

Title	武力紛争における戦闘行為への国内刑法の適用： ドイツの議論状況を中心に
Sub Title	Zur Diskussion über die Anwendbarkeit des deutschen StGB im bewaffneten Konflikt
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	2018
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.119, (2018. 12) ,p.139- 170
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20181215-0139

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.

武力紛争における戦闘行為への国内刑法の適用

——ドイツの議論状況を中心に——

久保田 隆

- 一 はじめに
 - 二 武力紛争における戦闘行為の三分類
 - (一) 「武力紛争における戦闘行為」の意義
 - (二) 武力紛争における戦闘行為の三分類と学説間に見られる処罰範囲の相違
 - 三 刑法典各則適用説
 - (一) ドイツ連邦検察庁による二つの手続打切処分
 - (二) 学説
 - 四 刑法典各則排除説
 - (一) 前提および根拠
 - (二) 射程
 - 五 刑法典各則適用説の妥当性に関する検討
 - (一) 刑法典各則適用説に対する批判とその検討
- 六 おわりに
- (二) 刑法典各則排除説に対する批判とその検討

一 はじめに

昨今、いわゆる安保法制をめぐる議論に触発される形で、日本の自衛官が派遣先の国において、誤って現地の民間人を殺傷した場合や、予期せぬ軍事衝突に巻き込まれた場合の刑事責任に関する議論が散見されるようになった。ここでは、主に、前者の「誤射」の問題について、自衛官が外国で事件・事故を発生させた際には、刑法二二一条前段の業務上過失致死傷罪には国外犯処罰規定が存在せず、処罰の間隙が生じてしまうという問題が指摘されている。⁽¹⁾ その背景には、このようなケースでは、受入国との間に締結される地位協定に基づいて、行為地国たる受入国ではなく日本が裁判権を行使するのが原則とされているという事情がある。一方、後者の問題については、戦争犯罪を訴追・処罰するための法体系が日本刑法には存在しないという点が指摘されるにとどまり、⁽²⁾ 具体性のある議論はなされていない。もつとも、これらは、本来であれば、一般の安保法制が成立する前から、刑法学の見地に基づく議論がなされるべき問題であったともいえる。なぜなら、自衛隊法上、自衛官には、かねてより、憲法九条に反しない範囲での「武力の行使」に加え、公共の秩序の維持や人命・財産の保護を目的とした「武器の使用」が認められており、前者の場合はもちろん、後者の場合であっても、いわゆる危害許容要件を満たす場合には、人に対する加害行為が許容されているからである。⁽³⁾ 安保法制が成立したことによって自衛隊の活動領域が拡大された今、自衛官の刑事責任に関する議論がこれまで以上に必要とされているのではないだろうか。

このような日本の状況とは異なり、ドイツでは、一九九〇年代に連邦軍 (Bundeswehr) の NATO (北大西洋条約機構) 域外派遣への道が開かれて以来、連邦軍人による加害行為の刑事訴追が実務上重要な課題となっており、学説においても、憲法や国際法、刑事法、法哲学等を中心に、法学的見地に基づく議論が展開されている。なかでも、近

時刑法学の観点から最も関心を集めているのが、武力紛争において戦闘行為が行われた場合に、謀殺罪や故殺罪をはじめとする刑法典上の罪は成立するのか、という問題である。この議論のきっかけとなったのは、二〇〇九年九月にアフガニスタン北部のクンドウズ地方において発生した、ドイツ連邦軍による空爆事件⁽⁴⁾である。同事件については、連邦軍による同地における空爆行為が国際刑法典（Völkerstrafgesetzbuch⁽⁵⁾）上の戦争犯罪および刑法典上の謀殺罪等にあたらないかとして連邦検察庁（Generalbundesanwalt）による捜査手続が進められたものの、二〇一〇年四月に手続打切処分が下された。その後、二〇一〇年一月に発生した別の事件においても、同様の論点について検討がなされたが、二〇一三年七月に手続打切処分が下されている。

両事件の争点は、実体法に限ると、主に二つある。一つは、国際刑法典に規定されている戦争犯罪（Kriegsverbrechen）の成否、もう一つは、刑法典上の謀殺罪や故殺罪といった通常犯罪の成否である。ドイツの議論においては、主に後者をめぐって対立がみられる。その対立軸は、武力紛争においては、そもそも刑法典の適用があるのか、というものである。すなわち、武力紛争においても刑法典各則の適用があるとする見解（以下、適用説）⁽⁶⁾、武力紛争においては刑法典各則の適用を認めず、もっぱら国際刑法典上の犯罪の成否だけを問う見解（以下、排除説）とが対立しているのである。右のドイツ連邦検察庁による二つの手続打切処分は、後述のとおり（三（一））、武力紛争における戦闘行為のうち国際法上——より正確には、武力紛争法上——適法なものについては、刑法典各則の適用があることを前提に、武力紛争法上の適法性を根拠として正当化を認めるという理論構成をとっている点で、適用説に依拠していると位置づけられる。また、学説上も、適用説が多数説となっている。

本稿でみるとおり、適用説と排除説とともに、武力紛争において行われた戦闘行為のうち、武力紛争法上適法なものについては、ドイツ刑法上も不可罰であるとする。その限りでは、どちらの見解をとろうと結論には変わりがないようにも思われる。しかしながら、両者には、次章でみるとおり、結論を異にする場合が存在する。そのため、いず

れの見解を採用するのにかにつき、態度決定を行う必要がある。

翻って、日本の現状をみると、我が国では、武力紛争において行われた戦闘行為のうち、国際法上戦争犯罪に該当しうるものについては、(戦争犯罪ではなく)既存の刑法上の犯罪によって対処することが予定されており、また、さもなくば、処罰の間隙が生じてしまう。つまり、現在の日本においては、ドイツの議論にいうところの適用説をとることが前提とされているのである。しかしながら、先に触れた戦争犯罪を訴追・処罰するための法制度の不備を指摘する見解に照らせば、戦争犯罪を戦争犯罪として国内刑法に受容(国内法化)することも検討されてしかるべきである。そして、戦争犯罪が国内法化された暁には、排除説も選択肢としてとりうることになるため、適用説との比較衡量が必要となる。

そこで、本稿では、両見解をめぐるドイツの議論を素描した上で、両者を比較検討し、いずれの見解が妥当であるのかを明らかにする。以下では、まず、議論の前提として、武力紛争における戦闘行為の意義を述べた上で、それらを武力紛争法上の評価に基づいて三つのカテゴリに分類する(二)。次に、ドイツの多数説である適用説(三)、および、それに異を唱える排除説の論旨をそれぞれ敷衍する(四)。その上で、両者の比較検討を行い、ドイツにおいては適用説が妥当であることを示す(五)。そして、最後に、日本の議論への示唆を得ることを試みる(六)。

二 武力紛争における戦闘行為の三分類

本章では、まず、「武力紛争における戦闘行為」の意義を明らかにし、次に、武力紛争法上の評価という観点から、これを三つに分類する。

(一) 「武力紛争における戦闘行為」の意義

武力紛争には、国家間の戦争を意味する「国際的武力紛争」(International armed conflict)、および、それ以外の内戦等を意味する「非国際的武力紛争」(non-international armed conflict)の二つのカテゴリが存在する。これらはいずれも、国際法の一領域である「武力紛争法」(law of armed conflict)によって規律されるが、武力紛争を明確に定義する規定は、武力紛争法にも日独の国内法にも存在しない。武力紛争法とは、「戦争における法」(ius in bello)、すなわち戦争中のルールを定めたものである。正確には、国際的武力紛争または非国際的武力紛争における犠牲者の保護や戦闘方法および手段の規制に関する、国際条約および国際慣習法上の規範の総称である。武力紛争法に位置づけられる主要な条約としては、一九四九年のジュネーブ諸条約および一九七七年の同第一・第二追加議定書等がある。なお、武力紛争法は、その人道主義的な性格から、「国際人道法」と呼称されることも多い。

次に、「戦闘行為」の意義を明らかにする。本稿では、「戦闘行為」を、「武力紛争法適用の契機となる国際的武力紛争または非国際的武力紛争に関連して行われる敵対行為」(hostilities⁽⁷⁾)のうち、人を殺傷し、物を破壊する行為」を指すものとして用いる。したがって、武力紛争中の行為ではあるが、当該紛争との関連性を有しない加害行為や武力紛争に至らない状況において行われた加害行為⁽⁹⁾等は、武力紛争法の適用がないため、本稿では取り扱わない。

(二) 武力紛争における戦闘行為の三分類と学説間に見られる処罰範囲の相違

これを踏まえた上で、「武力紛争における戦闘行為」を三つに分類する。すなわち、武力紛争における戦闘行為は、武力紛争法上の評価という観点から、①武力紛争法に違反し、国際慣習法上「戦争犯罪」(war crimes)として個人の刑事責任を基礎づけるもの、②①以外の武力紛争法の違反(以下、「軽微な違反」とする)、および③武力紛争法上適法

な戦闘行為の三つに区分されうる。①戦争犯罪を構成するものとしては、ジュネーブ諸条約の「重大な違反行為」(grave breaches)、および武力紛争法の「その他の著しい違反」(other serious violations)がある。⁽¹⁰⁾これらは、国際刑事裁判所規程(ICC規程)八条やドイツ国際刑法典八条から一二条に戦争犯罪として規定されている。これに対して、②武力紛争法の軽微な違反を構成するものについては、条約上処罰規定が存在せず、また国際慣習法上の可罰性も認められていない。③に分類される戦闘行為は、武力紛争法には違反しないものの、ドイツ刑法典上、謀殺罪や器物損壊罪等には該当しうる。以下では、理解を深めるために、それぞれについて具体例を用いながら、適用説と排除説の処罰範囲に関する相違点を浮き彫りにする。

①の具体例としては、冒頭(前出・二)で言及したドイツ連邦軍による空爆事件で特にその成否が問題となった、文民や民用物に過度な付随的損害をもたらすことを予期しながら行う攻撃等が挙げられる。そのような攻撃によって実際に文民が死亡した場合、適用説によれば、国際刑法典上の戦争犯罪(一一条一項三号)と刑法典上の謀殺罪(二二一条)等の成立が問題となり、それらの罪数関係の検討が必要となる。これに対して、排除説では、もっぱら戦争犯罪の成立だけを検討することになる。

②に含まれるものとしては、いわゆる絨毯爆撃等の無差別な攻撃(第一追加議定書五二条四項)や文民と戦闘員の区別に関する武力紛争法上の予防措置(同五七条。偵察や警告射撃等)を怠った攻撃等が挙げられる。これらは、武力紛争法には違反するものの、国際法上もドイツ法上も戦争犯罪には該当しない行為である。そのような行為によって文民が死亡した場合、次のようになる。まず、適用説によれば、武力紛争法の違反が認められることを理由として、刑法上正当化が否定され、謀殺罪等が成立する可能性がある。他方で、排除説によれば、国際刑法典に処罰規定が存在せず、また刑法典も適用されないため、ドイツ刑法上不可罰となる。このように、②に分類される戦闘行為については、両見解の結論に大きな差が生じるのである。

③に分類される戦闘行為としては、例えば、武力紛争法上適法な方法および手段による敵対戦闘員の殺害等が挙げられる。⁽¹²⁾これについては、適用説によれば、たとえ当該行為が刑法典上の謀殺罪等の構成要件に該当するとしても、武力紛争法上の適法性を根拠として、正当化が認められることとなる。他方、排除説によれば、②と同様に、国際刑法典所定の戦争犯罪には該当せず、刑法典の罪の適用もない。したがって、いずれの見解によっても不可罰という結論が導かれる。③に該当する行為は、後述するように(三)(1)(2)、国際法上、刑事訴追の対象としてはならないとされているため、そのような観点からも、ドイツ刑法上不可罰という帰結は妥当であるといえる。

以下の各章では、このような区分を念頭におきながら検討を進める。

三 刑法典各則適用説

本章では、ドイツの多数説である適用説の概要を明らかにする。それに先立って、現在までの議論の展開について簡潔に述べる。まず、先述のドイツ連邦軍による空爆事件が発生してから連邦検察庁による手続打切処分が下されるまでの間に、学術論文や法学者の手による新聞論評がいくつか発表された。その後、連邦検察庁が同処分において、それらの論考を参照しつつ、武力紛争における刑法典各則の適用を認めた上で、被疑者の行為の正当化を認めた。その後、さらに多数の論稿が発表され、学術的な議論が本格化するに至ったが、その多くは、適用説のうち正当化を認める見解に位置づけられるものである。その一方で、適用説に対しては批判も提起されているが、それに対しては再批判も行われている(五(一)にて後述)。

以下では、(一)で連邦検察庁による二つの手続打切処分において示された見解を概観した上で、続く(二)で学説における適用説の詳細を明らかにする。

(一) ドイツ連邦検察庁による二つの手続打切処分

以下では、ドイツ連邦検察庁が二〇一〇年と二〇一三年に下した二つの手続打切処分の内容を概観し、ドイツの検察実務が適用説を採用していることを明らかにする。両処分において、連邦検察庁は、国際刑法典上の戦争犯罪については、いずれの類型についても構成要件に該当しないとした上で、¹³⁾ 刑法典上の犯罪の成否へと議論を展開している。そして、両処分ともに、大きく分けて、(A)そもそも武力紛争においても刑法典の適用があるのかという問題（国際刑法典によって刑法典各則の適用が排除されるのかという問題）、および、(B)刑法典の適用があるとして、どのような理論的枠組および根拠に基づいて国際法上適法な戦闘行為の国内刑法上の可罰性が否定されるのか、という二つの問題を扱っている。

1 ドイツ連邦軍による空爆事件に関する手続打切処分（二〇一〇年）

ドイツ連邦軍による空爆事件の概要は、大略次のとおりである。二〇〇九年九月四日未明、NATOが統括する国際治安支援部隊（ISAF）の活動のためアフガニスタン北部のクンドゥーズ地方に駐留していた本件被疑者（連邦軍大佐）が、タリバン構成員によって強奪された民間のタンクローリー二台の爆撃を命じたところ、その爆撃によって、当該タリバン構成員のみならず、その場に集まっていた文民（民間人）にも多数の死者が出た。事件後、同大佐ほか一名に対し捜査手続が開始されたが、二〇一〇年四月一六日、事件を管轄する連邦検察庁によって手続が打ち切られた。これに対して、デュッセルドルフ上級州裁判所（OLG Düsseldorf）に強制起訴手続の申立がなされたが、必要な形式を満たしていないとして却下された。¹⁴⁾ その後、本件は連邦憲法裁判所においても争われたものの、訴えは認められず、¹⁵⁾ 刑事事件としてはこれで幕引きとなった。

連邦検察庁による二〇一〇年の手続打切処分は、まず、(A)武力紛争下における刑法典の適用の有無に関して、二〇〇二年に国際刑法典が発効し、ドイツ刑法に戦争犯罪の処罰規定が導入される前から、武力紛争における刑法典の適用は認められており、国際刑法典発効後にあつてもそれは変わらないと述べている⁽¹⁶⁾。加えて、国際刑法典によって刑法典の適用が排除されるか、という問題について、国際刑法典の立法理由書に依拠し、「一般法の適用」に関する同法二条⁽¹⁸⁾に基づき、刑法典各則の適用が認められたとした上で、刑法典上の犯罪と国際刑法典上の犯罪の両方が成立しうる場合には、一般の(すなわち、刑法典上の)罪数に関する規定(五二条以下)が適用され、その限りにおいて、刑法典上の犯罪構成要件が退くことになると述べている⁽¹⁹⁾。このように、二〇一〇年の処分では、適用説が前提とされている。

これを踏まえた上で、同決定は、謀殺罪(刑法典二二一条)の成否に関する検討を行う中で、(B)戦闘行為の不可罰性の理論的枠組および根拠についても論じている。まず、本件行為の構成要件該当性(謀殺罪の諸類型のうち、公共にとつて危険な手段による [mit gemeingefährlichen Mitteln] 殺害)については、これを肯定している⁽²⁰⁾。次に、違法性については、端的に、当該行為は「国際法上許容されており、もつて刑法上正当化される」(völkerrechtlich zulässig und damit strafrechtlich gerechtfertigt)と述べている⁽²¹⁾。なお、国際法上の許容性については、ジュネーブ諸条約第一追加議定書五一条五項(b)によれば、行為時における行為者の視点に立てば付随的損害の発生が「予測される」(may be expected)場合にのみ攻撃が禁止されているところ、本件では、かかる「予測」が認められなかったため、当該行為は武力紛争法上適法であるとされたのであった⁽²²⁾。

さらに、(B)の問題に関して、連邦検察庁は、二〇一〇年の処分の本文中、別の箇所において、次のように述べている。すなわち、第一次世界大戦後にライヒ裁判所 (Reichsgericht) にてドイツ軍人による戦時国際法違反(現在の戦争犯罪に相当する行為)の刑事責任を問うた、いわゆるライプツィヒ裁判 (Leipziger Prozesse) において、国際慣習法上

許容される行為は刑法上も正当化されるとの判断が示されており、このことは、戦後の基本法制定後の判例・学説においても認められているという。⁽²³⁾つまり、連邦検察庁は、ライブツイヒ裁判という先例に依拠して、国際法上の評価が今日においてもなお刑法上の違法性の基準になるとしたのである。そして、被疑者の行為の武力紛争法上の評価に関する詳細な検討を行い、当該行為は武力紛争法上適法であったためドイツ刑法上も不可罰である、との結論を導いたのであった。

2 ドイツ国籍を有するタリバン構成員に対する空爆事件に関する手続打切処分 (二〇一三年)

二〇一〇年一〇月四日、パキスタン・北ワジリスタン地方のミルアリ (Mir Ali) において、ドイツ国籍を有する「パキスタンのタリバン運動」(TTP) の構成員が、CIA (アメリカ合衆国中央情報局) の無人爆撃機による攻撃を受けて死亡するという事件が発生した。これを受け、連邦検察庁が捜査手続を開始したが、二〇一三年七月二三日、本件についても手続打切処分が下された。この二〇一三年の処分においてもまた、結論として、武力紛争との関連において行われる殺害行為のドイツ刑法上の可罰性は、武力紛争法上の評価によって決せられるとの見解が示されている。ここでも、まず、(A) 武力紛争においても刑法典各則の適用が認められ、問題となる行為が刑法典上の犯罪および国際刑法典上の犯罪の双方に該当する場合には、一般の罪数に関する規定に従って処理されることが確認されている⁽²⁴⁾。その上で、連邦検察庁は、(B) 刑法典上何らかの構成要件に該当する行為の違法性について、問題となる行為が武力紛争法によって許容されている場合には、「承認された正当化事由 (anerkannter Rechtfertigungsgrund) が存在し、その行為は一般原則によれば (nach allgemeinen Grundsätzen) 不可罰である」としている⁽²⁵⁾。この見解は、立法者が国際刑法典の理由書の中で示していた見解と一致する。すなわち、同理由書においても、「武力紛争法上許容された戦闘行為を行うことは「…」一般原則によれば可罰的ではない」との説明がなされているのである⁽²⁶⁾。さらに、同決定は、武力紛

争法の違反があった際には、「国際刑法上可罰的でない場合であっても〔すなわち、上記②の戦争犯罪に該当しない違法な戦闘行為であっても〕、一般刑法上の可罰性が認められることがある」と述べている。⁽²⁷⁾

このように、連邦検察庁による二つの手続打切処分はいずれも、武力紛争においても刑法典の適用があることを前提とした上で、当該行為は、謀殺罪等の構成要件には該当するものの、国際法（武力紛争法）上適法であったがゆえにドイツ刑法上正当化されるとして、犯罪不成立との結論を導いているのである。その論拠について、二〇一〇年の処分は、ライプツィヒ裁判というライヒ裁判所による先例の存在を挙げており、二〇一三年の処分は、そのような正当化事由は「承認された」ものであると位置づけている。もっとも、連邦検察庁は、いずれの処分においても、正当化の実質的な根拠を必ずしも明らかにしていない。

(二) 学説

ドイツの学説は、排除説の論者も含め、武力紛争法上適法な戦闘行為（上記③）は国内法上も処罰の対象とはならないという点で結論の一致をみている。しかしながら、その理論構成と根拠は一樣ではなく、正当化を認める見解と構成要件該当性を否定する見解とに概ね分かれている。⁽²⁸⁾ さらに、前者の内部でも、正当化の根拠に関して、論者によって異なる説明がなされている。

1 正当化を認める見解

武力紛争における戦闘行為の刑法上の正当化の根拠について、ドイツの学説では、主に、公務員の職権（①）、および武力紛争法上の概念である「戦闘員特権」の国内法に対する優越性（②）の二つが挙げられている。以下では、

それらについて若干の検討を行う。

(1) 公務員の職権を根拠とする見解

ドイツでは、連邦軍兵士による銃器の使用に関して、警察官によるそれと同様に、公務員の職権 (Amtsrechte) から正当化事由が導かれるとする見解がある。例えば、ライプツィガー・コンメンタールでは、警察官による銃器の使用と連邦軍兵士によるそれとが同じ項目 (「許容された銃器の使用による正当化」) にて扱われている⁽²⁹⁾。そして、同書では、それらの正当化の根拠として、公務員の職権および職務上の権利 (Amts- und Dienstrechte) が挙げられている⁽³⁰⁾。その上で、戦時における殺害行為について、「戦争法 (武力紛争法) の枠内にとどまる殺害行為は、刑法上正当化される。それに対して、その枠を超えた場合には、自国の兵士および身柄を拘束された敵兵のいずれであっても、完全な (国内法上の) 可罰性が生じる」とされている (原注省略⁽³¹⁾)。

(2) 国際慣習法上の戦闘員特権を根拠とする見解

武力紛争法上、国家の正規軍 (軍隊) の構成員は、衛生要員等の一部の例外を除き、戦闘員として扱われ、「戦闘員特権」 (combatant's privilege) を享受する。このことを明文化したのが、一九七七年の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四三條二項の規定である。同規定は、「紛争当事者の軍隊の構成員 (…) は、戦闘員であり、すなわち、敵対行為に直接参加する権利を有する」と定める。これによれば、例えば、戦闘員特権を有する者が敵対行為に参加し、殺害や傷害等を行ったのちに、敵対する国家の軍隊の捕虜になったとしても、それ以前に行った国際法上適法な戦闘行為を理由に刑事責任を問われることはない⁽³²⁾とされる。ドイツの学説の中には、これを根拠として、刑法上の正当化を根拠づける見解が存在する。

同様に、連邦検察庁による二つの手続打切処分⁽³³⁾で問題となった非国際的武力紛争においても、これを規律するジュネーヴ諸条約第二追加議定書には第一追加議定書四三條二項に相当する明文規定が存在しないものの、(少なくとも)

国家主体側（内戦における領域国の正規軍や領域国の同意のもと活動する外国の軍隊等）の構成員については、戦闘員特権が認められようとされている。⁽³³⁾これに従えば、非国際的武力紛争における戦闘行為についても、国家主体側の構成員による戦闘行為に関する限り、同様の議論が可能である。

もっとも、これだけでは、戦闘員特権という国際法上の概念に基づく許容規範がなぜドイツの国内刑法にまで効力を及ぼすのかという点が明らかではない。この点については、ドイツ基本法（憲法）二五条に「国際法の一般的諸原則は連邦法の構成部分である。それらは、法律に優位し、連邦領域の住民に対して直接に権利・義務を生ぜしめる」とあることを根拠として、国際慣習法上の概念たる戦闘員特権が法律たる刑法典に優越すると述べる学説がみられる。たしかに、刑法と同列に位置づけられる法律上の許容規範（例えば、被疑者の逮捕に関するドイツ刑事訴訟法二七条等）に基づく正当化が法秩序の統一性を根拠に是認されている点に照らせば、国内法に優位する国際慣習法上の許容規範には、なおのこと国内刑法上の違法性を阻却する効力が認められてしかるべきである。もっとも、この見解に依拠した場合には、非国際的武力紛争における戦闘行為に関して、不都合が生じるおそれがある。というのも、非国際的武力紛争に関しては、戦闘員特権に関する条約上の明文規定が存在しないため、国際慣習法にその根拠を求めることになる。非国際的武力紛争においても慣習法上戦闘員特権が認められるか否かについては争いがあるからである。⁽³⁸⁾

2 構成要件該当性を否定する見解

以上の二つの立場は、構成要件該当性を肯定しつつ正当化を模索する見解であったといえるが、他方で、構成要件該当性を否定する見解も散見される。この見解によれば、武力紛争における国際法上適法な戦闘行為には、客観的帰属の要件である法的に是認されない危険（*rechtlich missbilliges Risiko*）の創出および実現が認められないため、構成要件該当性が否定されるという。⁽³⁹⁾また、戦前には、戦争中の戦闘行為について、社会的相当性（*Sozialadäquan*）を根拠

に構成要件該当性を否定する見解も存在したが、現在では支持されていない⁽⁴⁰⁾。

四 刑法典各則排除説

本章では、排除説、すなわち、武力紛争における戦闘行為にはそもそも刑法典各則の適用がないとする見解について概観する。同説は、ドイツでは少数説ではあるものの、多数説たる適用説に対して重要な批判を提起している（五(一)2にて後述⁽⁴¹⁾）。

(一) 前提および根拠

排除説は、平時と戦時——すなわち、武力紛争法の適用がない場面とある場面——とでは、国内法の次元においても、そもそもまったく異なる法規・法秩序（「平時刑法」〔Friedensstrafrecht〕・戦時刑法〔Kriegsstrafrecht〕）が妥当すると⁽⁴²⁾いうことを前提としている。同説によれば、「戦時国際法（武力紛争法）上適法な加害行為の場合には、正当化事由において通常みられる原則・例外の関係が逆転する⁽⁴³⁾」とされている。すなわち、武力紛争においては、人の殺害や傷害施設や物品の破壊といった加害行為は原則として許容されており、文民の殺害等が例外的に武力紛争法によって禁止されているにすぎないというのである。そして、適用説が孕んでいる罪数に関する問題を指摘した上で（五(一)2にて後述）、国際刑法典が刑法典各則に対して「厳格な排他的関係」（strenges Exklusivitätsverhältnis）に立つと解すべきであると結論づけている⁽⁴⁴⁾。

排除説の根拠は、主に五つある。まず、**①**加害権限（Schädigungsbefugnis）、すなわち、先にみた戦闘員特権である⁽⁴⁵⁾。次に、**②**武力紛争においては、国際刑法典上の犯罪の成立のみを認めることで、起訴法定主義に即した効果的な刑事

訴追が可能となることが挙げられている。特にこれについては、論者によれば、刑法典各則の適用を認めた場合、ドイツでは起訴法定主義が原則とされているため、紛争地域で発生したあらゆる不自然死について捜査しなければならぬことになってしまうとされている。⁽⁴⁶⁾ さらに、③一般に法定刑の軽い戦争犯罪の適用だけを認めることで、武力紛争における過剰な戦闘行為に関する不法・責任の方が平時における同様の行為のそれよりも程度が低いという点を刑に反映できるという利点や、④立法者が戦争犯罪をはじめとする国際刑法典上の犯罪については形式的自立性（裁判管轄に関する制度の特別性等）を認めている点も根拠として挙げられている。そして、論者は、⑤戦時と平時とでは異なる法秩序によって規律されるという見解は、憲法上の議論においても妥当することを指摘している。すなわち、ドイツでは、戦時においては基本権の侵害が正当化されるのではなく、そもそも基本権の保護が及ばないとされているのである。⁽⁴⁹⁾ ここでは、憲法上の議論と刑法上の議論の整合性が自説の長所として挙げられているといえる。

(二) 射程

では、本説に基づいて刑法典各則の適用が排除されるのは、具体的にどのような場面であろうか。まず、根拠の一つとして挙げられた①戦闘員特権から導かれる帰結として、刑法典各則の適用を免れる行為の主体は、戦闘員特権を有する者に限定されることになる。⁽⁵⁰⁾ もっとも、戦闘員特権を有する主体による行為であっても、武力紛争との関連性を有しない「私的な」行為は除外される。⁽⁵¹⁾ つまり、（戦闘員特権を有する）戦闘員による武力紛争との関連性を有する戦闘行為についてのみ、刑法典各則の適用排除が認められるというのである。

非国際的武力紛争における戦闘行為の主体については、少なくとも非国家主体側には戦闘員特権が認められていないため、仮に武力紛争法に違反することなく戦闘行為を行った場合であっても、武力紛争の終了後に政府側がこれを処罰することは国際法上禁止されていない。もっとも、論者は、国際法上適法な戦闘行為に関しては、ジュネーブ諸

条約第二追加議定書六条五項に「できる限り広範な恩赦を与えるよう努力する」旨が定められていることに倣い、ドイツ刑法上も不可罰とすべきであると述べている。⁽⁵²⁾ さもなければ、一方では、非国際的武力紛争における戦争犯罪を犯罪化することで武力紛争法の遵守を義務づけつつ、他方では、戦闘員特権を否定することで、武力紛争法に則って行われた戦闘行為に対して謀殺罪等の責任を問うこととなってしまうが、それは矛盾であるという。⁽⁵³⁾ そして、結論としては、非国際的武力紛争においても、国際的武力紛争における戦闘員に準ずる形で戦闘員特権を認め、⁽⁵⁴⁾ 刑法典各則の排除を認めている。

次に、戦闘員とは似て非なるものとして、国際的武力紛争における不法戦闘員 (unlawful combatant; unrechtmäßige Kombattanten) および非国際的武力紛争における非正規戦闘者 (irreguläre Kämpfer) がある。これらは、文民たる住民から自己を区別する義務 (区別義務) を遵守せず、それゆえ戦闘員資格 (およびそれに伴う戦闘員特権) を有しない者である。不法戦闘員および非正規戦闘者について、論者は、戦闘員特権が認められていないことを根拠に、刑法典各則の適用排除の射程外としている。⁽⁵⁵⁾ したがって、これらの者による戦闘行為については、刑法典各則の罪 (のみ)⁽⁵⁶⁾ が適用されることになる。

最後に、「狭義の文民」、すなわち、不法戦闘員等に該当しない文民による戦闘行為に関しても、戦闘員特権がないことを理由に、刑法典各則 (のみ)⁽⁵⁷⁾ の適用を認めている。ここでも論者は、平時の刑法 (刑法典) と戦時の刑法 (国際刑法典) との峻別を徹底しているのである。

このように、排除説の論者によれば、刑法典各則の適用排除が認められるのは、戦闘員特権を有する者 (とそれに準ずるとされる者)、すなわち、国際的武力紛争における (適法な) 戦闘員および非国際的武力紛争における戦闘者による武力紛争との関連性を有する加害行為 (戦闘行為) に限られることとなる。それに対して、不法戦闘員等および狭義の文民による戦闘行為については、刑法典各則 (のみ) の適用が問題になるとされる。

五 刑法典各則適用説の妥当性に関する検討

本章では、ドイツの多数説である適用説の妥当性に関する検討を行う。以下では、まず、適用説に対する批判とその検討を行い、同説はその大枠において妥当であることを指摘した上で (一)、排除説に対する批判についても検討し (二)、結論として、ドイツにおいては適用説の方が妥当な見解であることを示す。

(一) 刑法典各則適用説に対する批判とその検討

これまでに見た適用説 (特に、正当化を認める見解) に対しては、大きく分けて三つの批判が提起されている。すなわち、適用説による正当化の根拠づけでは不十分であるとする批判 (後出・1)、上記①の戦争犯罪に該当する戦闘行為について、刑法典各則の適用を認めた場合には罪数に関する問題が生じるとの批判 (後出・2)、および、上記②の武力紛争法の軽微な違反にあたる戦闘行為について、謀殺罪を適用した場合には法定刑に関する問題が生じるとの批判 (後出・3) の三つである。以下、これらの批判について概観し、若干の検討を行う。

1 正当化を認めることに對して実質的な根拠を欠くとする批判

一つめの批判は、二〇一〇年にドイツ連邦軍による空爆事件に関する手続打切処分が下される前から主張されているものである。それによれば、「人を殺害することは原則として禁じられているのであるから (…)、戦争法 (武力紛争法) に殺害の明示的な禁止が存在しないということをもって、戦争に条件づけられた殺害行為を正統化する [legitimieren] ことはできない。むしろ、戦争における殺害行為を原則的な殺害禁止の例外とするためには、単なる法

技術的な反対解釈からは導かれえない実質的な根拠が必要である⁽⁵⁸⁾とされる。ここでは特に、自国の自衛権の行使の一環として侵略国に対峙する戦闘員を殺害することや、(武力紛争法上許容される)「付随的損害」として文民を殺害することについては、(国内刑法上も)なぜ正当化されるのか明らかでないとの疑念が表明されている⁽⁵⁹⁾。そして、論者は、結論として、正当行為・緊急避難類似の新たな正当化事由を明文化することが望ましいと述べている⁽⁶⁰⁾。

2 戦争犯罪が成立する場合の罪数に関する批判

二つめの批判は、排除説の上記③の論拠の裏返しであるが、ここでは、適用説によれば法条競合が認められる場合(後出・2(1))と、観念的競合が認められる場合(後出・2(2))とについて、それぞれ批判が向けられている。

(1) 法条競合が認められる場合

まず、適用説の論者および国際刑法典の立法理由書によれば法条競合の関係が認められる場合の具体例としては、国際刑法典一一条一項七号所定の戦闘員等に対する背信的な殺害行為による戦争犯罪(三年以上の自由刑)と刑法典二二一条所定の陰湿な殺害方法による謀殺罪(無期自由刑)の関係が挙げられている⁽⁶¹⁾。右理由書によれば、特別関係に基づく法条競合が認められる場合には、特別法たる国際刑法典のみが適用されることになるとされている⁽⁶²⁾。ドイツの罪数論上、特別関係が認められるためには、特別法たる罰条の要件をすべて含んでいる必要があるとされているところ⁽⁶³⁾、前記具体例においては、戦争犯罪の構成要件には、謀殺罪の成立要件に、武力紛争との関連性(「国際的な又は非国際的な武力紛争との関連において」という特別要件が付加されているという関係性が認められるため、特別関係に基づく法条競合が成立するのである。したがって、ここでは、もっぱら戦争犯罪の法定刑に基づいて刑が量定されることになる。同様に、二にて①の具体例として挙げた、文民や民用品に過度な付随的損害をもたらすことを予期しながら行う攻撃による戦争犯罪に関して、国際刑法典一一条一項三号の加重類型である同条二項、

すなわち行為者が故意に死亡結果を発生させる類型と、刑法典二二一条の「公共にとって危険な手段」を用いて行う謀殺罪との関係が問題となる。戦争犯罪の本類型の構成要件には、武力紛争との関連性および「過度な付随的損害が発生することを確実に予期しながら」という主観的要件が謀殺罪の要件に付加されているといえるため、両者は法条競合の関係に立つと考えられる。したがって、ここでは、国際刑法典二二一条二項の法定刑が量刑の基点となる。排除説の論者は、立法者がこのような場合に法条競合、より正確には、法定刑が軽い方の罰条が重い方の罰条を排除する「減輕的特別関係」(privilegierende Spezialität)⁽⁶⁴⁾を肯定している点については、その結論には賛意を示しつつも、次のような疑義を呈している。すなわち、法条競合に基づいて(この場合、重い方の)刑法典の罰条の適用を排除するのであれば、それはもはや刑法典が「効力」を有していることにはならず、結局のところ刑法典各則の適用をはじめから認めないことと変わりがないのではないか、との疑義である。⁽⁶⁶⁾

この点、たしかに、戦争犯罪の法定刑が量刑の基礎に置かれる点や、(観念的競合の場合とは異なり)刑法典の罰条が判決本文に記載されない点等⁽⁶⁷⁾については、適用説に基づく法条競合と排除説との間に違いはみられない。しかしながら、法条競合の場合には、判例上、適用が排除される罰条の法定刑の下限(具体例でいえば、謀殺罪に規定されている必要的な無期自由刑)を下回ってはならないとする準則が確立しているため、排除説のいうように刑法典各則の適用がそもそも問題となりえないとした場合とはやや事情が異なるようにも思われる。というのも、この判例準則に従った場合、当該戦争犯罪処罰規定(加重類型)の刑の下限が五年以上の自由刑とされていることの意義が失われる(無期自由刑が科されうる)ことになるからである。しかしながら、この判例準則は減輕的特別関係の場合には適用されないこととされているため⁽⁶⁹⁾、この点においても、適用説に基づく法条競合と排除説との間には実質的な差異が認められない。その限りにおいて、排除説による批判は妥当であるといえるが、結局のところ、両学説の結論の同一性を指摘するとどまり、適用説にとって有効な批判とまではいえないように思われる。

(2) 観念的競合が認められる場合

次に、適用説が観念的競合、すなわち同一の行為による複数の罰条に対する違反を認める場合の一例としては、国際刑法典一一一条一項四号所定の文民等を人間の盾として利用する行為による戦争犯罪（三年以上の自由刑）と刑法典二二九条b所定の人質強要罪（五年以上の自由刑）との関係が挙げられている。⁽⁷⁰⁾ 前者の保護法益には、人の生命・身体に加え、人間の盾としての利用が文民等の意思に反して行われる場合には、意思の自由も含まれるとされている。⁽⁷¹⁾ 一方、後者の保護法益は、被強要者の意思決定の自由および人質の不可侵性および自由であるとされる。⁽⁷²⁾ また、両者の要件をみると、いずれか一方がもう一方の不法内容を評価し尽くすという法条競合の関係にはないことがわかる。したがって、このような場合には、観念的競合（ドイツ刑法典五二条。所為の単一〔*Einheit*〕）の関係が認められるとされる。⁽⁷³⁾

この点について、排除説の論者は、次のように述べている。すなわち、国際刑法典上の戦争犯罪と刑法典上の犯罪との間に観念的競合の関係を認めてしまつては、観念的競合に関するドイツ刑法典五二条二項の規定に基づいて、多くの場合、法定刑の短期がより重い刑法典上の犯罪の法定刑によって処断されることになってしまう（同項二文）、最低刑の引き上げ（*Heraufsetzung der Mindeststrafung*）が起きてしまうが、これは「刑事政策的な観点からはあまり説得的でない」との批判である。⁽⁷⁴⁾ ここでドイツ刑法典五二条の規定を確認すると、一項に「ある同一の犯罪行為が、数個の刑罰法規に違反し又は同一の刑罰法規に数回違反するときは、一個の刑のみが言い渡される」とあり、二項に「数個の刑罰法規に違反したときは、刑は、最も重い罪が定められた法律により決定される。刑は他の適用可能な法律が許容するものより軽いものであつてはならない」とある（三項および四項は省略）⁽⁷⁵⁾。このうち、論者のいう「最低刑の引き上げ」に関係するのは、五二条二項二文の規定である。これによれば、各犯罪の法定刑の短期のうち最も重いものが処断刑の下限となる。これを踏まえた上で、右の具体例について検討すると、文民等を人間の盾として利用

する行為による戦争犯罪（三年以上の自由刑）と刑法典上の人質強要罪（五年以上の自由刑）とが観念的競合の関係に立つとした場合には、処断刑の下限が三年ではなく五年に引き上げられてしまうことになる。排除説の論者は、この点を批判しているのである⁽⁷⁶⁾。

たしかに、先の例について観念的競合の成立を認めてしまつては、戦争犯罪の当該類型に規定されている「三年以上の自由刑」という法定刑の意味が失われてしまうようにも思われる。しかしながら、排除説によるかかる批判には、次のような反論が可能である。すなわち、文民等を人間の盾として利用する行為による戦争犯罪には、文民等が自らの意思で盾となったケースや戦闘員が文民の集団に紛れ込んだケースのように、刑法典二三九条bにいう人質の「誘拐」にも「奪取」にもあたらないと考えられる場合も含まれるのであつて、そのような場合には、刑法典上の人質強要罪が成立せず、もつぱら戦争犯罪の法定刑によつて処断されることになるのである。このように、観念的競合の場合に関する排除説による批判は、妥当する事例が限定されているため、適用説に対する決定的な批判とはいえない。

3 武力紛争法の軽微な違反の法定刑に関する批判

三つめの批判は、罪数論上の理由から刑法典上の犯罪の適用排除を主張する論者から提起されたものである⁽⁷⁸⁾。そこでは、主に、国際刑法典一条一項三号所定の戦争犯罪は成立せず、上記②の武力紛争法の軽微な違反しか認められなかつた事例が想定されている。具体的には、立法者も国際刑法典の法案理由書の中で例として挙げている、区別原則に基づく予防措置を怠つた攻撃の例を用いて議論が展開されている⁽⁷⁹⁾。

ここで想定されているのは、「(過度な付随的損害の発生が) 確実であると予期しながら」という直接的故意に位置づけられる主観的要件が満たされず、過度な付随的損害をもたらすことを確実に予期しながら行う攻撃による戦争犯罪(国際刑法典一条一項三号)の構成要件該当性が否定される場合である。この場合、適用説によれば、刑法典上の

「公共にとつて危険な手段」による謀殺罪の成否が問題となる。仮に行為者に未必の故意があったものとする、謀殺罪の成立が認められうることとなる。⁽⁸¹⁾ その場合、謀殺罪には、絶対的法定刑として無期自由刑のみが予定されているため、ドイツでは、原則として、無期自由刑しか科すことができない。したがって、国際刑法典二一条一項三号所定の攻撃によつて故意に死亡結果を惹起した場合の加重類型の法定刑が「無期自由刑又は一〇年以上の自由刑」(国際刑法典二一条二項)であることに照らせば、この場合、戦争犯罪(の加重類型)が成立した場合の刑よりも、武力紛争法の軽微な違反に適用される法定刑の方が重いということになる。つまり、適用説に従えば、上記②の軽微な違反を構成するにすぎない行為については、国際刑法典所定の戦争犯罪が成立しないため、もっぱら刑法典上の罪の適用が問題となることになる。武力紛争法上は違反の程度が軽微であるはずの行為が、戦争犯罪、すなわち上記①の武力紛争法の「重大な違反行為」および「その他の著しい違反」よりも重く処罰されるケースが考えられるというのである。このような理由から、論者は、刑法典各則の罪の適用を認めることに対して否定的なのである。

そして、刑法典上の犯罪の適用を否定することによつて生じる処罰の間隙については、刑法の最終手段性(*ultima ratio*)を根拠にこれを是認している。すなわち、武力紛争においては、情報が限られている中で迅速に行動することが求められるところ、そのような状況下では、刑法は、明白に当罰的な(*eindeutig strafenswert*) 事案(すなわち戦争犯罪)に限つて適用されるべきであると述べているのである。⁽⁸²⁾

この問題がつまるところ、武力紛争法の実施・貫徹のための手段として、どこまで刑事制裁を投入するのかという問題でもある。仮に、軽微な違反については、もっぱら国家賠償(ジュネーブ諸条約第一追加議定書九一条)による解決に委ねるのであれば、排除説の方に分があるように思われる。しかしながら、適用説もまた、正当化に関する部分に次のような修正を加えることで、同様の結論を導くことができる。すなわち、適用説のいう「国際法上適法な戦闘行為については、国内刑法上も正当化される」という定式を、「国際慣習法上の可罰性を欠く戦闘行為については、国

内刑法上も正当化される」と修正するのである。そうすることで、適用説の立場からも、上記②の武力紛争法上違法ではあるが国際慣習法上の可罰性を欠く軽微な違反を不可罰とすることができる。したがって、この批判も、刑法典の適用を認めることそれ自体を否定するための論拠としては弱いように思われる。いずれにせよ、この問題については、軽微な違反に刑罰を科すか否かという点についての態度決定にも密接に関わってくるため、軽微な違反の当罰性・要罰性という観点からも検討を行うべきであると思われる。

(二) 刑法典各則排除説に対する批判とその検討

排除説に対する主な批判としては、個人的法益の看過、および、国際刑法典二条との整合性が挙げられる。

1 個人的法益の看過

排除説に対する批判の一つは、保護法益の観点から提起されているものである。それによれば、武力紛争における刑法典の適用を否定してしまつては、国際刑法典上の戦争犯罪と刑法典上の犯罪とで保護法益が異なる場合に、刑法典によつて保護されるはずであつた個人的法益がしるにされてしまふとされる。先に挙げた人間の盾の例でいえば、刑法典上の人質強要罪の成立が認められないことで、個人的法益たる意思の自由が考慮されな⁽⁸⁴⁾ことになる。もつとも、戦争犯罪の保護法益にも個人的法益が含まれるとされていることにかんがみれば、これはあまり有効な批判ではない。

2 国際刑法典二条との整合性

より重要なのは、国際刑法典二条との整合性に関する批判である。同条は、先にもみたとおりに、「この法律に定め

る行為には、この法律の第一条、第三条から第五条まで及び第一三条第四項に特別の規定がない限り、一般刑法が適用される」と定めている。同法の立法理由書によれば、国際刑法典一条（重罪に関する世界主義）、三条（命令に基づく行為）、四条（上官責任）および五条（重罪に関する時効不適用）以外の故意や共犯等といった総則上の概念について刑法典総則の規定が適用されるのに加え、刑法典の各則の適用の余地もまた残されるとされている⁽⁸⁵⁾。そのため、排除説は、このような立法者意思とは相容れないとの批判⁽⁸⁶⁾を浴びているのである。なお、同説の論者は、これに関して特に何も述べていない。この点、排除説の側からは、国際刑法典二条の射程は刑法典総則の規定に限られるとの反論もありうるが、二条にいう「一般刑法」には刑法典各則も含意されていると解しても文言上不自然ではない。そのため、たとえこのような反論がなされたとしても、なお排除説の問題点が克服されたとはいえないように思われる。

六 おわりに

本稿では、武力紛争における戦闘行為への国内刑法の適用に関するドイツの議論状況を概観・検討した。その結果、たしかに排除説による批判には誤りがあるとははいえないものの、結論として、いずれの批判も、適用説にとつて有効な批判とはいえないか、あるいは、回避することが可能な批判であるといえることが明らかとなった。排除説にも問題がある点をも併せ考えれば、少なくともドイツにおいては、適用説の方がより適切であるといえるのではないだろうか。その際、上記②の武力紛争法の軽微な違反に刑罰を科さないとするのであれば、適用説に修正を加えることになることについても、すでに五(一)3にて述べたとおりである。

この点、日本に関しては、ドイツとは異なり、戦争犯罪の処罰規定が存在しないため、現段階で排除説を採用してしまうと、処罰の間隙が生じてしまう。したがって、ICC加盟時の政府見解がそうであったように、戦争犯罪に対

しても刑法典の適用があることを前提とせざるをえない。なぜなら、戦争犯罪を不処罰のまま放置すれば、ジュネーブ諸条約および同第一追加議定書によって日本に課せられている「重大な違反行為」に関する犯罪化義務および「引き渡すか訴追するかせよ」の義務に違反することになってしまいうからである。もともと、戦争犯罪をはじめとするICCの対象犯罪が国内法化されていないことに対しては、かねてより批判が提起されており、いずれは戦争犯罪が国内法化されることも考えられる。その場合には、ドイツと同様に、適用説と排除説の両者を天秤にかける作業が必要となる。そして、その際には、上記②の軽微な違反に刑罰を科すか否かを併せて検討すべきである。また、排除説を採用する場合には、ドイツ国際刑法典に相当する法律に、(同法二条とは異なり) 刑法各則の罪の適用を排除する旨の明文規定を設けるという選択肢も検討に値するであろう。

いずれにせよ、中核犯罪の国内法化を行う際には、既存の犯罪との適用関係および罪数関係についても事前に検討しておくことが重要である。

- (1) 第一八九回国会における牧山ひろえ参議院議員提出の質問主意書(二〇一五年九月一六日付)等を参照 (<http://www.sangiin.go.jp/japanese/joho1/kousei/syuishyo/189/syup/s189296.pdf> (二〇一八年八月一七日最終閲覧))。
- (2) 伊勢崎賢治「PKO・国際人道法を考える」法学館憲法研究所報一六号(二〇一七年)二四頁。
- (3) 田村重信ほか〔編著〕『日本の防衛法制 第2版』内外出版(二〇一二年)二二頁以下参照。
- (4) 同事件の概要に関する邦文献として、久保田隆「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——」法学政治学論究一〇一号(二〇一四年)二五七頁以下を参照。
- (5) ドイツ国際刑法典は、ドイツが二〇〇二年に国際刑事裁判所(ICC)に加盟する際に制定した国内担保法のうち、実体法上の立法手当を目的とする法律である。そこには、ICCの対象犯罪であるジェノサイド罪、人道に対する犯罪、戦争犯罪および侵略犯罪のほか、それらに適用される特別な刑法総則的規定が定められている。同法の概説および条文の邦訳として、フィリップ・オステン＝久保田隆「ドイツ国際刑法典全訳(関連規定含む)——二〇一七年一月一日現在——」法学研究九

- 巻四号(二〇一七年)三七頁以下を参照(以下、国際刑法典の条文を訳出する際にはこれを参照した)。
- (6) なお、適用説には、後述のとおり(三二)、国際法上適法な行為に關して、ドイツ刑法上違法性阻却(正当化[Rechtfertigung])を認める見解と、構成要件該当性を否定する見解とがみられる。
 - (7) これには、占領時の行為等の戦闘行為を伴わない行為も含まれる。
 - (8) 例えば、同一の紛争当事国に属する戦闘員同士が紛争地において口論となり、相手を殺害したり負傷させたりした場合等がこれにあたる。
 - (9) 例えば、武力紛争が発生していない地域において実施されている国連平和維持活動(PKO)の要員が任務を遂行するために武器を使用して行う加害行為等が挙げられる。そのような武力紛争外における加害行為の国内刑法上の評価をめぐるドイツの議論については、*Helmut Frisler/Marcus Korne/Claus Kreyß*, Die strafrechtliche Rechtfertigung militärischer Gewalt im Auslandseinsätzen auf der Grundlage eines Mandats der Vereinten Nationen, JuristenZeitung (JZ) 2010, 10; *Arnold Sinn*, Recht im Irrtum? Zur strafrechtlichen Rechtfertigung militärischer Gewalt bei Auslandseinsätzen deutscher Soldaten, in: Heinrich u. a. (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Berlin/New York 2011, S. 673 ff. 等を参照。この問題については、稿を改めて検討する。
 - (10) ジュネーブ諸条約の「重大な違反」は、条約上、犯罪化義務および「引き渡すか訴追するかせよ」(aut dedere aut iudicare)の義務が条約当事国に課されるという点で、厳密には武力紛争法の「その他の著しい違反」とは区別される。しかしながら、旧ユーゴスラヴィア国際刑事裁判所(ICTY)設立の際に、前者(ICTY規程二条)のみならず後者も対象犯罪として規定されたことに加え(同三条)、いわゆるタディッチ事件上訴裁判部決定において、後者についても一定の条件を満たせば国際慣習法上可罰性を具備しうることが認められたことや(ICTY(AC), *The Prosecutor v. Dusko Tadić*, Decision, IT-94-1-AR72, 2 October 1995, para. 94)、国際刑事裁判所規程(ICC規程)においても、双方が「戦争犯罪」として八条に規定されたこと等にかんがみれば、少なくとも国際法上の可罰性という観点からは、両者を別個に扱う意義は乏しい。そのため、本稿では、両者を①戦争犯罪として同列に扱うこととする。
 - (11) ジュネーブ諸条約第一追加議定書五一一条五項(b)、八五三条三項(b)・(c)、ICC規程八条二項(b)(iv)、ドイツ国際刑法典一一一条一項三号参照。
 - (12) 本稿の射程からは外れるが、武力紛争中に行われた行為であるものの、そもそも武力紛争との関連性を有しない国内刑法

- 上の犯罪行為もこれと同列に扱うことが出来る。その一例として *Till Zimmermann*, Gilt das StGB auch im Krieg? Zum Verhältnis der §§ 8–12 VStGB zum Besonderen Teil des StGB, Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2010, 507 (513) に、敵対戦闘員に対する侮辱行為を挙げている。
- (13) *Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof*, Einstellungsvermerk v. 14.04.2010 – 3 BIs 6/10-4 (im Folgenden: GBA 2010), S. 41–51; *ders.*, Einstellungsvermerk v. 23.07.2013 – 3 BIs 7/12-4 (im Folgenden: GBA 2013), S. 17–27. 久保田 (前掲注(4))二六七–二七四頁も参照。
- (14) OLG Düsseldorf, Beschl. v. 16.2.2011-III – 5 StS 6/10.
- (15) BVerfG, Beschl. v. 19.05.2015 – 2 BvR 987/11.
- (16) GBA 2010, S. 51 f., 56.
- (17) Bf-Drucks. 14/8524, S. 13.
- (18) 国際刑法典二条「この法律に定める行為には、この法律の第一条、第三条から第五条まで及び第二三条第四項に特別の規定がなす限り、一般刑法が適用される」。
- (19) GBA 2010, S. 54 f.
- (20) GBA 2010, S. 59.
- (21) *Ibid.*
- (22) GBA 2010, S. 59–69 (insb. S. 65 f.). 邦文献として、久保田 (前掲注(4))二七五–二七六頁も参照。
- (23) GBA 2010, S. 52. 同決定が引用している *Dirk von Selle*, Prolog zu Nürnberg – Die Leipziger Kriegsverbrecherprozesse vor dem Reichsgericht, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (ZNR) 19 (1997), 193 (201) に、ライプツィヒで裁判の法的意義を「ライプツィヒでライプツィヒで裁判所が国際法上の違法性と刑法上の違法性とを同置 (Gleichstellung) したことを挙げてみる」。
- (24) GBA 2013, S. 27 f.
- (25) GBA 2013, S. 30.
- (26) Bf-Drucks. 14/8524, S. 13.
- (27) *Ibid.*
- (28) ドイツ連邦軍による空爆事件後に発表された適用説の論稿のうち、いずれの見解なのかが明らかではないものとして、

- Rainer Keller, Das Völkerstrafgesetzbuch in der praktischen Anwendung: Eine kritische Bestandsaufnahme, in: Jebberger/ Geneuss (Hrsg.), *Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch. Bilanz und Perspektiven eines „deutschen Völkerstrafrechts“*, Baden-Baden 2013, S. 141 ff. (153-156); Denis Basak, Luftangriffe und Strafrechtsdogmatik – zum systematischen Verhältnis von VStGB und StGB – eine Gegenrede (Erwiderung auf Herzog/HRRS 2010, 339 ff.), *Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS)* 2010, 513 ff. ㉞㉟㊱㊲.
- (29) LK¹¹/Jähnke, § 212, Rn. 11-21. *Theodor Lenchner/Deleu Steinberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29. Aufl., München 2014, Vor §§ 32 ff. (im Folgenden: Sch/Sch²⁹/Lenchner/Steinberg-Lieben, Vor §§ 32 ff.), Rn. 85 ㉞㉟㊱㊲.
- (30) LK¹¹/Jähnke, § 212, Rn. 11. Sch/Sch²⁹/Lenchner/Steinberg-Lieben, Vor §§ 32 ff., Rn. 85; Hans-Heinrich Jeschek/Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin 1996, S. 391 Fn. 1 ㉞㉟㊱㊲.
- (31) LK¹¹/Jähnke, § 212, Rn. 16. Hans-Günter Schwemck, Die kriegerische Handlung und die Grenzen ihrer strafrechtlichen Rechtfertigung, in: Warda u. a. (Hrsg.), *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York 1976, S. 97 ㉞㉟㊱㊲.
- (32) *Frisier/Korte/Kreß*, a. a. O. (Fn. 9), 12; Sch/Sch²⁹/Lenchner/Steinberg-Lieben, Vor §§ 32 ff., Rn. 91b; Fabian Stamm, *Stratverfolgung bei Straftaten von Bundeswehrsoldaten im Auslandseinsatz*, Berlin 2014, S. 31. ㉞㉟㊱㊲ ㉞㉟㊱㊲ ㉞㉟㊱㊲ (㉞) ㉞㉟㊱㊲ ㉞㉟㊱㊲ ㉞㉟㊱㊲.
- (33) GBA 2010, S. 45; Dominik Steiger/Jelena Bäumler, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit deutscher Soldaten bei Auslandseinsätzen. An der Schnittstelle von Strafrecht und Völkerrecht, *Archiv des Völkerrechts (AVR)* 48 (2010), 189 (212 f.).
- (34) 訳文は「高田敏二初宿正典〔編訳〕『ドイツ憲法集〔第7版〕』信山社(二〇一六年)二二六頁以下」。
- (35) 国際的武力紛争における戦闘員特権の国際慣習法上の効力について Jean-Marie Henckaerts/Louise Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1: Rules, Cambridge University Press: 2005, pp. 11, 384 ㉞㉟㊱㊲.
- (36) *Helmut Kreitzer*, Grundlagen der Stratverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen in Deutschland, in: *Albin Eser/Helmut Kreitzer* (Hrsg.), *Nationale Stratverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, Freiburg im Breisgau 2003, S. 79, 399 f.; *Frisier/Korte/Kreß*, a. a. O. (Fn. 9), 12; Stamm, a. a. O. (Fn. 32), S. 31. *Bernad Müssigg/Frank Meyer*, Zur strafrechtlichen Verant-

- wortlichkeit 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 (1508) 45 基本邦二五条を論拠として挙ぐるべきは、邦属軍の「英株等の統一性」(Einheit der Rechtsordnung) として判じよる。
- (37) Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10. Aufl., München 2018, § 17 Rn. 3.
- (38) 藤川大輔, Claus Krieb and Frédéric Mégret, “The Regulation of non-international armed conflicts: Can a privilege of belligerency be envisioned in the law of non-international armed conflicts?”, in *International Review of the Red Cross* 96 (2014), pp. 29 *et seq.* 等々参照。
- (39) Müssig/Meyer, a. a. O. (Fn. 36), S. 1502, 1510. 46 55 46 Christoph Safferling/Stefan Kirsch, Die Strafbarkeit von Bundeswehrangehörigen bei Auslandseinsätzen: Afghanistan ist kein rechtsfreier Raum, *Juristische Arbeitsblätter* (JA) 2010, 81 (85) 45 正前記事として判じよる。同所の脚注は、このように「客観的邦属の枠内では可罰性を阻却するべきではない」と判じよる。 Kai Ambos, Afghanistan-Einsatz der Bundeswehr und Völker (straf) recht, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2010, 1725 (1727) 46 「邦属軍団 (Zurechnungsausschluss) ではない正前記事」 として判じよる。
- (40) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 510 f. m. w. N.
- (41) 以下を43 Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12) に依拠して論を進めるが、排除説を含む論稿として43 (1) のほか43 Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 514. 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100 101 102 103 104 105 106 107 108 109 110 111 112 113 114 115 116 117 118 119 120 121 122 123 124 125 126 127 128 129 130 131 132 133 134 135 136 137 138 139 140 141 142 143 144 145 146 147 148 149 150 151 152 153 154 155 156 157 158 159 160 161 162 163 164 165 166 167 168 169 170 171 172 173 174 175 176 177 178 179 180 181 182 183 184 185 186 187 188 189 190 191 192 193 194 195 196 197 198 199 200 201 202 203 204 205 206 207 208 209 210 211 212 213 214 215 216 217 218 219 220 221 222 223 224 225 226 227 228 229 230 231 232 233 234 235 236 237 238 239 240 241 242 243 244 245 246 247 248 249 250 251 252 253 254 255 256 257 258 259 260 261 262 263 264 265 266 267 268 269 270 271 272 273 274 275 276 277 278 279 280 281 282 283 284 285 286 287 288 289 290 291 292 293 294 295 296 297 298 299 300 301 302 303 304 305 306 307 308 309 310 311 312 313 314 315 316 317 318 319 320 321 322 323 324 325 326 327 328 329 330 331 332 333 334 335 336 337 338 339 340 341 342 343 344 345 346 347 348 349 350 351 352 353 354 355 356 357 358 359 360 361 362 363 364 365 366 367 368 369 370 371 372 373 374 375 376 377 378 379 380 381 382 383 384 385 386 387 388 389 390 391 392 393 394 395 396 397 398 399 400 401 402 403 404 405 406 407 408 409 410 411 412 413 414 415 416 417 418 419 420 421 422 423 424 425 426 427 428 429 430 431 432 433 434 435 436 437 438 439 440 441 442 443 444 445 446 447 448 449 450 451 452 453 454 455 456 457 458 459 460 461 462 463 464 465 466 467 468 469 470 471 472 473 474 475 476 477 478 479 480 481 482 483 484 485 486 487 488 489 490 491 492 493 494 495 496 497 498 499 500 501 502 503 504 505 506 507 508 509 510 511 512 513 514 515 516 517 518 519 520 521 522 523 524 525 526 527 528 529 530 531 532 533 534 535 536 537 538 539 540 541 542 543 544 545 546 547 548 549 550 551 552 553 554 555 556 557 558 559 560 561 562 563 564 565 566 567 568 569 570 571 572 573 574 575 576 577 578 579 580 581 582 583 584 585 586 587 588 589 590 591 592 593 594 595 596 597 598 599 600 601 602 603 604 605 606 607 608 609 610 611 612 613 614 615 616 617 618 619 620 621 622 623 624 625 626 627 628 629 630 631 632 633 634 635 636 637 638 639 640 641 642 643 644 645 646 647 648 649 650 651 652 653 654 655 656 657 658 659 660 661 662 663 664 665 666 667 668 669 670 671 672 673 674 675 676 677 678 679 680 681 682 683 684 685 686 687 688 689 690 691 692 693 694 695 696 697 698 699 700 701 702 703 704 705 706 707 708 709 710 711 712 713 714 715 716 717 718 719 720 721 722 723 724 725 726 727 728 729 730 731 732 733 734 735 736 737 738 739 740 741 742 743 744 745 746 747 748 749 750 751 752 753 754 755 756 757 758 759 760 761 762 763 764 765 766 767 768 769 770 771 772 773 774 775 776 777 778 779 780 781 782 783 784 785 786 787 788 789 790 791 792 793 794 795 796 797 798 799 800 801 802 803 804 805 806 807 808 809 810 811 812 813 814 815 816 817 818 819 820 821 822 823 824 825 826 827 828 829 830 831 832 833 834 835 836 837 838 839 840 841 842 843 844 845 846 847 848 849 850 851 852 853 854 855 856 857 858 859 860 861 862 863 864 865 866 867 868 869 870 871 872 873 874 875 876 877 878 879 880 881 882 883 884 885 886 887 888 889 890 891 892 893 894 895 896 897 898 899 900 901 902 903 904 905 906 907 908 909 910 911 912 913 914 915 916 917 918 919 920 921 922 923 924 925 926 927 928 929 930 931 932 933 934 935 936 937 938 939 940 941 942 943 944 945 946 947 948 949 950 951 952 953 954 955 956 957 958 959 960 961 962 963 964 965 966 967 968 969 970 971 972 973 974 975 976 977 978 979 980 981 982 983 984 985 986 987 988 989 990 991 992 993 994 995 996 997 998 999 1000
- (42) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 507, 509-515.
- (43) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 512.
- (44) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 514.
- (45) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 517.
- (46) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 514.
- (47) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 514. これは異なる、武力紛争との関連性に基づく不法・責任の増加を認める見解として Kai Ambos, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), *Münchener Kommentar Stragesetzbuch*, Band 8: Nebenstrafrecht III, *Völker-*

strafgesetzbuch, 3. Aufl., München 2018 (im Folgenden: *MüKoStGB³/Bearbeiter*), Vor § 8 VStGB, Rn. 34.

- (48) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 514 m. w. N.
- (49) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 515 m. w. N.
- (50) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 517.
- (51) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 517.
- (52) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 518 f. m. w. N.
- (53) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 519.
- (54) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 523 以下を「準加害権限を有する戦闘員・戦闘者」(„quasi-)schädigungsbefugte Kombattanten/Kämpfer“)と理解する⁹⁰.
- (55) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 521.
- (56) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 521 以下は、この場合には国際刑法典上の戦争犯罪の適用はないとされているが、この点については(適法な)戦闘員以外による行為であっても(武力紛争との関連性さえあれば)犯罪が成立しうるとする見解(MüKoStGB³/Ambos, Vor § 8 VStGB, Rn. 37 m. w. N.)も有力であり、別途検討を要する⁹¹。
- (57) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 42), 519 f.
- (58) Albin Eser, Rechtmäßige Tötung im Krieg: zur Fragwürdigkeit eines Tabus, in: Dölling u. a. (Hrsg.), *Verbrechen – Strafe – Resozialisierung*. Festschrift für Heinz Schoch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, Berlin/New York 2010, S. 461 ff. (471).
- (59) Eser, a. a. O. (Fn. 58), S. 478.
- (60) Albin Eser, Tötung im Krieg: auf der Suche nach einer Legitimationsgrundlage, *Kansai University Review of Law and Politics* 35 (2014), 69 (83).
- (61) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 513 Fn. 42.
- (62) BT-Drucks. 14/8524, S. 13.
- (63) *Rassing-van Saan*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 12. Aufl., Berlin 2006, Vor §§ 52 (im Folgenden: *LK¹²/Rassing-van Saan*, Vor § 52), Rn. 98. 仲道祐樹「モーンにおける罪数論の思考方法」刑事法

- シャーマン四八号(二〇一六年)二五頁も参照。
- (64) LK¹²/Rissing-van Saan, Vor § 52, Rn. 115.
- (65) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 512 f.
- (66) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 513.
- (67) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. II, München 2003, § 33, Rn. 227. 仲道(前掲注(93))二七頁も参照。
- (68) BGHSt. I, 152 (155 f.); LK¹²/Rissing-van Saan, Vor § 52, Rn. 95. 仲道(前掲注(93))二七頁も参照。
- (69) LK¹²/Rissing-van Saan, Vor § 52, Rn. 115.
- (70) MüKoStGB³/Weigend, § 2 VStGB, Rn. 7; Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 513.
- (71) MüKoStGB³/Dörmann, § 11 VStGB, Rn. 1.
- (72) MüKoStGB³/Renzikowski, § 239b, Rn. 1.
- (73) BT-Drucks. 14/8524, S. 13.
- (74) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 513.
- (75) 訳文は「法務省大臣官房司法法制部司法法制課『法務資料第四六一号 ドイツ刑法典』(二〇〇七年)による。
- (76) Zimmermann, a. a. O. (Fn. 12), 513 m. w. N.
- (77) MüKoStGB³/Dörmann, § 11 VStGB, Rn. 107; MüKoStGB³/Renzikowski, § 239b, Rn. 14.
- (78) Florian Hertel, Soldaten als Mörder? – Das Verhältnis von VStGB und StGB anhand des Kundus-Bombardements, HRRS 2010, 339.
- (79) Hertel, a. a. O. (Fn. 78), 342; BT-Drucks. 14/8524, S. 13.
- (80) MüKoStGB³/Dörmann, § 11 VStGB, Rn. 152 m. w. N. („dolus directus 2. Grades“).
- (81) これに対して「ドイツ連邦軍の任務としての空爆行為には、本加重類型の根拠である行為者の特別な無思慮性ないし粗暴性(Rücksichtslosigkeit, vgl. LK¹¹/Jähnke, § 211, Rn. 57)が認められなくして、「公共にとって危険な手段」による謀殺罪の構成要件該当性を否定する見解もいくつかある。Basak, a. a. O. (Fn. 28), 516 f.を参照。
- (82) Hertel, a. a. O. (Fn. 78), 342.
- (83) Keller, a. a. O. (Fn. 28), S. 153 f.

- (84) MüKoStGB³/Ambos, Vor § 8 VStGB, Rn. 3 m. w. N.
(85) BT-Drucks. 14/8524, S. 13.
(86) *Stamm*, a. a. O. (Fn. 32), S. 33.

〔付記〕本研究は、平成三〇年度日本学術振興会科学研究費助成事業（18210046）の助成を受けたものである。

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

日本学術振興会特別研究員（DC2）

慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

日本刑法学会、国際人権法学会

刑法、国際刑事法

最終学歴

所属学会

専攻領域

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』第九九号（二〇一三年）

「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」『法学政治学論究』第一〇一号（二〇一四年）

「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」『慶應法学』第三七号（二〇一七年）