慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	侵略犯罪と国内法化：ドイツにおける近時の立法動向を素材に
Sub Title	Das Aggressionsverbrechen und seine Implementierung in Deutschland
Author	Osten, Philipp(Kubota, Takashi) 久保田, 隆
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2017
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.37 (2017. 2) ,p.269- 298
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	井田良教授退職記念号#論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20170224-0269

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.

侵略犯罪と国内法化

――ドイツにおける近時の立法動向を素材に――

フィリップ・オステン
久保田　隆

一　はじめに――問題の所在
二　国際刑事裁判所規程（ICC 規程）における侵略犯罪
（一）実体法上の特色――侵略犯罪の定義
（二）手続法上の特色――侵略犯罪に関する管轄権行使の条件
三　ドイツにおける侵略犯罪の国内法化
（一）改正法案の概要
（二）現行刑法典における侵略戦争関連規定の取扱い
（三）保護法益
（四）国家による侵略行為
1　侵略戦争
2　その他の侵略行為
（五）個人による侵略犯罪
1　各行為類型の概観
2　各行為類型の法定刑および減軽類型
3　各行為類型の未遂の可罰性
（六）客観的処罰条件としての侵略行為の実行および危険の発生
（七）犯罪の主体の限定および特権免除
（八）ドイツとの関連性要件
1　場所的適用範囲（世界主義）の限定
2　犯罪の定義における限定
四　おわりに――日本刑法への示唆

一　はじめに――問題の所在

国際刑事裁判所（International Criminal Court – ICC）は、「国際社会全体の関心

事である最も重大な犯罪」――いわゆる「中核犯罪」（core crimes）――について管轄権を有する常設の国際刑事法廷である。ICC の設立条約である「国際刑事裁判所に関するローマ規程」（ICC 規程）[1] によれば、中核犯罪の訴追・処罰は、第一義的には ICC 規程締約国の任務であり、ICC はこれを補完する機関として位置づけられている（いわゆる「補完性の原則」。ICC 規程前文、1 条および 17 条）。もっとも、ICC 規程上、締約国は ICC の対象犯罪を国内法化する義務を有しているわけではない。しかしながら、締約国の中には、「補完性の原則」の履行などを目的として、中核犯罪のうち、ICC 設立当初から対象犯罪とされてきた 3 つの犯罪類型――すなわち、集団殺害犯罪（ICC 規程 6 条。いわゆる「ジェノサイド罪」）、人道に対する犯罪（同 7 条）および戦争犯罪（同 8 条）――を自国の国内刑法上も犯罪化した国が数多く存在する。他方、これら 3 つの犯罪とは異なり、2010 年の ICC 規程改正に至ってようやく定義が確定した侵略犯罪（crime of aggression – ICC 規程 8 条の 2）に関しては、同罪に関する ICC 規程の改正が未発効ということもあり、現時点で国内法化を完了している国は数えるほどしかない [2]。

これに対して、ドイツにおいては、近時、侵略犯罪を国内法化するための立法作業が行われ、国内外からの注目を集めている。そこで、本稿では、今般のドイツにおける侵略犯罪の国内法化をめぐる動向についての考察を試みる。本稿をもって、日独刑法学の架け橋でいらっしゃる井田先生からのひとかたならぬ学恩にいささかなりとも報いることができれば幸いである [3]。

本稿の主たる検討対象は、ドイツ「国際刑法典」（Völkerstrafgesetzbuch）[4] の改正をめぐる議論の動向である。国際刑法典とは、ドイツが ICC 規程を批准

1）1998 年 7 月 17 日採択、2002 年 7 月 1 日発効。ドイツはこれを 2000 年 12 月 11 日に批准し（2002 年 7 月 1 日発効）、日本は 2007 年 7 月 17 日に加入した（同年 10 月 1 日発効）。

2）後述の今般のドイツの法案理由書（BT-Drs. 18/8621, S. 11）によれば、2016 年 6 月 1 日現在で 7 か国であるとされる。そのうちの 1 つであるオーストリアの侵略犯罪処罰規定（オーストリア刑法典 321 条 k）については、*Konrad G. Bühler/Astrid Reisinger Coracini*, Die Umsetzung des Römischen Statuts in Österreich, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik 2015, 509 f. を参照。

するにあたって行った立法手当のうち、もっぱらICC規程の実体法的側面（刑法総則的規定および各則的規定）に関する国内法化を行うために2002年6月末に公布・施行したものである。国際刑法典には、制定当時[5]から現在（2016年11月）に至るまで、侵略犯罪が規定されていない。というのも、同罪については、国際刑法典の制定当時、ICC規程にも定義が存在せず、対象犯罪を列挙している規程5条に名目的に包含されていたにすぎなかったからである。

ところが、2010年、ICC規程採択後初の規程再検討会議がウガンダの首都カンパラにて開催され、そこで侵略犯罪の定義および同犯罪に関するICCの管轄権行使の条件に関する合意が成立したことで[6]、ドイツもまた同罪の国内法化に向けて歩みを進めることとなった。すなわち、ドイツは、侵略犯罪関連規定に関する規程改正の批准に向けた準備と並行する形で[7]、侵略犯罪の国内法化に向けた立法作業を開始したのである。そして、2016年6月1日、侵略犯罪処罰規定を含む国際刑法典改正法案[8]がドイツ連邦議会に上程されるに

3）国際刑事法に関する井田先生のご論稿としては、井田良「越境犯罪と刑法の国際化―問題の素描」ハンス・ペーター・マルチュケ＝村上淳一〔編〕『グローバル化と法　＜日本におけるドイツ年＞法学研究集会』信山社（2006年）所収165頁以下などがある。これは、2005年に開催された日独記念シンポジウムで行われたご報告に基づくものであるが、その際、筆者のひとり・オステンが同じパネルで報告し、ともに議論させていただいたことは忘れることのできない先生との貴重な思い出の一つである。また、先生は、2015年11月24日に韓国・ソウルで行われたシンポジウムにおいて、「日本における国際刑法をめぐる今日の議論」（Die heutige Diskussion um das Internationale Strafrecht in Japan）と題したドイツ語のご講演も行っている（公刊予定）。

4）Völkerstrafgesetzbuch vom 26. Juni 2002（BGBl. I S. 2254）. 同法に関する邦文献として、フィリップ・オステン「国際刑事裁判所規程と国内立法―ドイツ『国際刑法典』草案を素材として」ジュリスト1207号（2001年）126頁以下、同「国際刑事裁判所の設立と立法上の対応（上）・（下）―ドイツ『国際刑法典』草案が日本に示唆するもの」捜査研究608号（2002年）66頁以下・610号（2002年）62頁以下、同「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）51頁以下（61-63頁）などを参照。

5）国際刑法典の起草段階において侵略犯罪の国内法化に関する予備的考察を行っている論稿として、*Claus Kreß*, Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs, Baden-Baden 2000, S. 37-40を参照。

至った。その後、同年 9 月 26 日には、7 名の学者・実務家を招いての公聴会[9]が開かれ、立法作業は佳境を迎えている。

以下では、まず、ICC 規程における侵略犯罪について概観した上で（二）、それを比較対象としながら、今般のドイツ国際刑法典改正法案について検討を加えることとする（三）。そして最後に、日本における侵略犯罪の国内法化についても若干の言及を行う（四）。

二　国際刑事裁判所規程（ICC 規程）における侵略犯罪

侵略犯罪は、他の 3 つの ICC 規程対象犯罪とは異なり、1998 年の規程採択の際に対象犯罪として列挙されはしたものの（ICC 規程 5 条 1 項（d））、その定義および管轄権行使の条件については将来の規程検討会議に委ねられることとなっていた（同 5 条 2 項、123 条 1 項）。その後、2010 年のカンパラ会議で侵略犯罪に関する改正決議が採択され、同罪については、犯罪の定義（同 8 条の 2）、ICC による管轄権行使の前提条件（同 15 条の 2 および 15 条の 3）、および、関与形式（同 25 条 3 項の 2）に関する規定が新設された（いずれも未発効）[10]。以下では、これら侵略犯罪関連規定の特徴を実体法と手続法とに分けて概観する。

6）いわゆる「カンパラ会議」に関して詳しくは、クラウス・クレス＝レオニー・フォン・ホルツェンドルフ〔著〕＝フィリップ・オステン＝小池信太郎〔訳〕「侵略犯罪に関するカンパラ合意―日本とドイツに示唆するもの」ジュリスト 1421 号（2011 年）62 頁以下、岡野正敬「国際刑事裁判所ローマ規程検討会議の結果について」国際法外交雑誌 109 巻 2 号（2010 年）74 頁以下、竹村仁美「国際刑事裁判所規程検討会議の成果及び今後の課題」九州国際大学法学論集 17 巻 2 号（2010 年）1 頁以下などを参照。

7）ドイツでは、2013 年 2 月 20 日、カンパラ合意に関する ICC 規程改正が連邦議会において承認されたのち（BGBl. 2013 II S. 139）、同年 6 月 3 日に連邦政府が同改正に関する受諾書を寄託した。

8）Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches, BT-Drs. 18/8621.

9）https://www.bundestag.de/recht#url=L2Rva3VtZW50ZS90ZXh0YXJjaGl2LzIwMTYva3czOS1wYS1yZWNodC12b2Vsa2VycmVjaHQvNDU5NDAw&mod=mod440810（2016 年 11 月 18 日最終閲覧）。ここには、公聴会に出席した専門家 7 名の意見書（Stellungnahme）も掲載されている。

（一）実体法上の特色――侵略犯罪の定義

ICC 規程 8 条の 2 第 1 項によれば、「『侵略犯罪』とは、国家の政治的又は軍事的行動を実効的に支配し又は指揮する地位にある者による行為であって、その性質、重大性及び規模により国際連合憲章の明白な違反を構成する侵略行為の計画、準備、開始又は実行をいう」[11] とされる。そして、同条 2 項には、「『侵略行為』とは、国家による他の国家の主権、領土保全若しくは政治的独立に対する、又は国際連合憲章と両立しないその他の方法による武力の行使をいう〔……〕」とある。要するに、侵略犯罪とは、一定の地位にある個人が 1 項所定の行為によって、2 項の定義する国家による侵略行為の一端を担うことをいうのである。

まず、侵略犯罪の前提となる国家による「侵略行為」について定める ICC 規程 8 条の 2 第 2 項は、1974 年 12 月 14 日に国際連合（国連）総会によって採択された「侵略の定義に関する決議」（国連総会決議 3314）[12] の 1 条の文言をほぼそのまま踏襲したものである。もっとも、ICC 規程上の侵略犯罪の基礎たりうるのは、同決議にいう侵略行為のうち、国連憲章に明白に違反するものだけである。すなわち、ICC 規程における侵略行為には、8 条の 2 第 1 項によって、国連憲章違反の明白性が要件として課されているのである（いわゆる「敷居条項」）。したがって、国連憲章の違反を構成するか否かにつき疑義のある、ごく小規模な武力衝突や、いわゆる「人道的干渉」（humanitarian intervention）[13] な

10）これらの規定のほかにも、規程の解釈および適用にあたって ICC が参考とする犯罪構成要件文書（Elements of Crimes – ICC 規程 9 条）の改正（8 条の 2 に関する序文〔Introduction〕4 項目と要件〔Elements〕6 項目）、および、新規定の解釈の補助手段として用いられる了解（Understandings）7 項目が決議に盛り込まれている。

11）ICC 規程中未発効の規定に関しては、日本政府による公定訳が公布されていないため、邦訳は筆者らの手による。訳出にあたっては、薬師寺公夫＝坂元茂樹＝浅田正彦〔編〕『ベーシック条約集〔2016 年版〕』東信堂（2016 年）841 頁以下を参考にした。以下、公定訳が存在しないその他の条文についても同様とする。

12）UN Doc. A/Res/29/3314.

13）人道的干渉の適法性をめぐる議論については、さしあたり、杉原高嶺『国際法学講義〔第 2 版〕』有斐閣（2013 年）182−185 頁などを参照。

どは、ICC の管轄権から除外される[14)]。なお、ICC 規程 8 条の 2 第 2 項には、侵略行為の個別的行為類型として、(a) から (g) までの 7 つが列挙されているが、これらは国連総会決議 3314 の 3 条を踏襲したものである。

次に、個人による「侵略犯罪」については、ICC 規程 8 条の 2 第 2 項において、計画・準備・開始・実行の 4 つの行為類型が定められている。これらは、「平和に対する罪」に関するニュルンベルク国際軍事裁判所条例 6 条 (a) および極東国際軍事裁判所（東京裁判）条例 5 条（イ）所定の「〔侵略戦争等の〕計画、準備、開始、又は遂行」を原型とするものである[15)]。ICC 規程上、他の 3 つの中核犯罪については原則として未遂の可罰性しか認められていないことに照らせば（ICC 規程 25 条 3 項 (f)）[16)]、侵略犯罪については、処罰が「前倒し」ないし「早期化」されているといえよう[17)]。同罪のさらなる特徴としては、犯罪の主体が「国家の政治的又は軍事的行動を実効的に支配し又は指揮する地位にある者」に限定されていることが挙げられる（いわゆる「指導者条項」。ICC 規程 8 条の 2 第 1 項）[18)]。さらに、これに伴って、関与形式に関する ICC 規程 25 条 3 項の 2 が新設され、25 条 3 項に規定されている各関与形式についても指導者条項が適用されることとなった。そのため、かかる地位を有しない者は、正犯はもとより共犯にもなりえない。

14）Claus Kreß, 'The state conduct element', in: Claus Kreß and Stefan Barriga (eds.), *The Crime of Aggression: A Commentary*, Vol. 1, Cambridge University Press: 2016, pp. 513 *et seq*.

15）フィリップ・オステン「『平和に対する罪』を再び裁くこと―国際刑事裁判所における『侵略犯罪』規定採択の意義」新井誠＝小谷順子＝横大道聡〔編〕『地域に学ぶ憲法演習』日本評論社（2011 年）所収 274 頁以下（初出：法学セミナー 670 号（2010 年）64 頁以下）などを参照。

16）ジェノサイド罪についてだけは「扇動」の可罰性も認められている（ICC 規程 25 条 3 項 (e)）。

17）フィリップ・オステン「国際刑法の新たな処罰規定―『侵略犯罪』の意義と課題」刑事法ジャーナル 27 号（2011 年）15 頁参照。

18）「指導者条項」については、田中誠「国際刑事裁判所規程における『侵略犯罪』の主体―起草過程における議論を中心として」防衛大学校紀要 106 輯（2013 年）221 頁以下、古谷修一「指導者の犯罪としての侵略犯罪―システム責任の顕在化」柳井俊二＝村瀬信也〔編〕『小松一郎大使追悼　国際法の実践』信山社（2015 年）所収 309 頁以下などを参照。

（二）手続法上の特色――侵略犯罪に関する管轄権行使の条件

実体法上の諸規定の改正とは対照的に、カンパラ会議において議論が紛糾したのが、次にみる手続法上の諸論点である。

まず、ICC 規程採択当初より、ICC が中核犯罪に関する管轄権を行使するためには、(a) 締約国付託、(b) 国連安全保障理事会（安保理）付託および (c) ICC 検察官の職権に基づく捜査開始という 3 つの「トリガー」のいずれかを契機とする必要があるとされているところ（ICC 規程 13 条）、2010 年の規程改正[19]によって、侵略犯罪に関してだけは、(a)・(c) の場合と (b) の場合とで異なる管轄権行使条件が定められたのである（同 15 条の 2 および 15 条の 3）。ごく簡潔にいえば、(b) については、他の中核犯罪の場合と条件が変わらない（すなわち、全世界のあらゆる侵略犯罪に対して管轄権を行使しうる）のに対して、(a) と (c) については、とりわけ非締約国および規程改正の非受諾国が侵略の当事者となった場合に、ICC の管轄権が他の犯罪に比べて制限されることとなった（同 15 条の 2 第 5 項）[20]。

次に、とりわけ (a) と (c) の場合に、国連安保理による侵略行為の存在の決定が不要であるとされたことが重要である[21]。というのも、国連安保理には国連憲章 39 条に基づいて侵略行為の存在を決定する権限が付与されているところ、ICC による管轄権行使に関してもかかる決定を条件とするか否かにつ

19）ICC 規程改正の法的根拠をめぐる議論についての近時の論稿として、青山健郎「国際刑事裁判所に関するローマ規程の侵略犯罪に関する改正（侵略犯罪改正）―その受諾に関する主要論点」国際法外交雑誌 114 巻 2 号（2015 年）93 頁以下を参照。

20）例えば、改正を受諾した締約国に対して非締約国の国民が侵略を行った場合には、ICC は管轄権を行使できない。もっとも、関連規定の解釈をめぐっては議論が錯綜している。これに関する邦文献として、久保田隆「国際刑事裁判所規程における『侵略犯罪』の新設―カンパラ合意をめぐる諸問題と今後の課題」法律学研究（慶應義塾大学法学部）46 号（2011 年）105 頁以下、東澤靖「国際刑事裁判所ローマ規程の侵略犯罪の改正―ICC は侵略犯罪を裁くことができるのか。」明治学院大学法科大学院ローレビュー 14 号（2011 年）112-120 頁、真山全「国際刑事裁判所規程検討会議採択の侵略犯罪関連規定―同意要件普遍化による安保理事会からの独立性確保と選別性極大化」国際法外交雑誌 109 巻 4 号（2011 年）18-27 頁などを参照。

いて、かねてより、安保理常任理事国である英仏とその他の締約国との間で主張が真っ向から対立していたからである[22)]。

最後に、カンパラ会議においては、侵略犯罪に関する管轄権行使の開始時期が先送りされたことについても付言しておきたい。すなわち、ICC 規程 15 条の 2 および 15 条の 3 によって、侵略犯罪に関する ICC の管轄権は、① 30 か国以上の締約国が改正を批准または受諾してから 1 年が経過し（両条 2 項）[23)]、かつ、②管轄権行使に関する締約国による新たな決定が 2017 年 1 月 2 日以降になされてはじめて行使可能となるとされたのである（両条 3 項）[24)]。

三　ドイツにおける侵略犯罪の国内法化

（一）改正法案の概要

2016 年 6 月の国際刑法典改正法案では、侵略犯罪処罰規定の新設と既存の関連法規の改正が予定されている。まず、国際刑法典についてみると、総則では、場所的適用範囲（世界主義）に関する国際刑法典 1 条に第 2 文が追加され、各則には、侵略犯罪の処罰規定である新 13 条が新設される（その他、新 13 条の挿入に伴う条数の変更も行われる）。さらには、ドイツ刑法典にすでに存在する侵略戦争関連犯罪の処罰規定である刑法典 80 条および 80 条 a の削除、およ

21）ただし、上記（c）の場合には、検察官はまず安保理が事前に侵略行為の存在を決定しているか否かを確認しなければならず（ICC 規程 15 条の 2 第 6 項）、確認後 6 か月以内にそのような決定が下されない場合には、捜査開始に予審裁判部門の許可等を要することとなった（同条 8 項）。

22）この点に関する起草時の議論について詳しくは、新井京「侵略犯罪」村瀬信也＝洪恵子〔編〕『国際刑事裁判所―最も重大な国際犯罪を裁く（第二版）』東信堂（2014 年）所収 195-198 頁、真山全「侵略犯罪に関する国際刑事裁判所カンパラ改正―平和及び安全の維持制度の不完全性と selective justice」国際法外交雑誌 114 巻 2 号（2015 年）4-5 頁などを参照。

23）2016 年 6 月 26 日のパレスチナによる批准をもって 30 か国に達した（同年 11 月 18 日現在 32 か国）。

24）オステン（前掲注 17））16 頁参照。

び、それに伴う刑事訴訟法等の改正も盛り込まれている。法案の施行については、2017 年 1 月 1 日が期日として定められている。

立法の目的としては、改正法案の理由書の中で、ICC 規程の掲げる補完性の原則にかんがみて、侵略犯罪に関してドイツ国内において優先的に刑事訴追を行えるようにすること、および、ドイツとの関連性を有する事件を常に自らの手で訴追できるようにすることが挙げられている[25)]。また、侵略犯罪を刑法典ではなく国際刑法典に追加することについては、国際刑法上の犯罪としての性質および他の中核犯罪との密接性を明確にするためであるとされている[26)]。

今般の改正案の中核部分をなす国際刑法典 1 条新 2 文および新 13 条を試訳すると、以下のようになる[27)]。

第 1 章　一般規定

第 1 条　適用範囲

この法律は、この法律に定める国際法に対する罪のすべてに適用され、第 6 条から第 12 条までに定める重罪については、犯罪が国外で行われ、かつ、内国との関連性を有しない場合であっても、この法律が適用される。国外で行われた第 13 条の罪については、行為者がドイツ人であり、又は犯罪がドイツ連邦共和国に向けられている場合には、犯罪地の法にかかわらず、この法律が適用される。

第 2 章　国際法に対する罪

第 3 節　侵略犯罪

第 13 条　侵略犯罪

25）BT-Drs. 18/8621, S. 11.

26）BT-Drs. 18/8621, S. 12.

27）BT-Drs. 18/8621, S. 5 f. 下線部は、今般の改正による変更箇所である。また、亀甲括弧による補足は筆者らによる。

（1）　侵略戦争を実行し、又はその性質、重大性及び規模により国際連合憲章の明白な違反を構成するその他の侵略行為を行った者は、終身自由刑に処する。

（2）　侵略戦争又は第1項にいうその他の侵略行為を計画し、準備し、又は開始した者は、終身自由刑又は10年以上の自由刑に処する。第1文の罪は、

1. 侵略戦争が実行され、若しくはその他の侵略行為が行われた場合、又は
2. かかる罪によって、侵略戦争若しくはその他の侵略行為の危険がドイツ連邦共和国にもたらされている場合

にのみ可罰的である。

（3）　侵略行為とは、国家による〔他の〕国家の主権、領土保全若しくは政治的独立に対する、又は国際連合憲章と両立しないその他の方法による武力の行使をいう。

（4）　第1項及び第2項の罪については、国家の政治的又は軍事的行動を支配し又は指揮する実質的な地位にある者のみが関与者たりうる。

（5）　第1項のうち、犯情があまり重くない事案では、10年以上の自由刑を科し、第2項のうち、犯情があまり重くない事案では、5年以上の自由刑を科する。

（二）現行刑法典における侵略戦争関連規定の取扱い

新13条の検討に先立って、現行のドイツ刑法典における侵略戦争（Angriffskrieg）関連規定、すなわち、侵略戦争の予備（Vorbereitung）に関する刑法典80条、および、侵略戦争の挑発（Aufstacheln）に関する同80条aについて概観する[28)]。

刑法典80条は、「ドイツ連邦共和国にかかわるべき侵略戦争（基本法第26条第1項）の予備を行い、これによりドイツ連邦共和国に戦争の危険を生じさせた者は、終身自由刑又は10年以上の自由刑に処する」と定める。同80条aで

28）以下、ドイツ刑法典の訳文については、法務省大臣官房司法法制部『ドイツ刑法典』法務資料461号（2007年）を基に、適宜変更を加えた。

は、「この法律の場所的適用範囲において、公然と、集会で、又は文書の頒布により、侵略戦争（第 80 条）を挑発した者は、3 月以上 5 年以下の自由刑に処する」とされている。

これらの規定の背景にあるのは、ドイツ基本法（憲法）26 条 1 項の規定である。同項は、「諸国民の平和的共生を阻害することに適しており、かつそのような意図をもって行われる行為、特に侵略戦争の実行を準備する行為は、違憲である。そのような行為は、刑罰の対象となる」[29] とする。つまり、ドイツの立法者には、憲法上、侵略戦争の準備行為等を犯罪化する義務が課せられているのである。これを受けて、（旧西）ドイツでは、1968 年に刑法典 80 条および 80 条 a が新設されることとなった [30]。

今般の国際刑法典改正法案では、これらの規定は削除されることになっている [31]。法案の理由書によれば、80 条 a の侵略戦争の挑発が削除されることによって生じる処罰の間隙は、既存の刑法典 111 条（犯罪行為への公然の扇動）によってカバーできるとされる [32]。

しかしながら、このような立法者見解に対しては、2016 年 9 月の公聴会にて批判が提起されている。その論拠は、一般規定としての犯罪扇動の処罰規定では侵略犯罪の不法の性質を十分に反映できないこと [33]、「挑発」と「扇動」

29）訳文は、永田秀樹「ドイツ基本法」阿部照哉＝畑博行〔編〕『世界の憲法集〔第四版〕』有信堂高文社（2009 年）所収 286 頁を基に、適宜変更を加えた。

30）両条に関する唯一の裁判例として、LG Köln, NStZ 1981, 261 を参照。

31）より正確には、80 条および 80 条 a の 2 か条だけでなく、両条からなる刑法典各則第 1 章第 1 節「平和に対する反逆」が削除される。それに伴って、第 1 章の見出しからも同文言が削除され、「内乱及び民主主義的法治国家の危殆化」と変更される。

32）BT-Drs. 18/8621, S. 22. 同旨、*Christoph Barthe*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 26. September 2016, S. 11. なお、侵略犯罪の扇動ないし挑発を処罰する規定は、（カンパラ会議後の）ICC 規程にも存在しない。これに対して、ジェノサイド罪に関しては、直接かつ公然の扇動が処罰の対象とされており（ICC 規程 25 条 3 項（e））、ドイツ刑法上も刑法典 111 条によって可罰性が担保されている。*Claus Kreß*, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach（Hrsg.）, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8 Nebenstrafrecht III Völkerstrafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2013, § 6 VStGB, Rn. 27.

の違いに着目し、後者の方が前者よりも処罰範囲が広いこと[34]、および、侵略犯罪に関しては非身分者による（特定の個人に対する）教唆は不可罰であるにもかかわらず（後述）、非身分者による（不特定の第三者に対する）扇動は「教唆犯（26条）と同様に処罰される」（刑法典111条1項）という価値矛盾に陥ることなどである[35]。

（三）保護法益

ドイツが国際刑法典新13条を導入する理由の1つとして、今次国内法化される侵略犯罪と既存の侵略戦争の準備・挑発との保護法益の違いが挙げられる。刑法典80条および80条aは、「ドイツ連邦共和国にかかわるべき侵略戦争」の予備および挑発に限って処罰することを定めたものである。つまり、ドイツが侵略戦争の当事者――加害国または被害国のいずれか[36]――となることが要件とされているのである。このことからも看取されるように、刑法典80条および80条aの保護法益は、第一義的には――とりわけ80条には刑法典5条1号（削除予定）に基づき国家保護主義が適用されることからも推論されるとおり――「〔ドイツ〕連邦共和国の安全」[37]なのである。

これに対して、今般の改正法案の理由書では、国際刑法典新13条の保護法

33）*Rolf Raum*, Stellungnahme für die Anhörung am 26. September 2016 zur „Änderung zum Völkerstrafgesetzbuch“, S. 4.

34）*Arndt Sinn*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches BT-Drs. 18/8621. Öffentliche Anhörung am 26.9.2016 im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, S. 4 f.

35）*Sinn*, a. a. O.（Fn. 34）, S. 6 f.

36）*Kristian Kühl*, in: Karl Lackner/Kristian Kühl（Hrsg.）, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., München 2014, § 80, Rn. 2. ドイツが加害国となった場合に限定されるか否かという点に関しては争いがある。詳しくは、*Hans-Ullrich Paeffgen*, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen（Hrsg.）, Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl., Baden-Baden 2013, § 80, Rn. 18 m. w. N.

37）*Detlev Sternberg-Lieben*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder（Hrsg.）, Strafgesetzbuch, 29. Aufl., München 2014, § 80, Rn. 2. 同書では、ドイツの安全に加えて、「侵略戦争によって脅威に晒される国際の平和」もまた保護の対象であるとされている。

益は、国家的法益ではなく、（国際的法益ともいうべき）「国際の平和」[38] であるとされている。このような理解は、侵略犯罪が刑法典ではなく国際刑法典に規定されたことによって強調されているという[39]。これは、「国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪」たる中核犯罪の保護対象には、一国の安全だけでなく、「拡張された（実質的）平和概念」という中核犯罪固有の法益までもが包含されているとする従前の保護法益論[40] に照らしても妥当な帰結である。さらに、同条は、後述のとおり 2 項 2 文 2 号において刑法典 80 条を継承するものでもあることから、（ドイツに対する侵略の場合に限り）国家的法益も併せて保護されているとする見解[41] も見受けられる。結論としては、国家的法益の保護を吟味しつつ国際的法益の保護へと重点が移されたと解するのが妥当であると思われる。

（四）国家による侵略行為

国際刑法典新 13 条では、個人の侵略犯罪の前提となるべき国家[42] による

38）BT-Drs. 18/8621, S. 17, 22. 加えて、後述のとおり、侵略犯罪の場所的適用範囲に関する国際刑法典 1 条新 2 文が「不真正世界主義」とされていることからも保護法益の国際性をうかがい知ることができよう。

39）*Florian Jeßberger*, Schriftliche Zusammenfassung meiner Stellungnahme vor dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 26. September 2016 zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches“ – Drucksache 18/8621 –, Rn. 5.

40）フィリップ・オステン「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』慶應義塾大学出版会（2008 年）所収 217 頁以下参照。

41）*Jeßberger*, a. a. O.（Fn. 39）, Rn. 5.

42）国際法上の武力行使の禁止を非国家主体にまで及ぼそうとする動きがみられることを指摘するものとして、*Barthe*, a. a. O.（Fn. 32）, S. 9 f.; *Robert Frau*, Schriftliche Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 26. September 2016. „Völkerstrafgesetzbuch“ – Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches, BT-Drs. 18/8621, S. 3 f. を参照。

行為として、「侵略戦争」（Angriffskrieg）と「その他の侵略行為」（sonstige Angriffshandlung）が定められている（1 項および 2 項）。

1　侵略戦争

「侵略戦争」とは、国際法上の侵略の最も重大な形式であるとされるが[43]、これは、ICC 規程には存在しない概念である。にもかかわらず新 13 条に「侵略戦争」という概念が盛り込まれたのは、刑法典 80 条の文言（侵略「戦争」の予備）を踏襲することで、基本法 26 条所定の侵略戦争の禁止を顧慮した結果であるとされる。また、これを条文に例示することは、（広義の）「侵略行為」概念の明確性に資するともされる[44]。

もっとも、「侵略戦争」概念の導入に対しては、批判が見受けられる。まず、「侵略行為」には「侵略戦争」も当然に含まれるため、前者をもって基本法上の要請に応えることができるとする批判[45]がある。次に、法案起草者は「明確性に資する」というが、「侵略戦争」という概念の不明確性はかねてより指摘されているところであり、したがって、同概念の導入は、実務に困難かつ無用な解釈作業を強いるだけであるとの批判[46]もある。最後に、侵略戦争と侵略行為とが「又は」でつながれていることにかんがみれば、「侵略行為」が「侵略戦争」とは別個の独自の適用領域を有するとの解釈がありうるところ、その帰結として、犯罪の成立範囲が ICC 規程のそれよりも広くなることが考えられるが、それは国際慣習法の尊重という観点からも望ましくないとの批

43）この点、Judgment of the *International Military Tribunal* for the Trial of German Major War Criminals, Nuremberg 30th September and 1st October 1946, London, Her Majesty's Stationery Office, 1946, p. 13 参照（"...waging a war of aggression is the supreme crime under international law"）。

44）BT-Drs. 18/8621, S. 16.

45）*Claus Kreß*, Gutachterliche Stellungnahme für den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zur Vorbereitung der Öffentlichen Anhörung zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches（BT-Drucksache 18/8621）" am 26. September 2016, S. 4.

46）*Kreß*, a. a. O.（Fn. 45）, S. 4 f.

判[47]が提起されている。

2　その他の侵略行為

「侵略行為」については、新13条3項に定義規定が置かれている。それによれば、「侵略行為とは、国家による〔他の〕国家の主権、領土保全若しくは政治的独立に対する、又は国際連合憲章と両立しないその他の方法による武力の行使をいう」とされる。これは、ICC規程8条の2第2項1文の定義を踏襲したものである。

上述の「敷居条項」についても、国際刑法典新13条1項において、ICC規程8条の2第1項の文言が逐語的に採用された（「その性質、重大性及び規模により国際連合憲章の明白な違反を構成する」侵略行為）[48]。したがって、国際刑法典においても、新13条3項に定義される侵略行為のうち、国連憲章に明白に違反するものだけが可罰性を基礎づけうるとされたのである。国連憲章違反の明白性については、性質、重大性および規模の3つのメルクマールがすべて重畳的に充足されなければならないのか、それとも、ICC規程8条の2に関する了解7項2文[49]にあるとおり、2つの要素が充足されていればそれで足りるのかという論点がある。これは、例えば、武力行使の性質の観点からは違法性につき争いのある人道的干渉の場合に、重大かつ大規模な攻撃が行われたときに問題となりうる。改正法案の理由書は、先の了解7項を引用し、2つの要素の充足で足りると解しているようであるが[50]、これに対しては、明文上「及び」とあることに依拠して、明確性の原則との整合性を問う意見[51]もみられる。

ICC規程と明らかに異なる点としては、国際刑法典新13条では、ICC規程

47）*Kreß*, a. a. O.（Fn. 45）, S. 5 f.

48）BT-Drs. 18/8621, S. 16.

49）「いずれの要素も、単独では明白性の基準を充足させるに十分な重要性を有しえない」。

50）BT-Drs. 18/8621, S. 16.

51）*Barthe*, a. a. O.（Fn. 32）, S. 8.

8 条の 2 第 2 項 2 文に列挙されている 7 つの個別的行為類型が規定されていないことである。法案理由書によれば、その目的は、一覧性の確保であるとされる[52]。2016 年 9 月の公聴会でも、この点に関しては争いがなかったようである[53]。

（五）個人による侵略犯罪

国際刑法典新 13 条では、個人による侵略犯罪の個別的行為類型として、国家による侵略戦争またはその他の侵略行為の「計画」、「準備」および「開始」（2 項）ならびに「実行」（1 項）が定められている。これは、ICC 規程 8 条の 2 第 1 項に「計画、準備、開始又は実行」とあることに依拠したものであり、それらを不法内容の程度に応じて[54] 2 つの項に分けて規定したものである。

なお、先にみたとおり、現行刑法典 80 条および 80 条 a では、それぞれ「予備」（Vorbereitung）[55] および「挑発」のみが規定されているにとどまることにかんがみれば、国際刑法典新 13 条では処罰範囲が拡大されたといえる。これは、基本法 26 条 1 項の犯罪化義務にも合致するとされる[56]。

1　各行為類型の概観

侵略戦争等の「計画」は、改正法案の理由書によれば、狭く解されるべきであるとされる。つまり、単なる思索をいうのでは不十分である。一方、（まだ

52）BT-Drs. 18/8621, S. 19.

53）明示的に賛意を表するものとして、*Barthe*, a. a. O.（Fn. 32）, S. 9 を参照。

54）BT-Drs. 18/8621, S. 18.

55）訳語は、法務資料『ドイツ刑法典』（前掲注 28））73 頁に依った。なお、ICC 規程 8 条の 2 所定の「準備」（preparation, préparation）のドイツ語公定訳もまた「Vorbereitung」であるため、（少なくとも侵略犯罪に関する限り）ドイツ語では文言上の区別は図られていない。

56）*Ferdinand Wollenschläger*, Schriftliche Stellungnahme. Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zum Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Völkerstrafgesetzbuches BT-Drs.18/8621 am 26. September 2016, S. 10.

詳細においてそれほど具体化されていない）戦争計画の起草などのような行動がそれに該当しうるとされる。その決定的な判断基準としては、ニュルンベルク国際軍事裁判所の判例に依拠して、計画の具体化の度合いおよび実行との時間的近接性が挙げられている。そのように厳格に解すれば、処罰範囲を計画の段階にまで前倒しすることは、責任主義の観点からも疑念を生じさせないとされている[57]。

「準備」は、客観的に認識可能で、かつその後の攻撃を促進するような能動的な活動であり、計画実施の前段階の行為であるとされている。具体的には、軍備に関する措置や軍隊の動員などの行為がこれにあたる[58]。

「開始」とは、実力行使の発生と時間的に密接した直前の措置であり、「実行」の未遂に等しいとされる[59]。

「実行」については、法案の理由書では特に説明がなされていない。

2　各行為類型の法定刑および減軽類型

ここで、各類型の法定刑についてみると、国際刑法典新 13 条 1 項には、侵略戦争・侵略行為の実行の法定刑として終身自由刑が定められている。これは、改正法案によれば、最高度の不法内容を反映したものであるとされる[60]。そして、2 項では、計画等に対して――刑法典 80 条の侵略戦争予備罪の法定刑を踏襲する形で[61]――終身自由刑または 10 年以上の自由刑を科すことが予定されている。これに対して、ICC 規程には、各中核犯罪の法定刑に関する定

57）BT-Drs. 18/8621, S. 17. この点、極東国際軍事裁判所（東京裁判）における「共同謀議」をめぐる議論も想起されたい。*Philipp Osten*, Der Tokioter Kriegsverbrecherprozeß und die japanische Rechtswissenschaft, Berlin 2003, S. 93 ff. も参照。

58）BT-Drs. 18/8621, S. 18.

59）BT-Drs. 18/8621, S. 18.

60）BT-Drs. 18/8621, S 17. なお、現行の国際刑法典上、終身自由刑が科されうるのは、ジェノサイド罪（6 条 1 項）、人道に対する犯罪の一部（7 条 1 項 1 号および 2 号）および戦争犯罪の一部（8 条 1 項 1 号）である（各犯罪の加重類型を除く）。

61）BT-Drs. 18/8621, S. 18.

めがなく、終身または30年以下の拘禁刑、罰金および没収を科しうるとする一般規定（77条）が存在するのみである。したがって、国際刑法典新13条所定の各類型の法定刑は、いずれもドイツ独自の判断に基づくものである。

さらに、国際刑法典新13条5項には、犯情があまり重くない事案に関して、1項については10年以上、2項については3年以上の自由刑とする減軽類型が規定されている。その目的については、ICC規程8条の2には敷居条項があるとはいえ、（国家による侵略行為に関する）同条2項2文（a）から（g）までの個別的行為類型の犯情はさまざまであることにかんがみて、国際刑法典についても、刑の量定を行う裁判所に十分な判断の余地を残すためと説明されている[62]。これに対しては、2016年9月の公聴会において、賛成意見[63]のみならず、（少なくとも）侵略戦争には犯情の軽い事案が認められないため、刑の減軽はその他の侵略行為に限定すべきとする批判[64]と、敷居条項との矛盾を根拠に、侵略行為についても減軽類型は不要であるとする批判[65]とが提起されている。

3　各行為類型の未遂の可罰性

これ以外にも、各行為類型の未遂（刑法典22条以下）の可罰性[66]につき、国際刑法典新13条に「未遂は不可罰である」とする項を盛り込むべきとする意見がみられる。その根拠としては、まず、実行の未遂に関して、改正法案の理由書にもあるとおり、開始とは実行の未遂であるところ、開始とは別に実行の未遂を認めてしまうと、両者の刑の下限にズレが生じることが挙げられてい

62）BT-Drs. 18/8621, S. 20.

63）*Barthe*, a. a. O.（Fn. 32）, S. 11.

64）*Sinn*, a. a. O.（Fn. 34）, S. 8; *Wollenschläger*, a. a. O.（Fn. 56）, S. 14.

65）*Frau*, a. a. O.（Fn. 42）, S. 3. 敷居条項との整合性に加えて、指導者条項によって犯罪の主体が限定されていること、および、絶対的法定刑として終身自由刑を定める謀殺罪（刑法典211条）には減軽類型が存在しないこととの齟齬を指摘する見解として、*Raum*, a. a. O,（Fn. 33）, S. 3 f. も参照。

66）ドイツ刑法では、重罪については常に未遂の可罰性が認められ、軽罪については（日本刑法同様）各則に明文規定がない限り未遂は不可罰であるとされている（刑法典23条1項）。

る（開始の刑の下限は 10 年の自由刑、実行の未遂の下限は 3 年の自由刑〔刑法典 49 条 1 項 1 号〕）[67]。次に、計画等の未遂に関して責任主義の観点から示されているのが、計画等の未遂をも処罰の対象とすると、本来の法益侵害の遥かに前の段階にまで処罰を前倒しすることになってしまうという懸念である[68]。また、処罰の前倒しに関して ICC 規程上の侵略犯罪と平仄を合わせるという観点からも、同様の提案がなされている[69]。

（六）客観的処罰条件としての侵略行為の実行および危険の発生

侵略戦争等の計画・準備・開始と実行とが分割して規定されたこととの関係で重要なのが、前 3 者についてのみ客観的処罰条件が盛り込まれた点である。国際刑法典新 13 条 2 項 2 文によれば、計画等の 3 類型に関しては、「侵略戦争が実行され、若しくはその他の侵略行為が行われた場合」（1 号）または「かかる罪〔計画、準備または開始〕によって、侵略戦争又はその他の侵略行為の危険がドイツ連邦共和国にもたらされている場合」（2 号）にのみ可罰的であるとされている。したがって、行為者が侵略戦争等の計画、準備または開始を行ったものの、自ら実行しなかった場合には、それが第三者の手によって実行に移されるか、あるいはドイツに対する具体的な危険が発生しない限り、当該行為者が処罰されることはないのである。もっとも、計画等と実行との間には「関連性」（Zusammenhang）が必要であるとされる。したがって、例えば、行為者による計画とはまったく別の計画に基づいて侵略戦争等が実行された場合には、客観的処罰条件が満たされないことになる[70]。1 号所定の条件は、ICC 規程本体には見受けられないものの、国際慣習法、および、ICC 規程 8 条の 2 に関する犯罪構成要件文書の要件 3 項（「侵略行為〔……〕が行われたこと」）と整合的であるとされる[71]。一方、2 号所定の危険発生は、刑法典 80 条の規定（「ドイ

67）*Jeßberger*, a. a. O.（Fn. 39）, Rn. 15.

68）*Jeßberger*, a. a. O.（Fn. 39）, Rn. 16.

69）*Kreß*, a. a. O.（Fn. 45）, S. 10.

70）BT-Drs. 18/8621, S. 18.

ツ連邦共和国に戦争の危険を生じさせた」）を踏襲したものである[72]。

なお、2号の要件は、立法資料等では客観的処罰条件とされているようであるが、これを構成要件要素とする解釈も充分ありえよう。

これに対しては、第三者による侵略行為の実行は、客観的処罰条件ではなく、客観的構成要件要素とすべきとする見解が先の公聴会において示されている。それによれば、国家による侵略行為が行われたことおよびその危険発生を（法案のように）客観的処罰条件とした場合、ICC規程とは異なり、それらは犯罪の故意の対象に含まれないこととなり、その限りで処罰範囲がICC規程8条の2よりも拡大するが、それはICC規程からの逸脱であるとされる[73]。さらに、国際刑法典新13条は、計画等の場合に関して、ドイツに対する侵略戦争等の危険発生で足りるとする点においても、実際に侵略行為が行われたことを必要とするICC規程よりも処罰範囲が広いということも指摘されている（その帰結に対する批判については後述）[74]。

さらには、客観的処罰条件の定めのない「実行」に関して、ドイツ刑法典30条2項3類に基づいて――犯罪の実行を要しない――「申し合わせ」（Verabredung）が処罰の対象となるのかという問題も提起されている[75]。これは要するに、実際に侵略戦争等が行われるのを（あるいはその危険が発生するのを）待たずして、申し合わせが行われた段階で行為者の処罰を行うことができるとした場合、客観的処罰条件の充足が必要とされる計画等よりも処罰が前倒しされることになってしまうのではないか、という問題である。もっとも、2016年9月の公聴会では特に検討されなかったようである。

71）BT-Drs. 18/8621, S. 18.

72）BT-Drs. 18/8621, S. 18.

73）*Kreß*, a. a. O.（Fn. 45）, S. 7 f. これに対して、*Barthe*, a. a. O.（Fn. 32）, S. 9 は、補完性の原則の観点からは問題ないとする。

74）*Kreß*, a. a. O.（Fn. 45）, S. 8.

75）この問題は、2016年6月4日にゲッティンゲンで開催されたドイツ語圏国際刑事法ワーキンググループ（Arbeitskreis Völkerstrafrecht）の年次大会にて提起されたものである（筆者のひとり・久保田が参加）。

（七）犯罪の主体の限定および特権免除

ICC 規程における侵略犯罪と同じく、国際刑法典についても、犯罪の主体――「関与者」（Beteiligter）、すなわち正犯または共犯[76]――が「国家の政治的又は軍事的行動を実効的に支配し、又は指揮する地位にある者」に限定されることになった（新 13 条 4 項）。裏を返せば、かかる身分を有しない者は正犯にも共犯にもなりえず、一切不可罰ということになる（一種の「絶対的身分犯」[77]）。したがって、国際刑法典においても、受命者たる兵士による戦闘行為はもとより[78]、非身分者による身分者に対する幇助行為なども、処罰の対象とならない（この点で、構成的身分なき共犯の可罰性を認める刑法典 28 条 1 項とは一線を画する[79]）。今般の法案によれば、このような主体の制限は、ICC 規程のみならず国際慣習法にも合致する上、基本法 26 条からも、これら身分を有しない者をも処罰する義務が導かれることはないとされる[80]。

ここで問題となるのは、関与者はどの国家の行動を支配または指揮する地位になければならないのかという点である。すなわち、ある国家の侵略行為に（侵略行為を行っていない）他国の指導者が関与した場合に、当該他国の指導者の行為にまで処罰範囲が及ぶのか、それとも、侵略国の指導者しか関与者たりえないのか、という問題である。これについては、ICC 規程 8 条の 2 に関する犯罪構成要件文書の要件 2 項には「侵略行為を行った国家の〔……〕行動」とあるが、国際刑法典新 13 条では「〔ある〕国家の〔……〕行動」（Handeln *eines* Staates – 強調筆者）と「国家」に不定冠詞が付いていることから、関与者の範

76）「特別な一身上の要素」（構成的および加重的身分）に関するドイツ刑法典 28 条 2 項の条文中で「関与者（正犯又は共犯）」と定義されている。

77）BT-Drs. 18/8621, S. 19.

78）これには、敵対行為に参加する軍隊構成員は、いわゆる「戦闘員特権」を有しており、その戦闘行為は刑事罰の対象とはならないという国際武力紛争法上の原則（ジュネーヴ諸条約第一追加議定書 43 条 2 項など）との平仄を合わせるという側面があるとされる（BT-Drs. 18/8621, S. 20）。

79）BT-Drs. 18/8621, S. 20.

80）BT-Drs. 18/8621, S. 20.

囲は侵略行為を行った国家の指導者に限定されないとの見解が示されている[81]。

さらに、侵略犯罪が指導者犯罪としての性質を有することに関連する問題として、ドイツの裁判権からの特権免除の問題[82]がある。外国の公務担当者（Amtsträger）による行為に関しては、裁判所構成法（Gerichtsverfassungsgesetz）18条から20条および国際慣習法に基づいて人的免除（immunity *ratione personae*）が認められているため、少なくとも在任中は訴追を行うことができない[83]。退任後の訴追の可否については、在任中に任務の遂行にあたって行われた行為については事項的免除（immunity *ratione materiae*）が認められるのが原則であるが、中核犯罪のように国際慣習法上可罰性が確立している行為に関してはその限りでないとされる[84]。したがって、侵略犯罪に関しては、退任後であれば訴追が可能である（その例外については後述）。ドイツの連邦大統領や議員などに関しては、基本法上、在任中の人的免除のみが認められるにとどまる（60条4項および46条2項）。したがって、この場合にも、退任後であれば（議員については議会の承認があれば）、在任中の侵略犯罪についても刑事訴追が可能である。これらは、他の中核犯罪についても生起しうる問題であるが、実体法上指導者の可罰性しか認められない侵略犯罪に関しては、とりわけ重大であると思われる。なお、ICC規程には公的資格の無関係に関する規定（27条）が存在するため、ICCは国家元首や政府の長などの地位にある者に対しても随時刑事責任を問うことが理論上可能である。

（八）ドイツとの関連性要件

ドイツにおける侵略犯罪の国内法化をめぐって最も重要な論点であるように

81）*Barthe*, a. a. O.（Fn. 32）, S. 10 f.

82）国際法上の特権免除の問題に関して詳しくは、稲角光恵「国家元首や高官の刑事手続からの免除と公的資格無関係の原則との相克」金沢法学52巻1号（2009年）95頁以下などを参照。

83）BT-Drs. 18/8621, S. 20.

84）*Jeßberger*, a. a. O.（Fn. 39）, Rn. 7.

見受けられるのが、処罰の対象をドイツとの関連性を有する侵略行為に限定するか否かという問題である。この問題が顕在化するのは次の2つの論点の中である。すなわち、①場所的適用範囲に関して、従来の国際刑法典1条所定の重罪に関する世界主義に制限を加えるか否かという論点、および、②侵略犯罪の一部の類型の定義に「ドイツ連邦共和国による」ないし「ドイツ連邦共和国に対する」侵略という文言を盛り込むか否かという論点である。

1　場所的適用範囲（世界主義）の限定

①の論点に関して、今般の改正法案は、重罪に関して世界主義に基づく法適用を定める国際刑法典1条に制限を加える。すなわち、同条新2文によれば、「国外で行われた第13条の罪については、行為者がドイツ人であり、又は犯罪がドイツ連邦共和国に向けられている場合には、犯罪地の法にかかわらず、この法律が適用される」のである。この点で、（実体法上、無制限の）世界主義が適用される他の3つの中核犯罪とは扱いが異なる（限定的世界主義ないし「不真正世界主義」[85]とも評される）。

このような制限を設けるのは、第1に、侵略犯罪が国家による重大かつきわめて危険な行為を犯罪化するものであり、また、先にみたとおり同罪の主体が指導者に限定されていることから、外交上の軋轢が懸念されるからであるとされる。この点にかんがみて、ドイツとの関連性を有しない侵略犯罪の訴追・処罰を担う機関としては、ICCをはじめとする国際刑事法廷が相応しいとされたのである[86]。第2に、自国の司法当局の負担を軽減するという狙いがあるようである。すなわち、実体法上の制限を加えることによって、「全世界に適用可能な刑法」といった印象を回避すると同時に、ドイツとの関連性を有しない行為について政治的動機に基づいてなされた刑事告発に対して、（刑事訴訟法153条fに基づいて訴追裁量を有する）検察当局が逐一判断を下さずに済むような制度設計を図ったのである[87]。いずれにせよ、このように世界主義に制限

85）BT-Drs. 18/8621, S. 21.

を設けることは、国際慣習法の観点からも妥当であるとされている[88]。

もっとも、かかる適用範囲の制限に対しては、基本法26条1項の犯罪化義務および基本法前文に反するため違憲であるとする見解も見受けられる[89]。そして、ドイツとの関連性を有しない侵略犯罪の訴追に際して生じうる政治的な軋轢は、（実体法上の処罰範囲の限定ではなく）手続法上の手段、すなわち刑事訴訟法153条fに基づく訴追裁量によって緩和されるべきであるという[90]。さらには、結論としては世界主義の制限に賛同しつつも、侵略犯罪に伴って他の中核犯罪までもが（ドイツに関連することなく）行われた場合に、基本的にはそれらよりも重大であるはずの侵略犯罪だけが処罰されないという価値矛盾が生じうることを問題視する見解[91]もある[92]。

2　犯罪の定義における限定

②侵略犯罪の定義に「ドイツ連邦共和国による」ないし「ドイツ連邦共和国に対する」侵略という文言を盛り込むか否かという論点[93]は、今般の改正法

86）BT-Drs. 18/8621, S. 13. 侵略犯罪に関するICC規程の改正についての了解5項も参照（「この改正は、他の国家によって行われた侵略行為について、国内裁判所の管轄権を行使する権利又は義務を創出するものと解してはならない」）。なお、スイスは、侵略犯罪の高度の政治性を理由に、同罪の訴追・処罰はICCに委ねるとして、ひとまず国内法化を見送っている。*Der Bundesrat*（Schweiz), Erläuternder Bericht zu den Änderungen des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 10. und 11. Juni 2010 betreffend das Verbrechen der Aggression und Kriegsverbrechen, S. 14 f.（https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2381/Roemer-Statut_Erl.-Bericht_de.pdf〔2016年11月18日最終閲覧〕).

87）BT-Drs. 18/8621, S. 15; *Barthe*, a. a. O.（Fn. 32), S. 2.

88）*Barthe*, a. a. O.（Fn. 32), S. 2.

89）*Frau*, a. a. O.（Fn. 42), S. 4–6.

90）*Frau*, a. a. O.（Fn. 42), S. 6 f.

91）*Raum*, a. a. O,（Fn. 33), S. 5.

92）さらなる問題として、ドイツとの関連性を有しない侵略犯罪の場合に、純代理処罰主義に関する刑法典7条2項2号に基づく刑法典の適用があるのか否かという点についても検討が必要であろう。

93）邦文献として、クラウス・クレス〔著〕＝洪恵子＝竹村仁美〔訳〕「ドイツと侵略犯罪」国際法外交雑誌114巻2号（2015年）42–43頁を参照。

案の理由書では検討されておらず、もっぱら公聴会に出席した専門家による意見書において論じられたものである。それによれば、法案の理由書では国際刑法典新 13 条 2 項 2 文 2 号の対象が必ずしも明らかではないとされる[94]。これはつまり、同号の「〔侵略戦争等の〕危険がドイツ連邦共和国に〔für〕もたらされている場合」という客観的処罰条件からは、ドイツによる侵略の危険なのか、ドイツに対する侵略の危険なのか、あるいはその双方なのかが判然としないということである。これについて論者は、法案の理由書に「基本法 26 条 1 項に基づく憲法上の指針をも考慮しなければならない」[95] とあることから、ドイツによる侵略が含まれると解釈すべきであるとする[96]。同様に、同号の場合にドイツに対する侵略が含まれることについても、「für」という文言および国際刑法典 1 条新 2 文の「ドイツ連邦共和国に向けられている」という文言を根拠として（結論には反対ながらも）肯認する。そして、これらを踏まえた上で、以下のような批判を提起する。

第 1 の批判は、侵略戦争等の準備等の場合の客観的処罰条件にドイツに対する侵略の危険発生をも含めるのは、象徴立法にすぎないというものである。その論拠は、先述のとおり、外国指導者による行為のうち、国際慣習法上の可罰性が認められない（実行を伴わない）行為に関しては、人的免除はおろか事項的免除までもが認められうることに求められている。すなわち、国際刑法典新 13 条 2 項 2 文 2 号所定の危険発生の類型は、ICC 規程には含まれていないため、国際法上の犯罪ではなくドイツ刑法固有の（国家的法益に対する）犯罪であるから事項的免除の例外とはならず、したがって、処罰規定はあっても訴追は実際上行えないという帰結が導かれるため、同類型は新規定に盛り込む意義が乏しいというのである[97]。

第 2 に、ドイツによる侵略の準備等の類型に関しては、危険発生で足りるとされていることによって、文言解釈の枠を逸脱してしまう可能性すらあるとす

94）*Kreß*, a. a. O.（Fn. 45）, S. 10 f.

95）BT-Drs. 18/8621, S. 1.

96）*Kreß*, a. a. O.（Fn. 45）, S. 11.

る。というのも、ドイツによる侵略戦争等の準備行為によって、かえってドイツに対する侵略の危険がもたらされた場合であってもこの要件が具備されうるというのである[98]。このような理由から、論者は、国際刑法典新 13 条 2 項 2 文 2 号所定の危険発生を要求する類型については、「危険がドイツ連邦共和国にもたらされている」という文言を改め、「ドイツ連邦共和国によって行われる侵略行為の危険」とすることを最善策として提案している[99]。

四　おわりに――日本刑法への示唆

本稿では、侵略犯罪の国内法化について、主として 2016 年 6 月にドイツ連邦議会に上程された国際刑法典改正法案とそれに対する専門家 7 名の意見書を題材に検討を行った。以下では、それらを参考に、日本における侵略犯罪の国内法化について若干の（予備的考察の域を出ない）提言を試みる。

その前提として、現在の日本の議論状況を確認しておく。日本では、カンパラ会議から現在に至るまで、侵略犯罪の国内法化に向けた具体的な動きこそみられないものの、学説による議論はほんの僅かではあるが散見される。侵略犯罪を国内法化すべきとする立場からは、その論拠として、同罪は他の中核犯罪とは異なり、従前の刑法等による処罰が可能であるとは言い難いことが指摘されている[100]。これに対して、各国の国内刑事裁判所による処罰よりも ICC による管轄権行使の方が妥当であるから、日本は ICC の管轄権を受諾すればそ

97）*Kreß*, a. a. O.（Fn. 45）, S. 11. このような理由から、クレスは、侵略戦争等の実行（改正法案新 13 条 1 項）、第三者による実行への寄与を要件とする計画等（同条 2 項 2 文 1 号）および侵略行為の危険惹起への寄与を要件とする計画等（同条 2 項 2 文 2 号）をそれぞれ別の項に規定することで、国際刑法（ICC 規程）の法典化である類型とドイツ刑法固有の処罰範囲を定める類型とを条文上明確に区別した上で、後者に関しては、ドイツによる侵略の危険発生に限定することを提案する（*Kreß*, a. a. O.（Fn. 45）, S. 9）。

98）*Kreß*, a. a. O.（Fn. 45）, S. 12.

99）*Kreß*, a. a. O.（Fn. 45）, S. 12. 同様に、「für」の明確性に疑義を呈した上で、クレスの提案に賛同するものとして、*Jeßberger*, a. a. O.（Fn. 39）, Rn. 13 Fn. 15 を参照。

れで足りるとして、国内法化を不要とする立場も見受けられる[101]。

確かに、今般のICC規程への侵略犯罪規定の挿入によって、従前の3つの対象犯罪と同様に、締約国が犯罪化の義務を負わないこと自体は何ら変わらない。また、日本国憲法9条は、ドイツ基本法26条1項とは異なり、侵略行為の犯罪化までは義務づけていない。しかしながら、侵略行為を国内法上犯罪化することは、日本国憲法の掲げる平和主義と親和性が高いのもまた事実であろう。というのも、周知のとおり憲法9条の解釈をめぐっては諸説あるものの、国連憲章に違反する侵略行為が憲法上禁止されているという点では見解の一致をみているように思われるからである。これに対しては、日本では憲法9条1項および2項後段によって戦争の放棄と交戦権の否認とが定められているため、日本が外国と戦争をすることはありえず、刑法にわざわざ侵略犯罪を規定する必要はないとの指摘もありえよう。しかしながら、刑法の規定によって憲法的価値を具現化し担保するということはむしろ憲法の最高規範性の強化に寄与しうることであって、侵略犯罪に関してもまったく同じことが妥当するのではないだろうか[102]。このように、憲法9条の規範を国内刑法上担保するという意味でも、侵略犯罪の国内法化はむしろ望ましいことであろう[103]。むろん、侵略犯罪に限らず他の3つの中核犯罪についても、その国際的法益を適切に把

100）オステン（前掲注17））20頁。このことは、結論として国内法化を不要とする論者によっても是認されている。田中利幸「国内刑法からみた『侵略犯罪』規定と国内法のあり方」国際法外交雑誌114巻2号（2015年）85頁参照。

101）田中（前掲注100））71頁以下（特に、85-88頁）。

102）侵略犯罪の原型である「平和に対する罪」に関して同様の見解を示すものとして、平川宗信『刑法各論』有斐閣（1995年）11-12頁を参照（「〔……〕憲法9条の存在は、刑法に平和に対する罪を規定することを無用にするものではない。政治指導者が違憲・違法の戦争・武力行使・戦力保持等の予備・陰謀・実行をすることは、想定が可能だからである。〔……〕平和主義が憲法の基本理念の一つである以上、その理念を具体化し、担保するものとしての『平和に対する罪』を刑法に規定する必要は、大きいといわなければならない」）。

103）この点につき、オステン（前掲注15））281頁も参照（「侵略戦争の犯罪化は、〔……〕9条を標榜する日本国憲法の崇高な基本理念と合致しているものといえる」）。

握・捕捉し、それに相応した可罰性評価を担保する上でも、国内法化がかねてより望まれているところである[104)]。

何をさておいても、今後、日本が非締約国（ないし規程改正の非受諾国）から侵略行為を受けたような場合には、（国連安保理による付託が行われない限り）ICC が管轄権を行使しえないだけではなく、日本の国内法において適切な処罰規定が存在しない現状では、日本自身も訴追・処罰を行えず、なす術もなく不処罰のまま放置されてしまう余地があることが大いに危惧される。立法者がこの問題を明示的に解決しておくことが求められる。

最後に、これを踏まえた上で、本稿の検討内容を振り返りつつ、ドイツの立法作業が日本刑法に示唆を提供しうるところをいくつか抽出して擱筆することとしたい。

第 1 に、ドイツでは、ICC 規程の文言を逐語的に受容するのではなく、明確性の原則や責任主義といった刑法上の諸原則および国際慣習法を拠りどころとした「修正的導入」[105)] が行われていることが日本にとって参考になりうる。日本においても、明確性の原則や責任主義が刑法上の根本原理とされている以上は、ICC 規程を「鵜呑み」にするのではなく、適宜修正を加えた上で国内法化することが大いに可能である。

第 2 に、ドイツにおける侵略犯罪の国内法化の特徴として、基本法 26 条の犯罪化義務および刑法典 80 条・80 条 a との関係がある。侵略犯罪の保護法益や「侵略戦争」、「（侵略の）危険」といった概念の導入をめぐる議論がその典型である。もっとも、これはドイツ固有の事情に基づく議論であって、侵略犯罪の国内法化一般に必要不可欠なものとはいえない[106)]。日本においては、そのような憲法上の義務は認められないため、ドイツのように（侵略行為とは別

104）オステン（前掲注 40））230 頁以下、真山全「国際刑事裁判所の対象犯罪と国内的対応」法律時報 79 巻 4 号（2007 年）31 頁、多谷千香子「国際犯罪（ICC 管轄犯罪）と日本の刑事司法」ジュリスト 1343 号（2007 年）70 頁、奥脇直也「国際法から見た国際刑事協力の現代的展開」法学教室 278 号（2003 年）11 頁参照。

105）オステン（前掲注 4）・捜査研究 608 号）68 頁参照。なお、ドイツにおけるこのような立法態様は、国際刑法典に定められている他の中核犯罪の多くにも通底するものである。

個に)「侵略戦争」概念や「危険」概念を導入する必然性はないものと思われる。

第3に、ドイツでは、侵略行為の計画・準備・開始の3類型に関して、侵略行為の実行ないしその具体的危険発生が客観的処罰条件として規定されたことで、ICC規程とは異なり、侵略行為の実際の実行が故意の対象からは除外された点が特徴的である。日本においても、このような条件ないし要件を規定に盛り込むかが検討の対象となりうると思われるが、それを客観的処罰条件とするか、(故意の対象となるべき)客観的構成要件要素とすべきかという点については、より精緻な議論が必要であろう。

第4に、実行を含む計4つの個別的行為類型に未遂犯が成立するかという論点につき、「未遂は不可罰である」とする規定を追加せよとの提案が法案に対してなされていることも看過すべきではない。これは、侵略犯罪の処罰をどこまで前倒しするのかが条文上明らかになることに加えて、「実行」未遂と「開始」の重複を回避することにもつながるため、有益な提案であると思われる。もっとも、日本刑法では、そもそも各則に明文規定がなければ未遂を処罰することができないため(日本刑法44条)、「未遂は不可罰」とする規定をあえて設ける必要はないといえる。

第5に、最も参考にすべきと思われるのは、ドイツが場所的適用範囲に関して世界主義を採用せずに、ドイツとの関連性を有する侵略行為に処罰範囲を限定していることである。これは、侵略犯罪が高度な政治性を有していることに照らしても、妥当な方策である。日本においても、日本による侵略行為と日本に対する侵略行為の可罰性と訴追可能性を担保するという方向性で、国内法化に関する議論を進めるのが実践的であろう。

日本に対しては、何よりもまずカンパラ決議を批准ないし受諾することが求められるが、その際、国内法化に関する議論にも着手することが望まれる。

---

106)現に、オーストリアでは、「侵略戦争」(Angriffskrieg)概念は明文上定められておらず、ICC規程と同様に「侵略行為」だけが規定されている(オーストリア刑法典321条k)。

【追記】

脱稿後、国際刑法典改正法案が成立し、2016 年 12 月 22 日の公布を経て、翌 2017 年 1 月 1 日に施行された（BGBl. 2016 I S. 3150）。その内容には、2016 年 9 月の公聴会における議論を受けて、若干の修正が加えられている。第 1 に、国際刑法典新 13 条 5 項（案）の減軽規定から、1 項所定の「実行」の場合に関する部分が削除された。第 2 に、現行刑法典 80 条 a の侵略戦争の挑発の罪が削除されずに、「侵略犯罪の挑発」の罪として維持された。その一方で、議論のあった「侵略戦争」概念や未遂犯の処罰などについては、本稿で扱った法案のとおりとなった。