

Title	横濱和弥君学位請求論文審査報告
Sub Title	
Author	
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2019
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.92, No.6 (2019. 6) ,p.109- 124
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20190628-0109">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20190628-0109</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 横濱和弥君学位請求論文審査報告

一 横濱和弥君が提出した博士学位請求論文は、七年間

(国外留学による二年間の休学期間を含む)にわたる本塾

大学院法学研究科後期博士課程での研究の集大成として書

かれた「国際刑法における上官責任とその国内法化」であ

る(以下、これを「本論文」と呼ぶ)。本論文は、法学政

治学論究誌上に発表した五編の論文(「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」「法学政治学論究九二号(二〇一二年)三六

五―三九七頁、「国際刑法における『上官責任』とその国

内法化の態様に関する一考察——ドイツ『国際刑法典』を

素材として」同九七号(二〇一三年)三〇一―三三三頁、

「国際刑法における犯罪の主観的成立要件について——国

際刑事裁判所規程三〇条における『Intent and

Knowledge』の意義」同一〇九号(二〇一六年)六七―

九九頁、「国際刑法における上官責任の処罰対象としての

不作為——国際刑事裁判所規程二八条を中心に」同一一三

号(二〇一七年)一―三四頁、「国際刑法上の上官責任に

おける『実質的管理』要件の内実と意義」同一一七号(二

〇一八年)六九―一〇四頁)を基礎としつつ、さらに大幅

な書下ろしを加えたものであり、論文末尾掲載の資料を含

めると約三一万字に及ぶ大作である。

本論文の構成の概要は以下の通りである。

序論…本稿の検討課題

一 国際刑事裁判と「指導者」処罰

(一) 大規模人権侵害と国際刑事裁判

(二) 指導者処罰と上官責任

二 ICC規程上の締約国の義務と日本の立法をめ  
ぐる議論

(一) ICC加盟時の日本の対応——ミニマリス

ト方式の採用——

(二) マキシマリストからの批判

(三) 日本の立法不作為と上官責任

三 本稿の課題と位置づけ

(一) 本稿の検討課題

(二) 先行研究との関係および本研究の意義

第一部…国際刑法上の上官責任の形成史

第1章 上官責任の歴史的展開

一 はじめに

二 山下裁判

(一) 前史

(二) 山下裁判の概要

(三) 山下裁判の評価

三 他の戦犯裁判

(一) 課題A…上官概念の拡大

(二) 課題B…主観的要件の基準

(三) 課題C…事後的な処罰又は付託の懈怠

四 第一追加議定書

(一) 総説

(二) 第一追加議定書における上官責任の射程

五 まとめ

第2章 アド・ホック法廷における上官責任

一 はじめに

二 総説

(一) アド・ホック法廷の概要

(二) アド・ホック法廷における上官責任の概要

(三) 上官責任の成立要件

三 上官・部下関係

(一) 「上官」概念

(二) 実質的管理の対象

(三) 小括

四 主観的要素

(一) 総説

(二) 犯罪を知っていたこと

(三) 犯罪を知る理由があったこと

(四) 部下による犯罪の認識の時点

(五) 小括

五 上官の不作為

(一) 総説

(二) 防止義務と処罰義務

(三) 必要かつ合理的な措置

(四) 各義務間の関係

(五) 因果関係要件

(六) 小括

六 上官責任の位置づけ

(一) アド・ホック法廷における犯罪体系

(二) 上官責任の「性質」論

(三) 上官責任と他の関与形式の適用関係

(四) 小括

七 まとめ

第二部…国際刑事裁判所における上官責任

第1章 序論的検討…第二部の検討課題

一 はじめに

二 総説

(一) ICCの概要

(二) ICCにおける上官責任の概要

(iii) Bemba事件

(四) 上官責任の成立要件…次節以下への序

三 上官責任の主体要件

(一) 軍の指揮官と文民の上官

(二) 実質的な指揮・権限・管理

四 不作為要件

(一) 二つの不作為の関係

(二) 二八条の文言と因果関係要件

五 主観的要件

(一) 前提としての三〇条…主観的要件の一般規

定

(二) 主観的要件の「下限」

六 関与形式体系における上官責任の位置づけ

第2章 主体要件I…軍の指揮官と文民の上官の区別

一 はじめに

二 アド・ホック法廷における文民の上官

(一) アド・ホック法廷における文民上官の一般

的肯定

(二) ICTY判例

(三) ICTR判例

(四) 小括

三 ICCにおける「軍の指揮官」と「文民の上

官」の区別基準

(一) 総説

(二) 「軍」の意義…第一段階

(三) 上官の地位・権限行使の態様は考慮される

か?…第二段階

四 まとめ

第3章 主体要件II…実質的管理

一 はじめに

二 「実質的管理」の内実

(一) 実質的管理の有無の判断にあたっての考慮

要素

(二) 防止・処罰能力と組織的階級構造

三 上官の作為義務と実質的管理

(一) 軍の指揮官と上官責任

(二) 文民の上官責任、特に企業犯罪への適用可能性

四 まとめ

第4章 不作為要件

一 はじめに

二 アド・ホック法廷における上官責任

(一) 処罰対象としての不作為

(二) 「実質的管理」概念

三 二分説

(一) 二分説の骨子

(二) 二分説の問題点

(三) 小括

四 単一説

(一) ICC予審裁判部および学説の見解

(二) アムネスティ・インターナショナルの見解

五 まとめ

第5章 主観的要件

一 はじめに

二 「知っていた」基準

(一) 前提…主観的要件の一般規定としてのIC

C 規程三〇条

(一) 三〇条と二八条の関係

三 「知っているべきであった」基準と「情報を意識的に無視した」基準

(一) 総説

(二) 「知っているべきであった」基準

(三) 「情報を意識的に無視した」基準

四 部下による犯罪の認識の時点

五 まとめ

第6章 ICCの関与形式体系における上官責任の位置づけ

置づけ

一 はじめに…前章までの小括

二 ICCの関与形式

(一) 行為支配論に基づく正犯・共犯体系の採用

(二) 要件概観

三 上官責任の性質と他の関与形式との関係

(一) 性質

(二) 他の関与形式との関係

四 まとめ

第三部 国内刑法と上官責任

第1章 日本刑法と上官責任

一 はじめに

二 日本のICC加盟と立法不作為

(一) 日本のICC加盟と立法対応

(二) 実体法規定の国内法化の見送りとその論拠

三 日本刑法による国際刑法上の上官責任への対応

(一) 上官責任該当行為は日本刑法上処罰可能か？

か？

(二) 日本刑法上不可罰となる領域を国内法化に

よって埋める必要があるか？

四 まとめ

第2章 ドイツ語圏諸国における上官責任関連規定

一 はじめに

二 ドイツ

(一) 総説

(二) 国際刑法典における上官責任の位置づけ

(三) 場所的適用範囲

(四) 小括

三 スイス

(一) 総説

(二) スイス刑法における上官責任の位置づけ

(三) 場所的適用範囲

(四) 小括

四 オーストリア

(一) 総説

(二) オーストリア刑法における上官責任

(三) 場所的適用範囲

五 ドイツ・スイス・オーストリアの比較検討からの示唆

の示唆

(一) 上官責任概念の規定方式

(二) 軍の指揮官と文民の上官の区別

(三) 主観的要件および処罰対象としての不作為

(四) 場所的適用範囲

六 まとめ

おわりに

二 本論文は、問題意識を提示する序論、上官責任という法理の生成・発展過程を詳細に描写する第一部、国際刑事裁判所（以下、「ICC」とする）規程における上官責任に関する規定の解釈、およびこれに関する裁判例を分析・検討する第二部、日本の国内刑法と国際刑法上の上官責任の関係の考察、および上官責任を国内法化したドイツ語圏諸国との比較法研究を内容とする第三部の全四部からなつ

ている。各部の概要は以下の通りである。

1 「序論」では、まず、日本が二〇〇七年の ICC 加盟時にいわゆる「ミニマリスト」方式（ICC に協力するための手続法の整備など、ICC 規程上要求される最小限の立法のみ行う方式）を採用し、規程を国内法化するための実体法整備を行わなかったことが確認されている。日本政府は、ICC 規程の対象犯罪である中核犯罪（集団殺害犯罪〔ジェノサイド罪〕・人道に対する犯罪・戦争犯罪・侵略犯罪）を国内法化しなかった。その理由は、中核犯罪に該当する行為のほとんどが、日本刑法により処罰可能だからだとされている。しかしながら、著者は、ICC 規程二八条の上官責任に目を向けた場合、この論拠には説得力がないと指摘する。すなわち、上官責任とは、軍の指揮官や政府指導者等の「上官」が、部下による犯罪の発生を知り、または知っているべきであったにもかかわらず、これを防止・抑止または処罰しなかった場合に上官に刑事責任を問う法理をいうが、このうち、上官が犯罪を認識していない場合や、上官が部下を事後的に処罰しない場合は、ICC 規程上は可罰的とされる一方、日本の刑法上は不可罰となるのではないかと指摘するのである。仮に、国内刑法上不可罰となる領域が存在するとすれば、日本での中核犯

罪の処罰可能性は不十分となり、ICC が採用する「補充性の原則」（中核犯罪の第一次的な訴追・処罰は ICC 規程の締約国の国内裁判所に委ねられ、国内裁判所が裁判を行う意思又は能力を欠く場合にのみ、ICC がそれを補充するものとして管轄権を行使するという原則）の理念に込えられず、自国民を ICC に引渡すリスクを背負うことになるとする。以上のような考察から、著者は、上官責任の法理の歴史的沿革や実際の適用例を詳細に分析・検討することを通じて、日本の国内法整備の足りざるところを明確にする必要があるとして、本論文の問題意識を明らかにしている。

2 第一部「国際刑法上の上官責任の形成史」の第1章「上官責任の歴史的展開」では、上官責任の法理が、第二次大戦直後に旧日本陸軍の山下奉文大将に対する裁判をはじめとする戦犯裁判によって形成され、一九七七年のジュネーブ条約第一追加議定書八六条・八七条を通じて成文化されたことが詳細に説明されている。また、この時期において既に、①軍の指揮官のみならず文民の上官もその不作為に対する責任を問われること、②上官が部下による犯罪を認識していなかった場合も責任を問われること、③上官が犯罪を行った部下を事後的に処罰しなかった場合にも責

任を問われることといった、今日の上官責任の中核を成す要素がみられるという事実が、豊富な資料に基づいて明らかにされている。

第2章「アド・ホック法廷における上官責任」では、旧ユーゴスラビア国際刑事裁判所（以下、「ICTY」とする）およびルワンダ国際刑事裁判所（以下、「ICTR」とする）の判例における上官責任の成立要件が詳細に分析・検討されている。アド・ホック法廷における上官責任のリーディング・ケースであるチュレビチ収容所第一審裁判部判決は、上官責任の成立要件を以下の三つにまとめている。すなわち、①上官・部下関係の存在、②部下による犯罪を知っており、または知る理由があったこと、③犯罪を防止し、または処罰するための措置をとらなかったことである。これらの要件の一つひとつに解釈論上・認定論上の論点が存在している。たとえば、上官・部下関係という要件は文民の場合も想定したものなのか、部下による犯罪の実行を知る理由があったとするためにはどのような事情の存在が必要なのか、上官がとるべき合理的な措置とはどのようなものなのかといった論点である。著者は、これらの論点に関する判例を網羅的に調査・分析し、アド・ホック法廷における上記各要件の該当性判断の具体的基準を明

らかにしている。また、上官責任の法的性質に関するアド・ホック法廷の理解の変遷についても論じている。当初のアド・ホック法廷は、上官責任を共犯の一種と解しており、部下の行った犯罪に従属して処罰されるものという理解をとっていた（関与形式説）。しかし、上記の三要件によれば、犯罪を実行した部下を事後に処罰しないことも上官責任に含まれるが、これを共犯責任の観点から根拠づけることは困難だという問題がある。そのため、近時のICTYは、上官責任を部下の管理懈怠という上官固有の不作為責任を問うための独立犯罪と解する見解（独立犯罪説）と親和的な立場をとっているということが明らかにされている。

3 第二部「国際刑事裁判所における上官責任」では、ICC規程二八条における上官責任概念について検討されている。

第1章「序論的検討」では、ICCの組織の概要や同規程二八条の文言の紹介、同条の文言から生じる解釈論上の論点の抽出が行われている。

第2章「主体要件I」では、軍隊の指揮官と文民の上官の区別という問題が論じられている。ICC規程二八条(b)は、軍隊以外の上官・部下関係にも上官責任が及ぶことを



明文で示しているが、他方で、軍隊の指揮官と文民の上官とは、責任を問われる範囲が異なっている（つまり、軍の指揮官の方がより広い範囲で責任が問われる）。両者の区別基準についてはいくつかの学説があるところ、著者は、軍の指揮官が文民の上官より広い責任を問われるのは、軍隊という組織が、文民集団にはない特有の危険性を有しているからだ」と主張する。そこから、ある集団が二八条にいう「軍」にあたるためには、そのような特有の危険性を基礎づける要素、すなわち武力紛争における展開可能性を有する必要があるという基準を導き出している。

第3章「主体要件Ⅱ」では、上官・部下関係が認められるために必要な上官の権限の程度・態様について、上官責任に関するICCのリーディング・ケースであるベンパ事件に加えて、アド・ホック法廷の判例も参照しながら検討されている。判例では、①部下の犯罪を防止・処罰する現実の能力（実質的管理）を、②組織的階級構造に基づき下位者に対して行使可能である者が、上官責任の主体となるとされている。しかし、この基準を文民にもあてはめると、企業の指導者が過度に広い範囲で責任を問われかねない。そこで、著者は、文民の上官責任を認めるためには、従業員による犯罪が、当該組織の活動の持つ潜在的・典型的危

険の発現として発生したという関係性が要求されるべきだという見解を提示する。そして、二八条(b)のサブパラグラフ(ii)の「犯罪が当該上官の実質的な責任及び管理の範囲内にある活動に関係していた」は、このような事情を指すものとして解釈されうるということを指摘している。

第4章「不作為要件」では、二八条の行為態様に係る要件について検討がなされている。同条の柱書には、「自己が当該軍隊の管理を適切に行わなかった結果として」という文言があり、これを受けて同条サブパラグラフ(ii)では、「当該軍隊による犯罪の実行を防止し若しくは抑止し、又は捜査及び訴追のために事案を権限のある当局に付託するため、自己の権限の範囲内のすべての必要かつ合理的な措置をとることをしなかった」という不作為が行為態様として規定されている。この柱書における「管理しない」と、サブパラグラフにおける「防止・抑止・付託しない」という二つの不作為の関係の解釈をめぐっては、見解が対立している。すなわち、犯罪成立のためには両不作為が必要だとする見解（二分説）と、前者の不作為（管理懈怠）には独自の意義はなく後者のみで足りるとする見解（単一説）である。本章では、二分説には理論上問題があり、単一説が妥当であることが詳細に論証されている。また、単

一説に立つ場合、柱書の「結果として」という文言の意義が問題となるところ、判例・学説はこれを上官の不作為と部下による犯罪との間の因果関係を意味すると解しているが、著者は、そのような考え方は単一説と矛盾するとし、この文言は「上官は部下に対する管理を懈怠した結果として責任を負う」ことを示すに過ぎないことを主張している。

第5章においては、二八条の主観的要件について検討がされている。同条は、上官が部下による犯罪を「知っていた」、「知っているべきであった」、または犯罪を「明らかに示す情報を意識的に無視した」ことを要求している。これらの文言の解釈について、著者は、「知っていた」の意義は、ICC規程における主観的要件の一般規定(三〇条)と同様に解されるべきであり、結果発生が「ほぼ確実」であることの意識を指すとする。また、「知っているべき」には「過失」が含まれているとする。二八条は、アド・ホック法廷の規程とは異なり、部下が犯罪を「行っており若しくは行おうとしていること」の認識等を要求している。このことをとらえて、著者は、ICCはアド・ホック法廷とは異なり、上官が部下による犯罪を事後的に認識した場合を上官責任の範囲から除外していると解さざるを得ないとする。しかしながら、同君は、このような処罰範

囲の限定は、第二次世界大戦後の戦犯裁判およびアド・ホック法廷において発展してきた上官責任の法理の趣旨にそぐわないものであり、立法過誤であると厳しく批判している。

第6章では、ICC規程における正犯・共犯の概念との比較を通じ、上官責任の法的性質が検討されている。正犯・共犯(二五条三項)においては、行為が犯罪に因果的に寄与し、かつ、行為者が犯罪事象を認識していることが求められる。一方、上官責任(二八条)の下ではいずれも要求されない。それゆえ、著者は、責任主義との整合性を図るため、上官責任は共犯の一種ではなく、アド・ホック法廷と同様、軽い責任を基礎づける独立犯罪と解すべきであり、この理解が量刑でも反映されるべきだと主張している。また、この理解に立つ場合、正犯・共犯と上官責任が競合する場合には、前者が優越すべきと主張する。

4 第三部「国内刑法と上官責任」は、二章からなる。第1章「日本刑法と上官責任」では、日本がICC加盟時に上官責任を国内法化しなかった際、その理由として政府が示した、上官責任に該当する行為のほとんどが日本刑法により処罰可能だという立場に対する批判的な検証が行われている。国際刑法上の上官責任には、①上官が部下によ

る犯罪を知っていたにもかかわらずこれを事前に防止しない類型、②上官が部下による犯罪を知っているべきであったにもかかわらず又は犯罪の存在を明らかに示す情報を意識的に無視してこれを事前に防止しない類型、③上官が部下による犯罪を知っていたにもかかわらず行為者を事後に付託しない類型、④上官が部下による犯罪を知っているべきであったにもかかわらず又は犯罪の存在を明らかに示す情報を意識的に無視して行為者を事後に付託しない類型の四つが存在する。このうち、①および②については、日本の国内刑法でも、部下の行った犯罪に対する不作為の幫助に該当する場合があります。しかしながら、日本国外で ICC 規程二八条に該当する事案が生じた場合で、部下が行った犯罪行為が、ジュネーブ諸条約および第一追加議定書の重大な違反行為に該当しないときには、部下の行為が日本刑法三条および三条の二に掲げられた犯罪にあたる場合にのみ日本刑法の適用が可能となる。それゆえ、部下の行為が両条に掲げられたいずれかの犯罪に該当する場合であっても、日本刑法を適用するためには、行為者または被害者の少なくとも一方が日本国民であるという限定がかかることとなり、また、部下の行為が両条列挙の犯罪に該当しないときには、そもそも日本刑法を適用する余地はない

(つまり、当該管理懈怠をした上官の所在が日本国内にあっても、日本刑法が適用できない結果、日本国内では刑事訴追できない)と著者は指摘する。また、③および④の類型については、そもそも日本には処罰規定が存在しないことを指摘し、国際刑法上は上官責任に該当する行為であるにもかかわらず日本刑法では不可罰となる領域が広く存在することを論証している。そのうえで、立法上の手当が必要であると主張している。

第2章「ドイツ語圏諸国における上官責任関連規定」では、日本の刑法学が伝統的に参考としてきたドイツと、それと類似する法制度を有するスイス・オーストリアにおける上官責任規定および国外犯処罰規定を検討し、将来の日本の上官責任の立法に際して参考となる部分を抽出することが試みられている。具体的には、留意すべきものとして以下の諸点が挙げられている。すなわち、これらの国々では、①上官責任を責任主義と整合させるために、過失による防止・抑止の懈怠類型や処罰懈怠類型を共犯の一種としてではなく独立した犯罪として定めていること、②上官が部下による犯罪を故意に防止しない類型に関しては、刑を加重する旨の規定がみられること、③文民の上官に対する上官責任の適用を限定するための立法上又は解釈上の手立

が必要であること、④上官が部下による犯罪の認識を欠きつつこれを防止しない類型に関して、ドイツやオーストリアでは「監督義務違反」という新たなカテゴリーを設けたことでその内容が不明確となっていること、⑤処罰懈怠の類型は自己負罪拒否特権との関係で処罰範囲が狭まること、⑥これらの国のいずれも、自国民が行為者・被害者として関わっていない場合も国外犯処罰を認めるための規定が設けられていることなどである。著者によれば、これらの諸点は、従来の国内刑法の理論体系を混乱させることなく上官責任を国内法化する際に大いに参考になるという。

以上が本論文の概要である。

三 以下では、本論文に対する評価を示すこととしたい。

1 本論文は、国際刑法上の上官責任概念につき、第二次大戦後の戦犯裁判を詳細に調査することでその歴史的沿革を解明し、また、アド・ホック法廷およびICCにおける上官責任規定とその適用例を網羅的に検討することで、その現代における姿を浮き彫りにするものである。加えて、日本の現在の立法状況が、上官責任概念に適切に対応できていないことを刑法学的観点から明らかにし、さらに日本と類似の刑法理論体系を有するドイツ語圏諸国の状況を調

査した上で、日本の今後のあるべき立法の方向性について提言を行う労作である。

著者の問題意識は、端的にいえば、日本がICCに加入した際に、実体法面での国内法化を行わなかったことの可否を上官責任という法概念の観点から明らかにするという点にある。序論で指摘されている通り、ICC規程の国内法化をめぐる従来の議論は、主としてジェノサイド罪をはじめとするICC規程各則上の犯罪類型の国内法化の要否という観点から展開するものが多く、総則上の論点を本格的に検討した例は少なかった。なかでも、本論文のテーマである上官責任の問題については、著者が博士課程に入学した当初、日本における先行業績はほとんどなく、ましてやそれが近時の国際刑事法廷の実務においてどのように展開しているかについて詳細に研究する先行業績はほぼ皆無であった。調査の手掛かりとなるような日本語文献がない中、膨大な量の外国語資料を渉猟して本論文を執筆した著者の労力は想像を絶するものであったといえよう。その努力自体をまず高く評価すべきである。

加えて、上官責任という法概念に着目した著者のセンスも評価したい。前述した通り、従来の国内法化をめぐる議論においては、ジェノサイド罪のような国際法上の犯罪が

日本刑法上の殺人罪などの犯罪には該当することを前提としつつ、それらの国内法上の犯罪の構成要件では国際法上の犯罪の保護法益を十分に捕捉できないという趣旨の議論が展開されてきた。たしかに、このような議論にも一定の説得力は認められる。しかし、実際に国内法的に処罰の空隙が生じない以上、日本政府の現在の対応に対する批判として迫力に欠けるところがあったことは否めない。これに対し本論文は、上官責任という日本刑法上でもそもそも不可罰となってしまう領域が存在する法概念を検討対象に据えることで、国内法化を行ってこなかった日本の立法政策に説得力をもって再考を迫るものとなっているといえる。

2 本論文の中でとりわけ高い学問的価値を有すると思われるのは、第二部第3章、同第4章および第三部第2章である。

まず、第二部第3章「主体要件Ⅱ」においては、上官責任の下で部下による犯罪を防止・処罰すべき作為義務を基礎づける「実質的管理」の概念の内実を明らかにすることを目指す。特にアド・ホック法廷の裁判例が数多く紹介された上で、実質的管理が認められるか否かを判断するための具体的基準が導き出されている。とりわけ、この検討においては、裁判所によって認定され、実質的管理の有無の

判断に際して考慮された事実を逐一具体的に挙げながら、実質的管理の内実が分析・検討されている。このような研究手法は、海外の先行業績でもみられないものである。というのも、国際刑事法廷の判決文は、その一つひとつが数百ページにも及ぶ分量があるため、各事件において認定された事実を網羅的に分析・検討してそこから具体的基準を導くというのには多大な労力を必要とするからである。にもかかわらず、本論文はそのような手法にあえて果敢に挑み、判例の理由づけをまとめることで、「実質的管理」の内実を①下位者の犯罪を防止・処罰する能力が、②組織の指揮系統又は階級構造に基づいていること、という簡潔な定式として示している。従来国際法廷における実質的管理の有無の判断は、雑多な考慮要素を整理することなく混乱と行われてきたことに鑑みれば、本論文の帰結は今後の実務にとって、大いに有用なものとなろう。

第二部第4章「不作為要件」においては、上官責任を定めるICC規程二八条の条文構造が極めて複雑であり、いかなる「不作為」が同条の下で処罰の対象とされているのかが不明確になっているとの問題意識から、同条の解釈をめぐる学説の整理・検討が行われている。著者によれば、現在までに主張されている学説は、次の二つの対立する見

解に大別することができる。すなわち、同条に基づく刑事責任が生じるためには、「管理懈怠」と「防止・抑止・付託懈怠」の双方の不作为が必要であると二分説と「防止・抑止・付託懈怠」のみをもって足りるとする単一説である。このような整理を行った上で、著者は、後者の見解を採用すべきだとしている。従来の学説においては、上記のような対立図式が意識されなまま、各々の論者が無意識のうちになぜか一方の立場を前提として議論を展開してきた。その結果として、たとえば上官責任における因果関係要件の位置づけをめぐって、論者間で議論がほとんど噛み合わないという事態が生じていた。本論文は、その原因が、不作为要件をめぐる二分説と単一説という根本的な理解の対立について、従来の学説が無自覚であったことにあると指摘する。これは従来の議論に新たな視角を提供するものであり、学問的に非常に高い価値を有する。著者の分析によれば、近時のICC第一審裁判部判決は、二分説的な立場に傾きつつある。著者はそのことを十分に意識しつつも、あえて二分説の問題点を詳細かつ徹底的に指摘し、単一説の立場から上官責任概念のあるべき全体構造を明瞭に示すことに成功している。このような試みは、単一説と二分説という上官責任概念の捉え方の差異に無自覚

であった従来の判例・学説に理論的な再考を迫るものであり、今後の実務に影響を与えることが期待できる。

なお、著者の見解が、既に実務の一部に影響を与えていることについて付言しておきたい。著者は、本論文第二部第4章の元となった法学政治学論究の論文（「国際刑法における上官責任の処罰対象としての不作为——国際刑事裁判所規程二八条を中心に」法学政治学論究一三三号（二〇一七年）一―三四頁）に大幅に加筆した英語論文を、国際的に権威ある査読付きの学術雑誌上で発表している（Kazuya Yokohama, 'The Failure to Control and the Failure to Prevent, Repress and Submit: The Structure of Superior Responsibility under Article 28 ICC Statute', *International Criminal Law Review*, Vol. 18 (April 2018), pp. 275-303）。ICCにおける上官責任のリーディング・ケースであるベンバ事件の検察側は、同事件の最終弁論後、上記論文を上訴裁判部に参考資料として追加提出するための申立てを行った（ICC (AC), Prosecution's Request for Leave to Present Additional Authority, ICC-01/05-01/08-3623, 13 April 2018, para. 2）。残念ながら、上記論文で扱われた論点は上訴裁判部において争点化しなかったため、この申立ては却下されたが、検察官が最終弁論終了後にわ

ざわざこのような申立てを行ったことは、上記論文の高い学術的価値を示すものである。そして、このことは同時に、上記論文の基礎となった本論文第二章第4章の学問的成果が、国際的な学術レベルに十分達しているものだということを裏づけるものである。

第三部第2章においては、現在の日本刑法ではICC規程上の上官責任に該当する行為を十分に処罰できないことが示された上で、ドイツ・スイス・オーストリアにおける上官責任概念が検討され、それを踏まえて日本におけるあるべき上官責任規定についての提言が行われている。これまで、ドイツやスイスの上官責任規定については若干の先行研究が存在したが、該当する条文の紹介が中心であった。これに対し、本章は、立法史、学説および判例を網羅的に検討しつつ、上官責任と他の犯罪類型・他の共犯形態との関係までも徹底に解明したものとなっており、高い資料的価値を有する。また、上官責任規定そのものの検討もさることながら、各国の場所的適用範囲の規定に関する検討、換言すれば、上官責任に該当する行為の国外犯処罰がどの範囲まで認められているかについての検討も詳細に行われている点が特徴的である。先行研究では、上官責任に該当する行為の日本刑法上の可罰性について検討したものはみ

られても、国外犯処罰の観点から上官責任の国内法化の問題を考察したものは皆無といつてよい。本章においては、日本の現行刑法では上官責任に該当する行為の大部分の国外犯処罰が不可能となっていることが示された上で、ドイツ語圏諸国における国外犯処罰規定を手掛かりに、今後の日本のあるべき立法方針が提示されている。ICC規程上の犯罪類型を日本刑法において国内法化するとき、国外犯処罰をいかなる範囲で認めるべきかという問題は本来不可避的に生ずるはずのものである。しかし、従来の日本の議論においてはこの点につき議論が極めて手薄であった。そのような意味で、ドイツ語圏諸国が上官責任に該当する行為の国外犯処罰を広く認めるための規定を採用していることを明らかにした本章の成果は、日本における国内法化の議論を疑いなく一歩進めるものといえよう。

3 このように、本論文は学問的価値の高い労作ではあるが、若干の問題点がないわけではない。まず、ICC規程上の上官責任概念を扱った第二部においては、ICCにおける初の上官責任の適用事例であるベンバ事件が頻繁に参照されているものの、同事件の上訴裁判部判決がほとんど反映されていない。特に、同事件上訴裁判部判決では、被告人が部下による犯罪に対して「必要かつ合理的な」措

置をとらなかつたことの証明が十分ではないとして、無罪が言い渡されている。それにもかかわらず、本論文では、上官がとるべき措置の必要性・合理性という基準の内実については、上訴裁判部判決を踏まえた検討がほとんどなされてはいない。ICCが現に直面した課題に対する学説からの応答という観点からは、たとえ上訴裁判部判決および付随する個別意見・反対意見が長大なものであることに加え、同判決と本論文の提出のタイミングの関係上、徹底した分析・検討が困難であつたという事情があつたとしても、本来であれば、少なくとも概略的には検討の俎上に載せられるべきであつたといえよう。今後、本論文を書籍化するのであれば、この点を補完することが期待される。

また、上官責任概念の国内法化のあるべき方法について論じた第三部第二章においては、ドイツ語圏諸国の比較法的検討から得た知見を基に、日本における上官責任の国内法化がいかなるかたちでなされるべきかについての方向性が示されているものの、具体的な提案内容は若干踏み込み不足であるように感じられる。たとえば、上官責任該当行為の国外犯処罰をいかなる範囲で認めるべきかについては、「日本国民が中核犯罪の行為者又は被害者となつた場合はもとより、そのような日本との関連性がない場合であつて

も刑法の適用を可能とすることが、本来的には望ましい」との指摘がなされている。しかしながら、上官責任の処罰懈怠類型や過失類型といった、「軽い」類型についても、常に国外犯処罰を認めるべきかについては、慎重に結論が留保されている。このような帰結は、当初の問題意識からすると、トーンダウンといえなくもない。著者も自覚している通り、この問題をめぐっては、「国外犯処罰をすべきか否か」という単純な二項対立ではなく、自国民が中核犯罪に関わつた場合にのみ国外犯処罰を認めるのか、それとも、自国との連結点がなくとも常に国外犯処罰を認めるのかという、国外犯処罰の範囲の問題も存在する。この「範囲」をめぐる議論にも目を配りながら、あるべき国外犯処罰の範囲についてより踏み込んだ具体的な提言をすることが望まれたところである。

これらの点は、むしろ、本論文の学術的価値を些かなりとも減殺するものではなく、著者にとつての今後の課題とされるべきものである。

四 以上のように、本論文は、上官責任という国際刑法固有の法理の全体像を体系的に解明した貴重な研究であり、日本における国際刑法学の水準を高める学問的価値の高い



労作である。ここから、審査員一同は、横濱和弥君に博士(法学)(慶應義塾大学)の学位を授与することが適当であるとの一致した結論に至ったものである。

平成三一(二〇一九)年二月二八日

主査

慶應義塾大学法学部教授  
法学研究科委員・博士(法学)

佐藤 拓磨

副査

慶應義塾大学法学部教授  
法学研究科委員・博士(法学)

亀井源太郎

副査

慶應義塾大学法学部教授  
法学研究科委員・法学博士(Dr. III)

オステンブライツ