

Title	ドイツ国際刑法典上の戦争犯罪と刑法典上の通常犯罪の適用関係： 国際法上の合法性に基づく刑法上の違法性阻却
Sub Title	Die Strafbarkeit militärischer Angriffe auf Zivilpersonen nach deutschem VStGB und StGB: Völkerrechtskonformität als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund?
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	2014
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.101, (2014. 6) ,p.257- 290
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20140615-0257

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.

ドイツ国際刑法典上の戦争犯罪と 刑法典上の通常犯罪の適用関係

——国際法上の合法性に基づく刑法上の違法性阻却——

久保田 隆

- 一 はじめに
- 二 ドイツ国際刑法典
 - (一) 総説
 - (二) 一般法の適用（二条）
 - (三) 戦争犯罪（八条から一二条）
- 三 ドイツ連邦軍クンドウーズ空爆事件
 - (一) 事実の概要
 - (二) 国際刑法典上の可罰性
 - (三) 刑法典上の可罰性
- (四) 小括
- 四 おわりに——日本法への示唆

一 はじめに

国際刑事裁判所 (International Criminal Court; 以下、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」(以下、ICC規程) が二〇〇二年七月一日に発効してから一年半余が経過した。その間に加盟国数は発効時の約二倍 (二二カ国) になった (二〇一四年三月中旬現在)。現在、ICCは八つの「事態」(situation) に関して二一の「事件」(case) を扱っている⁽¹⁾。また、ICCは長らく一件の判決をも下せずにいたが、二〇一二年三月一四日ようやく、コンゴ民主共和国の事態に関して初の判決 (有罪) が下された (量刑決定は同年七月一〇日)。その後、同事態に関して、同年二月一八日に第二の判決 (無罪)、二〇一四年三月七日に第三の判決 (有罪) が下されている。

このように、ICCは、常設の国際刑事法廷としての活動を徐々に活発化しつつある。もともと、世界各地で現に行われている規程対象犯罪——いわゆる「中核犯罪」(core crimes)——のすべてを一手に引き受けることがICCに期待されているわけではない。なぜならば、各国の国家主権とICCの裁判権との調和を図る必要があるだけでなく、ICCの人的資源や予算には当然限界があるからである⁽²⁾。そこで、ICCは、基本原理として、「補完性の原則」(principle of complementarity) を掲げることによって、第一次的な裁判権を各国の刑事司法の手に委ねている。ICC規程前文一〇段によれば、ICCは「国家の刑事裁判権を補完するもの」であるとされている。より具体的には、第一次的な裁判権を有するのは各国の国内裁判所であるとされ、当該国家が事件の「捜査又は訴追を真に行う意思又は能力がない場合」にのみICCが訴追・処罰を行うこととされている (規程一七条)。つまり、ICCが管轄権を行使することが許されるのは、原則として、各国が犯罪の訴追・処罰を行わず、または行うことができない場合に限られているのである⁽³⁾。目下、ICCに係属する事態・事件が増加の一途をたどっていることに鑑みれば、今後、第一次的

な裁判権を有するとされる各締約国が果たすべき役割も次第に大きくなっていくことが予想される。

ここで、各締約国の動向に目を向けると、ICC規程の実体法上の諸規定、すなわち、中核犯罪に関する諸規定およびそれらに適用される刑法総則的規定に関する国内法整備を行った国々（いわゆるマクシマリスト諸国）とそうでない国々（いわゆるミニマリスト諸国）とが併存していることがわかる。両者の違いを端的に述べれば、マクシマリスト諸国は、ICCが補完性の原則を掲げていることを受けて、自らに付与された第一次的な裁判権をより適確に行使すべく——ICC規程上、立法義務はおろか、（既存の刑法等の適用による）訴追・処罰義務さえも課されていないにもかかわらず——実体法上の諸概念の国内法化を行ったのに対し、ミニマリスト諸国は、中核犯罪は既存の刑法等によって処罰可能であるなどとして、国内法化を行わなかったのである。

マクシマリスト諸国とミニマリスト諸国とを比較検討するとき、重要な指標の一つとなるのが、前者における実務の動向である。マクシマリスト諸国では、ICC規程における実体法上の諸概念を国内法化したことによって、どのような法的・政策的問題が生じているのであろうか。ミニマリスト諸国の一つである日本にとって、マクシマリスト諸国の「その後」を追うことには一定の意義があるように思われる。

そこで、本稿では、二〇〇二年にICCに加盟する際に「国際刑法典」(Volkerstrafgesetzbuch)⁽⁸⁾を制定して実体法に関する国内法整備を行ったドイツにおいて発生した「ドイツ連邦軍クンドゥーズ空爆事件」をめぐる議論を手がかりに、次の二つの論点に関する検討を行うこととする。

第一に、国内法化された中核犯罪と一般刑法上の通常犯罪との適用関係に関する検討を行う。両者の適用関係をめぐる議論は、中核犯罪を国内法化したマクシマリスト諸国固有の問題ではあるものの、現在の日本をはじめとするミニマリスト諸国においても、ICC規程の実体法的側面の国内法化を行うことを検討する際には、看過しえない論点となる。

第二に、同事件は、ミニマリスト諸国が一般刑法に基づいて戦争犯罪（規程八条）該当行為の訴追・処罰を行う際にも問題となる、重要な論点を提起している。すなわち、国際法上の合法性に基づく刑法上の違法性阻却（Rechtfertigung: 正当化）の問題である。この問題は、確かに、マクシマリスト諸国に属するドイツにおいて提起されたものではあるが、ミニマリスト諸国においても、一般刑法による対応が予定されている以上、武力紛争において国際法上合法的な戦闘行為を繰り返した戦闘員を国内の刑事司法の手による訴追・処罰の対象から除外するための（実体法上の）法理は必要不可欠であるといえる。日本においても、昨今、憲法九条の改正ないし解釈変更による集団的自衛権の行使容認に基づく自衛隊の任務拡大や自衛官の武器使用要件の緩和といった議論が組上に載せられていることに鑑みれば、この問題が今後刑事実務上の課題となる可能性が高まることも一概には否定できないように思われる。本稿では、これら二つの論点に重点を置くこととする。その具体的な検討の流れについては、まず、議論の前提として、一般刑法の適用に関するドイツ国際刑法典二条、および、戦争犯罪に関する同法八条から一二条に関する検討を行う（第二章）。次に、「ドイツ連邦軍クンドゥーズ空爆事件」を題材に、同事件をめぐる諸論点のうち、国際刑法典上の戦争犯罪の成否、および、刑法典上の通常犯罪の不成立を導く理論構成を検討した上で、ドイツの実務では、国際法上の合法性を根拠として、刑法上の正当化が行われていることを示す（第三章）。そして、最後に、日本法への示唆として、この問題は、ミニマリスト方式を採用している日本においても論点となりうることを改めて指摘し、今後行われるべき議論の方向性を提示する（第四章）。

二 ドイツ国際刑法典

本章では、「ドイツ連邦軍クンドゥーズ空爆事件」に関する検討を行うに先立って、同事件との関連において重要

な諸規定を中心に、国際刑法典に関する概説を行う。

(一) 総説

ドイツは、二〇〇〇年二月一日にICC規程を批准⁽⁹⁾し、二〇〇二年七月一日のICC規程発効をもってICCの締約国となった。これに伴って、ドイツでは、次の三つの国内法整備が行われている。すなわち、①国際法廷への自国民の引渡しを可能とするためのドイツ連邦共和国基本法（憲法）一六条二項二文の新設⁽¹⁰⁾、②ICC規程実施法の制定による「国際刑事裁判所に対する協力に関する法律」（Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof: ICC協力法）の新設⁽¹¹⁾、および、③主にICC規程の実体法的側面に関する国内法整備を行うための国際刑法典導入法の制定である。

国際刑法典は、その名のとおり、③国際刑法典導入法によって新設された法律である。このように、ドイツは、ICC規程の実体法的側面に関する国内法整備を行うにあたって、国際刑法典という新たな特別法を制定したのである⁽¹⁴⁾。国際刑法典は、各条文が刑法総則的規定（第一章）と刑法各則的規定（第二章）とに大別されている。前者・「総則的規定」に関していえば、後述のとおり、第二条において一般刑法の適用の余地が明記されていることから明らかに、ICC規程第三部「刑法の一般原則」（刑法総則）に置かれている規定のすべてが国内法化されたわけではない。その理由として、立法者は、ドイツ刑法典とICC規程とは「本質的に重要な差異はない」という点を挙げている。他方で、後者・「国際法に対する罪」、すなわち各則的規定についていえば、ジェノサイド罪と人道に対する犯罪とが併せて第一節に収められ、第二節の戦争犯罪とは犯罪の性質が異なることが強調されている点特徴的である。加えて、第三節には、（独立犯罪としての）上官責任の法理⁽¹⁵⁾が規定されている。なお、二〇一〇年によくICC規程上の定義が採択されたものの、いまだ発効には至っていない侵略犯罪に関しては、草案の作成に向けた議論

がすでに開始されている⁽¹⁷⁾。

(二) 一般法の適用 (二条)

国際刑法典第一章「総則的規定」のうち、特別法たる国際刑法典と一般法たる刑法典などの適用関係について規定しているのが、同法二条である。これによれば、「一般の刑法」、すなわち、刑法典などの適用の余地が残されているとされる。同条は次のとおり定める。

第二条 一般法の適用

この法律に定める犯罪には、この法律の第一条及び第三条から第五条までに特別の規定がない限り、一般の刑法が適用される。
〔条約など、外務省による公定訳がある場合を除いて、本稿中の邦訳は筆者による。〕

つまり、同条では、国際刑法典上の犯罪に関しては、重罪に関する世界主義 (一条)、上官命令の抗弁 (三条)、(関与形式としての) 上官責任の法理 (四条)、および、重罪に関する時効の不適用 (五条) 以外の事項に関しては、「一般の刑法」、すなわち、刑法典の諸規定、諸種の書かれざる法規 (ungeschriebene Rechtsätze)、ならびに、少年裁判所法 (Jugendgerichtsgesetz) および軍刑法 (Wehrstrafgesetz) などが適用される余地が残されていることが確認されている⁽¹⁸⁾のである。

このように、本条は、第一義的には、刑法典の総則規定を国際刑法典にも適用するためのものである。しかしながら、ここで看過されてはならないのは、立法者によって、国際刑法典は刑法典の各則規定の適用を排除しないという見解⁽¹⁹⁾が示されている点である。つまり、この見解によれば、国際刑法典上の中核犯罪と刑法典上の通常犯罪の双方が

成立しうるとされているのである。そして、そのような場合には、国際刑法典二条に基づいて、刑法典総則第三編第三章の罪数に関する諸規定（五二条以下）が適用されることによつて、解決が図られる。この点、学説によれば、中核犯罪に該当する行為が同時に通常犯罪の保護法益をも侵害する場合⁽²⁰⁾、および、中核犯罪と通常犯罪の双方の構成要件を充足するものの保護法益が異なる場合には、中核犯罪と通常犯罪とが刑法典五二条（二項前段）所定の「一罪」（Tateinheit: 観念的競合）として扱われるとされる⁽²²⁾。他方、中核犯罪と通常犯罪とがその背景にある状況（Kontext）という点で異なるにすぎない場合には法条競合となり、特別法たる国際刑法典上の犯罪が優先的に成立することになる⁽²⁴⁾。もっとも、国際刑法典と刑法典の競合を認める立法者の見解（およびこれを支持する通説）に対しては、異論も存在する（三(三)にて後述）。

このように、国際刑法典二条によれば、中核犯罪に該当する行為に関しては、刑法典の総則規定のみならず各則規定の適用までもが可能となるとされている。後述する「ドイツ連邦軍クンドゥーズ空爆事件」との関連では、とりわけ、次にみる戦争犯罪（国際刑法典八条から一二条）と刑法典上の通常犯罪との適用関係が重要である。この点に関して、立法者は、国際刑法典の法案理由書の中で、同事件と非常に類似した事案を例にとつて、次のように述べている。

「国際刑法典は、武力紛争において、または、文民たる住民に対する攻撃に関連して行われる犯罪行為に関して、排他的な特別規定を設けるものではない。したがつて、一般刑法によつて刑罰を科せられる行為態様は、国際刑法典上不可罰とされる場合であっても、刑法典によつて可罰的であるとされる。もっとも、武力紛争において敵対戦闘員を殺害し、または負傷させる行為などの国際法上許容されている戦闘行為を遂行することは、一般原則上不可罰であり、したがつて、刑法典第二十一条（謀殺罪）以下などに基づいて処罰されることもない、という点には留意する必要がある。ただし、このことが妥当するのは、行為者が、戦争の遂行に関する国際法の拘束力を有する関連諸規則を遵守していた場合に限られる。つまり、当該行為が国際法上禁止

されていた場合には、国際法それ自体が可罰性を定めていないときであっても、ドイツ刑法によって可罰的であるとされうるのである。例えば、ある航空機の操縦士が、国際法上要求されている予防措置（ジュネーヴ諸条約第一追加議定書第五七条第二項などを参照）をとらなかつたため、爆弾投下時に文民を殺害してしまった場合、国際刑法上は当該行為に刑罰が科されないときであつても——刑法典第三条から第七条に基づいて適用可能な限りで——ドイツ刑法上の故殺罪に基づいて処罰されるのである⁽²⁵⁾（亀甲括弧内は筆者による。以下同じ）。

後述のとおり、本事件では、非国際的武力紛争中の行為に関して、国際刑法典のみならず刑法典の各則規定の適用を認めた上で、行為が国際（人道）法上は合法とされている点に鑑みて、当該行為の刑法典上の違法性を阻却する旨の決定が連邦検事総長（Generalbundesanwalt）⁽²⁶⁾によつて下されている。

(三) 戦争犯罪（八条から一二条）

国際刑法典第二章「国際法に対する罪」のうち、八条から一二条の計五カ条が戦争犯罪に関する規定である。同法では、主に犯罪の保護法益の観点から個別的行為類型が区分されている点で、行為との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、個々の行為類型の条約上の淵源（ジュネーヴ諸条約かそれ以外か）という二つの観点から各類型を整理するICC規程八条とはやや異なつた規定ぶりとなっている。具体的には、国際刑法典八条では、人の生命・身体・性的自己決定権などを保護法益とする「人に対する戦争犯罪」、九条では、人の所有権その他の権利を保護法益とする「所有権及びその他の権利に対する戦争犯罪」、一〇条では、武力紛争中に人道的活動を行う者や施設を犯罪の客体とする「人道的活動及び徽章に対する戦争犯罪」、一一条および一二条では、それぞれ、戦闘行為の公正性を担保することを目的とする「禁止された戦闘方法による戦争犯罪」および「禁止された戦闘手段による

戦争犯罪」が規定されている。

また、より本質的な相違点として、ICC規程八条では、前述のとおり、国際的武力紛争における戦争犯罪（同条二項(a)および(b)）と非国際的武力紛争におけるそれ（同条二項(c)および(e)）とが峻別されているのに対して、国際刑法典では、一部の例外（八条三項、九条二項および十一条三項）を除いて、そのような区別がなされていない点が挙げられる。

三 ドイツ連邦軍クンドゥーズ空爆事件

本章では、前章のドイツ国際刑法典に関する概説を踏まえた上で、二〇〇九年に発生した「ドイツ連邦軍クンドゥーズ空爆事件」をめぐる諸問題のうち、国際刑法典上の戦争犯罪および刑法典上の通常犯罪の成否、ならびに、それらの適用関係に関する実務の見解および学説に焦点を当てて検討を行う。具体的には、連邦検事総長による捜査⁽²⁸⁾ 打切決定⁽²⁸⁾ においてその成否が問題となった、戦争犯罪に関する国際刑法典八条一項一号、十一条一項一号および同項三号、ならびに、刑法典二二一条（謀殺罪）などに関する検討を行った上で、①国際法上、なぜ武力紛争においては一定の人に対する殺傷行為などが許容されるのかという問題、および、②国際法上の合法性に基づくドイツ刑法上の正当化（違法性阻却）の理論的根拠の問題に焦点を当てることとする。

(一) 事実の概要

ドイツは、社会民主党・緑の党連立政権下の二〇〇一年、英米主導の「不朽の自由作戦」(Operation Enduring Freedom)、および、NATOが統括する国際治安支援部隊 (International Security Assistance Force; ISAF)⁽²⁹⁾ への参加を

連邦議会が決議して以来、数度の延長決議を経て、連邦軍 (Bundeswehr) の部隊を現在に至るまでアフガニスタン北部に駐留させている。その第一次的な法的根拠は、ISAFのアフガニスタン派遣に関する国連安保理決議一三八六(二〇〇一年)および同一五一〇(二〇〇三年)である。これらの決議によって、ドイツには、アフガニスタン暫定政府および新政府(アフガニスタン・イスラム共和国政府)の治安維持を支援するにあたって、「軍事力の行使を含む、必要とされるあらゆる措置」をとる権限が付与されている。この権限は、集団的安全保障に関する基本法二四条二項によって、国内法上も根拠づけられている。ただし、「必要とされるあらゆる措置」(all necessary measures)といえども、国際法上の制限、すなわち国際人道法の規範には服するものとされている。⁽³⁰⁾

これらの法的根拠に基づいて遂行される任務の一環として、ドイツ連邦軍は、二〇〇九年以来、地方復興チーム(Provincial Reconstruction Team; PRT)としてアフガニスタン北部のクンドウーズ(Kunduz)地方を担当し、現地にて、アフガニスタン軍への支援活動、具体的には、援護射撃、偵察、装甲車による護衛および戦術空輸などを行ってきた。⁽³¹⁾本事件は、その活動中に発生したものである。その概要は次のとおりである。

クンドウーズにおける活動の指揮にあたっていたドイツ連邦軍の大佐(Oberst)は、二〇〇九年九月三日深夜、同地において、タリバン構成員に強奪された後に砂洲の上で立ち往生していた民間のタンク車二台を空爆せよとの命令を下した。そして、同命令がアメリカ人パイロットによって遂行されるに至った。その結果、タリバン構成員のみならず、私的利用を目的として、またはタリバンを利する目的で同車から燃料を抜き取ろうとしていた民間人、および、タリバン構成員の依頼を受けて車両を動かすべく周囲に集まっていた民間人にも死傷者が多数発生した(攻撃による死者数は、二〇名から一二〇名ほどであったとされる)。同大佐は、命令を下した当時、タンク車の周囲にいる者はすべてタリバン構成員であり、民間人、すなわち文民ではないと考えていたとされる。⁽³²⁾

これを受けて、ドイツ本国では、右記活動の指揮を執っていた同大佐に対して、主に、国際刑法典二一条一項三号

(軍事的利益に対して不均衡な損害をもたらす攻撃による戦争犯罪) および刑法典二二一条(謀殺罪)の嫌疑に基づいて捜査が行われることとなった。⁽³³⁾そして、二〇一〇年四月一六日、連邦検事総長は、刑事訴訟法一七〇条二項(「公訴を提起するに足りる十分な理由」がない場合の検察官による捜査の打切りに関する規定)に基づき捜査手続を打ち切った。その理由は、当該行為は「国際刑法典の規定にも刑法典の規定にも該当しない」⁽³⁴⁾からであるとされた。その後、当該捜査打切決定に対して、二〇一一年一二月にデュッセルドルフ上級州裁判所(OLG Disseldorf)において強制起訴手続(謀殺罪)の申立がなされた。申立人は、本件空爆によって息子二人を失ったとされる男性であった。しかし、同裁判所は、刑事訴訟法一七二条三項一文の手続(「公訴の提起を基礎づける事実及び証拠」を示すこと)に違反があることを理由に、申立を却下した。⁽³⁵⁾

(二) 国際刑法典上の可罰性

以下では、本件爆撃行為の国際刑法典に基づく可罰性について検討を行い、結論として、本件ではいずれの犯罪も成立しないとする見解がドイツでは大勢を占めていることを示す。具体的な検討対象は、同法八条から一二条に規定されている戦争犯罪のうち、八条一項一号(国際人道法上保護される人を殺害する罪)、十一条一項一号(戦闘行為に直接参加していない文民に対して攻撃を行う罪)、および、十一条一項三号(軍事的利益に対して不均衡な損害をもたらす攻撃を行う罪)の三類型である。なお、本件類似の(架空の)事案に関する学説によれば、ジェノサイド罪(国際刑法典六条)については、行為者が特定の集団それ自体を「破壊する意図」を有していなかったため成立せず、人道に対する犯罪(国際刑法典七条)に関しては、同罪の状況的要素である攻撃の広範性および組織性を欠くため、成立しないとされている⁽³⁶⁾、後者・人道に対する犯罪の組織性の要件に関しては、異論を差し挟む余地があるようにも思われる。

1 国際刑法典八条一項一号

国際刑法典八条一項一号は、主にジュネーヴ法に端を発する「人に対する戦争犯罪」のうち、「国際人道法に基づいて保護される人」の殺害行為を処罰する類型である。同類型は次のとおり規定されている。

第八条 人に対する戦争犯罪

- (1) 国際的又は非国際的な武力紛争との関連において、次の行為を行った者は、第一号の事案では終身自由刑、第二号の事案では五年以上の自由刑、第三号から第五号までの事案では三年以上の自由刑、第六号から第八号までの事案では二年以上の自由刑、第九号の事案では一年以上の自由刑に処する。

1. 国際人道法に基づいて保護される人を殺害すること。

(以下省略)

このように、国際刑法典では、「国際人道法に基づいて保護される人」の殺害行為に対して、終身自由刑を科すことが予定されている。以下では、個々の要件について検討を行う。

まず、戦争犯罪の全類型に共通する要件として、武力紛争との関連性が挙げられる。国際刑法典八条一項一号では、国際的武力紛争の場合だけでなく、非国際的武力紛争の場合にも文民の殺害行為が処罰の対象になると規定されている。したがって、一見すると、当該武力紛争の性質（国際的であるか非国際的であるか）が本類型の処罰範囲に影響を及ぼすことはないようにも思われる。しかしながら、同条に関しては、国際人道法上保護される人の範囲が国際的武力紛争の場合と非国際的武力紛争の場合とで異なるため（同条六項⁽³⁷⁾）、問題となる武力紛争の性質を判断することが必要となる。

連邦検事総長が示した見解によれば、本件武力紛争は、アフガニスタン政府との合意に基づいて活動しているISAFと反政府勢力タリバンとの間の非国際的武力紛争であるとされている。⁽³⁸⁾ ISAFは、確かに、アフガニスタン政府からは独立した組織として同国の軍隊とは別個の指揮系統に属している。しかし、独自の軍事的利益を追求しているわけではなく、あくまでもアフガニスタン政府との合意の下、同政府のために活動しているのであるから、武力紛争の主体は、ISAFではなくアフガニスタン政府である。⁽³⁹⁾

次に、非国際的武力紛争における「国際人道法に基づいて保護される人」の範囲に関しては、国際刑法典八条六項二号および三号に定めがある。前者・二号によれば、「非国際的な武力紛争においては、傷者、病者、難船者及び直接戦闘に参加しておらず、敵の支配下にある者」が保護を受けるとされている。後者・三号では、「国際的及び非国際的な武力紛争においては、敵の軍隊の構成員及び非正規戦闘員であって、投降し、又はその他の態様で非武装である者」が保護の対象になると規定されている。これらのうち、本件で適用されるのは、「直接戦闘に参加しておらず、敵の支配下にある者」に限られる。この点、連邦検事総長による決定によれば、本件被害者らは「敵の支配下」ではなく、「自由の身」であつたため、保護の対象からは除外されるとの結論が下されている。⁽⁴¹⁾ なお、学説の中には、被害者をタリバン構成員と文民とに区別した上で検討を行っているものが見受けられる。それによれば、タンク車を強奪し、軍事利用しようとしていたタリバン構成員については、「直接戦闘に参加」しているといえるため、同条によつて「保護される者」のいづれにも該当しないとされている。⁽⁴²⁾

以上のように、国際刑法典八条一項一号に関しては、殺害行為の客体が「国際人道法に基づいて保護される人」ではないとされたため、当該行為は同類型の構成要件に該当せず、したがって、犯罪の成立が否定されている。⁽⁴³⁾

2 国際刑法典一一條一項一号

国際刑法典一一條一項一号は、「禁止された戦闘方法による戦争犯罪」のうち、武力紛争下では、戦闘員と文民と

を峻別しなければならぬとする「区別原則」(principle of distinction)⁽⁴⁴⁾を体现した類型であるとされている。⁽⁴⁵⁾ 同規定は次のとおり定めている。

第一条 禁止された戦闘方法による戦争犯罪

- (1) 国際的又は非国際的な武力紛争との関連において、次の行為を行った者は、三年以上の自由刑に処する。第二号の軽微な事案については、一年以上の自由刑を科する。

1. 戦闘行為に直接参加していない文民たる住民自体又は個々の文民に向けて、軍事的手段を用いて攻撃する行為
(以下省略)

このように、国際刑法典第一条一項一号では、文民に対する攻撃を行った者に対して三年以上の自由刑を科すことが規定されている。本類型では、(国際的武力紛争に関する)ジュネーヴ諸条約第一追加議定書に対する「重大な違反行為」に関する同議定書八五条三項柱書とは異なり、現実には文民に損害が発生することまでは要求されていない。⁽⁴⁶⁾ もっとも、国際刑法典には、加重類型として、攻撃に伴って文民などの死亡または(刑法典二二六条にいうところの)重傷害の結果が生じた場合には、五年以上の自由刑を科す旨の規定が存在する(国際刑法典第一条二項一文)。当該死亡結果が故意に惹起されたものである場合には、終身自由刑又は一〇年以上の自由刑へとさらに加重される(同項二文)。以下では、本類型の要件のうち、本件で議論となったものについて概観する。

まず、本類型でも武力紛争との関連性が要件とされている。本類型は、国際的武力紛争および非国際的武力紛争の双方において成立しうると規定されている上、先述の国際刑法典八条一項一号のように紛争の性質次第で客体の範囲が異なるということもないため、本件の武力紛争が非国際的武力紛争であることは、基本的には犯罪の成否に影響し

ない。

次に、犯罪の客体である「文民たる住民自体又は個々の文民」に関しては、ここでも「戦闘行為に直接参加していない」ことが要件とされている。先にみた国際刑法典八条一項一号とは異なり、文民が「敵の支配下」にあることが要件とされていないため、本件において攻撃を受けた文民はこれに該当するようにも思われる。

しかしながら、連邦検事総長による決定では、本件攻撃は文民それ自体に「向けて」行われたものではなかったとされ、結論として犯罪の成立が否定されている。⁽⁴⁷⁾この点に関しては、客観的構成要件が充足されていないとする見解⁽⁴⁸⁾と、客観的には、文民に「向けて」行われた行為であるが、主観的構成要件を欠くとする見解⁽⁴⁹⁾とが対立している。

以上のように、国際刑法典一一条一項一号については、連邦検事総長による決定が右のいずれの見解をとっていたのかは明らかでないものの、本件攻撃は文民に「向けて」行われた行為ではなかったとされたため、構成要件に該当せず、犯罪の成立が否定されている。

3 国際刑法典一一条一項三号

国際刑法典一一条一項三号は、同項一号と同様、「禁止された戦闘方法による戦争犯罪」の一類型について定めるものである。ここでは、先述の「区別原則」に加えて、「比例性（均衡性）原則」⁽⁵⁰⁾（principle of proportionality）が反映されているとされる。⁽⁵¹⁾つまり、本条では、攻撃によってもたらされる軍事的利益と、生じた付随的損害（collateral damage）との利益衡量を行った結果、当該損害が比例性の原則に反する場合、すなわち、均衡性を欠く場合にのみ犯罪が成立するのである。国際刑法典一一条一項三号は次のとおり規定する。

第一条 禁止された戦闘方法による戦争犯罪

(1) (省略)

3. 予期される具体的かつ直接的な軍事的利益全体との比較において均衡性を欠く程度の文民の死亡若しくは傷害又は民
用物の損傷を引き起こすことが確実であるということを予期しながら、軍事的な手段を用いて攻撃する行為
(以下省略)

このように、国際刑法典一一一条一項三号は、不均衡な付随的損害を引き起こすことを予期しながら行われる攻撃に
対して、先にみた同項一号と同様、三年以上の自由刑を予定している（加重類型についても同様）。以下では、連邦検
事総長が捜査打切決定を下した際に示した見解も参照しつつ、同条の要件を概観する。

まず、武力紛争との関連性の要件についていえば、一一一条一項三号では、国際的武力紛争および非国際的武力紛争
の双方において犯罪が成立しうることが規定されている。さらに、前述の八条一項一号のように紛争の性質に基づい
て犯罪の客体の範囲に差異が設けられているということもない。したがって、本類型に関しても、本件の武力紛争が
非国際的武力紛争であることは犯罪の成否に影響しない。

次に、客観的要件として、「軍事的な手段を用いて攻撃する行為」⁽⁵²⁾が本類型についても必要となる。連邦検事総長
による決定では、この点については首肯されている。⁽⁵³⁾なお、本類型でも、文民および民用物に対する不均衡な損害が
現実に発生することまでは必要とされていない。⁽⁵⁴⁾ここでは、あくまでも、そのような損害が発生することを「予期し
ながら」行われる「攻撃」が可罰的であるとされているにすぎない。そのため、学説によれば、本類型は、純粋な行
為犯 (Handlungsdelikt)⁽⁵⁵⁾ ないし挙動犯 (Tätigkeitsdelikt)⁽⁵⁶⁾ であるとされている。

他方、主観的要件に関しては、「予期される具体的かつ直接的な軍事的利益全体との比較において均衡性を欠く程
度の」付随的損害（本件では文民の死傷者）の発生が「確実」であると「予期」していることが必要とされている。以
下では、第一に、「予期される具体的かつ直接的な軍事的利益全体」と「文民の死亡若しくは傷害又は民用物の損

傷」とが「均衡性を欠く」(außer Verhältnis stehen)⁽⁷⁵⁾という要件、第二に、そのような不均衡な損害が「確実に発生する」ということを予期しながら」という要件について検討する。

第一に、軍事的利益と付随的損害の「均衡性」については、その判断はあくまでも相対的なものであるとされている。⁽⁵⁸⁾つまり、後者・文民および民用物の被害がいかに大きかろうとも、前者・軍事的利益（領土の掌握や敵軍の戦力低下、自軍の安全確保など）もまた大きければ、均衡性が肯認されるのである。なお、連邦検事総長による決定では、次に述べる「予期しながら」という要件が否定されたため、均衡性に関する判断が下されることはなかった。この点に関する検討を行った学説の中には、本件攻撃は不均衡な攻撃であったとするものが見受けられる。⁽⁵⁹⁾その論拠は次のとおりである。すなわち、本件では、確かに、タンク車およびタリバン構成員を殺害することに関して「具体的かつ直接的な軍事的利益」が認められる。しかし、タンク車が砂洲からすぐには抜け出せない状況にあったことに鑑みれば、大佐は、攻撃に先立って文民に対して警告を発することができたはずであり、⁽⁶⁰⁾そうであるならば、当該軍事的利益を達成するためには、より小規模な損害の発生にとどめることができたはずだからである。⁽⁶¹⁾

第二に、不均衡な付随的損害（本件では文民の死傷者）の発生が「確実である」ということを予期しながら」という要件については、立法者によれば、直接的故意（dolus directus）、具体的には、目標を攻撃する意思および不均衡な付随的損害の確実な予見が必要であるとされている。⁽⁶²⁾また、学説によれば、「予期しながら」という文言が存在することから、軍事的利益と付随的損害との均衡性に関する衡量は、事前に（ex ante）、すなわち、行為時に行われる判断を基準とするとされている。⁽⁶³⁾かかる判断は、客観的な基準に従って行われるものであるとされているが、「当該行為者が置かれている状況下において、合理的な程度の情報を有している者」（reasonably well-informed person in the circumstances of the actual perpetrator）または「合理的な指揮官」（reasonable commander）のいずれの視点によるべきか、という点については、見解が分かれている。⁽⁶⁴⁾

連邦検事総長による決定によれば、本件大佐は行為時にそのような損害を予見していなかったとされる。というのも、大佐は、当該攻撃が、軍事利用される可能性のあるタンク車、七〇人ほどの「タリバン」〔構成員〕および二台の牽引車に命中することを予見していたからである。つまり、同決定では、大佐は、「文民」ないし「民有用」に被害が出るとはまったく考えていなかったとされたのである。⁶⁵⁾

以上のように、連邦検事総長による捜査打切決定では、同法一条一項三号の（主観的）構成要件該当性が否定され、したがって、犯罪の成立は認められないとされたのであった。

（三） 刑法典上の可罰性

次に、刑法典上の犯罪が成立するか否かを検討する。具体的には、連邦検事総長による捜査打切決定では、謀殺罪（二二一条）、学説では、さらに、故殺罪（二二二条）および過失致死罪（二二三条）の成否について検討されている。

結論を先に述べれば、同決定では、謀殺罪の成立が否定されており、さらには、学説でもこれらの成立を否定する見解が大勢を占めている。そのため、本稿では、刑法典上の各犯罪の構成要件該当性に関する詳細な検討には立ち入らず、それらの犯罪の成立を否定する際の理論的根拠に焦点を絞ることとする。以下では、それらの見解を、構成要件該当性を否定する見解（以下、構成要件該当性阻却説）、国際法上の合法性を根拠に違法性阻却（正当化）を認める見解（以下、違法性阻却説。実務および学説における通説的見解）、および、刑法典各則の適用を否定する見解（以下、刑法典各則排除説）の三通りに分類・整理した上で、それぞれについて検討を行う。

1 構成要件該当性を否定する見解（構成要件該当性阻却説）

まず、第二次世界大戦終結前には、国際法上合法な加害行為は、その社会的相当性（soziale Adäquanz）から謀殺罪などの構成要件には該当しないという見解⁶⁶⁾が存在した。しかしながら、この見解には、その根拠が不十分であるとの

批判⁽⁶⁷⁾が提起されており、現在では支持されていない。

また、次に述べる違法性阻却説と同様に、行為の国際法上の合法性に基づいて、客観的帰属が否定されうることを指摘する見解⁽⁶⁸⁾も存在する。

2 国際法上の合法性を根拠に違法性阻却を認める見解（違法性阻却説）

(1) 議論状況

次に、国際法上の合法性を根拠に違法性阻却を認める見解について詳述する。この見解によれば、刑法典上の通常犯罪の構成要件に該当する行為であっても、国際法上合法とされている行為については、違法性が阻却されるため、犯罪が成立しないとされる。

この見解の代表例としては、連邦検事総長が捜査打切決定において示した見解が挙げられる。連邦検事総長は、まず、前章(二)にて述べた立法者の見解に従って、（一般論として）国際刑法典が適用される場合であっても刑法典各則が適用されうるとした上で、その適用の際には、国際人道法の規範が考慮されなければならないと述べた。⁽⁶⁹⁾ 具体的には、本件では、刑法典二二一条（公共にとって危険な手段による）謀殺罪の客観的および主観的構成要件は充足されているものの、当該爆撃は国際人道法、特にジュネーヴ諸条約第一追加議定書五一条五項(b)（国際刑法典二二一条一項三号の原型である過度な付随的損害をもたらす「無差別な攻撃」）、および、これを禁止する同条四項に違反するところはなく、したがって、刑法典上も正当化されるとの見解が示された。⁽⁷⁰⁾ この見解を敷衍すると次のようになる。

同条約五一条五項(b)には、「予期される具体的かつ直接的な軍事的利益との比較において、巻き添えによる文民の死亡、文民の傷害、民用物の損傷又はこれらの複合した事態を過度に引き起こすことが予測される攻撃」が禁止される行為として定められている。本件では、タンク車は後に自爆テロに供されるか、または同車に積載された燃料がタリバンの兵站に資するものであったであろうこと、および、現場に当該地域の指導者級のタリバン構成員が二名いた

ことに鑑み、タンク車および当該構成員を爆撃することには軍事上の利益があったとされている⁽⁷²⁾。したがって、本件大佐が文民に被害が出ることを「予測」していなければならなかったとしても（国際刑法典二一条一項三号とは異なり、現に「予測」していることは要件とされていない）、その損害と軍事的利益との均衡性は保たれていたというべきであるから、⁽⁷³⁾ 国際人道法に反するところはない、と結論づけられたのである。このように、連邦検事総長による捜査打切決定においては、当該行為が国際法上の規範に抵触しないことを根拠として、刑法上も正当化されるとの見解が示されたのである。もっとも、連邦検事総長の見解からは、武力紛争における害敵行為の違法性を阻却する際の国内（刑法上の枠組み）を読み取ることができない。

また、学説においても、武力紛争における加害行為は、謀殺罪などの構成要件には該当するが、当該行為が国際法上合法である場合には、それをもって正当化されるとする見解が多数存在⁽⁷⁴⁾し、これが現在ドイツでは通説となっている。

(2) 検討

国際法上の合法性に基づくドイツ刑法上の正当化の理論的根拠を考える上で注意しなければならないのは、国際法上も、武力紛争における（敵対勢力の戦闘員などに対する）殺害行為や傷害行為を積極的に許容する規範が存在するわけではないという点である。したがって、本件で論じられているのは、あくまでも、「国際法上禁止されていない」ことを根拠とした国内刑法上の正当化である。もっとも、この点に関しては、本章冒頭にも掲げた次の二つの疑問が提起される。第一に、国際法上、なぜ武力紛争においては一定の人に対する殺傷行為などが許容されるのか、という疑問である。第二に、国際法上の合法性がいかなる理論的枠組みによって国内刑法上の正当化事由（違法性阻却事由）へと変貌するのか、という疑問である。以下では、これら二つの疑問について検討を行う。

第一の疑問を明らかにするためには、国際人道法（武力紛争法）の形成過程を紐解く必要があるように思われる。

国際人道法は、古くは戦時国際法と呼ばれ、「軍事的必要」(military necessity)と「人道の原則」(principle of humanity)という二つの相対する要請を調和させる形でつくられたものであるとされる。⁽⁷⁵⁾つまり、国際人道法の領域では、当初から、軍事的必要性に依拠した加害行為を広く禁じるための規範の確立が目指されていたのではなく、あくまでも、軍事的必要性を盾にとった加害行為の拡大・激化に歯止めをかけることを目的として、人道原則に基づく禁止規範および命令規範が漸次形成されていったのである。このような形成過程に鑑みれば、国際人道法では、国内刑法であれば当然に刑罰の予定されている行為であっても、軍事的必要性の観点から禁止されていない、という事実も理解可能であるように思われる。

第二の疑問に関しては、ドイツの学説ではさほど意識的には論じられていない。例えば、通常の正当防衛(刑法典三二条)および緊急避難(三四条)では行為の正当化を基礎づけるには不十分であるとして、国連安保理決議による委任(Mandat)によって、ドイツには「必要とされるあらゆる措置」をとる権限が与えられていること、および、当該権限が議会によって承認されていることの二点に根拠を求める見解⁽⁷⁶⁾などが示されている(もっとも、これは、戦争犯罪の成立に必要な武力紛争にまでは至らない事態における戦闘行為の正当化を念頭に置いた見解であるため、武力紛争における行為が問題となった本件にも応用可能であるかという点につき、別途検討が必要である)。しかし、そのような権限の付与がいかにして刑法上の正当化事由へと変貌するのか、という点に関しては必ずしも明らかにされていない。この点、示唆的であると思われるのが、後述の刑法典各則排除説を唱える論者による通説の理解である。すなわち、論者によれば、通説は、「国際法に付随する書かれざる正当化事由」(ungeschriebener völkerrechtsakzessorischer Rechtfertigungsgrund)⁽⁷⁷⁾によって一般刑法上の犯罪を不成立とするものであると評されているのである。換言すれば、ドイツでは、明文規定に根拠を求めることなく、国際法上の合法性に基づいて、構成要件に該当する行為の正当化が行われているということになる。

このような理論構成の背景には、日本刑法三五条のような、正当行為の違法性阻却に関する包括的な規定が存在せず、(その結果、日本の議論状況とはやや異なり) 超法規的正当化事由の存在が一般に承認されているという事情があるように思われる。超法規的正当化事由の根拠については、例えば、次のように説明されている。すなわち、「法秩序の統一性の原則によれば、民法法および公法上許容される行為は、刑法上も禁止されていないのであるから、正当化事由は、刑法だけでなく、民法法および公法にも由来しうる。さらに、違法性阻却事由は限定列挙されているわけではない。したがって、行為者に有利な方向で——そのため、基本法一〇三条二項〔罪刑法定主義〕に反することなく——書かれざる正当化事由が承認され、次第に慣習法として強化されていくのである」⁽⁷⁸⁾。換言すれば、法秩序の統一性を図るためには、国内刑法の規範を国際法に適合する形で(いわば「国際法適合的」に)解釈しなければならないため、そのような正当化事由が導かれうるということである。

この点、ドイツ基本法二五条は、「国際法の一般的な諸規則は連邦法の構成部分をなす。それらは、法律に優越し、連邦の領域に居住する者に対して、権利及び義務を直接に付与する」と規定している。したがって、ここでは、厳密に言えば、国際法と国内刑法との統一性ではなく、すでに国内法の一部となった国際法に対する国内刑法の適合性が問われていることになる。

このように、ドイツでは、国際法が法律に優越すると基本法に規定されていることに鑑みれば、国際法適合的に刑法を解釈することによって超法規的正当化事由が導かれるのも、ごく自然なことであるように思われる。

3 刑法典各則の適用を否定する見解(刑法典各則排除説)

以上二つの見解は、刑法典の適用が当然に排除されないことを前提として、それに該当する行為を何らかの形で不可罰とするものであった。これに対して、そもそも刑法典各則の適用を否定する見解⁽⁷⁹⁾も存在する。

論者によれば、第一に、国際人道法上合法な行為に関して、先述の違法性阻却説のように行為の違法性が阻却され

と考えてしまうと、「戦時国際法上合法的な加害行為の場合に、正当化事由において通常みられる原則・例外の関係が逆転してしまう」とされている。⁽⁸⁰⁾つまり、本来であれば、戦時中の加害行為は原則として許容されており、例外的に国際人道法によって禁止されるところ、通説では、通常犯罪の場合と同様に、原則違法な行為が正当化されると考えている点で、原則と例外が逆転してしまっているというのである。

第二に、論者は、国際人道法上違法な行為に関しては、通説が法条競合の成立を認める場合と、一罪（観念的競合）の成立を認める場合とを区別した上で（前章（二）参照）、次のように述べている。

前者・法条競合の場合に関しては、論者は、通説に対して肯定的な評価を下している。すなわち、論者は、通説によれば、国際刑法典上の戦争犯罪に加えて、（犯罪の保護法益を適切に把握するために）一般刑法上の犯罪の成立をも認めた上で、もっぱら、特別法たる国際刑法典所定の——（少なくとも戦争犯罪の場合には）刑法典のそれに比べて軽い——法定刑に基づいて刑罰を科すことが予定されているところ、論者は、このような減輕的特別関係（*privilegierende Spezialität*）を認めることに對して、「正当であると思われる」と述べているのである。もともと、論者は、そうであるならば、もはや刑法典を適用しないに等しいのではないか、との疑念も同時に表明している。⁽⁸¹⁾

一方、後者・一罪（観念的競合）の場合に関しては、批判的な見解が示されている。すなわち、論者によれば、国際刑法典上の戦争犯罪と刑法典上の通常犯罪との間に一罪の関係を認めてしまつては、刑法典五二条二項の規定に基づいて、自由刑の法定刑（の短期）がより重い後者の法定刑によって処断されることになってしまうが、これは「刑事政策的な観点からはあまり説得的でない」とされているのである。⁽⁸²⁾

これらの批判を踏まえた上で、論者は、結論として、刑法典の適用を認めることの意義を否定した上で、平時と戦時（武力紛争時）とでは、そもそもまったく異なる法規・法秩序が妥当するのであるから、国際刑法典の適用が問題となる場合には——「法秩序の一体性の観点から」——必然的に、国際刑法典が刑法典各則に對して「厳格な排他的

関係」(strenges Exklusivitätsverhältnis) に立つと結論づけている⁽⁸⁵⁾。

なお、刑法典各則の適用を一律に排除するこの見解に対しては、国際刑法典上の戦争犯罪と刑法典上の通常犯罪とで保護法益が異なる場合には、刑法典によって保護される個人的法益をないがしろにすることになる、との批判が後に提起されている。

(四) 小括

本章では、「ドイツ連邦軍クンドウーズ空爆事件」をめぐる実務の動向および学説について検討を行った。ここで、これまでの議論を一度整理する。

まず、国際刑法典上は、文民などの殺害(八条一項一号)、文民に対する攻撃(二一条一項一号)、および、不均衡な付随的損害をもたらすことを予期しながら行われる攻撃(二一条一項三号)の各罪が成立することが考えられたが、連邦検事総長による捜査打切決定において、いずれの犯罪も成立しないとの判断が下されていることについて詳述した。

次に、刑法典上の犯罪の成否をめぐることは、実務の見解および学説を、構成要件該当性阻却説、違法性阻却説、および、刑法典各則排除説の三つに分類し、それぞれ検討を行った。これらの学説を概観する過程で、本章冒頭にて提示した二つの設問について、次のとおり述べた。まず、①国際法上、なぜ武力紛争においては一定の人に対する殺傷行為などが許容されるのかという問題については、軍事的必要性と人道原則との相克という観点から説明されうることとを明らかにした。次に、②国際法上の合法性に基づく刑法上の正当化の理論的根拠の問題については、ドイツでは、違法一元論的な発想に基づいて刑法の国際法適合的解釈を求める、一種の超法規的正当化事由(違法性阻却事由)が観念されているのではないか、との結論を示した。

四 おわりに——日本法への示唆

本稿では、「ドイツ連邦軍クンドゥーズ空爆事件」を題材に、ドイツ国際刑法典上の戦争犯罪の成否、刑法典上の通常犯罪の成否、および、両者の適用関係についての考察を行った。以下では、これまでの議論を整理した上で、日本法への示唆を抽出することを試みる。

ドイツでは、第一に、通説および実務の見解によれば、国内法化された中核犯罪と一般刑法上の通常犯罪とが競合する場合の存在が認められ、そのような場合には、刑法典上の罪数に関する規定に基づいて解決が図られるとされる。第二に、戦争犯罪に該当する虞のある行為をめぐっては、一般刑法上の犯罪の成否を決する際に、国際人道法の規範が参照され、構成要件に該当する行為の正当化（違法性阻却）が行われている。このように、ドイツをはじめとするマクシマリスト諸国であっても、ICC規程上の戦争犯罪を国内法化すればそれで足りるということではなく、（一般刑法の適用の余地を残すのであれば）国内担保法の起草時のみならず、その適用時においてもなお、国際人道法の規範、とりわけ、自国が批准している諸種の国際条約を参照することになるのである。

このことは、現在の日本をはじめとするミニマリスト諸国、すなわち、ICC規程を国内法化せず、一般刑法による対応を図っている国々にも（ジュネーブ諸条約などを批准している限り）同様に当てはまる。なぜならば、「ドイツ連邦軍クンドゥーズ空爆事件」のような事件が発生した場合に、例外なく（実体法上）犯罪の成立を認めてしまつては、国際法上合法的な戦闘行為を繰り広げた戦闘員までもが訴追・処罰の対象になってしまうからである。他方、ミニマリスト諸国は、一般刑法による対応を図っている以上、刑法の適用を一律に否定してしまうと、ICC規程上犯罪を構成する可能性のある行為に対して刑法を適用できないこととなり、ICCによって事件の「捜査又は訴追を真に行う

意思又は能力がない」とみなされる虞がある。したがって、私見によれば、ミニマリスト諸国は、刑法の適用を（広く）確保した上で、国際法上の合法性が認められる場合には、刑法上の規定を国際法適合的に解釈し、構成要件該当性ないし違法性を阻却することによって、犯罪の（少なくとも故意犯の）成立を否定するのが望ましいと思われる。

もともと、日本においてこの問題について議論するにあたり、本稿で扱ったドイツの議論が参考になるか否かを判断する上では、注意すべき点が少なくとも三つ存在する。

第一に、そもそも日本はICC規程の実体法的側面を国内法化していないため、当然のことながら、ドイツにおける議論とは検討の対象（適用されうる法律）が異なる。とはいえ、国際法上の合法性に基づく違法性阻却の問題は、ドイツにおいてももっぱら一般刑法との関係で論じられているのであるから、刑法による対応を前提としている日本においても提起されうる論点である。なお、周知のとおり、日本もドイツ同様、ジュネーヴ諸条約および同第一・第二追加議定書の締約国である。

第二に、国内法秩序における条約の地位に関する日本国憲法九八条二項には、国際法を「誠実に遵守する」とし、明記されておらず、ドイツ基本法二五条のように、国内法に対する条約の優位が明記されていない。したがって、ドイツとは異なり、国際法上の合法性が——半ば自動的に——刑法上の違法性を阻却する事由となりうるか、という点に関する検討が別途必要となる可能性がある。もともと、学説上、条約と法律の関係については、条約優位説が通説であるとされているから、この点に関しては、ドイツとほぼ同様の議論が可能であるかもしれない。

第三に、日本刑法には（ドイツ刑法には存在しない）三五条の規定が存在するという点を考慮に入れる必要がある。日本の場合、国際法上の合法性に基づく刑法上の違法性阻却の議論を、ドイツのように、（固有の）「狭義の超法規的違法性阻却事由」の問題と捉えることもできれば、刑法三五条を直接の根拠とする正当行為の問題と捉えることも可能である。もともと、日本においては、民法上や行政法上の違法性との関係について、違法一元論的な発想に基づく

刑法上の違法性阻却が一般的であるとはいえないという点に鑑みれば、本稿でみたドイツの違法性阻却説と同様の議論を展開するにあたっては、困難が予想されるかもしれない。その一方で、前述のとおり、日本においても条約は法律に優位するというのが通説であるから、民法上や行政法上の違法性と刑法上の違法性との関係をめぐる議論をそのまま援用することもまた、望ましくないように思われる。ドイツの議論を参考に、違法一元論的なアプローチを試みるにせよ、刑法三五条の適用に際して、刑法上の保護法益と軍事的利益とを比較考量した上で後者に優越性を認めるにせよ、刑法の国際法適合的な解釈を志向すべきであるという点についてはすでに述べたとおりである。

このように、ドイツにおいて提起された、国際法上の合法性に基づく刑法上の違法性阻却の問題は、日本がICC規程の締約国である以上、日本刑法（学）にとっても決して「他人事」ではないのである。

- (1) ICCウェブサイト (http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20ana%20cases.aspx、参照（二〇一四年三月一八日最終閲覧）。
- (2) ICC二〇一二年三月一四日第一審裁判部第一法廷判決（*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2842）。
- (3) ICC二〇一二年七月一〇日第一審裁判部第一法廷決定（*Lubanga*, ICC-01/04-01/06-2901）。
- (4) ICC二〇一二年二月一八日第一審裁判部第二法廷判決（*Chui*, ICC-01/04-02/12-3）。
- (5) ICC二〇一四年三月七日第一審裁判部第二法廷判決（*Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436）。
- (6) 東澤靖『国際刑事裁判所 法と実務』明石書店（二〇〇七年）七二頁参照。
- (7) もっとも、補完性の原則は、ICCの活動当初から、規程締約国による自己付託（self-referral）がたびたび行われていることに鑑みれば、必ずしも厳格には運用されていないといえる。
- (8) 同法に関して詳しくは、フィリップ・オステン「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（二〇〇二年）六六頁以下・六二頁以下などを参照。
- (9) Gesetz zum Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998 (ISGH-Statutgesetz; BGBl. 2000 II,

- S. 1393).
- (10) Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 16) vom 29. November 2000 (BGBl. I, S. 1633). 同改正に関して詳しくは、渡邊斉志「最近のドイツ連邦共和国基本法の改正について」外国の立法二〇九号 (二〇〇一年) 四三頁を参照。
- (11) Gesetz zur Ausföhrung des Römischen Status des Internationalen Strafgerichtshofes vom 17. Juli 1998 vom 21. Juni 2002 (BGBl. 2002 I, S. 2144).
- (12) ドイツICC規程実施法およびICC協力法に関して詳しくは、戸田典子「国際刑事裁判所のための国内法整備」外国の立法二一五号 (二〇〇三年) 一一七—一二〇頁を参照。
- (13) Gesetz zur Einführung des Völkcrstrafgesetzbuches vom 26. Juni 2002 (BGBl. 2002 I, S. 2254). 国際刑法典導入法によるその他の重要な改正点としては、検察官の訴追裁量に関する刑事訴訟法一五三条fが新設されたことが挙げられる(国際刑法典導入法第三章第五号)。
- (14) これに対して、(既存の)一般刑法典の改正によってICC規程の国内法化を行った締約国の例として、フランスおよびスイスが挙げられる。前者に関して詳しくは、増田隆「国際刑事裁判所設置——国際刑事裁判所の設置への刑法典の適応に關する二〇一〇年八月九日の法律第九三〇号」日仏法学二六号 (二〇一一年) 二〇四頁以下を参照。後者に関して詳しくは、久保田隆「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——」法学政治学論究九九号 (二〇一三年) 二六七頁以下を参照。
- (15) BT-Drucks. 14/8524, S. 14.
- (16) 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(特に、三一六—三一八頁)参照。
- (17) 二〇一二年三月一四日・一五日には侵略犯罪(の国内法化)に関するシンポジウムがベルリンの連邦司法省にて——ドイツ語圏各国の識者を招いて——開催され、偶然にもドイツ滞在中であった筆者も傍聴する機会を得た。
- (18) *Thomas Weigend, § 2 VStGB, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 8 Nebenstrafrecht III Völkcrstrafgesetzbuch, 2. Aufl., München 2013, Rn. 4 (S. 1032 f.) m. w. N. (im Folgenden: MÜKo-StGB²/Verf. § ... VStGB Rn ...)*.
- (19) BT-Drucks. 14/8524, S. 13.

- (20) 例えば、国際刑法典九条一項（略奪による戦争犯罪）の事案で暴行が用いられた場合には、刑法典二四九条（強盗罪）の構成要件にも該当する。
- (21) 例えば、公正な戦争遂行が主たる保護法益である国際刑法典一条一項四号（「人間の盾」の使用による戦争犯罪）と、人の自由意思を（も）保護する刑法典二三九条b（人質強要罪）または二四〇条（強要罪）との競合などが挙げられる。
- (22) *MüKoStGB²/Weigend, § 2 VStGB Rn. 7 (S. 1034) m. w. N.*
- (23) 例えば、文民たる住民に対する攻撃の一環として殺害行為が行われた場合には、謀殺罪（刑法典二二一条）などは成立せず、人道に対する犯罪（国際刑法典七条）だけが成立する。
- (24) *MüKoStGB²/Weigend § 2 VStGB Rn. 7 (S. 1034) m. w. N.*
- (25) *BT-Drucks. 14/8524, S. 13.*
- (26) 裁判所構成法（*Gerichtsverfassungsgesetz*）一四二条a第一項および同法一二〇条一項八号に基づき、国際刑法典所定の犯罪についての捜査を所管する。
- (27) *MüKoStGB²/Kai Ambos §§ 8 ff. VStGB Rn. 17 (S. 1190).*
- (28) *Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof* (im Folgenden: *GBA*), *Einstellungsvermerk*, 3 BJs 6/10-4 v. 16.4.2010.
- (29) 二〇〇一年十一月二〇日採択の国連安保理決議一三八六号により設立。
- (30) 二〇一〇年八月二四日ドイツ連邦国防省報道・情報部「概説：アフガニスタンにおける兵士の権限」(http://www.bundeswehr.de/portal/a/bwde/!ut/p/c4/DcPBdYAgDEdRWVgyvXtzC_VWoGijVkolJk4v-aeXfFyxp_RJjpdLqecMS5QxvBDeXMCiRuwfwyIm_WAFMdogcXOLO9fA4pUyDDT_mqYgJTXNeB_T8APxTD3I/) 参照（二〇一四年三月一八日最終閲覧）。
- (31) 二〇一三年一〇月八日ドイツ連邦国防軍「連邦軍の主な活動：アフガニスタン北部の支援」(http://www.bundeswehr.de/portal/a/bwde/!ut/p/c4/DcPBdYAgDEdRWVgyvXtzC_VWoGijVkolJk4v-aeXfFyxp_RJjpdLqecMS5QxvBDeXMCiRuwfwyIm_WAFMdogcXOLO9fA4pUyDDT_mqYgJTXNeB_T8APxTD3I/) 参照（二〇一四年三月一八日最終閲覧）。
- (32) 本事案の概要に関して詳しくは「ドイツ連邦議会国防委員会第一調査委員会による勧告および最終報告（BT-Drucks. 17/7400）を参照」。
- (33) 本件ではさらに、「ドイツ連邦軍所属の曹長（*Hauptfeldwebel*）に対する捜査も行われていたが、本件捜査打切決定では固有の検討がほとんど行われていないため、本稿では割愛する。なお、アメリカ人パイロットに対しては、少なくともドイツ

を、何らの刑事手続も開始されつゝならぬ。

- (34) *GBA*, Presseerklärung 8/2010 vom 19. 4. 2010.
- (35) OLG Düsseldorf Beschl. v. 16.2.2011 – III-5 StS 6/10.
- (36) *Kai Ambos*, Fälle zum internationalen Strafrecht, München 2010, S. 79 Rn. 42.
- (37) この点については、MüKoStGB²/Andreas Zimmermann/Robin Geiß § 8 VStGB Rn. 61 (S. 1226 f.) を参照。
- (38) *GBA*, a. a. O. (Fn. 28), S. 42.
- (39) *Christoph Safferling/Stefan Kirsch*, Die Strafbarkeit von Bundeswehrangehörigen bei Auslandseinsätzen: Afghanistan ist kein rechtsfreier Raum, Juristische Arbeitsblätter 2/2010, S. 83.
- (40) (非国際的武力紛争に関する) シンターズ諸条約第二追加議定書「三条三項にも同様の規定がある」。
- (41) *GBA*, a. a. O. (Fn. 28), S. 50 f.
- (42) *Safferling/Kirsch*, a. a. O. (Fn. 39), S. 83 f.
- (43) Zustimmung MüKoStGB²/Zimmermann/Geiß § 8 VStGB Rn. 92 (S. 1232).
- (44) 同原則に関して詳しくは、藤田久一『新版 国際人道法〔再増補〕』有信堂高文社 (二〇〇三年) 一一〇—一一二頁などを参照。
- (45) MüKoStGB²/Knut Dörmann § 11 VStGB Rn. 28 (S. 1311).
- (46) MüKoStGB²/Dörmann § 11 VStGB Rn. 29 (S. 1311 f.).
- (47) *GBA*, a. a. O. (Fn. 28), S. 51. Zustimmung *Safferling/Kirsch*, a. a. O. (Fn. 39), S. 84.
- (48) *Ambos*, a. a. O. (Fn. 36), S. 73 Fn. 22 f.
- (49) *Helmut Gropengießer/Helmut Kreicker*, Grundlagen der Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen in Deutschland, in: Albin Eser/Helmut Kreicker (Hrsg.), Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen, Freiburg im Breisgau 2003, S. 180 [*Gropengießer*].
- (50) 同原則に関して詳しくは、稲角光恵「文民の保護」村瀬信也＝真山全〔編〕『武力紛争の国際法』東信堂 (二〇〇四年) 所収五四五—五四七頁などを参照。
- (51) MüKoStGB²/Dörmann § 11 VStGB Rn. 79 (S. 1325).

- (52) 「軍事的手段」の要件に關して詳しきは、MüKoStGB²/Dörmann § 11 VStGB Rn. 30 (S. 1312) m. w. N.を参照。
- (53) GBA, a. a. O. (Fn. 28), S. 45.
- (54) MüKoStGB²/Dörmann § 11 VStGB Rn. 81 (S. 1325).
- (55) Safferling/Kirsch, a. a. O. (Fn. 39), S. 84.
- (56) Ambos, a. a. O. (Fn. 36), S. 74 (Rn. 26).
- (57) なお、国際的武力紛争における無差別攻撃に関するジュネーヴ諸条約第一追加議定書五条五項(b)およびICC規程八条二項(9)(b)は、「均衡性を欠く」という文言ではなく、前者では「過度」(excessive)、後者では「明らかに過度」(clearly excessive) という文言が用いられている。これらの二つの文言の差異に關して詳しきは、MüKoStGB²/Dörmann § 11 VStGB Rn. 90 (S. 1327 f.) m. w. N.を参照。
- (58) MüKoStGB²/Dörmann § 11 VStGB Rn. 90 (S. 1327 f.).
- (59) Vgl. z. B. Safferling/Kirsch, a. a. O. (Fn. 39), S. 84; David Diehl, Tanklasterbeschuss auf Befehl eines deutschen ISAF-Kommandeurs mit fatalen Folgen, Humanitäres Völkerrecht – Informationsschriften 1/2010, S. 19 f.
- (60) この点、ジュネーヴ諸条約第二追加議定書一三条一項(文民の一般的保護)に基づき、同第一追加議定書五七条一項(文民に対する事前警戒)が、非国際的武力紛争にも援用され得るとする見解がある。Ambos, a. a. O. (Fn. 36), S. 75 Fn. 27.
- (61) Safferling/Kirsch, a. a. O. (Fn. 39), S. 84.
- (62) BT-Drucks. 14/8524, S. 34.
- (63) MüKoStGB²/Dörmann § 11 VStGB Rn. 95 (S. 1329).
- (64) MüKoStGB²/Dörmann § 11 VStGB Rn. 94 (S. 1329) m. w. N.
- (65) GBA, a. a. O. (Fn. 28), S. 46–50.
- (66) Georg Dahm, Verbrechen und Todesstand, in: Dahm u. a. (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 62 ff.
- (67) Tili Zimmermann, Rettungsstörungen, Baden-Baden 2009, S. 358–360 u. a.
- (68) Safferling/Kirsch, a. a. O. (Fn. 39), S. 85 Fn. 61.
- (69) GBA, a. a. O. (Fn. 28), S. 54 f.

- (70) *GB4*, a. a. O. (Fn. 28), S. 58.
- (71) *GB4*, a. a. O. (Fn. 28), S. 59-69.
- (72) *GB4*, a. a. O. (Fn. 28), S. 64 f.
- (73) *GB4*, a. a. O. (Fn. 28), S. 66. 「れた対こ」 軍事的利益と付随的損害とが不均衡であった可能性を指摘するものとして、*Kai Ambos*, Afghanistan-Einsatz der Bundeswehr und Völker (straf) recht, Neue Juristische Wochenschrift 24/2010, S. 1727 を参照。
- (74) *Ambos*, a. a. O. (Fn. 73), S. 1725 ff.; *Denis Basak*, Luftangriffe und Strafrechtsdogmatik – zum systematischen Verhältnis von VStGB und StGB – eine Gegenrede (Erwidert auf *Hertel* HRRS 2010, 339 ff.), Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS) 11/2010, S. 513 ff.; *Gropengießer/Kreicker*, a. a. O. (Fn. 49), S. 79, 399 f. [*Kreicker*]; *Bernad Müssig/Frank Meyer*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Bundeswehrsoldaten in bewaffneten Konflikten, in: Paefgen u. a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 1501 ff.; *Rainer Keller*, Das Völkerstrafgesetzbuch in der praktischen Anwendung: Eine kritische Bestandsaufnahme, in: Florian Jeßberger/Julia Geneuss (Hrsg.), Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch. Bilanz und Perspektiven eines „deutschen Völkerstrafrechts“, Baden-Baden 2013, S. 141 ff.; *Dominik Steiger/Jelena Bäumler*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit deutscher Soldaten bei Auslandseinsätzen. An der Schnittstelle von Strafrecht und Völkerrecht, Archiv des Völkerrechts 48 (2010), S. 189 ff.
- (75) 杉原高嶺『国際法と正義』(第二版)『有斐閣』(二〇一三年)六四三—六四四頁参照。
- (76) *Helmuth Frister/Marcus Korte/Claus Kreyß*, Die strafrechtliche Rechtfertigung militärischer Gewalt in Auslandseinsätzen auf der Grundlage eines Mandats der Vereinten Nationen, Juristen Zeitung 1/2010, S. 10 ff.
- (77) *Till Zimmermann*, Gilt das StGB auch im Krieg? Zum Verhältnis der §§ 8-12 VStGB zum Besonderen Teil des StGB, Goldammer's Archiv für Strafrecht 9/2010, S. 511.
- (78) *Rudolf Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., München 2013, § 17 Rn. 3 (S. 135-136).
- (79) *Zimmermann*, a. a. O. (Fn. 77), S. 507 ff.; *Florian Hertel*, Soldaten als Mörder? – Das Verhältnis von VStGB und StGB anhand des Kundus-Bombardements, HRRS 7-8/2010, S. 339 ff.; *Christian Richter*, Tödliche militärische Gewalt und strafrecht-

liche Verantwortung. Anmerkungen zum Einstellungsbeschluss der Generalbundesanwaltschaft, HRRS I/2012, S. 28 ff.

- (80) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 77), S. 512 f.
- (81) 例えば、本件事案で問題となった国際刑法典一条一項三号では三年以上の自由刑が予定されているのに対して、刑法典二一条(謀殺罪)では終身自由刑のみが予定されている。もっとも、先述のとおり、国際刑法典上の戦争犯罪には加重類型が規定されていることに鑑みれば、法定刑の軽重については、より詳細な検討が必要であるように思われる。
- (82) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 77), S. 513 Fn. 42.
- (83) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 77), S. 513.
- (84) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 77), S. 513.
- (85) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 77), S. 513-515.
- (86) Keller, a. a. O. (Fn. 74), S. 153 f.
- (87) 芦部信喜〔著〕＝高橋和之〔補訂〕『憲法 第五版』岩波書店(二〇一一年)一三頁、樋口陽一＝佐藤幸治＝中村睦男＝浦部法穂『注釈法律学全集4 憲法IV〔第七六条〕第一〇三条』青林書院(二〇〇四年)三四八頁(佐藤幸治)など参照。
- (88) 井田良『講義刑法学・総論』有斐閣(二〇〇八年)三二一―三二六頁参照。

〔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る。

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

主要著作

「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——」『法学政治学論究』第九号 (二〇一三年)