

Title	スイスにおける国際刑事裁判所規程の国内法化： スイス刑法典・軍刑法二〇一〇年改正を中心に
Sub Title	Die Implementierung des IStGH-Statuts in der Schweiz: Revision 2010 des schweizerischen StGB und MStG
Author	久保田, 隆(Kubota, Takashi)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2013
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.99, (2013. 12) ,p.267- 301
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20131215-0267

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.

スイスにおける国際刑事裁判所規程の国内法化 ——スイス刑法典・軍刑法二〇一〇年改正を中心に——

久保田 隆

- 一 はじめに
- 二 ICC規程および関連条約に関する国内法整備の経緯
 - (一) ICC加盟以前の関連条約に関する国内法整備
 - (二) ICC加盟に伴う国内法整備
 - (三) 刑法典・軍刑法二〇一〇年改正
- 三 刑法総則的規定に関する国内法整備
 - (一) 刑法典と軍刑法の「棲分け」
 - (二) 場所的適用範囲
 - (三) 上官責任
 - (四) 上官命令の抗弁
 - (五) 予備行為
 - (六) 時効の不適用
 - (七) 相対的免責特権の否定
- 四 刑法各則的規定に関する国内法整備
 - (一) ジェノサイド罪
 - (二) 人道に対する犯罪
 - (三) 戦争犯罪
 - (四) 侵略犯罪
- 五 おわりに

一 はじめに

国際刑事裁判所 (International Criminal Court; 以下、ICC) は、「国際社会全体の関心事である最も重大な犯罪」〔国際刑事裁判所に関するローマ規程〕(以下、ICC規程) 前文四段および九段) たるジェノサイド罪 (集団殺害犯罪)、人道に対する犯罪、戦争犯罪および侵略犯罪——いわゆる「中核犯罪」(core crimes)——を行った者を訴追・処罰するために設立された史上初の常設国際刑事法廷である。ICCが掲げる基本原理の一つとして、「補完性の原則」(principle of complementarity) が挙げられる (規程前文一〇段、一条および一七条)。これによれば、ICCは、当該事件に対して自国の刑法を適用することができる国々に第一次的な裁判権の行使を委ねた上で、自らは、原則として、「当該国にその捜査又は訴追を真に行う意思又は能力がない場合」(一七条) にのみ管轄権を行使することで、「国家の刑事裁判権を補完する」役割を担うとされる。

そのため、ICC規程は、一見すると、第一次的な裁判権を有する国々、とりわけICC規程締約国に対して、規程の実体法的側面——刑法総則的規定および中核犯罪に関する各則的規定——に関する国内法を整備した上で、その訴追・処罰を行う義務を課すものであるかのようにも思われる。しかし、実際には、締約国には主として、ICCの管轄権を自動的に受諾する義務 (規程二二条一項)、ICCが行う捜査および訴追手続への一般的協力義務 (八六条、および、裁判の運営に対する犯罪に関して国内法を整備し、ICCの要請があればこれを訴追する義務 (七〇条四項) が課されているにとどまり、中核犯罪の各類型やそれらに関する刑法総則的規定について立法手当を行う義務はおろか、(一般刑法上の犯罪として) 中核犯罪を訴追・処罰する義務すらも課されていない。

このように、ICC規程上は中核犯罪に関する立法義務も訴追・処罰義務も課されていないため、規程締約国の中

には、日本のように、立法義務が存在する領域、すなわちICCに対する手続的協力については立法手当を行う一方で、中核犯罪に関する国内法整備は行わない、いわゆる「ミニマリスト方式」(最低限度対応方式⁽¹⁾)を採用した国々が見受けられる。これとは対照的に、ICC規程の実体的側面に関する国内法整備を——ICC規程上そのような立法義務は課されていないにもかかわらず——行ったICC加盟国が数多く存在する。そのような加盟国の例としては、「国際刑法典」(Völkerstrafgesetzbuch⁽²⁾)という特別法を制定したドイツや、二〇一〇年に一般の刑法典および軍刑法を改正(以下、二〇一〇年改正[Revision 2010]⁽³⁾)したスイスなどが挙げられる。両国のように中核犯罪をはじめとする実体法上の諸規定の国内法化を行った国々が採用した方式は、「マクシマリスト方式」(最大限度対応方式)と呼称されている。もともと、「何を」(国内法化の対象となる概念)・「どのように」(それらの概念に施すべき修正や立法の方式など)国内法化するかという点については国によって対応が異なっている。

それでは、なぜ、マクシマリスト諸国はわざわざそのような国内法整備を行ったのであろうか。この点を明らかにすることができれば、ミニマリスト方式との対比がより鮮明となり、今後ICCに加盟する国々や日本をはじめとするミニマリスト諸国にとって有益な示唆を得ることができるように思われる。

そこで、本稿では、今般スイスが行った国内法整備に関する検討を行う。スイスの例からは、自国の「捜査又は訴追を真に行う意思又は能力」を担保して補完性の原則の機能を最適化するという国内法化の目的がはっきりと看取されるからである。本稿では、さらに、スイスでは、ICC規程がいわば盲目的に国内(刑)法体系に受容されたのではなく、国際刑法の次元および国内刑法の次元という二段階の検討を通じて、概念の取捨選択および追加が行われ、それらに適宜修正を加えた上で国内法化が行われたこと、および、その過程で——右の目的をほぼ達成しただけでなく——ルール・メイキングまでもが行われたことを指摘し、最後に、各国による国内法化をめぐる動向は、国際刑法の今後の発展を占う上でも決して看過できないものであるということを示す。

具体的な検討にあたつては、とりわけ、二〇一〇年改正とICC規程との相違点、および、その理由や背景——改正前の現行法の不備——に焦点を当てる。また、スイス（および日本）と（刑）法体系や法文化が比較的近似しているドイツの例も適宜参照する。

二 ICC規程および関連条約に関する国内法整備の経緯

本章では、スイス刑法典・軍刑法二〇一〇年改正に至るまでの経緯および同改正の背景を明らかにするために、スイスにおけるICC規程および関連条約の国内法化の過程を時系列に沿って概観する。ここで重要なのは、次の二点である。すなわち、スイスには二〇一〇年改正前からジェノサイド罪および戦争犯罪に関する規定が（不十分ながらも）存在した点、および、スイスは、ICCへの早期加盟を実現するため、ICC規程批准時には実体法に関する国内法整備は行わず、これを「第二段階」へと先送りにした点である。

(一) ICC加盟以前の関連条約に関する国内法整備

スイスは、二〇〇二年にICCに加盟する以前に、戦争犯罪に関する規定（の一部）を軍刑法の改正によって、また、ジェノサイド罪に関する規定を刑法典の改正によって国内法化していた。以下では、両犯罪に関する規定が整備された経緯を概観する。

まず、戦争犯罪に関していえば、一九四九年に採択された傷病兵保護条約、海上傷病難船者保護条約、捕虜条約および文民条約の四つの条約（以下、ジュネーヴ諸条約）に翌年の発効当初から加盟していた。これに伴って、一九五〇年一月二日に軍刑法の改正が行われた（翌年七月一日施行⁽⁶⁾）。しかしながら、同改正では、ジュネーヴ諸条約の違

反行為を軍刑法旧七二条所定の職務規定違反の一類型として規定したため、法定刑が軽微である点、および、スイス軍の構成員にしか適用されない点で問題があったとされる。⁽⁷⁾

次に、スイスは、一九五四年採択のいわゆる文化財保護条約への加盟を契機に、一九六七年一〇月五日に再度軍刑法の改正を行った（翌年三月一日施行⁽⁸⁾）。この改正によって、「武力紛争事態における国際法の違反」の罪が新設された（軍刑法旧第六章（旧一〇八条から旧一一四条））。しかしながら、本改正では、国際（武力紛争）法の違反行為のごく一部が定義されるにとどまり（旧一一〇条から旧一一四条）、残りの違反行為は、「戦争の遂行並びに人及び財産の保護に関する国際条約の規定に違反」する行為として、一般条項（General clause: 白地規定）によって捕捉されることとなった（旧一一〇九条）。さらに、同改正に関しては、以下の三点によって戦争犯罪の適用範囲が拡張されたことが重要である。すなわち、戦時（スイスが交戦状態にあり、または開戦の危険に迫られているとき）以外にも軍刑法の適用が可能となったこと、国際的武力紛争のみならず非国際的武力紛争（内戦）にも軍刑法の適用が可能となったこと、ならびに、スイス軍人による（武力紛争に関する）国際法の違反行為のみならず、「文民」（ここでは外国軍人を含む）によって行われた違反行為についてもスイスで訴追・処罰を行えるようになったこと（軍刑法旧二条九号⁽⁹⁾）の三点によって、軍刑法の事後的・人的適用範囲が拡張されたのである。

時代が下って一九九〇年代半ばに入ると、旧ユーゴスラヴィア紛争およびルワンダ紛争のさなかに行われた中核犯罪に関する刑事裁判がヨーロッパ各国において行われる例が散見されるようになった。その一つが、一九九六年にスイス軍事裁判所において開始された刑事手続である⁽¹⁰⁾。本件の被疑者となったのは、一九九四年にスイスに入国して難民申請を行い、以来難民としてスイスに滞在していたルワンダ人、フュルジョン・ニヨンテゼ（Fulgence Niyonteze）であった。本件は、ルワンダ国際刑事裁判所（International Criminal Tribunal for Rwanda: ICTR）およびルワンダ当局のいずれもがスイスに対して被疑者の引渡しを要請しなかったため、スイス国内で刑事手続が進められる

こととなった。その被疑事実は、一九九四年当時、ルワンダ国内のギタラマ (Gitarama) 県ムシユバティ (Mushubati) 村の村長であったニヨンテゼが、村民集会においてツチ族および穏健派フツ族の殺害を教唆したというものであった。ニヨンテゼは軍事組織の構成員ではなかったが、先述のとおり、一九六七年改正後のスイス軍刑法の下では、(スイス軍人のみならず) 文民にも同法が適用されることとなっていた。そのため、同法旧一〇九条一項所定の国際人道法の違反、具体的には、内戦に関するジュネーヴ諸条約共通第三条、および、同じく内戦に関する同諸条約第二追加議定書の違反についての責任が問われることとなった (最終的には、スイス軍破棄院「最終審」において一四年の拘禁刑 [Zuchhaus] および一五年の国外退去が確定⁽¹⁾)。同事件に関しては、処罰規定さえあればジェノサイド罪ないし人道に対する犯罪によっても処罰できたと思われる事案であったにもかかわらず、戦争犯罪 (国際人道法の違反) に基づく処罰しかなかった点が重要である。

ニヨンテゼ事件によって自国の刑法の不備が明らかとなったことをきっかけに、スイス国内では中核犯罪の国内法化に関する議論が活発化した。ICC 規程批准が眼前に迫った二〇〇〇年、スイスは一九四八年採択のジェノサイド条約に加入し、それに伴ってジェノサイド罪に関する刑法典旧二六四条を新設した (二〇〇〇年三月二四日公布、同年一二月二五日施行⁽¹³⁾)。同罪の国内法化にあたっては、のちに人道に対する犯罪が国内法化されることを見越して、刑法典に第二章の二「国際社会の利益に対する罪」が新設された (二〇一〇年改正によって後述のように改称)。

その後、戦争犯罪に関する軍刑法上の規定の場所的適用範囲に関して、二〇〇三年一月一九日の軍刑事訴訟法改正に伴う軍刑法改正⁽¹⁵⁾ (二〇〇四年六月一日施行) によって、(二〇一〇年改正に至るまで) スイスとの「密接な関連性」(enger Bezug) —— 例えば、スイスに住居を保有していること —— という要件が課された点も重要である (軍刑法旧九条一項の二(b))。同改正の契機となったのは、いわゆる「ベルギー逮捕状事件」⁽¹⁶⁾ である。同事件は、旧ベルギー国際人道法違反処罰法所定の無制限の世界主義 (普遍主義) に基づいて、自国と何らの関連性をも有しないコンゴ民主共和

国の事件に関してベルギー当局が発付した逮捕状が外交問題を引き起こし、ひいては国際司法裁判所における裁判にまで発展したものである。同事件を（誤解に基づいて）⁽¹⁸⁾ 重く見たスイスは、ベルギーの轍を踏むまいとして、自国との「密接な関連性」の要件を軍刑法に盛り込むことによって、戦争犯罪に関する場所的適用範囲に制限をかけたのであった。しかし、この点に関しては、後述するように批判が向けられた。他方、ジェノサイド罪については、「密接な関連性」による制限が加えられることはなかった（刑法典旧二六四条二項）。

このように、スイスには、二〇〇二年にICCに加盟する段階で、刑法典にジェノサイド罪に関する規定、軍刑法に戦争犯罪に関する規定が（不十分ながらも）すでに存在したのである。

（二）ICC加盟に伴う国内法整備

スイスは、ICC規程採択の翌日、すなわち一九九八年七月一日日にこれに署名したのち、ICC加盟へ向けた準備作業を開始した。そして、二〇〇一年一〇月一二日のICC規程批准に先だって、同年六月二二日、ICCに対する手続的協力に関する義務を履行する体制を構築するべく、二つの法律を制定した。すなわち、「国際刑事裁判所に対する協力に関する連邦法」⁽¹⁹⁾ および「刑法典及び軍刑法の改正に関する連邦法（国際裁判所の運営を害する罪）」⁽²⁰⁾ である（いずれも二〇〇二年七月一日施行）。しかしながら、この段階では、ICC規程の実体的側面、とりわけ人道に対する犯罪に関する国内法化は行われなかった。スイスは、ICC規程批准時の連邦参事会教書（内閣による法案提出理由書：Botschaft）において、ICC規程を一刻も早く批准するために——ICC規程上義務づけられてはいない——実体的側面に関する国内法化を「第二段階」へと先送りすることを明言したのであった（「国内実施作業の二分化」⁽²¹⁾）。もっとも、その具体的な時期に関しては明らかにされなかった。

(三) 刑法典・軍刑法二〇一〇年改正

ICC 規程の国内法化の「第二段階」として、スイスが実体法に関する国内法整備を完了したのは、ICC 規程発効・加盟からまもなく八年が経過しようという二〇一〇年六月一八日のことであった（刑法典・軍刑法二〇一〇年改正）。以下に示すとおり、刑法典および軍刑法の両者においては、規定ぶりの異なる部分がいくつか見受けられるものの、「実質的には同一の」法整備がなされたといえる。⁽²²⁾

二〇一〇年改正時の連邦参事会教書では、国内法整備の理由・目的として、次の七点が挙げられている。すなわち、①スイスではICC 規程上の犯罪構成要件を直接適用できないこと、②とりわけ人道に対する犯罪に関して、ICC への犯罪人引渡しというリスクを軽減すること、③人道に対する犯罪の固有の不法内容を捕捉すること、④人道に対する犯罪および戦争犯罪に関して、罪刑法定主義に反することのないように、可罰的行為を明確に規定し直すこと、⑤訴追当局および裁判所にとって透明かつ適用が容易な法的基盤を提供すること、⑥国際人道法の促進と普及、および、⑦国内法化を行った諸外国の動向の七点である。⁽²³⁾

さらに、スイスは、ドイツのように特別法を制定するのではなく、一般刑法、すなわち刑法典および軍刑法の改正という立法方式によって国内法化を行った。その理由として、二〇一〇年改正時の連邦参事会教書では次の六点が挙げられている。すなわち、①「最も重大な犯罪」は「特別刑法 (Zebensstrafrecht) ではなく「一般法たる」刑法典に規定すべきである」こと、②刑法典上の従来の総則規定が適用可能となること、③（特別法よりも）大学などの教育機関や学術論文に顧みられやすいこと、④特別法では透明性に欠けること、⑤特別法を制定した場合には（既存の）刑法典および軍刑法の規定の適用が困難となること、⑥スイスでは——これが一般刑法の改正という方式を採用する主たる理由であるとされる——立法慣行上、犯罪ごとに新たな法律を制定することはせず、既存の刑法典に組み入れ

ていくのが通常であることの六点である。⁽²⁵⁾

ここで二〇一〇年改正によって新設された規定を俯瞰すると、ジェノサイド罪および人道に対する犯罪は、刑法典第二編第二章の二および軍刑法第一編第二章第六章に併せて規定され、戦争犯罪は、刑法典第二編第二章の三および軍刑法第一編第二章第六章の二に規定されることとなった。その一方で、侵略犯罪に関する国内法化は行われなかった。さらに、刑法典第二編第二章の四および軍刑法第一編第二章第六章の三には、これらの犯罪に適用される総則的規定が置かれている。つまり、中核犯罪に特化した総則的規定が各則規定の内部に新設されたのである。ただし、一部の総則的規定に関しては、従来の規定に列挙されている犯罪類型の中に中核犯罪を追加するという手法で国内法化が行われている。例えば、終身の監置 (*Verwahrung*) が科せられる犯罪に関する規定である刑法典六四条一項の二の対象犯罪としては、従来、故殺罪 (一一一条) や謀殺罪 (一二二条) が掲げられていたところ、二〇一〇年改正によって、中核犯罪の各類型がこれに追加されることとなった。そのほかにも、一〇一条一項および三項 (時効の不適用)、二五九条一項の二 (ジェノサイド罪の扇動)、二六〇条の二第一項 (予備)、軍刑法三条一項九号 (人的・場所的適用範囲)、五条一項一号および五号ならびに二項 (人的適用範囲)、七条 (文民の関与)、一〇一条一項の二、一項の三および一項の四 (場所的適用範囲)、二〇二条二項 (上官命令の抗弁)、五九条一項および三項 (時効の不適用) が同様の手法で改正されている。

このようにして、スイスは、一般刑法の改正という方式でICC規程の実体法的側面に関する諸規定を国内法化した。特筆すべきは、総則的規定に関して、中核犯罪に関する規定の直後、すなわち各則の中に新設されたものと、従来の総則の内部に新設されたものとが併存する点である。このことから、既存の規定を最大限に活かそうとする姿勢が見て取れる。しかし、その一方で、規定ぶりがやや複雑になってしまった感は否めない。

三 刑法総則的規定に関する国内法整備

今般、スイスは、既存の一般刑法を改正することによって中核犯罪に関する各則的規定を国内法化した。したがって、中核犯罪にも、原則として、通常犯罪に適用される一般刑法上の総則規定がそのまま適用される。⁽²⁶⁾そのため、刑法総則的規定に関しては、基本的には、ICC規程における刑法総則上の諸概念のうち、スイス刑法の総則規定では対応しきれないものに関してのみ立法手当が行われたのである。そのため、罪刑法定主義や故意、錯誤、正当防衛、緊急避難、共犯などに関する規定については立法手当が行われていない。また、二〇一〇年改正によって新設された総則的規定は、いずれも中核犯罪にしか適用されないことが条文上明記されているため、それらの規定が従前の犯罪類型に影響を及ぼすことはない。以下では、それら中核犯罪固有の総則的規定に関して検討を行う。

(一) 刑法典と軍刑法の「棲分け」

スイスの刑事司法制度の特徴の一つとして、日本やドイツとは異なり、通常裁判所のほかに三審制の軍事裁判所が存在することが挙げられる。軍事裁判所で適用される法律が軍刑法であるが、同法には広範な各則規定が設けられている(軍刑法第一編第二部(六一条から一七九条b))。この点、二〇一〇年改正前は、戦争犯罪に関する規定は軍刑法にしか存在しなかったため、同犯罪はもっぱら軍事裁判所で扱われることとされていた。対照的に、ジェノサイド罪に関する規定は刑法典にしか存在しなかったため、同罪に関しては通常裁判所が管轄することとなっていた。

二〇一〇年改正では、中核犯罪に関する処罰規定が刑法典および軍刑法の双方に設けられることとなった。中核犯罪はいずれも、行為者が文民であるか軍人であるかを問わず行われうるからである。そのため、これらの「棲分け」、

すなわち中核犯罪に関する管轄権の配分についても中核犯罪固有の調整規定が新たに必要となった。軍刑法五条一項によれば、原則として、平時には通常裁判所が管轄権を有する一方、戦時、すなわちスイスが戦争の当事国となっているときには、軍事裁判所が排他的な管轄権を有することとされている。ただし、平時であってもスイス軍関係者が犯罪の行為者ないし被害者となった場合には、例外的に、当該犯罪は軍事裁判所の管轄権に服することとなる（三条一項九号）。

このように、二〇一〇年改正後は、改正前のように犯罪類型ごとに管轄権を配分するのではなく、当該犯罪が平時に行われたのか、あるいは戦時に行われたのかという区別を軸に、平時の場合にのみ、行為者ないし被害者の属性（文民かスイス軍人か）という観点から、さらなる区別がなされているのである。⁽²⁷⁾

（二） 場所的適用範囲

二〇一〇年改正では、中核犯罪および上官責任の法理に関して、（制限的）世界主義に基づいてスイス刑法の適用を可能とするための規定として、刑法典二六四条mならびに軍刑法一〇条一項の二、一項の三および一項の四が新設・改正されることとなった。その目的は、①中核犯罪に関して——スイスとの「密接な関連性」を要件としない——世界主義に基づく刑法の適用を可能にすることで、とりわけ、外国籍の行為者が外国において外国人に対して中核犯罪を行ったのちにスイス国内へ逃亡・潜伏した場合に刑事手続を行えるようにしておくこと、②とりわけ人道に対する犯罪に関しては、条約上の訴追・処罰義務が存在せず、従来の世界主義に関する規定（刑法典六条）を適用することができないため、同犯罪に関して必要な立法手当を行うこと、③世界主義に関する規定を設ける際、（国外犯に関する現行規定の多くに課されている）双方可罰性（双罰性）の要件を撤廃すること、および、④ICCが掲げる補完性の原則をスイス刑法にも反映させて、世界主義に基づく刑法の適用に（手続的な）制限を設けること、という四点

に集約することができる。場所的適用範囲に関する新規定については、刑法典と軍刑法とでは条文の数に違いがみられるものの、その内容に実質的な差は見受けられないため、以下では、刑法典における場所的適用範囲に関する諸規定に焦点を当てて検討を行う。なお、スイスでは原則として起訴法定主義がとられている点にも注意が必要である(スイス刑事訴訟法七条一項)。⁽²⁸⁾

二〇〇二年のスイス刑法典全面改正⁽²⁹⁾によって整備された世界主義に関する諸規定、すなわち刑法典五条、六条および七条二項(b)では、刑法典の適用の要件として、一律に「行為者が自国に所在していること」が要求されている点が重要である。このことから、次の二つの側面が看取される。すなわち、スイスは、二〇〇二年改正を通じて世界主義が適用される犯罪類型を拡大するなどして、①処罰の間隙を補填する姿勢を示しつつも、(唯一、国家保護主義に基づく場合〔刑法典四条〕を除いて) 国外犯処罰に際して行為者の所在を要件とすることによって、②他国との管轄権の競合を回避する手立てをも講じたのである。そして、この基本方針は二〇一〇年改正においても踏襲された。

ところが、中核犯罪に関してはこれらの規定では不十分であるとされたのであった。前述のとおり、ジェノサイド罪および戦争犯罪に関しては、二〇一〇年改正前から世界主義に関する規定が存在した(刑法典旧二六四条二項、軍刑法旧一〇条一項の二(二〇〇六年末までは旧九条一項の二))。これに対して、人道に対する犯罪に関しては、双罰性を要件としない世界主義に関する規定を新たに設けない限り、スイスとは関連性を有しない国外犯処罰の際に——双罰性が要件として規定されている——刑法典七条二項(b)を適用せざるをえないという問題点⁽³⁰⁾が指摘されたのである(同犯罪に関しては条約上の訴追義務が存在しないため、世界主義に関する刑法典六条はそもそも適用することができない)。さらには、刑法典七条一項(a)のように、自国民による国外犯処罰に際して双罰性を要件として課してしまうと、仮に自国民が国外で中核犯罪を行った場合であっても、当該国が中核犯罪を国内法化していないときには、自国で訴追・処罰を行うことができず、その帰結として——自国民であるにもかかわらず——ICCへの引渡しを余儀なくされるという事態

が生じうるのである⁽³¹⁾。このような理由から、双罰性を必要としない世界主義に関する規定として、刑法典二六四条mならびに軍刑法一〇条一項の二、一項の三および一項の四が新たに整備され、従前のジェノサイド罪および戦争犯罪の場所的適用範囲に関する規定もこれらに統合されたのである。

刑法典二六四条mの要件としては、まず、①行為者がスイスに所在していること、および、②外国または国際裁判所への引渡しが行われないことが規定されている（二項）。ここで重要なのは、二〇〇三年に戦争犯罪に関して導入されたスイスとの「密接な関連性」の要件が採用されなかった点である。かかる要件は導入時から、「密接な」という文言の不明確性に対する批判や、「〔二〇〇二年改正によって「新された」刑法典の新しい総則規定と矛盾する」⁽³²⁾、「隠れた」起訴便宜主義⁽³³⁾（の導入）と理解すべきである⁽³⁴⁾といった批判に晒されていたからである。さらに、従前の一般犯罪に関する国外犯処罰規定とは異なり、双罰性が要件として課されていない点についてはすでに述べたとおりである。

同条二項では、行為者・被害者ともにスイス国民ではない国外犯に関して、ドイツ刑事訴訟法一五三条fと同様に、手続的な制約、すなわち起訴法定主義の例外が定められている。具体的には、スイスが犯罪地国でも行為者・被害者国籍国でもない場合に、外国または国際裁判所によつてすでに訴追手続が開始されており、被疑者がスイスから引き渡されることとなっているとき（二項(a)、または、行為者がすでにスイスを離れており、帰来することが見込まれないときには(b)、スイス当局は刑事訴追を中止し、または差し控えることができる⁽³⁵⁾とされているのである（もともと、証拠保全のための手続は可能である（二項柱書））。このうち、前者・二項(a)は、ドイツと同様、ICC規程を念頭に置いた規定であると思われる。前述のとおり、ICC規程では補充性の原則が掲げられており、基本的には、各国の国内裁判所が第一次的な管轄権を有する。スイスの裁判所もまた、被疑者が自国に所在する場合であったとしても、自国の処罰関心および処罰の必要性の比較的低い事案に関しては、各国の裁判所や国際裁判所に対して副次的な立場にと

どまるべきことを明らかにしているといえる。

さらに、I C C 規程との関連では、外国刑事判決の効力（国際的一事不再理）に関する同条三項も重要である。同規定によれば、原則として、外国刑事判決の効力に関する一般規定である刑法典七条四項および五項の規定が適用される。しかし、中核犯罪に関しては、二六四条m第三項において、「国外における無罪、刑の免除又は刑の時効の完成が、正当化されない態様で行為者を刑から免れさせるという目的を有していたときには」、例外的に外国刑事判決に効力を認めないという但書が設けられた。この但書も同条第二項(a)同様、I C C 規程を想起させるものである。というのも、I C C 規程においてもまた、他の裁判所による判決の一事不再理効に関して、「裁判所の管轄権の範囲内にある犯罪についての刑事責任から当該者を免れさせるためのものであった場合」（規程二〇条三項(a)、または、「国際法の認める適正な手続の規範に従って独立して又は公平に行われず、かつ、その時の状況において当該者を裁判に付する意図に反するような態様で行われた場合」（同項(b)）に限って、当該「行為」に関して改めて裁判を行うことができる」とされているからである。ただし、不当に軽い刑を科すという態様によって（本来科されるべき）刑から行為者を免れさせるという方法はスイス刑法には含まれておらず、その点で、スイス刑法の方が一事不再理効否定の射程が狭いとされる⁽³⁵⁾。

このように、スイスがI C C 規程を国内法化するにあたって刑法典二六四条mなどを新設したのは、主として、国内に所在する中核犯罪の行為者を双罰性の有無を問わずに訴追・処罰できるようにするためであった。同条を新設することによってスイスは、自国民であろうとなかろうと中核犯罪という重大な犯罪を行った者がスイス国内へ逃亡・潜伏するのを許すまいとする一方⁽³⁶⁾で、それが行きすぎた結果、自国の刑法の適用範囲が無制限に拡大するのではないかという懸念を手続法的手段によって払拭しようとしている。換言すれば、スイスは、刑法典二〇〇二年改正の際に打ち出された基本思想——①処罰の間隙の補填および②他国との管轄権の競合の回避——を踏まえつつ、二〇一

○年改正ではさらに、ICC規程固有の要素——③補完性の原則——をも加味しようと試みているのである。

(三) 上官責任

刑法典二六四条kおよび軍刑法一一四条aが新設されたことによつて、いわゆる上官責任の法理（ICC規程二八条）が国内法化された。⁽³⁷⁾これらは、中核犯罪に関する諸規定の直後に規定された上で、中核犯罪にしか適用されないことが明示されている。

スイス刑法における上官責任には三つの類型が存在する。まず、刑法典二六四条k第一項一文および軍刑法一一四条a第一項一文には、上官が部下による犯罪を知りながら、これを防止するための措置をとらなかった場合（類型①）が規定されている（「自己の部下が〔刑法典〕第二章の二又は第二章の三〔軍刑法第六章又は第六章の二〕に定める罪を犯し、又は犯そうとしていることを知っており、かつ、当該犯罪を防止するために合理的な措置をとらなかった場合」）。この場合には、「正犯と同様の刑に処する」とされる。

次に、二六四条k第一項二文および軍刑法一一四条a第二項二文には、上官が部下による犯罪を過失によつて防止しなかった場合（②）が定められている（「上官が当該犯罪を過失によつて防止しなかった場合」）。ここでは、正犯と同様の刑ではなく「三年以下の自由刑又は罰金刑」が予定されている。

最後に、二六四条k第二項および軍刑法一一四条a第二項には、上官が部下による犯罪を知りながらこれを処罰するために合理的な措置をとらなかった場合（③）が規定されている（「自己の支配下にある部下が〔刑法典〕第二章の二又は第二章の三〔軍刑法第六章又は第六章の二〕に定める罪を犯したことを知っており、かつ、当該部下の処罰を確保するために合理的な措置をとらなかった場合」）。この場合には、②の類型と同様、正犯と同様の刑ではなく「三年以下の自由刑又は罰金刑」が予定されている。

ここで特筆すべきは、ドイツ国際刑法典⁽³⁸⁾と同様に、犯罪を行った部下を処罰するための合理的な措置を過失によって怠った類型(④)は——ICC規程二八条には包含されているにもかかわらず——国内法化されなかった点である。しかし、二〇一〇年改正時の連邦参事会教書の中ではその理由は明らかにされていない。

このように、スイス刑法における上官責任の法理には三つの類型が含まれているが、その法的性質という観点からは、類型①から③のいずれもが、条文の配置としては総則的規定として国内法化されている点が特徴的である。とはいえ、②および③の類型には独自の法定刑の定めもあることから、実態としてはドイツ国際刑法典一三条および一四条同様、独立犯罪であるといえる(これはいわば「各則の中の総則の中の各則」である)。

(四) 上官命令の抗弁

いわゆる上官命令の抗弁(ICC規程三三条)に関しては、刑法典二六四条―が新設された。同条は、「部下は、上官の命令又はこれと同等の拘束力を持つ指令に従って第二章の二又は第二章の三に定める罪を犯した場合であつて、犯罪の時に行為の可罰性を認識していた場合には、罰せられる」と定める。他方、軍刑法にはすでに同様の規定が存在していたため、新たな規定は設けられず、文言に変更が加えられるにとどまった(二〇条二項)。同規定には第二文があり、任意的減軽が認められている点で刑法典とは異なる。

ICC規程三三条との相違点としては、スイス刑法の場合には——責任主義の観点から——上官命令の抗弁の成立要件が緩和されている点が挙げられる。すなわち、ICC規程三三条では、(a)命令遵守義務が存在していたこと、(b)命令の違法性を知らなかったこと、および、(c)命令が明白に違法ではなかったこと(ジェノサイド罪または人道に対する犯罪を行うよう命令することは常に明白に違法である(同条二項))の三つの要件が満たされない限り刑事責任は阻却されない⁽³⁹⁾と規定されているのに対し、スイス刑法では、行為者が命令の可罰性を認識していた場合には犯罪が成立すると

しか規定されておらず、右(c)の要件が課されていない点で——すなわち、たとえ命令に従って明白に違法な行為を行った場合であっても、行為者が違法性の認識を欠いてさえいれば犯罪が不成立となるという点で——スイス刑法では上官命令の抗弁の成立要件が緩和されていると評しうるのである。その理由は、二〇一〇年改正時の連邦参事会教書によれば、部下たる行為者が違法性の認識を有していなかったにもかかわらず、その命令の違法性が客観的に明白であったというだけで当該行為者を処罰しては、責任主義に反するからであるとされている⁽³⁹⁾。もっとも、この点に関しては、(実務においては)命令の違法性が明白であることを考慮に入れなければならないとの見解が有力に示されている⁽⁴⁰⁾。

(五) 予備行為

刑法典二六〇条c第一項および軍刑法一七一条b第一項には、予備行為も処罰の対象となる犯罪類型が列挙されている⁽⁴¹⁾。二〇一〇年改正によって、ジェノサイド罪(軍刑法同条一項(a))、人道に対する犯罪(刑法典同条一項(i)および軍刑法同条一項(b))および戦争犯罪(刑法典同条一項(j)および軍刑法同条一項(c))のほとんどの類型に関して予備行為が処罰されることとなった。一方、ICC規程においては、犯罪の未遂が処罰されるにとどまる(規程二五条三項(f))。したがって、スイス刑法では、処罰のさらなる早期化を通じて、中核犯罪の処罰範囲が拡張されたと評価することができる。

(六) 時効の不適用

ICC規程二九条には「出訴期限」(公訴時効)の不適用が明記されている。これを受けて、スイスにおいても、中核犯罪に関する時効の不適用を明文化することが検討され、既存の刑法典一〇一条および軍刑法五九条を改正する

ことで対応が図られた。すなわち、すでに時効が適用されないこととされていたジェノサイド罪および戦争犯罪に加えて、新たに人道に対する犯罪に関しても公訴時効および刑の時効の不適用に関する規定が設けられたのである(刑法典同条一項(b)および軍刑法同条一項^(b))。

刑法典一〇一条および軍刑法五九条では、各中核犯罪のうち、時効不適用の対象となる類型が個々に列挙されている。したがって、これに該当しない場合には通常の時効期間が適用されることとなる(例えば、人道に対する犯罪および戦争犯罪の「比較的軽微な事案」など)。なお、ジェノサイド罪および戦争犯罪に関しては、(二〇一〇年改正前から存在していたジェノサイド類似行為および戦争犯罪に関する時効不適用に関する規定(刑法典旧七五条の二および軍刑法旧五六条の二)が施行された)一九八三年一月一日の時点で時効を迎えていない行為および刑に対しては、時効が適用されないと規定されている(刑法典同条三項一文および軍刑法同条三項一文)。他方、人道に対する犯罪については、二〇一〇年改正の施行の時点、すなわち二〇一一年一月一日の時点で時効を迎えていない犯罪および刑に関してのみ時効が不適用となるとされている(刑法典同条三項二文および軍刑法同条三項二文)。もっとも、前述のように、ジェノサイド罪が導入されたのは二〇〇〇年のことであり、人道に対する犯罪は二〇一〇年改正によって新設されたのであるから、これら時効不適用の規定いかにかわらず、刑法典二条一項および軍刑法二条一項所定の遡及処罰禁止原則に基づいて、それ以前の行為に関してはいずれにせよスイス刑法は適用できないとされる⁽⁴³⁾。国際法上は中核犯罪などの遡及処罰は許容されている点に鑑みれば(ヨーロッパ人権規約七条二項および自由権規約一五条二項)、スイスでは国際法上の規範よりも刑法上の遡及処罰禁止原則を優先すべきであるとの見解が支持を得たといえる⁽⁴⁴⁾。

(七) 相対的免責特権の否定

ICC規程二七条には、公的資格の無関係が規定されている。これを受けて、刑法典二六四条nおよび軍刑法一一

四条bでは、ジェノサイド罪、人道に対する犯罪、戦争犯罪および上官責任に関しては、スイス国内の刑事訴訟法や議会法などによって一定の官職に就いている者に付与されている相対的免責特権は適用されないことが規定された。これに対して、絶対的免責特権、すなわち議会内における発言などに関する免責特権については、中核犯罪に関しても維持されることとなった。⁽⁴⁵⁾

四 刑法各則的规定に関する国内法整備

スイスには、刑法典・軍刑法二〇一〇年改正前から、ジェノサイド罪に関する規定が刑法典に、戦争犯罪に関する包括的规定が軍刑法に存在していた。したがって、本改正の主眼は、人道に対する犯罪の新設に置かれていたといえる。もっとも、後述のように、ジェノサイド罪についても処罰範囲が拡大され、また、戦争犯罪に関しても、これまでの白地規定を中心とした規定ぶりから個別的行为類型を列挙する方法へと大きく転換するなど、実際には広範な立法手当が施された。さらに、これらの処罰規定は刑法典および軍刑法の双方に設けられたため、裁判所の管轄にも変更が加えられることとなった。以下では、二〇一〇年改正によって改正・新設された、ジェノサイド罪、人道に対する犯罪および戦争犯罪に関する諸規定について検討を行う。また、侵略犯罪をめぐる動向にも若干言及する。

(一) ジェノサイド罪

ジェノサイド罪（ICC規程六条）に関しては、二〇〇〇年のジェノサイド条約加入に伴って国内法化がすでに行われていた（刑法典旧二六四条）。二〇一〇年改正では、同条が改正されたほか、軍刑法に新たにジェノサイド罪の規定が設けられた（軍刑法一〇八条）。両条は次のように定める。すなわち、「国籍、人種、若しくは宗教によって、又

は民族的、社会的若しくは政治的な所属によって特徴づけられた集団の全部又は一部に対し、その集団自体を殲滅する意図をもって次のいずれかに該当する行為〔同条(a)から(d)〕を行った者は、終身又は一〇年以上の自由刑に処する。個別的行为類型としては、(a)「当該集団の構成員を殺害し、又は当該集団の構成員の身体若しくは精神の不可侵性を著しく侵害する行為」、(b)「当該集団の全部又は一部を殲滅するのに適した生活条件を課する行為」、(c)「当該集団内部の出生を妨げることを意図する措置を命じ、又はそのような措置をとる行為」、および、(d)「当該集団の児童を他の集団に強制的に移し、又は移させる行為」が可罰的であるとされている。

二〇一〇年改正によって改正・新設されたスイス刑法上のジェノサイド罪の最大の特徴は、ジェノサイド条約二条およびICC規程六条の保護対象とされている国民的、民族的、人種のおよび宗教的集団のみならず、社会のおよび政治的集団までも保護される集団として規定することで、⁽⁴⁶⁾ ICC規程に比べて処罰範囲を拡張している点である。

この点、二〇〇〇年に初めてスイス刑法典にジェノサイド罪が規定された際には、社会的および政治的集団は含まれていなかった。また、国際法の次元では、一九四八年のジェノサイド条約から一九九八年のICC規程に至るまで、その定義に一切の変更が加えられることがなかった点に鑑みれば、今回スイスが同罪の保護対象に社会のおよび政治的集団を追加したことは——その是非はさておき——画期的であるといえる。

とはいえ、スイスは決して無思慮にジェノサイド罪の処罰範囲を拡大したわけではない。そもそも、かかる議論は、国際的にもICC規程が採択される前から存在したのであり、また、スイスにおいても二〇〇〇年のジェノサイド条約加盟時⁽⁴⁸⁾およびICC規程加盟時⁽⁴⁹⁾にも検討課題の一つとして俎上に載せられていた。つまり、ジェノサイド罪によって保護される集団の拡大をめぐる議論は（時間的にも地理的にも）幅広く行われてきたのである。また、実質的な観点からも、政治的・社会的集団を追加することについて理由づけがなされている。すなわち、二〇一〇年改正時の連邦参事会教書によれば、かつてナチス政権下のドイツにおいて社会的集団（障がい者など）および政治的集団（共産党員

など)が虐殺の対象とされたことに鑑み、これらの集団は、人道に対する犯罪ではなくジェノサイド罪に基づいて刑法上の保護を受けるべきであるとされたのである。⁽⁵⁰⁾

ジェノサイド罪の個別的行為類型に関していえば、ICC規程六条において(a)および(b)として規定されていた行為がスイス刑法では(a)にまとめられたため、行為類型の(条文)数が異なっている。さらに、ICC規程六条(c)によれば、行為者が当該集団の「身体的破壊をもたらすことを意図」していることが要件とされているのに対して、これに対応するスイス刑法の(b)には「身体的」という文言が存在しないため、「殲滅」類型に限定がないほか、かかる「意図」までは要求されておらず、主観的要件が緩和されている。

ジェノサイド条約三条(c)およびICC規程二五三条三項(e)では、ジェノサイド行為に加えて、ジェノサイドの公然の扇動が処罰の対象とされている。同概念は、ジェノサイド条約加入時には国内法化されなかったものの、二〇一〇年改正では立法手当てが施されることとなった。具体的には、従前の公然扇動罪に関する規定(刑法典二五九条および軍刑法一七一条a)に、ジェノサイドの公然の扇動が——独立犯罪として——追加された(刑法典同条一項の二および軍刑法同条一項の二)。これらの規定によれば、「その〔扇動された〕ジェノサイド罪の全部又は一部がスイス国内において犯される場合には、扇動がスイス国外で行われたときであっても罰される」とされている。右教書によれば、同規定は「〔適用範囲を〕場所的に拡大⁽⁵²⁾」するものであるとされている。しかし、私見では、ジェノサイドの公然扇動罪の国外犯の処罰範囲を——同犯罪に適用されうる国外犯処罰規定(刑法典六条など)にかかわらず——「ジェノサイド罪の全部又は一部がスイス国内において犯され」た場合に限定する趣旨の規定であると反対解釈するのが自然であるように思われる。

ジェノサイド条約三条(b)所定のジェノサイドの共同謀議(共謀)に関しては、固有の規定は存在しない。その理由は、ジェノサイド条約加入時の連邦参事会教書によれば、刑法典二六〇条の二(予備罪)の対象犯罪にジェノサイド

罪を追加すれば、従来の刑法典二六〇条の三（犯罪集団の結成）とも相まって十分にジェノサイドの共同謀議を捕捉できるからであるとされている。⁽⁵³⁾ ICC規程にはジェノサイドの共同謀議が規定されていないこともあって、二〇一〇年改正の際にも固有の規定は新設されなかった。

このように、今般の改正後のスイス刑法におけるジェノサイド罪については、社会的小および政治的小集団までもが保護の対象とされ、処罰範囲が拡大された点が最も重要である。

（二）人道に対する犯罪

スイス刑法には、二〇一〇年改正が施行されるまで人道に対する犯罪（ICC規程七条）に関する規定が存在しなかった。したがって、それ以前は、既存の刑法典ないし軍刑法所定の犯罪類型に基づいて行為者を訴追・処罰せざるをえなかった。もともと、ジェノサイド条約加入時の連邦参事会教書において、人道に対する犯罪の国内法化について言及がなされるなど、⁽⁵⁴⁾ スイスの立法者は、当初から国内法化の必要性を認識していたようである。ICC規程批准時の教書においても、「きわめて重大な人道に対する犯罪の訴追を保証し、いかなる場合にも処罰の間隙を生じさせないようにするためには」、⁽⁵⁵⁾ 同犯罪の国内法化を行うべきであるということが指摘されていた。こうして、今般の改正によって、人道に対する犯罪に関する刑法典二六四条aおよび軍刑法一〇九条が新設される運びとなったのである。その主たる理由は、二〇一〇年改正時の教書によれば、一般刑法上の犯罪では、同犯罪の状況要素、すなわち広範性・組織性（ICC規程七条一項柱書）の要素を考慮できないからであるとされている。⁽⁵⁶⁾

ICC規程七条とスイス刑法との違いに關していえば、まず、前者では一項に柱書および個別的行為類型が列挙され、二項にその定義規定が置かれていたのに対して、後者では、一項に柱書（「文民たる住民に対する攻撃であつて広範又は組織的なものの一部份として、次のいずれかに該當する行為を行った者は、五年以上の自由刑に処する」）および個別的行為類

型 (a) から (j) がまとめられ、さらに、二項に犯情の重い事案での刑の加重、三項に犯情の比較的軽微な事案での刑の減輕が規定されている点で、両者の間には、条文構造および刑の加重・減輕類型 (の有無) に差異がみられる。

また、人道に対する犯罪の一般的要件に関して、ICC 規程七条一項柱書では、当該行為が「文民たる住民に対する攻撃であつて広範又は組織的なものの一部として」行われることを行為者が「認識」していることが要件とされているが、スイス刑法では、かかる認識は明文上要件とされていない。それにもかかわらず、二〇一〇年改正時の連邦参事会教書では、人道に対する犯罪が成立するためには広範性または組織性の認識が必要であるとされている。⁽⁵⁷⁾ その理由は、学説によれば、故意に関する一般規定である刑法典一二条二項が適用されるからであろうとされている。⁽⁵⁸⁾

さらに、個別的行為類型に関しても相違点が見受けられる。例えば、スイス刑法典二六四条 a および軍刑法一〇九条では、それぞれ (i) の類型に ICC 規程七条一項 (h) (迫害) および (j) (アパルトヘイト犯罪) の二類型が一括りにされている点が挙げられる。この点に関しては、右教書では特に理由は述べられていないが、おそらくは両類型の性質が類似していることに起因するものと思われる。なお、ICC 規程七条一項 (k) の「その他の同様の性質を有する非人道的な行為であつて、身体又は心身の健康に対して故意に重い苦痛を与え、又は重大な傷害を加えるもの」という補充的な類型は、スイス刑法では、(j) の類型においてほぼそのまゝの形で規定されている。この点に関して、右教書によれば、同類型においては、故意に重い苦痛または重大な傷害を与えることが要件とされており、構成要件が限定されているため、罪刑法定主義には抵触しないとされている。⁽⁵⁹⁾ このような一般条項は、例えば、傷害罪に関する刑法典一二二条などにも見受けられるため、決して新しいことではないという。⁽⁶⁰⁾

このように、スイスでは、二〇一〇年改正によって人道に対する犯罪の規定が新設されたことで、同犯罪を一般犯罪として訴追・処罰せざるをえないというこれまでの状況に終止符が打たれた。新規定に関しては、条文の配列が異なる箇所も見受けられるものの、内容としては ICC 規程七条をほぼそのままに受容したものであるといえる。

(三) 戦争犯罪

戦争犯罪（ICC規程八条）に関する規定はICC加盟以前から軍刑法に存在していた（旧一〇八条から旧一一四条）。しかしながら、同法旧一一〇条から旧一二四条の規定によつて捕捉されうる行為類型はごくわずかであった（旧一〇八条は適用範囲に関する規定であった）。加えて、旧一〇九条の規定は、諸種の国際条約を参照することによつて刑罰を科す、いわば白地刑法的規定であつたため、罪刑法定主義（刑法典一条および軍刑法一条）に抵触するおそれが指摘されていた。⁽⁶¹⁾ このような理由から、二〇一〇年改正によつて、戦争犯罪に関する広範な規定群が刑法典第二編第二章の三（二六四条bから二六四条j）および軍刑法第一編第二章第六章の二（一一〇条から一一四条）に設けられたのであつた。それに伴つて、旧条文に規定されていた諸類型は新条文中に編入・統合された。

戦争犯罪に関する新規定には、刑法典・軍刑法それぞれに九つずつ条文が存在する。両者の間の唯一の相違点は、後述の⑤の事案のうち軽微なものについては懲戒処分を科すことを定める軍刑法一一四条二項の存在である（刑法典二六四条jには二項がない）。

これらの規定は、次の五通りに分類されている（以下の丸付き数字は各条の見出しに振られている番号に対応）。すなわち、①適用範囲に関する一般的要件（刑法典二六四条bおよび軍刑法一一〇条）、②いわゆるジュネーヴ法の違反（二六四条cおよび一一一条）、③いわゆるハーグ法の違反（二六四条dから二六四条hおよび一一二条から一一二条d）、④ICC規程には包含されていない行為類型（二六四条iおよび一一三条）、ならびに、⑤一般条項（二六四条jおよび一一四条）の五通りである。

②から⑤までの行為類型はいずれも、その淵源となつている条約（ジュネーヴ法かハーグ法か）、ならびに、行為の性質、とりわけ保護法益および行為態様という観点から個々の条文に振り分けられている。⁽⁶²⁾ これに対して、ICC規

程では、五〇項目ある個別的行為類型が八条二項の中で——行為と関連性を有する武力紛争の性質（国際的か非国際的か）および条約上の淵源という二つの観点から——四分割されている。規定の内容についていえば、スイス刑法にはあるがICC規程にはない類型（④）もあれば、ICC規程にはあるがスイス刑法にはない類型（規程八条二項（b）^(xiv)など）もある。以下では、二〇一〇年改正後のスイス刑法における戦争犯罪に関する諸規定を概観する。

第一に、①戦争犯罪の一般的要件として、国際的または非国際的武力紛争との関連性が規定されている。刑法典二六四条bおよび軍刑法一一〇条によれば、③から⑤の個別的行為類型に関する規定——②ジュネーヴ諸条約の重大な違反行為（刑法典二六四条cおよび軍刑法一一一条）はこれに含まれない——は原則として国際的武力紛争であるか非国際的武力紛争であるかを問わず適用されるとされている（例外的に、「犯罪の性質上否定される場合にはその限りではない」とされる）。この点、ICC規程八条では、非国際的武力紛争の場合に可罰的とされる行為類型（同条二項（c）および（e））は国際的武力紛争の場合（同項（a）および（b））に比べて数が限られていることに鑑みれば、かかる区別を原則として採用せず、非国際的武力紛争における処罰範囲を国際的武力紛争の場合の水準にまで引き上げたスイス刑法では、ICC規程よりも処罰範囲が拡大されているといえる。二〇一〇年改正時の連邦参事会教書によれば、これは、ICC規程採択以後に締結された条約や国際慣習法、諸種の国際刑事法廷の判例において、非国際的武力紛争における戦争犯罪の可罰的行為類型が拡大傾向にあることを考慮した結果であるとされる。⁽⁶³⁾つまり、スイスは、ICC規程には包含されていない行為の当罰性の有無を、規程採択以後の国際人道法の発展に照らして判断しているのである。なお、ドイツ国際刑法典においても同様の傾向がみられる（同法八条から一二条⁽⁶⁴⁾）。

第二に、このような傾向に反して、例外的に国際的武力紛争の場合にのみ可罰的であるとされるのが、②「ジュネーヴ諸条約の重大な違反行為」である。武力紛争の性質に関する区別は国際法廷の判例上否認される傾向にあるにもかかわらずこのような例外を設けた理由としては、ジュネーヴ諸条約採択時には、これを非国際的武力紛争にまで

拡張することは内政干渉であると考えられており、その伝統を考慮すべきであること、および、犯罪の性質上非国際的武力紛争にはおよそ馴染まない類型（例えば、占領地域の捕虜または文民を軍隊に徴集する行為など）が存在することの二点が挙げられている⁽⁶⁵⁾。また、スイス刑法におけるジュネーヴ法の違反行為では、次に述べるハーグ法の違反行為やドイツ国際刑法典の場合とは異なり、保護法益や行為の性質による細分化が行われていない。

第三に、主にハーグ法の違反行為として、③「その他の戦争犯罪」、すなわち「文民及び民用品に対する攻撃」（刑法典二六四条dおよび軍刑法一一二条c）、「正当化されない医療行為並びに性的自己決定権及び人の尊厳に対する侵害」（二六四条eおよび一一二条a）、「児童兵の徴募及び使用」（二六四条fおよび一一二条b）、「禁止された戦闘方法」（二六四条gおよび一一二条c）および「禁止された兵器の使用」（二六四条hおよび一一二条d）が規定されている。ICC規程におけるハーグ法の違反行為は、武力紛争の性質を唯一の分水嶺として二分されるにとどまっているのに対して、スイス刑法では、ハーグ法に関しては、保護法益や行為の性質を基準に規定がかなり細分化されている点が特徴的である。ドイツ国際刑法典においても同様の傾向がみられるが、分類の仕方は異なる。

第四に、④「停戦又は和平の違反、軍使に対する軽罪及び捕虜の帰還の遅延」が戦争犯罪として規定されている（刑法典二六四条iおよび軍刑法一一三条）。ここで特筆すべきは、本規定の条約上の淵源である。すなわち、両条(a)から(c)に規定されている諸類型は、ハーグ陸戦規則（「陸戦ノ法規慣例ニ関スル規則」）およびジュネーヴ諸条約第一追加議定書に直接由来する行為類型であり、これらには、ICC規程上対応する規定が存在しないのである。これらのうち、(a)および(b)の類型は、ハーグ陸戦規則三二条以下に由来し、先述の軍刑法一九六七年改正によって新設されたものである（旧一一三条および旧一一四条）。他方、(c)の類型は、ジュネーヴ諸条約第一追加議定書八五条四項(b)を基に、二〇一〇年改正の際に新設されたものである。

最後に、戦争犯罪に関する一般条項として、⑤「国際人道法のその他の違反」（刑法典二六四条jおよび軍刑法一一四

条」が規定された。本規定は、「国際慣習法によつて、又はスイスに承認され、拘束力を有する国際条約によつて可罰的であるとされている」国際人道法の違反行為を処罰する白地規定である点で、軍刑法旧一〇九条と類似している。したがつて、同条に対して提起された、罪刑法定主義の観点からの批判がそのまま当しうるようにも思われる。しかし、二〇一〇年改正時の連邦参事会教書においては、むしろ、次の二つの目的の存在が強調されている。すなわち、前条までに規定された個別的行為類型によつて捕捉されない行為を——「非常に手間のかかる」——刑法の改正を経ずしてこれまでどおり処罰できるようにしておくこと、および、将来の条約および国際慣習法を法改正せずにカヴァーできるようにすることの二点である。このことから、二〇一〇年改正では必ずしも一般条項を排斥することが目指されていたわけではなく、明確性の度合いを（相対的に）向上させることが目的とされていたとどまるということがわかる。

このように、二〇一〇年改正では、これまで一般条項によつて捕捉されていた戦争犯罪の個別的行為類型を逐一明文化したことによつて、処罰規定の明確性の向上が図られたといえる。加えて、多くの類型に関して武力紛争の性質に基づく区別が採用されなかったことで、ICC規程における戦争犯罪に比べて処罰範囲が拡大されたといえる。さらに、ICC規程には存在しない類型とスイス刑法典には存在しない類型とがあり、その限りで処罰範囲が拡大・縮小されている点も看過すべきではない。

（四） 侵略犯罪

二〇一〇年改正時には、侵略犯罪（ICC規程八条の二、未発効）の国内法化に関する議論は行われなかった。二〇一〇年六月に開催されたICC規程検討会議にて同犯罪の定義および管轄権行使の条件に関する規程の改正が採択されて以来、スイスは、同改正を批准するための準備を進めてきた。そして、二〇一三年六月二六日、スイス連邦参事

会は、批准のための聴聞手続を開始すると同時に（同年一〇月二〇日に終了予定）、侵略犯罪に関しては——ドイツとは異なり——国内法化を行わない方針を明らかにした。同犯罪は国家による侵略行為を前提としているため、その追・処罰に際しては侵略行為の存否を判断する必要があるが生じるが、そのような外交上慎重を要する判断を行う主体としてはICCが最適であるから、スイスはICCに対する手続的協力に徹するべきとされたのである^⑥。また、刑法典上の「他国の領土主権を侵害する罪」（二九九条）や「戦争遂行者又は駐留外国部隊に対する戦闘行為の罪」（三〇〇条）では侵略犯罪を部分的にしか捕捉できないため、万が一自国民が侵略犯罪の被疑者となった場合には、ICCへの引渡しやむをえないという。今後、連邦議会においてどのような議論が展開されるのか、注目が集まる。

五 おわりに

本稿では、スイスにおけるICC規程の実体法的側面に関する国内法化について検討を行ってきた。以下では、最後に、これまでの検討を通じて明らかとなったスイスによる立法の特徴を五点に分けて確認しながら、ICC規程の国内法化をこれから行おうとしている国々や行わないことを方針として掲げている国々に示唆するところを抽出する。

第一に、立法の時期に関しては、ICC規程加盟の約八年後に実体法的側面に関する国内法化が実現した。しかも、スイスは、当初から、ICCへの早期加盟を実現するために、いわば「二段階方式」をとることを予定していたのであった。ICCに加盟していない国々にとっては、このような方式を採用することでICC加盟の敷居が低くなるといえる。

第二に、立法の目的に関しては、立法者によって七点が挙げられていた（前記二(三)参照）。これらのうち、とりわけ、②（自国民たる）被疑者をICCに引き渡さざるをえなくなるという事態に陥るリスクを軽減するという点について

は、ICC規程の国内法化を行っていない国々にとっても関心の高いところではないかと思われる。

第三に、立法方式に関しては、今般の立法手当においては、ドイツ国際刑法典のような特別法の制定ではなく、既存の一般刑法の改正という方式が採用された。立法者はその理由として六点挙げていたが（前記二（三）参照）、その反面、中核犯罪に適用される総則的規定が各則の内部と従来の総則規定の内部とに分散されたため、一覽性に欠けるとの批判は免れないように思われる。

第四に、刑法総則的規定に関しては、既存の刑法典および軍刑法の改正によって国内法化が行われたため、基本的には従来の総則規定がそのまま適用されることとなった。したがって、二〇一〇年改正では、予備行為などの例外を除けば、ICC規程独自の概念を中心に国内法化が行われたといえる。そして、今般新設された総則的規定は、いずれも中核犯罪にしか適用されないことが条文上明記されているため、これらの規定が既存の犯罪の解釈や適用に影響を及ぼすことはない。むしろ、上官命令の抗弁など、国内刑法の原則である責任主義との調和を図るために、ICC規程上の概念に修正を施した上で国内法化が行われる例が存在する。

第五に、刑法各則的規定に関しては、改正前には刑法典にも軍刑法にも存在しなかった人道に対する犯罪が新たに規定されたほか、既存のジェノサイド罪の保護される集団として新たに政治的および社会的集団が追加され、また、ごく一部の行為類型と一般条項しか存在しなかった戦争犯罪に関しても網羅的な処罰規定が新設されたことにより、新たにルール・メイキングが行われたとも評しうる。ここで重要なのは、スイスが、とりわけジェノサイド罪および戦争犯罪に関して、単に罪刑法定主義の観点から明確性の向上を図っただけでなく、処罰範囲の拡大・縮小をも行った点である。そして、そこでは、ICC規程以外の国際条約や国際慣習法、諸種の国際刑事法廷の判例などが考慮に入れられていたのであった。

以上五点を総括すると、スイスは、現行刑法ではそもそも捕捉されえない犯罪類型をカヴァーできるようにするこ

と、および、現行刑法で捕捉されうる犯罪類型であってもその中核犯罪としての性質を現行刑法では十分に考慮できないものをより適切に訴追・処罰できるようにすることによって、自国の「捜査又は訴追を真に行う意思又は能力」を担保し、補完性の原則の機能を最適化することを目的として国内法化を行ったといえる。

さらに、スイスは、ICC規程を逐条的・逐語的に国内法化したのではなく、国内法化すべき概念を選別・追加し、それらに適宜修正を加えた上で、部分的には独自のルール・メイキング——「国際人道法の促進」(立法の目的⑥)——をも行ったといえる。ここから得られる示唆としては、ICC規程の実体的側面に関する国内法化に際しては、ICC規程の条文に拘泥することなく、第一に国際刑法(学)の視座から、第二に国内刑法(学)の視座から、いわば二段階の検討を行うことによって、個々の概念の国内法化の要否や態様を判断する必要があるという点を指摘できる。第一段階では、ICC規程以外の条約や国際慣習法、諸種の国際法廷の判例にも照らして、国内法化の対象となる国際法上の概念を発見・選別する。第二段階では、罪刑法定主義や責任主義といった国内刑法上の諸原則や法体系に鑑みて、第一段階で選定された概念をさらに篩にかけて同時に、それらの概念にいかなる修正を施す必要があるのかを決定する。これらの点に加えて、スイスでは、単に補完性の原則を遵守するにとどまらず、国際社会に向けたルール・メイキングが行われたことも重要である。このように、ICC規程の国内法化とは、国際刑法(学)および国内刑法(学)のいずれの視点が欠けても成り立たないものであり、また、国際刑法の今後の発展を占う上でも決して看過できない動向の一つであるといえよう。

(1) ミニマリスト方式および(その対概念である)マクシマリスト方式に関しては、新倉修「国際刑事裁判所規程の批准と国内法整備の課題」法律時報七九巻四号(二〇〇七年)二八頁を参照。

(2) Völkerstrafgesetzbuch vom 26. Juni 2002 (BGBl. I S. 2254). 同法はすでに日本においても紹介されている。フィリップ・

- オーステン「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」ジュリスト二〇七号(二〇〇一年)一二六頁以下、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——」捜査研究六〇八号・六一〇号(いずれも二〇〇二年)六六頁以下・六二頁以下などを参照。
- (3) Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937.
- (4) Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927.
- (5) Bundesgesetz über die Änderung von Bundesgesetzen zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 18. Juni 2010 (AS 2010 4963).
- (6) Bundesgesetz vom 21. Dezember 1950 (AS 1951 437 453; BBl 1949 II 137).
- (7) *Jürg van Wijnkoop*, Das Engagement der Schweiz – Grundlagen und erste Schritte, in: *Andreas R. Ziegler/Stefan Wehrenberg/Renand Weber* (Hrsg./Eds.), *Kriegsverbrecherprozesse in der Schweiz – Procès de criminels de guerre en Suisse*, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 5 f.
- (8) Bundesgesetz vom 5. Oktober 1967 (AS 1968 212; BBl 1967 I 585). 同法に關しは *van Wijnkoop*, a.a.O. (Fn. 7), S. 6 f. を参照。
- (9) *van Wijnkoop*, a.a.O. (Fn. 7), S. 6 f.
- (10) 同事件の審理に關しは *Ziegler/Wehrenberg/Weber* (Hrsg./Eds.), a.a.O. (Fn. 7), S. 295–388 に収録されている。
- (11) Urteil des Militärkassationsgerichts vom 27. April 2001. 同判決の評釈を *Andreas R. Ziegler*, Aktuelle juristische Praxis (AJP) 2/2002, S. 215 ff. を参照。
- (12) *Stefan Wehrenberg*, Vor Art. 264–264m, in: *Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächinger* (Hrsg.), *Basler Kommentar. Strafrecht II*, Art. 111–392 StGB, 3. Aufl., Basel 2013 (im folgenden: BSK–II³), Rn. 6 (S. 2078 f.).
- (13) Ziff. I des Bundesgesetzes über die Änderung des Strafgesetzbuches, des Militärstrafgesetzes und der Bundesstrafrechtspflege vom 24. März 2000 (AS 2000 2725 2729; BBl 1999 5327).
- (14) Botschaft betreffend das Übereinkommen über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes sowie die entsprechende Revision des Strafrechts vom 31. März 1999 (BBl 1999 5327), S. 5346 (im folgenden: Botschaft 1999).

- (15) Ziff. II des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 2003 (AS 2004 2691 2694; BBl 2003 767).
- (16) Cour International de Justice, Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000.
- (17) Loi relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire, 10 février 1999.
- (18) *Hans Vest/Christian Sager*, Die bundesrätliche Botschaft zur Umsetzung der Vorgaben des ISGH-Statuts – eine kritische Bestandsaufnahme, AJP 4/2009, S. 426.
- (19) Bundesgesetz vom 22. Juni 2001 über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof (ZISG) (AS 2002 1493; BBl 2001 391).
- (20) Bundesgesetz vom 22. Juni 2001 über die Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes (Rechtspflegedelikte vor internationalen Gerichten) (AS 2002 1491; BBl 2001 2906).
- (21) Botschaft über das Römer Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, das Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof und eine Revision des Strafrechts vom 15. November 2000 (BBl 2001 391), S. 393 (im folgenden: Botschaft 2000).
- (22) *Sabine Gless*, Internationales Strafrecht, Grundriss für Studium und Praxis, Basel 2011, Rn. 967.
- (23) Botschaft über die Änderung von Bundesgesetzen zur Umsetzung des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 23. April 2008 (BBl 2008 3863), S. 3879–3883 (im folgenden: Botschaft 2008).
- (24) エッセイが特別法の制定に与った国内法化をなした理由をその利点に關しては、*Claus Kreyß*, Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs, Baden-Baden 2000, S. 18–33 を参照。
- (25) Botschaft 2008, S. 3887 f.
- (26) *Gless*, a.a.O. (Fn. 22), Rn. 940.
- (27) 管轄権の分配に關して詳しうは、Botschaft 2008, S. 3902–3906 をその同 S. 3971 に掲載されている表を参照。
- (28) Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007.
- (29) AS 2006 3459; BBl 1999 1979.
- (30) いわゆる「軽い法の原則」(刑法典七条三項)や外国刑事判決の一事不再理効(七条四項)が(そのまま)適用されることになつてしまつた問題点を指摘されている。Botschaft 2008, S. 3954.

- (31) Botschaft 2008, S. 3956.
- (32) Botschaft 2008, S. 3897.
- (33) *Hans Vest*, Zum Universalitätsprinzip bei Völkerrechtsverbrechen. Bemerkungen de lege ferenda, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStrR) 123 (2005), S. 332.
- (34) *Andreas Eicker*, Das Schweizerische Internationale Strafrecht vor und nach der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs – zur Interpretation des „engen Bezug“ als verstecktes Opportunitätsprinzip, ZStrR 124 (2006), S. 317.
- (35) *Gerhard Fiolka*, Art. 264m, in: BSK-II³, Rn. 38 (S. 2281).
- (36) ニ〇一〇年一一月二〇日ヒューストン連邦司法・警察省プレスリリースも参照<http://www.bfn.admin.ch/content/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2010/ref_2010-11-02.html> (二〇一三年九月一九日最終閲覧)。
- (37) Botschaft 2008, S. 3948-3952.
- (38) ドイツ国際刑法典における上官責任の法理に関しては、横濱和弥「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——」法学政治学論究九七号(二〇一三年)三〇一頁以下を参照。
- (39) Botschaft 2008, S. 3953.
- (40) *Gerhard Fiolka*, Art. 264l, in: BSK-II³, Rn. 33 f. (S. 2271) m.w.N.; *Vest/Sager*, a.a.O. (Fn. 18), S. 443 f.
- (41) Botschaft 2008, S. 3916.
- (42) Botschaft 2008, S. 3912-3915.
- (43) *Stefan Wehrenberg*, Art. 264, in: BSK-II³, Rn. 75-77 (S. 2108 f.).
- (44) *Wehrenberg*, a.a.O. (Fn. 12), Rn. 15 (S. 2081) m.w.N.
- (45) Botschaft 2008, S. 3957 f.
- (46) *Wehrenberg*, a.a.O. (Fn. 43), Rn. 34-37 (S. 2096-2098).
- (47) 後藤啓介「ジェノサイドの犯罪構成要件に関する一考察——ジェノサイド罪の主な特徴と現行日本刑法での対応の限界——」法学政治学論究八〇号(二〇〇九年)三五七—三五八頁参照。
- (48) Botschaft 1999, S. 5347.
- (49) Botschaft 2000, S. 496.

- (50) その他の理由に關し、Botschaft 2008, S. 3918 f. を參照。
- (51) Botschaft 2008, S. 3915.
- (52) Botschaft 2008, S. 3916.
- (53) Botschaft 1999, S. 5339 f.
- (54) Botschaft 1999, S. 5346.
- (55) Botschaft 2000, S. 423.
- (56) Botschaft 2008, S. 3380.
- (57) Botschaft 2008, S. 3922.
- (58) *Vest/Sager*, a.a.O. (Fn. 18), S. 431 Fn. 50.
- (59) *Dagegen Stefan Wehrenberg/Caroline Ehler*, Art. 264a, in: BSK-II³, Rn. 74 (S. 2133).
- (60) Botschaft 2008, S. 3932.
- (61) *Gerhard Fiolka/Bruno Zehnder*, Vor Art. 264b-j, in: BSK-II³, Rn. 4 (S. 2140) m.w.N.
- (62) Botschaft 2008, S. 3933.
- (63) Botschaft 2008, S. 3935.
- (64) *Gerhard Werle*, Völkerstrafrecht, 3. Aufl., Tübingen 2012, Rn. 1412 m.w.N.
- (65) Botschaft 2008, S. 3937.
- (66) Botschaft 2008, S. 3947 f.
- (67) Erläuternder Bericht zu den Änderungen des Römer Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 10. und 11. Juni 2010 betreffend das Verbrechen der Aggression und Kriegsverbrechen <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/31135.pdf>> (二〇一三年九月一九日最終閲覧).

(追記) 本稿は、文部科学省「卓越した大学院拠点形成支援補助金『市民社会におけるガバナンスの教育研究拠点』」

による支援のもと執筆されたものである。記して感謝申し上げます。

久保田 隆（くぼた たかし）

所属・現職

慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴

慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

所属学会

日本刑法学会、国際人権法学会

専攻領域

刑法、国際刑法