 347.

( 34 ) 国際刑事裁判所規程 25 条 3 項(a)に基づく間接正犯

があれば直接実行者はいつでもすぐに行為に取り掛かることができるという準備が(物理的にも心理的にも)完了した状態」ということもできる<sup>101)</sup>。

いずれにせよ、要件④については、これをロクシンの提唱している組織支配の要件として挙げることは最近ではもはや適切ではなくなっているのかもしれない。具体的には、ロクシン<sup>102)</sup>が自ら述べているように、まず、直接実行者が組織に所属していることそれ自体(要件①)が、背後者によって必要とされている命令権を強化する同調圧力を生み出すとされている。次に、法乖離性の要件(要件②)によって、直接行動者が行為の実行時に刑事罰の危険にさらされないことが保証されることで犯罪の実行が助長されるとされている。さらに代替性の要件(要件③)によって、「もしも自分がやらなくても、どっちみち他の人がやってくれる」と実行者が自分に言い聞かせることができるという理由から、行為実行に対する決意を容易にするというのである。

このように、最近のロクシンの見解によれば、①から③までの要件の帰結として④の要件も導き出すことができるのであるから、あえて④を独自の要件とするまでもないとされている。

### 6. 1. 5. 直接実行者の代替可能性と高められた機動性をめぐる議論の変遷

この4つの要件のうち、ロクシンが当初から主張しているのは、要件①から③だけである。すなわち、要件④については、ロクシンが最初から要件として主張していたわけではなく、あるときは組織支配の要件としては否定され、あるときは肯定され、またあるときは副次的な要件とされるなど、さまざまな「議論の変遷」を重ねている<sup>103)</sup>。具体的にみれば、当初、ロクシンは、組織支配にとっては、実行者には要件③があるために、要件④は不要であるとしていた<sup>104)</sup>。しかし、その後、代替性の基準だけで組織支配に基づく間接正犯を是認するのは賢明ではないとして要件④を「第4

---

100) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 81), S. 412; *ders.*, a.a.O. (Fn. 12), S. 740 = Rn. 349 f.

101) これについては、後藤(前掲注1)189頁も参照。

102) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 12), S. 740 = Rn. 350.

103) 詳しくは、後藤(前掲注1)188-192頁を参照。

の要件」として是認した<sup>105)</sup>。ところが、近年また、前述のように、この要件④は副次的なものに格下げされてしまっている。

では、このような要件④の「議論の変遷」はなぜ起こったのであろうか。その理由としては、特に、要件③にいう代替可能性の内容の変化（要件の緩和）を考えることができる。すなわち、当初、ロクシンは、「その〔注：組織的権力機構の機能〕の本質である『代替要因の支配』（Ersatzursachenherrschaft）こそが、構成要件の実現を保証し、かつ、行為支配に対する十分な根拠づけを可能にする」<sup>106)</sup>と主張し、「代替可能性」を組織支配にとって最も重要な要素の1つとみなし、要件④はまったく不要であるとしていた。しかし、その後、「代替可能性」の要件は批判にさらされた。すなわち、いわゆる壁の射殺事件を引き合いに出しながら、直接実行者である国境警備兵2名は、いわゆる共和国逃亡者（被害者G）に向けて発砲しないでGを見逃してやることができたのであるから、この2名だけが結果の発生について単独の支配を保持していたといえるため、この2名には交換可能性はなかったのであるという批判がヘルツベルク<sup>107)</sup>によって提起された。その結果、ロクシンは、ナチスによる大量虐殺と壁の射殺事件を比較した場合、両者の代替性には程度の差がありうるため、代替性の基準だけで組織支配に基づく間接正犯を是認するのは賢明ではない<sup>108)</sup>として、「代替可能性」の要件に、さらに要件④を追加して組織支配の要件を補足するようになった。ところが、今度はアンボス<sup>109)</sup>および後述（下記6.2.1）するICC予審裁判部の見解<sup>110)</sup>などの影響を受けながら、ロクシンは、部族の指導部による社会的な拘束、民族的な集団の行動規範による拘束、

104) *Claus Roxin*, Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichtshofes vom 26. Juli 1994 – Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Nationalen Verteidigungsrates der DDR für Tötungen an der Mauer, *Juristen Zeitung (JZ)* 1995, S. 51; *ders.*, Probleme von Täterschaft und Teilnahme bei der organisierten Kriminalität, in: *Erich Samson* u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald zum 70 Geburtstag*, Baden-Baden 1999, S. 549 (551).; *ders.*, a.a.O. (Fn. 15), § 25 Rn. 134.

105) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 84), *FS-Schroeder* 2006, S. 396 = *ZIS* 2006, S. 297.

106) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 15), § 25 Rn. 117.

107) *Herzberg*, a.a.O. (Fn. 76), S. 37 ff.

児童兵の徴用、盲目的な服従のための洗脳、又は残酷な軍事訓練体制などの「いくつかの非公式な『より柔らかい』構造のメルクマール」(informelle, „weichere“ Strukturmerkmale)によっても組織支配が根拠づけられうることを承認した<sup>111)</sup>。つまり、「交換可能性が最低限のレベルで保証されていた」(eine Austauschbarkeit [...] auf der untersten Ebene gewährleistet war) 場合にも、組織支配を是認するようになったのである<sup>112)</sup>。言い換えれば、最近のロクシンの見解によれば、要件④による要件③の補完がなくても——ある意味では要件③のみの緩和によって——組織支配が肯定されているようにも見受けられるのである。このような「議論の変遷」は、後述(下記7.4)するように、ICCにおける組織支配の要件論を考える上でも重要な意義を有している。

このように、ロクシンの見解に依拠すれば、「組織支配を利用した間接正犯」の前提条件としては、上記①から④(ただし、要件④については既述のように大いに異論の余地がある)までの少なくとも4つの要件を挙げることができる。しかし、これらの要件は、そのままICCの各裁判部によって「継受」されているわけではない。では、いわゆるロクシンの4要件のうち、いかなる要件が是認され、いかなる要件が否認されているのであろうか。次節では、ICCで提示されている「組織支配」の要件について検討を加えることとする。

## 6. 2. 現在のICC実務で提示されている「組織支配」の要件

ICC規程25条3項(a)3類に基づく組織支配を利用した間接正犯が認めら

---

108) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 84), FS-Schroeder 2006, S. 397 f. = ZIS 2006, S. 298 f. もっとも、当該箇所のドイツ語の原文では、「代替性」および「法乖離性」にさらに付け加えられるという意味で、「機動性」は「第3の基準」(drittes Kriterium)として挙げられている。

109) *Kai Ambos*, Zur „Organisation“ bei der Organisationsherrschaft, in: *Manfred Heinrich* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Bd. 1, Berlin/New York 2011, S. 837 ff. (848 f.).

110) *Katanga and Chui*, PTC I, paras. 516-518, 546-547.

111) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 81), S. 408 f.

112) *Katanga and Chui*, PTC I, para. 546; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 81), S. 409.



れるためには、既述（上記4）のように、カタンガ事件の第一審裁判部第2法廷によれば、少なくとも、間接正犯すべてに必要とされる3つの要素が充足されなければならないとされている。しかし、この3つの要素は、他の意思支配——例えば、強制を利用した意思支配——でも同様に要求されると理解されているものである。ゆえに、組織支配を利用した間接正犯が認められるためには、この3つの要素に加えて、さらに別の追加的な要素が充足されなければならない。

これらの追加的な要素については、カタンガ＝キューイ事件の予審裁判部第1法廷とカタンガ事件の第一審裁判部第2法廷との間には、若干の文言の相違がある。ゆえに、以下では、それぞれ別個に検討する。

### 6.2.1. カタンガ＝キューイ事件の予審裁判部第1法廷の見解

当該予審裁判部によれば、組織支配が是認されるためには、さらに以下の3つの要素が充足されなければならないとされている<sup>113)</sup>。

- a 組織に対する支配の行使
- b 組織的かつ上下関係的な権力機構
- c 犯罪の実行が命令のほぼ自動的・機械的な履行によって確保されること

まず、要素aについてみれば、当該予審裁判部の見解によれば、決定的に重要であるのは、「指導者が機構に対する権限および支配を行使すること」、および、「指導者の命令を部下が履行していることを指導者の権限および支配が明らかにしていること」であるとされ、「指導者が支配を行使するための手段には、自己の部下に対する雇用、訓練、強制、規律および資源の提供などが含まれている場合がある」とされている<sup>114)</sup>。

次に、要素bについてみれば、当該予審裁判部によれば、組織は、「上官と部下との間の上下関係」に基づいていなければならないとされ、また、「組織は——もしも上官の命令がある1人の部下によって実行されることがなかったとしても、また別の部下によって実行されるように——実行されることを確実にするの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」とされている<sup>115)</sup>。すなわち、組織については、上下関係の存在、および、代替可能性を確保するのに十分な人数が必要であるとされている。

この場合、当該予審裁判部によれば、当該条件を満たしている限りで、当該組織には、民兵集団も含まれうるとされている<sup>116)</sup>。

最後に、要素 c についてみれば、当該予審裁判部によれば、関連するロクシンの見解<sup>117)</sup>も直接引用しながら、「指導者が機構を支配することによって犯罪結果を『自動的・機械的に』〔*automatically*〕惹起させるため、自己

---

113) 要素 a については、*Katanga and Chui*, PTC I, paras. 500-510, 要素 b については、*ibid.*, paras. 511-514, 要素 c については、*ibid.*, paras. 515-518. なお、要素 a の判示箇所をめぐっては、ICC の元判事 (*Lubanga*, TC I, Separate Opinion of Judge *Adrian Fulford*, paras. 10 *et seq.*; *Chui*, TC II, Concurring Opinion of Judge *Christine van den Wyngaert*, para. 5) および英米法圏の学説 (*Leila Nadya Sadat/Jarrold M. Jolly*, *Seven Canons of ICC Treaty Interpretation – Making Sense of Article 25’s Rorschach Blot*, *Leiden Journal of International Law (LJIL)*, Vol. 27 (2014), pp. 784 *et seq.*) などから、当該予審裁判部が、行為支配概念および組織支配概念を是認するにあたって、もっぱらドイツおよびその影響を色濃く受けているスペイン、ラテン・アメリカ諸国の判例および学説ばかりを参照していること、とりわけ、そもそもの行為支配という概念それ自体が、ドイツという特定の国から「直輸入」された法概念であることを理由に、「国際」刑事裁判所が特定の国の法理論にのみ依拠することには問題があるという批判がなされている。これについては、大陸法圏の学説 (オステン (前掲注18) 484頁、*Werle/Burghardt*, a.a.O. (Fn. 3), S. 854 f.) から、このようにICCの予審裁判部がドイツ (およびその影響を受けている諸国) の判例・学説ばかりを参照する手法には「方法論的な問題があったのであり、それゆえに、ICC規程を体系的・目的的に解釈することが望ましい」として、当該批判が首肯されている。その後、このような批判を踏まえているのか、ルバンガ事件の上訴裁判部が、ICCにおいて「法を適用する場合、国内法制度上の諸概念および諸思想を意識する必要があるのであって、かつ、それらに関連づけることもできる」(*Lubanga*, AC, para. 470) としながらも、「ICC規程25条3項に規定されている他の刑事責任の帰責形式との相互関係」という「体系的な解釈」に従って (*ibid.*, para. 462)、「行為支配論」を是認していることには注意を要する (*ibid.*, para. 473)。このような方法論的な問題については、例えば、後藤 (前掲注13・亜細亜法学50巻1号) 14 (177) 頁以下も参照。

114) *Katanga and Chui*, PTC I, para. 513.

115) *Katanga and Chui*, PTC I, para. 512.

116) *Katanga and Chui*, PTC I, paras. 518, 543-544.

の部下を『巨大な機械の単なる歯車』[a mere gear in a giant machine]として利用するということは、組織支配にとって本質的に重要な要素であるとされている<sup>118)</sup>。そして、このような「組織の最高権限を有する者が自己の命令に対する自動的・機械的な履行を確実にすることができるというメカニズム」<sup>119)</sup>は、以下の2つの場合に可能になる場合があるとされている。

第1は、「部下の誰か1人が履行しないとしても、履行しようとする他の者によって単に取って替わられてしまうだけなのかもしれない」という部下である直接正犯に「代替可能性」がある場合である<sup>120)</sup>。

第2は——「部下の代替可能性以外の」(other than the replaceability of subordinates) 特質として——組織に「過酷、厳格かつ苛烈な訓練体制」(intensive, strict, and violent training regimens)がある場合も挙げられている<sup>121)</sup>。すなわち、「例えば、未成年者を誘拐して、彼らに射撃、略奪、強姦および殺人を教え込むような過酷な訓練を受けさせることは、そのような行為を行えという指導者の命令を自動的・機械的に履行させるための効果的な手段である場合がある」というのである<sup>122)</sup>。なお、これについては、「信賞必罰の機構」(payment and punishment mechanism)によって、命令の「自動的・機械的な遵守」を保証していれば十分であるとする予審裁判部の見解もある<sup>123)</sup>。

117) 引用されているのは、「ROXIN, C., Täterschaft und Tatherrschaft, 8th ed., Berlin, De Gruyter, 2006, p. 245」〔原文ママ〕である。これは、現在でも、Roxin, a.a.O. (Fn. 12), S. 245にそのまま記載されている。

118) *Katanga and Chui*, PTC I, para. 515 with fn. 681.

119) *Katanga and Chui*, PTC I, para. 517.

120) *Katanga and Chui*, PTC I, paras. 516, 546.

121) *Katanga and Chui*, PTC I, paras. 518, 547.

122) *Ibid.*

123) ICC 2012年1月23日予審裁判部第2法廷決定 (*Ruto et al.*, ICC-01/09-01/11-373), paras. 320-323 and 324-332; ICC 2014年6月9日予審裁判部第2法廷決定 (*Ntaganda*, ICC-01/04-02/06-309), para. 120; ICC 2014年6月12日予審裁判部第1法廷決定 (*Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-656-Red), paras. 102, 107, 139, 146; ICC 2014年12月11日予審裁判部第1法廷決定 (*Blé Goudé*, ICC-02/11-02/11-186), paras. 58, 84.

( 40 ) 国際刑事裁判所規程 25 条 3 項(a)に基づく間接正犯

### 6. 2. 2. カタンガ事件の第一審裁判部第 2 法廷の見解

当該第一審裁判部によれば、組織支配が是認されるためには、間接正犯すべてに必要とされる既述した 3 つの要素（すなわち、上記 4 の i から iii）に加えて、さらに以下の 2 つの要素が充足されなければならないとされている<sup>124)</sup>。

- d 当該組織の性質
- e 当該組織に対して行使される支配の性質

まず、要素 d についてみれば、当該第一審裁判部によれば、上官が組織支配を確保するための鍵となる組織の特殊な性質とは、「権力機構を駆動させる機能的な自動性・機械性」(the functional automatism which propels the apparatus of power) であるとされている<sup>125)</sup>。言い換えれば、「もしも当該組織のある構成員が服従を拒否したとしても、通常の場合、また別の構成員を実行のために利用することができ、かつ、何らかの方法で当該命令の実行が確保される」という「潜在的な直接正犯の交換可能性」(the interchangeability of the potential physical perpetrators) が存在しているという理由から、「権力機構内では、当該上官の命令が自動的・機械的に実行される」(in an apparatus of power, the superior's orders are automatically executed) とされている<sup>126)</sup>。さらに、組織に内在する「機能的な自動性・機械性」は、背後者と実行行為者との間にあるあらゆる個人的な結びつきを、究極的には瑣末なものにするとして、組織の「存在および存続の双方は、その構成員の間のいかなる個人的な関係にも依拠してはならない」としている<sup>127)</sup>。

次に、要素 e についてみれば、当該第一審裁判部によれば、「当該組織の指導者層によって行使される支配」(control wielded by the leadership of the organisation) が重要であるとされ<sup>128)</sup>、組織支配では、「権力機構の存在」

---

124) *Katanga*, TC II, para. 1407.

125) *Katanga*, TC II, para. 1408.

126) *Ibid.*

127) *Katanga*, TC II, para. 1409.

だけではなく、「当該組織に対する支配および真正の権威の行使」(the exertion of control and genuine authority over the organisation) も重視されるとされている<sup>129)</sup>。また、このような支配の行使は、「組織内で当該犯罪を容認し、上下関係のさまざまなレベルで当該犯罪の実行を監督し、かつ、その遂行および実行を支配している」場合などに是認されるとされている<sup>130)</sup>。

## 7. ロクシンの見解と現在のICC実務の見解との比較および検討

従来、「ICC予審裁判部が組織支配に基づく間接正犯について展開した解釈と、その起源として大いに参考にされたドイツの議論との異同については…その大枠においてさほど大きな差異は見受けられない」が、「議論は未だ流動的である」とされ<sup>131)</sup>、我が国では、その詳細については、ほとんど議論されてこなかった。そこで、以下では、既述したロクシンの理論およびICC実務の議論に基づいて、その異同について、少し立ち入って検証を試みてみることにする。

---

128) なお、第一審裁判部第2法廷 (*Katanga*, TC II, para. 1410) によれば、「今日、あらゆる場所で発生している集団犯罪が極めて変化に富んだ形で発現している」こと、「人に対する支配の様式が次第に変化し、かつ、洗練されていること、ならびに、現代的な犯罪組織の性質および内的原動力を理解し、かつ、把握することが著しく困難であること」から、「組織それ自体の内部でICC規程25条3項に基づく他の責任形式が適用される場合がある」とされている。この点、組織支配論の創始者であるロクシンも、組織的権力機構の内部においてさらに教唆犯や幫助犯が成立しうることを当初から是認している (*Roxin*, a.a.O. (Fn. 10), S. 204; *ders.*, a.a.O. (Fn. 12), S. 249)。いずれにせよ、ある組織のある部署に複数の指導者がいる場合であっても、それらの者が当該犯罪に対する「行為支配」を有していないのであれば、これらの者については、別途、教唆犯 (ICC規程25条3項(b)) や幫助犯 (同(c)) などの「共犯」の成立を検討すれば足り、その可罰的行為のすべてを「組織支配を利用した間接正犯」で捕捉しなければならぬ必然性はないといえる。

129) *Katanga*, TC II, para. 1411.

130) *Katanga*, TC II, para. 1412.

131) オステン (前掲注6) 131頁および注58を参照。

( 42 ) 国際刑事裁判所規程 25 条 3 項(a)に基づく間接正犯

具体的には、まず、ロクシンの4要件のうちICCによって（一応は）明示的に是認されているといえる2つの要素について明らかにし、次いで、ロクシンの4要件のうちICCによって明示的に是認されているとはいえない2つの要素を明らかにした上で、結論として、ICC実務で採用されている組織支配論は、ロクシンの提唱した組織支配論に依拠しつつも、それが「修正された理論」であると評価することができるということを明らかにしてみたい。

### 7. 1. ロクシンの4要件のうち現在のICC実務によって（一応は）明示的に是認されているといえる2つの要素

ロクシンの4要件のうちICCによって（一応は）明示的に是認されているといえるのは、①命権（上下関係のある組織の存在）および、③直接実行者の代替可能性という2つの要素である。

まず、①についてみれば、予審裁判部第1法廷の要素bにいう「組織的かつ上下関係的な権力機構」は、まさにロクシンのいう「組織的権力機構」そのものである。また、第一審裁判部第2法廷の要素dにいう「権力機構を駆動させる機能的な自動性・機械性」も、当然に「組織的権力機構」を前提にしているといってよい。さらに、ロクシンの見解<sup>132)</sup>によっても、ICCの予審裁判部の見解<sup>133)</sup>によっても、この場合の「組織的権力機構」は、明確に定式化された上下関係的な構造を保持している必要はなく——言い換えれば、「即興の又は不明確な構造」(improvised or ill-defined structures)<sup>134)</sup>でもよく——、服従を確実にさせる可能性を保持していれば、アフリカの民兵集団などにも適用されうるとされている。

---

132) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 81), S. 408 f.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 12), S. 250 f., 739 = Rn. 343.

もっとも、最初期のロクシンの見解 (*ders.*, a.a.O. (Fn. 10), S. 205) によれば、非国家的な犯罪組織については、いわば「国家の中の国家」として機能しているような組織を意図していたようである。これについては、*Ambos*, a.a.O. (Fn. 109), S. 842 も参照。

133) *Katanga and Chui*, PTC I, paras. 518, 543-544.

134) *Gerhard Werle/Boris Burghardt*, *Der Völkermord in Ruanda und die deutsche Strafjustiz – Zugleich eine Besprechung des Urteils des Oberlandesgerichts Frankfurt a.M. vom 18.2.2014 (Fall Onesphore R.)*, ZIS, Bd. 1 (2015), S. 52.

もつとも、ICCの予審裁判部第1法廷および第一審裁判部第2法廷は、権力機構の存在とは別個の要素として、それぞれ要素aないし要素eとして、「指導者が機構に対する権限および支配を行使すること」ないし「当該組織の指導者層によって行使される支配」を強調しており、「組織的権力機構の存在」と「当該機構に対する支配の行使」とを区別して論じている。この場合、上下関係的な組織が存在していることと、それに対して支配を行使していることとは、2つの異なる事実であるのであって、理論的にも峻別可能なことである。また、ロクシンも、「命令権」を「組織支配」の要件として挙げる<sup>135)</sup> こともあれば、「組織的権力機構の存在」を「組織支配」の要件として挙げる<sup>136)</sup> こともあり、この両者の関係性が曖昧にされている部分があった。ゆえに、ICCの両裁判部が、「組織的権力機構の存在」と「当該機構に対する支配の行使」とを別々に議論していることは——後述（下記7.4）するこのような区別の意義が一体どこにあるのかという問題をひとまず脇に置いてみれば——理論的には精緻化の傾向にあるものとみることできる。

次に、③代替可能性要件についてみれば、これは、既述のように、たしかに、いずれの裁判部によっても特に強調されているとってよい。すなわち、カタンガ=キューイ事件の予審裁判部も、カタンガ事件の第一審裁判部も、直接正犯に「代替可能性」がある場合に、「組織の最高権限を有する者が自己の命令に対する自動的・機械的な履行を確実にすることができるというメカニズム」<sup>137)</sup> が可能になる場合があるとされている。

もつとも、これらの裁判部などが、「代替可能性」という基準の代わりに、「過酷、厳格かつ苛烈な訓練体制」又は「信賞必罰の機構」によって「命令のほぼ自動的・機械的な遵守」が保証されていることという要件が充足されていれば、組織支配の要件を十分に満たすとしていることには、注意を要する。この点、アンボス<sup>138)</sup> によれば、完全な責任性および答責性をもって行為している直接正犯を、自然主義的な観点からは、すぐさま単なる代

135) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 85), S. 12.

136) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 81), S. 407 ff.

137) *Katanga and Chui*, PTC I, para. 517; *Katanga*, TC II, para. 1408.

138) *Kai Ambos*, *supra* note 80, p. 997 = mn.13.



( 44 ) 国際刑事裁判所規程 25 条 3 項(a)に基づく間接正犯

替可能な犯罪行為の介在者とみなすことはできないため、代替性の基準は、「命令のほぼ自動的・機械的な遵守」という要件によって置き換えられている、と評されている<sup>139)</sup>。換言すれば、これらの裁判部の見解によれば、「組織支配」の要件としては、特に「命令のほぼ自動的・機械的な遵守」が組織において担保されていることが重要であるとされ、そのような遵守が存在するか否かは、直接行為者の「代替可能性」によって明らかにされることもあれば、構成員に対する「厳格な規律」が徹底されていることによつて明らかにされることもありうるというのである。

以上を要約すれば、③代替可能性要件については、たしかに、ICCの各裁判部によって、明示的に、かつ、特に強調されて是認されている。しかし、現在のICC実務では、むしろ、「命令のほぼ自動的・機械的な履行」ないし「権力機構を駆動させる機能的な自動性・機械性」というより利用者側に重点を置いた基準が定立され、「命令のほぼ自動的・機械的な遵守」という要件が極めて重視されている。その結果、代替可能性はいわばそれを満たすための下位基準に「格下げ」されているとみることもできる。

## 7.2. ロクシンの4要件のうち現在のICC実務によって明示的に是認されているとはいえない2つの要素

ロクシンの4要件のうちICCによって明示的に是認されているとはいえないのは、②法乖離性、および、④直接実行者の高められた機動性という2つの要素である。

まず、②法乖離性要件についてみれば、ICC実務では、この要件について

---

139) さらに、「代替可能性」に関する邦文献からの批判としては、例えば、島田（前掲注57）306頁のように、「『代替性』は仮定的な事情であるから、当該具体的行為との関係での背後者、行為介在者のおかれていた状況、具体的な関与の程度は問題にできない。その結果、実際上は、そのような手段を用いる立場にあったといえさえすれば背後者の正犯性が肯定されうることになる。しかし、それでは個別行為責任の原則に反しかねない」という批判や、照沼（前掲注77）112頁のように、「組織作用における仮定的な代替可能性は、背後者が実際に提供した行為不法の性質に影響を与えるものではない」ために、「個別行為責任の範疇を逸脱するものである」という批判などがある。

まったく言及がなされていない。これについては、一方では、法乖離性という要件が充足されなかったとしても組織支配が是認されることもありうるため、組織支配にとって法乖離性は必要不可欠の条件ではない——ゆえに、たとえ組織支配を是認するとしても、法乖離性の要件は特に必要ではない——と解する<sup>140)</sup>ことも可能である。他方では、ICCの対象犯罪が主として「国際法乖離的な体制」(völkerrechtsgelöstes Regime)によって行われることが通常である<sup>141)</sup>ため、あえて要件として論じるまでもなく、ICCに付託されているような事態を惹起しているような機構であれば当然に法乖離性を具備しているものと解することもできるのかもしれない<sup>142)</sup>。しかし、いずれにせよ、ICC実務が法乖離性要件については沈黙を保っているという限りでは、この要件がICCによって明示的に是認されているというとはできない。

次に、④直接実行者の高められた機動性についてみれば、この要件も、ICC実務では、まったく検討されていない。もっとも、これについては、既述(上記6. 1. 5)のように、ロクシン自身がすでに独自の要件としては取り上げなくなっている。すなわち、最近のロクシンの見解によれば、①から③までの要件の帰結として④の要件も導き出すことができるのであるから、あえて④を独自の要件とするまでもないというのである。したがって、たとえ直接実行者の高められた機動性という被利用者側の事情が組織支配を肯定する方向で考慮されることはありうるとしても、それでもなお、この事情は利用者側の「支配」を基礎づける①から③までの事情として考

140) *Kai Ambos*, Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate – Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze, GA 1998, S. 241 ff.

141) *Kreß*, a.a.O. (Fn. 67), S. 305, 308.

142) *Andreas Herzig*, Die Tatherrschaftslehre in der Rechtsprechung des Internationalen Strafgerichtshofs, ZIS, Bd. 4 (2013), S. 196によれば、例えば、「予審裁判部が省略してしまった『法解離性』というメルクマールについては、すでにコンゴ民主共和国の東部辺境では国家による実効的な刑事訴追は事実上まったく存在していなかったのであるから、武装集団の構成員が明確に免責されていたことはもはや必要ではない、と論ずることさえも可能である」とされている。

慮すれば足りるため、「独自の」要件としては不要とされているといえる。しかし、いずれにせよ、この④の要件も、②の要件と同様に、ICC実務が沈黙を保っているという限りでは、この④の要件がICCによって明示的に是認されているということとはできない。

### 7.3. 比較・検討の結果——現在のICC実務における組織支配の要件といえる3つの要素

以上の検討の結果、ICC実務で採用されている組織支配論は、ロクシンの提唱した組織支配論に依拠しつつも、それが「修正された理論」であると評価することができる考える。

たしかに、ロクシンの提唱する①と③の要件については、疑いの余地なくICC実務によって是認されているといえる。この場合、①については、「組織的権力機構」——ナチスのような国家的な組織からアフリカの民兵集団のような非国家的な組織までを含む——の存在は、「組織支配」の前提として動かし難い要件となっているといえる。

しかしながら、①について、ICCの両裁判部は、「組織的権力機構の存在」と「当該機構に対する支配の行使」とを一応別個の概念として切り離して論じているのであって、この点をあまり峻別していなかったロクシンの理論と比較した場合には、ICC実務の方が理論的には精緻化しているとみることできる。

さらに、③については、ICCの各裁判部によれば、「命令のほぼ自動的・機械的な履行」ないし「権力機構を駆動させる機能的な自動性・機械性」という（これもロクシンに由来している）要件の方を、「代替可能性」という要件よりも、重視しているといえる。しかも、「過酷、厳格かつ苛烈な訓練体制」又は「信賞必罰の機構」があれば、「代替可能性」は必須要件ではないとも解しようという点では、むしろ③の要件は、現在のICC実務上は、組織支配の独自の要件としては後退しているとさえも評しうる。

次に、②と④の要件については、ICC実務が沈黙を保っているという限りでは、いずれもICCによって明示的に是認されているということとはできない。この点、若干穿った見方をすれば、②と④の要件については、学説からの批判も①と③の要件に比べて多く、特に④要件について、ロクシン自身も態度を頻繁に変更しているために、ICC実務もこれらの要件に対する態

度決定を明らかにすることをあえて避けているともいえるのかもしれない。

以上の検討の結果、現時点でのICC実務における組織支配の要件は以下の3つに集約されうると考える。

- (ア) 被疑者が**組織に対する支配**を行使していること、
- (イ) **組織化され、かつ、上下関係的な権力機構**が存在していること、および、
- (ウ) 当該犯罪の実行が当該被疑者の下す**命令のほぼ自動的・機械的な遵守**によって保証されていること

要約すれば、たしかに、一方では、ICCは、ロクシンが創始した「上下関係的に組織化された権力機構」という組織支配の基本概念や、「命令のほぼ自動的・機械的な履行」という組織支配の根本理念を疑いの余地なく継受している。その意味で、オステンが指摘しているように、たしかに、ロクシンの理論と現在のICC実務の理論双方の「その大枠においてさほど大きな差異は見受けられない」<sup>143)</sup>という評価は正鵠を射ている。しかしながら、他方で、ロクシンのいう要件①については、(ア)「機構に対する支配」と(イ)「機構の存在」それ自体とが区別され、要件③の「代替可能性」という要件については、それを強調しつつも、むしろ(ウ)「命令のほぼ自動的・機械的な履行」ないし「権力機構を駆動させる機能的な自動性・機械性」という要件の方が重視されている。さらに、②と④の要件については、ICC実務が沈黙を保っているという限りでは、いずれもICCによって明示的に是認されているということとはできない。その結果、現在のICC実務で採用されている組織支配論は、ロクシンの提唱した組織支配論に依拠しつつも、それが「修正された理論」であると評価することができると考えられる。

#### 7. 4. 比較・検討の意義——現在のICC実務による組織支配の要件の「修正」は処罰範囲などにも影響を及ぼしうるか

次に明らかにされなければならないのは、このようなロクシンの見解と現在のICC実務の見解とを比較・検討した結果明らかとなった組織支配論

143) オステン (前掲注6) 131頁。

の「修正」の意義である。すなわち、なぜロクシンの学説は、現在のICC実務によって「修正」されているのであろうか。このような「修正」は、何のために必要なことであつたのであろうか。結論からいえば、このような要件論の相違は、実体法の観点からは、個人の刑事上の責任の所在をより明確化する効果があつたと考えられる。また、手続法の観点からは、検察官による立証の負担を軽減する効果もあるように思われる。さらに——今後の検討課題として——処罰範囲を実質的に拡張する効果があつたとみる余地も浮上してきている。以下では、このことを、ロクシンのいう4要件に基づいて、個別に明らかにしてみたい。

まず、ロクシンのいう要件①について、ICCの両裁判部が、(ア)「当該機構に対する支配の行使」と(イ)「組織的権力機構の存在」とを区別して論じていることは、実体法上の観点からは、個人の刑事上の責任の所在をより明確化する効果があると考えられる。というのも、機構が存在していることは、それ自体単独では個人の刑事上の責任を根拠づけるものではなく、機構を支配することで犯罪を実現していることこそが背後者個人の刑事上の責任を根拠づけるからである。すなわち、ロクシンが指摘しているように、背後者の「正犯性にとって決定的に重要であるのは、この〔背後〕者が、犯罪の実現を他の者に委ねる必要がなく、自己の指揮命令下にある組織の一部を操縦することができるという事情だけ〔なの〕である」<sup>144)</sup>。言い換えれば、組織支配においてあくまでも明らかにされるべきであるのは、背後者が組織を通じて犯罪事象(犯罪の行為および結果)を支配していたのか否かということであるといえる。ゆえに、当該区別によって、「機構に対する支配の行使」という要件を別個の要件として浮き彫りにすることによって、背後者が機構をどのように支配することで、どのように機構を利用して犯罪事象を支配していたのかを明らかにすることは、個人の刑事上の責任を明確化することに資するよう思われる。

次に、ロクシンのいう要件②について、ICC実務で何らの言及もなされていないことは、実体法上の観点からは、実質的に処罰範囲が拡張されているものとみる余地がある一方、他方では、手続法上の観点からは、検察官による立証の負担を軽減する効果があると考えられる。まず、実体法上の

---

144) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 10), S. 203; *ders.*, a.a.O. (Fn. 12), S. 248.

観点からは、既述（上記6.1.2）のように、ドイツにおいては、法乖離性を組織支配の要件とすべきか（経済企業による犯罪を組織支配の射程範囲に含めるべきか）否かについては争いがある。しかし、現在のICC実務では法乖離性は実体法上の要件とされているわけではない。ゆえに、ロクシンのように法乖離性が組織支配には必要であるとする見解と比べてみれば、現在のICC実務の見解によれば、処罰範囲が実質的に拡張される余地が生ずる。具体的には、必ずしも法乖離的であるとはいえない経済企業による「中核犯罪」も、理論的にはICCの訴追・処罰の対象になりうることとなる<sup>145)</sup>。他方で、手続法上の観点からは、要証事実が減るという意味で、立証の負担は緩和される。もっとも、さらに別の手続法上の観点からは、ICCで審理の対象となる事態の場合、いわゆる「補完性の原則」の趣旨<sup>146)</sup> からいって、問題となる組織ないし集団が法乖離性を具備しているような事案が多いことが十分に想定される。そのため、ICCに係属している事案であれば、実際には「法乖離性」を正面から問題としなくてもよい——あるいは「法乖離性」のある組織が関連している場合にしかICCではそもそも問題となりえない——と解する余地も多分にある。ゆえに、その意味ではそもそもの「法乖離性」要件の要否、および、中核犯罪を行っている経済企業をICC規程の下でも組織支配論によって捕捉しうるか否かについては、今後のさらなる検討を要するものと思われる。

さらに、ロクシンのいう要件③についてみると、現在のICC実の見解によれば、あくまで（ウ）「命令のほぼ自動的・機械的な遵守」という事情が組織支配の要件として定立され、「代替可能性」は「過酷、厳格かつ苛烈な訓練体制」又は「信賞必罰の機構」と並んで、その下位基準のように位置づけられている。このことは、代替性以外の事情であっても組織支配を利用した間接正犯を基礎づけるという意味では、実体法上の観点からは、処罰範囲を拡大しているとみる余地がある。他方で、要証事実の選択肢が広がるという意味では、手続法上の観点からは、検察官による立証の負担を軽減しうるといえる。

要件③についてもう少し詳しくみれば、代替性要件を独自の要件としては不要とすることによって、少なくとも、代替可能性要件をめぐる次の2つの批判を回避することが可能となることが重要である。すなわち、『代替性』は仮定的な事情であるから、当該具体的行為との関係での背後者、行



為介在者のおかれていた状況、具体的な関与の程度は問題にできない<sup>147)</sup>という批判(批判 a)、さらには、ICCで頻繁に争点化しているアフリカの地域紛争の場合、(当初の) ロクシンのような代替可能性の要件によれ

---

145) 「経済企業」と「中核犯罪」の問題に関しては、ルワンダ国際刑事法廷(International Criminal Tribunal for Rwanda: ICTR)での事案であるため検討の余地がまだ大にあるものの、例えば、準国営企業である製茶工場の経営責任者が、最終的に、「ジェノサイド」(ICTR規程 2 条 3 項)、および、「人道に対する犯罪」の「絶滅させる行為」(同 3 条(b))について、自己の部下である当該工場の従業員などの関与の下で行われたツチ族の殺害を「命令し、実行し、又は補助し」(同 6 条 1 項)たとして、かつ、当該部下が当該殺害行為を「行おうとし又は行ったことを知り又は知る理由がある場合において、当該行為を防止するため又は当該行為を行った者を処罰するため必要かつ合理的な措置をとらなかった」いわゆる「上官責任」(同 6 条 3 項)として「終身の拘禁刑」とされた事件 (ICTR 2000 年 1 月 27 日第一審裁判部判決第 1 法廷判決 (*Musema*, ICTR-96-13-T), paras. 868 *et seq.*, 936, 951; ICTR 2001 年 11 月 16 日 上 訴 裁 判 部 判 決 (*Musema*, ICTR-96-13-A), para. 399) などが問題となりうるのかもしれない。もっとも、この事件の判決は、ICTRでも最初期のものであるため、同一の事案に「正犯」、「共犯」および「上官責任」が同時に成立するとされているなどの点で理論的には不備がある。このような適用関係をめぐる諸問題に関しては、「正犯」が「共犯」よりも優越しうることについては、上記 2 を参照。さらに、「正犯」が「上官責任」よりも優越しうることについては、例えば、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) 201 頁以下、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——2016 年 3 月 21 日の国際刑事裁判所第一審裁判部第 3 法廷ベンバ事件判決を契機として——」法学研究 90 巻 7 号 (2017 年) 52 頁以下、横濱和弥「国際刑法における『上官責任』に関する一考察——日本刑法上の諸概念との対比を中心に——」法学政治学論究 92 号 (2012 年) 382 頁以下なども参照。

146) ICC 規程前文 10 段落、1 条、17 条など参照。なお、ICC における「補完性の原則」に関する邦文献としては、例えば、中澤佑香「国際刑事裁判所 (ICC) における積極的補完性」早稲田大学大学院法研論集 150 号 (2014 年) 339 頁以下、古谷修一「国際刑事裁判所 (ICC) における補完性の原則——事案の配分に関する決定プロセスと実体的基準——」島田征夫ほか〔編〕『国際紛争の多様化と法的処理——栗山尚一先生・山田中正先生古稀記念論集』信山社 (2006 年) 91 頁以下などがある。



ば、このような民兵集団の構成員らによって代替可能性をもって作動している権力機構が存在しているとみることは困難である<sup>148)</sup>とする批判（批判β）である。

まず、批判αについてみれば、この場合、ICCによって提示されている「修正された」要件論によれば、要証事実はいくまで「命令のほぼ自動的・機械的な遵守」となるのであって、これは、「代替性可能性」だけではなく、「過酷・厳格かつ苛烈な訓練体制」又は「信賞必罰の機構」によっても証明されうることとなる。その結果、これらの事情は仮定的な事情ではないため、このような体制を構築・維持するために背後者がどのように関与していたのかを、具体的に問題とすることができるといえる。

次に、批判βについてみれば、まず、そもそもの前提として、本当に従前のロクシンのいう代替可能性要件ではアフリカの民兵集団は捕捉しえないのかどうか（言い換えれば、アフリカの民兵集団は代替可能性要件を充足していなかったのかどうか）は必ずしも明らかではない<sup>149)</sup>。しかしながら、従来のロクシンの理論には処罰の不備があるということが仮に正しいとしても、代替可能性以外の選択肢が用意されることによって組織支配が「より柔軟に」認定されるのであれば<sup>150)</sup>、処罰範囲が実質的に拡張されたとみる余地もないわけではない。というのも、現在のICC実務の要件論によ

147) 島田（前掲注57）306頁。

148) *Mark Osiel, Making Sense of Mass Atrocity, New York et al. 2009, pp. 92 et seq.; id., Ascribing Individual Liability within a Bureaucracy of Murder, in: Alette Smeulers (ed.), Collective Violence and International Criminal Justice – An Interdisciplinary Approach, Antwerp et al. 2010, pp. 107 et seq.; Manacorda/Meloni, supra note 3, p. 171; Weigend, supra note 3, pp. 106-107.*

149) これについては、例えば、*Katanga and Chui, PTC I, paras. 545-547; Ambos, a.a.O. (Fn. 109), S. 841 ff.*などを参照。

150) これについては、学説上、例えば、「このような〔代替可能性以外の選択肢もある〕柔軟なアプローチは〔…〕この〔組織支配〕概念における多用性、および、時間の浪費に対する弾力性を証明することになる」(Such a flexible approach […] may prove the versatility of the concept and its resilience against the wear and tear of time) という肯定的な評価も存在している (*van der Wilt, supra note 3, p. 312*)。また、*Ambos, a.a.O. (Fn. 109), S. 848 f.*も参照。

れば、従前のロクシン理論では捕捉しえなかったとの批判にさらされている——ただし、その検証作業はまだ十分ではない——アフリカの民兵集団も組織支配の対象としうることになるからである。もっとも、本当にアフリカの民兵集団には代替可能性要件はないと言い切れるのか、また、言い切れるとしても要件の修正によって実質的に処罰範囲が拡張されたと断言できるのかどうかについては、さらに今後の慎重な検討を要する。

最後に、ロクシンのいう要件④についても、手続法上の観点からは、要証事実とはならないことから、検察官による立証の負担を軽減する効果があると考えられる。ただし、実体法的な観点からみれば、この要件が不要とされていることにより処罰範囲が拡大するといえるかについては、なお検討の余地がある。というのも、まず、既述(上記 6. 1. 5)のように、この要件については、あたかも代替可能性要件の緩和に付随するかのよう、ロクシンによってもすでに独自の要件とはみなされなくなりつつあるからである。また、現在のICCの各裁判部で提示されている要件によっても、(ア)「機構の存在」および(イ)「機構に対する支配の行使」は、機構の構成員に対して命令に服従するようにとの同調圧力を強化しているといえる。また、(ウ)「命令のほぼ自動的・機械的な遵守・履行」は、「背後者からの指示があれば直接実行者はいつでもすぐに行為に取り掛かることができる」という準備が(物理的にも心理的にも)完了した状態において可能になっているとみることもできる。すなわち、④の要件は、すでに(ア)から(ウ)の要件にすでに取り込まれているともいえ、その意味で、処罰範囲を左右する要件ではなくなっているとみることも十分にできるのである。

以上のように、ロクシンの提唱している組織支配論が現在のICC実務によって「修正」されて受容された結果、現在のICC実務のいう「組織支配論」では、一部において要件が精緻化され、一部において証明上の敷居が緩和され、さらに——検討の余地が多分に残されてはいるものの——(従前のロクシンの理論では代替可能性などの要件を満たさないために捕捉することができないという批判にさらされていた)アフリカの民兵集団などもより容易に捕捉しうるようになったという意味では、処罰範囲が実質的に拡張されたとみる余地も生じているのである。

## 8. 組織支配論に対する批判および当該批判に対する反論

### 8.1. 組織支配論に対する批判

ICCにおける組織支配論をめぐるのは、国内刑法学の観点からだけではなく、国際刑法学の観点からも種々の批判がなされている。ドイツ刑法学的観点からの批判についてはすでに別稿<sup>151)</sup>で論じていることから、ここでは、特に、国際刑法学的観点から、以下の4つの批判を取り上げて検討してみたい。

第1に、ICCのクリスティーヌ・ファン・デン・ウィンガート元判事の見解<sup>152)</sup>によれば、ICC規程25条3項(a)3類にいう「者」には「組織」は含まれていないため、そもそもICC規程上に「組織支配を利用した間接正犯」を根拠づける明文の規定がないとされている<sup>153)</sup>。すなわち、同(a)3類から被告人が「組織を通じて」犯罪を行った場合についての刑事上の責任までも含むと解釈することは困難であるのであって、このような解釈はICC規程22条2項に含まれている類推解釈禁止の原則に違反しているというのである。

第2に、同元判事の見解によれば、組織支配概念では、直接正犯と間接正犯との個人的な関係性が希薄化されているため、間接正犯を十分に根拠づけることができているとされている<sup>154)</sup>。すなわち、まず、同元判事に

151) 詳しくは、例えば、後藤（前掲注1）205頁以下など参照。

152) ファン・デン・ウィンガート元判事は、エイドリアン・フルフォード元判事と同様に、前掲注113でも若干言及しているように、組織支配の基盤となっている行為支配論それ自体を批判し、かつ、ICC規程25条3項を正犯・共犯体系として理解することにも反対している（*Fulford, supra note 113, paras. 6 et seq.; van den Wyngaert, supra note 113, paras. 5 et seq.*）。しかし、既述（上記2）でも確認しているように、両元判事によるこれらの批判にもかかわらず、ICCの上訴裁判部は、ICC規程25条3項を正犯・共犯体系として理解し、かつ、行為支配論を明示的に採用している（*Lubanga, AC, paras. 462, 473*）。なお、両元判事に対する学説からの反論については、特に、オステン（前掲注18）486頁以下、後藤（前掲注13・亜細亜法学50巻1号）14（177）頁以下などを参照。

153) *Van den Wyngaert, supra note 113, para. 52*.

154) *Van den Wyngaert, supra note 113, paras. 53-54*.

よれば、ICC規程25条3項(a)3類にいう間接正犯は、直接正犯の意思を支配するにあたって、間接正犯が個人的に高いレベルで直接正犯となる個々人の意思を支配していることが必要であるとされている。にもかかわらず、同元判事によれば、組織支配という概念は、間接正犯と直接正犯との関係を「非人間的なものにしてしまう」(dehumanising)ため、犯罪を行うまさにその人に対して行使しなければならない間接正犯「個人の影響力のレベルを希薄化している」(dilutes the level of personal influence)というのである。

第3に、日本の国際法学者からも、「〔組織に対する支配によれば、〕政治・軍事組織の指導者は、一定の支配関係を持っていることが認定されるならば、部下(道具)が行った犯罪のすべてに責任を負うということの意味し、内実には組織責任を直截に認めたと等しい」<sup>155)</sup>という指摘がなされている。すなわち、組織内部で一定の支配関係が肯定されれば部下の行ったすべての犯罪について上官が責任を問われることになってしまうが、それは不当であるというのである。

第4に、組織支配論は、現実存在している「重層的な組織構造に対応できるかは未知数である」という議論も提起されている<sup>156)</sup>。すなわち、論者は、特に、以下のような疑問を投げかけている<sup>157)</sup>。

この〔注：「組織に対する支配」〕法理は、ある特定の組織を想定し、そのなかにおける支配の程度が一定レベル以上である場合に、これを指導者とみるものである。だが、現実の社会関係においては階層的な組織は単一なわけではなく、国際法上の犯罪は複数の組織の重なりの中で発生している。〔……〕この法理を適用すると、A〔注：収容所の看守などの権力機構の下級レベルにいる者〕、B、C〔収容所長や総督などの権力機構の中級レベルにいる者〕を含めた国家機構はすべて道具で〔……あるが、〕各々の組織はD〔注：大統領などの権力機構の最高レベルにいる者〕の描いたグランド・デザインに従っているとは言え、まったく独自の政策立案や意思決定を行っていないわけではない。そうなると、BやCも「組織に対する支配」の法理

---

155) 古谷(前掲注11)606頁。

156) 同上。

157) 同上。

で責任を問われるべきことになる。しかし、一方で道具に過ぎない者が、他方で組織の指導者となるというのは、論理的に奇異なことである。

要するに、下級レベルの者(A)の上官となる中級レベルの者(BやC)は、それぞれその「収容所」や「総督府」などの「組織の指導者」であるにもかかわらず、「大統領」などのより上級レベルの者(D)からみれば「道具」にすぎないのは「論理的に奇異なこと」なのであって、組織支配論が、現実存在している「重層的な組織構造に対応できるかは未知数である」というのである。

## 8.2. 当該批判に対する反論

ICC規程上の組織支配論に向けられている以上の4つの批判に対しては、以下のように反論することができる。

第1の批判に対する反論としては、ICC規程25条3項(a)3類にいう「他の者を通じて」にいう「他の者」を「1人の他の者」と限定する必要がない、ということが挙げられる。すなわち、組織というものが複数人から構成されている<sup>158)</sup>以上、「他の者」に「組織」が含まれると解することも十分に可能である。また、既述(上記5.3および5.5)のように、ICCでは組織性・大規模性を伴う犯罪が対象となることがほとんどであることを考えれば、共同正犯と併記されている間接正犯において「他の者」を1人に限定することは現実的でなく、この文言から「組織」支配を導き出すことも「困難」ではないように思われる。

第2の批判に対する反論としては、ファン・デン・ウィンガート元判事は、間接正犯概念の本質が「道具」のように実行行為者を利用することにあるという一般的な理解を看過しているということを指摘することができる<sup>159)</sup>。たしかに、現在のICC実務およびロクシンの組織支配論のいうよう

---

158) なお、ファン・デン・ウィンガート元判事は、「わたくしは、組織というものが複数人から構成されている、という事実を看過しているわけではない。しかしながら、(たとえ組織という文脈の範囲内であれ)個人間の相互作用と『組織』のような抽象的な存在に対する権威の行使との間には根本的な相違がある」としている (*van den Wyngaert, supra note 113, paras. 53*)。

に個人的な関係だけで成立しているような犯罪者集団は組織的権力機構には含まれない<sup>160)</sup> というのは、間接正犯と直接正犯との関係を元判事のいうように「非人間的なものにしている」のかもしれない。しかしながら、それは、たとえ間接正犯が直接正犯たる個人に及ぼす影響力のレベルの「希薄化」を意味しているとしたとしても、犯罪の行為と結果に及ぼす影響力のレベルについてはむしろ「強化」を意味している。すなわち、間接正犯に対する一般的な理解<sup>161)</sup> によれば、間接正犯は、背後者が直接実行行為者である行為介在者を「道具」のように利用して犯罪を実行することがその本質にあると説明されている。ゆえに、背後者が「組織支配」によって行為介在者である直接正犯などを非人間的な存在である「道具」のように取り扱って犯罪を実現させているのであれば、それは、当該犯罪の行為と結果に対する間接正犯の個人的な影響力のレベルの低さよりも、むしろ高さを顕著に示しているように思われる。

第3の批判に対する反論としては、組織支配論に対する評価において、論者は、「組織において当該個人が占める地位あるいは保持する権限」を過度に重視しているということを指摘することができる。というのも、いわゆる「組織支配論」においては、「組織を支配する」ことが重要なのではなく、「組織を通じて構成要件の実現を支配する」ことが重要であるからである<sup>162)</sup>。すなわち、組織支配論とは、当該個人が、たとえ組織を通じてであ

---

159) なお、学説からは、ICC規程の純粋な文理解釈を主張し、かつ、行為支配論に反対する立場であるはずのファン・デン・ウインガート元判事が、間接正犯を解釈する際に個人の「意思」に注目していることそれ自体が矛盾であるという指摘もある (*Herzig*, a.a.O. (Fn. 142), S. 199)。すなわち、同元判事が、なぜICC規程25条3項(a)の単なる字面からは到底見出しえないような要素であるはずのロクシンの「意思支配」概念を採用しているのかがそもそも明らかではないという批判もなされている。

160) *Katanga*, TC II, para. 1409; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 10), S. 206; *ders.*, a.a.O. (Fn. 81), S. 409; *ders.*, a.a.O. (Fn. 12), S. 250 f., 739 = Rn. 344.

161) これについては、例えば、前掲注34から37などを参照。

162) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 81), S. 400 によれば、「間接正犯とは**実行者に対する支配**ではなく、**構成要件の実現に対する支配**である」〔強調は原文のママ〕とされている。



るとはいえ、構成要件の実現に対してどのように具体的に寄与していたのかを問題とする理論なのである<sup>163)</sup>。したがって、組織支配論においては、ある者が正犯にあたるか否かは、組織内部の地位のみに基づいて決定されるわけではなく、既述（上記6. 1および7. 3）で論及したような組織支配の各要件の検討を通じて、「行為支配」の有無という形で判断されるのである。

第4の批判に対する反論としては、論者は、組織支配論と既述（上記5）した「正犯の背後の正犯」という概念との密接な関係性を看過しているということを指摘することができる。すなわち、「組織支配論」の理論的な前提となっている「正犯の背後の正犯」という概念によれば、ある者が、一方で、下級レベルの者（A）からみれば上官たる「組織の指導者」であり、他方で、上級レベルの者（D）からみれば部下たる「道具」であるということは、少しも「論理的に奇異なこと」ではない。というのも、まさにロクシンがナチスの官僚機構において中級レベルの者であるともいえるアイヒマンの事件を引き合いにして説示しているように、BやCなどの組織の中級レベルの者による組織支配は、「犯罪を実現させるための計画の途上で、ある機関から1段また1段と漸進的に他の機関に伝達されていくように、連鎖を各機関が次々に操縦することによって可能とされる」<sup>164)</sup>のであって、

---

163) ゆえに、訳語の問題について、仮にICCの使用している「control over the organisation」（例えば、*Katanga and Chui*, PTC I, para. 500 など参照）という用語を直訳するにしても、「組織に対する支配」という訳語では、この理論に対する誤解を招いてしまう虞がある。さらに、古谷（前掲注11）607頁によれば、「組織において当該個人が占める地位あるいは保持する権限を責任の要素とする立場」を同論文において「『組織責任』と呼ぶ見解」であるとされ、「ICCは、規程第25条3項（a）が定める『他の者を通じて』行われる犯罪の概念を、『組織に対する支配』の考え方に展開することにより、さらに強力に組織責任の側面を押し出し始めている」と評されている。しかしながら、上記6から7でも明らかにしているように、ロクシンにおいても、またICCにおいても、「組織支配論」とは、「組織において当該個人が占める地位あるいは保持する権限」だけではなく、徹頭徹尾、当該個人が、たとえ組織を通じてであるとはいえ、犯罪（の結果）に対してどのように具体的に寄与していたのかを問題とする理論なのである。したがって、このような立場からみれば、ICCは「さらに強力に組織責任の側面を押し出し始めている」という古谷論文が昨今のICCの裁判例に対して下している総括的な評価それ自体が疑問視されうることになる。



( 58 ) 国際刑事裁判所規程 25 条 3 項(a)に基づく間接正犯

理論上、「場合によっては、比較的長い『正犯の背後の正犯』の連鎖が生じること」<sup>165)</sup>も当然に是認されるからである。すなわち、「最上級の者から最下級の者まで『正犯の背後の正犯』が数珠つなぎのようになる連鎖的ないしは順次的な行為支配」<sup>166)</sup>も理論的には是認しうることを考えれば、組織支配論とは、まさに「こうした入れ子細工のような重層的な組織構造」<sup>167)</sup>を適切に把握するための法理論ということができる<sup>168)</sup>。

## 9. おわりに

本稿における検討の結果、明らかになったことは、概ね以下の3つである。

第1に、上記5で検討したように、現在のICC実務は、ICC規程25条3項(a)の文理解釈および目的論的解釈を通じて、「正犯の背後の正犯」という概念を肯定している。その意味で、ICCの各裁判部は根拠なくドイツの法概念を受容したわけではない。また、目的論的解釈の観点からみれば、同規定では単なる「1人の正犯の背後の1人の正犯」だけでなく、「複数の正犯の背後の複数の正犯」を想定することもできる。さらに、背後者が場合によっては規範的により重い非難に値するとみなされていると理解することは、説得力に富んでいることである。その結果、行為支配論(上記2参照)という指針に基づいて理解されているICC規程25条3項(a)の規定から「組

---

164) *Roxin*, a.a.O. (Fn. 10), S. 203 f.; *ders.*, a.a.O. (Fn. 12), S. 248.

165) *Ebd.*

166) 後藤(前掲注11)52頁。

167) 古谷(前掲注11)606頁。

168) また、複雑な組織であれば、その中に「正犯」もいれば、「共犯」もいるということも何ら奇異なことではない。これについては、前掲注128を参照。さらに、「正犯」として、「直接正犯」や「共同正犯」が組織内部に存在することさえも理論的には可能である。これについては、*Ambos*, a.a.O. (Fn. 109), S. 850 f.も参照。また、ジェノサイドとの関係では、後藤啓介「ジェノサイドにおける『行為支配』と『破壊する意図』——ドイツ連邦通常裁判所ルワブコンベ事件判決(BGH, Urteil des 3. Strafsenats vom 21.05.2015 – 3 StR 575/14 –)を契機として——」*亜細亜法学*52巻1号(2017年)24(151)頁注72および29(146)頁以下なども参照。

組織支配を利用した間接正犯」を導き出すことも十分に可能となる。

第2に、上記7.3のように、現在のICC実務で採用されている組織支配論は、ロクシンの提唱した組織支配論に依拠しつつも、それが「修正された理論」であると評価することができる。たしかに、一方では、現在のICC実務は、ロクシンが創始した「上下関係的に組織化された権力機構」という組織支配の基本概念や、「命令のほぼ自動的・機械的な履行」という組織支配の根本理念を疑いの余地なく継受している。しかしながら、他方で、(ア)「機構に対する支配」と(イ)「機構の存在」それ自体とが区別され、「代替可能性」という要件については、むしろ(ウ)「命令のほぼ自動的・機械的な履行」ないし「権力機構を駆動させる機能的な自動性・機械性」という要件の方が重視されている。さらに、「法乖離性」および「直接実行者の高められた機動性」の要件については、現在のICC実務が沈黙を保っているという限りでは、いずれも現在のICC実務によって明示的に是認されているということとはできない。

第3に、上記7.4のように、現在のICC実務によってロクシンの要件が「修正」されていることは、結果的には、個人の刑事上の責任の所在をより明確化し、検察官による立証の負担を軽減し、さらに——検討の余地は多分に残されてはいるものの——処罰範囲を実質的に拡張させていると解する余地を生じさせている。すなわち、(ア)「機構に対する支配」と(イ)「機構の存在」それ自体とが区別されていることは、背後者による個人の刑事上の責任の所在を明確化することに役立つ。また、(ウ)「命令のほぼ自動的・機械的な履行」ないし「権力機構を駆動させる機能的な自動性・機械性」という要件の下で、「代替可能性」と並んで「過酷、厳格かつ苛烈な訓練体制」又は「信賞必罰の機構」が下位基準として定立されていることは、検察官による立証の負担を軽減している。さらに、(ウ)の要件は、ロクシンの従来の代替性要件と比べてみれば、アフリカの民兵集団のような組織も捕捉されているという意味で——今後のさらなる慎重な検討を要するものの——処罰範囲を実質的に拡張していると解する余地を生じさせている。

最後に、今後の課題をごく簡単に2つだけ挙げて、擱筆したい。

第1に、既述(上記4および7.3)したICC規程25条3項(a)3類における「間接正犯」における3つの成立要件、および、「組織的権力機構を利用した間接正犯」の3要素は、依然としてICCの上訴裁判部によって承認され

( 60 ) 国際刑事裁判所規程 25 条 3 項(a)に基づく間接正犯

ているわけではなく、その内容が変更・修正される可能性が絶無ではない。ゆえに、これらの要件が将来的にどのように把握されていくことになるのかについては、今後のICCの裁判例を注意深く見守っていく必要がある。

第2に、さらなる今後の課題として、「間接共同正犯」という新たな概念についても、今後のICC実務でどのように把握されていくことになるのか、注視していく必要がある。この概念は、近時、ICCの予審裁判部の各法廷<sup>169)</sup>が、ロクシンの提唱した「機能的行為支配」および「組織支配論」の両方の概念に依拠しながら——ただし、既述（上記7.3）のように、ロクシンの理論それ自体ではなく、ICC実務による修正が加えられた上で——提唱している帰責形態である。冒頭（上記1）でも述べたように、この帰属概念は、共同正犯の指導原理であるとされている「機能的行為支配」だけではなく、間接正犯の指導原理である「組織支配」を「組み合わせ」た概念であるとされている。したがって、この「間接共同正犯」概念を正確に理解するためには、自ずとその構成要素となっている「共同正犯」の原理および「間接正犯」の原理を解明することが不可欠の前提になっているものと考えられる。ゆえに、今後は、すでにICCの上訴裁判部によって確認され、別稿<sup>170)</sup>でも検討した「機能的行為支配」と本稿で考察した「組織支配」との両概念を十分に考慮しながら、さらに「間接共同正犯」という概念についても考究を深めていきたい。

以上

---

169) 「間接共同正犯」に関するICC予審裁判部の裁判例については、前掲注2を参照。

170) 後藤（前掲注13）亜細亜法学50巻1号1（190）頁以下、同50巻2号1（266）頁以下、および、同51巻1号1（194）頁以下を参照。