

Title	自衛官による加害行為と刑法三五条に基づく違法性阻却： 防衛出動等における武力の行使を中心に
Sub Title	Die strafrechtliche Rechtfertigung von Schädigungshandlungen durch Angehörige der japanischen Selbstverteidigungskräfte gem. § 35 jap. StGB – am Beispiel der Gewaltanwendung beim Verteidigungseinsatz
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	2019
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.120, (2019. 3) ,p.129- 158
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20190315-0129">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20190315-0129</a>

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

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

## 自衛官による加害行為と

### 刑法三五条に基づく違法性阻却

——防衛出動等における武力の行使を中心に——

久保田 隆

- 一 はじめに
- 二 自衛官による加害行為の法的枠組
  - (一) 自衛隊の任務
  - (二) 加害行為の種類と要件
  - (三) 小 括
- 三 武力紛争法上適法な戦闘行為の刑法上の評価
  - (一) 総 説
  - (二) 超法規的違法性阻却事由
  - (三) 刑法三五条に基づく違法性阻却
- 四 武力紛争法上違法な戦闘行為の刑法上の評価
  - (一) 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に該当する行為
  - (二) 武力紛争法の軽微な違反に該当する行為
- 五 おわりに

## 一 はじめに

二〇一五年九月一九日、いわゆる平和安全法制関連二法（以下、安保法制<sup>1)</sup>）が成立し、自衛隊の活動領域が拡大された。それに伴って、自衛官が人に対する加害行為、すなわち殺人罪や傷害罪、業務上過失致死罪等の構成要件に該当しうる行為を行うことが許される場面も（少なくとも法律上は）増すこととなった。そして、そのような加害行為がひとたび行われれば、当該行為を行った自衛官の刑事責任が問われることも考えられる。現に、安保法制をめぐる国会論議において、海外に派遣された自衛官が現地で「誤射」により人を死亡させた場合に業務上過失致死罪を適用できるか、という点に関して議論がなされていたことにかんがみれば、この問題は決して絵空事ではないように思われる。それにもかかわらず、このような事態を想定することそれ自体を忌避する風潮に呼応するかのようには、刑法学においても、まったくと言って良いほど議論がなされていないのが現状である。

ところで、自衛官による人に対する「加害行為」というとき、そこには二つの類型が存在する。すなわち、「武力の行使」および「武器の使用」である<sup>3)</sup>。前者・武力の行使は、国際連合憲章（以下、国連憲章）二条四項に規定されている、いわゆる武力行使禁止原則の例外として、自衛隊法上、防衛出動の際に自衛隊に認められる権限である。武力の行使に際しては、いわゆる「戦闘行為」<sup>4)</sup>を行うことも許容されるが、同時に、武力紛争法によって規律されるといふ側面も有する。他方、後者・自衛官による武器の使用にあたっては、原則として、正当防衛または緊急避難に該当する場合のみ加害行為を行うことが許容される。このように、自衛官による加害行為には、射程の異なる二つの類型が存在する。本稿では、手始めに、前者・武力の行使としての加害行為が行われた場合、刑法上どのように評価されるのかを明らかにしたい（後者については、別稿に譲ることとする）。というのも、武力の行使に際しては、後述す

るように、正当防衛または緊急避難に該当しない場面においても加害行為を行うことが許容されるため、その限界を明らかにし、それを超えた場合に自衛官個人の刑事責任が問われることがあるのか否かを検討することがより強く要請されるからである。また、そのような検討を通じて処罰範囲を明確化することは、防衛出動の任務を負う自衛隊にとっても有用なことであるように思われる。

そこで、本稿では、自衛隊による武力の行使の一環として行われる自衛官による加害行為（戦闘行為）の日本刑法上の評価について、武力紛争法上適法な行為と違法な行為とに場合分けを行った上で、それぞれ検討を行うこととする。さらに、前者については、違法性阻却の法的枠組についても明らかにすることを試みる。

それに先立って、本稿における検討の流れを確認しておく、まず、現行法上、自衛官がどのような場面において加害行為を行うことができるのかという点、すなわち加害行為の法的枠組を明らかにした上で、検討すべき問題領域を「武力の行使」と「武器の使用」の二つに区分する（二）。次に、武力の行使としての加害行為、すなわち戦闘行為の刑法上の評価に関する検討を行うが、具体的な検討に際しては、武力紛争法上適法な戦闘行為が行われた場合（三）と違法な戦闘行為が行われた場合（四）とをそれぞれ別個に取り扱うこととする。

なお、後者・武力紛争法上違法な行為に関しては、国際法上の評価に応じてさらなる分類が必要となる。すなわち、武力紛争法に違反する戦闘行為には、大きく分けて、①武力紛争法の「重大な違反行為」に該当する行為と、②それ以外の、いわば「軽微な違反」とが存在するのである。①重大な違反行為については、国際法上、日本には犯罪化義務および「引き渡すか訴追するかせよ」（aut dedere aut iudicare）の義務が課されているため、仮に自衛官によってこれに該当する行為が行われた場合、基本的には日本の刑事司法当局が当該自衛官について刑事手続を開始する必要がある。また、重大な違反行為は、国際刑事裁判所（International Criminal Court: ICC）やドイッツをはじめとする諸外国においては、「戦争犯罪」として犯罪化されているが、日本刑法には戦争犯罪処罰規定が（ごく一部の例外を除き）

存在しないため、人に対する加害行為については、もっぱら通常の殺人罪や傷害罪等の規定を適用することとなる。これに対して、②軽微な違反については、国際法上、犯罪化義務も「引き渡すか訴追するかせよ」の義務も存在しないため、これにどう対応するかは各国の裁量に委ねられているといえる。

他方で、前者・武力紛争法上適法な戦闘行為については、人に対する加害行為であっても、刑罰を科してはならない。なぜならば、武力紛争法に則って戦闘行為を行った戦闘員を処罰することは、国際法上禁じられているからである。そのため、例えばドイツでは、実務上、国際法（武力紛争法）上の適法性を根拠に国内刑法上の違法性阻却——超法規的に——認める見解が定着しており、また学説においても多数説となっている。<sup>7)</sup>これに対して、日本刑法には、正当行為一般についての違法性阻却の根拠規定たる刑法三五条があるため、本稿では、同条に基づく違法性阻却の可能性を探ることとする。

## 二 自衛官による加害行為の法的枠組

本章では、日本の自衛官が加害行為を行う際の法的枠組を確認する。具体的には、自衛隊の任務の内容を概観した上で、自衛隊による武力の行使および武器の使用の要件について概観する。

### (一) 自衛隊の任務

自衛隊の任務は、いわゆる「本来任務」（自衛隊法第六章）と「付随的任務」（同法八章）の二通りに大別されている。本来任務は、さらに、その優先度に応じて、「主たる任務」と「従たる任務」とに細分化される。

## 1 本来任務（六章行動）

本来任務は、「自衛隊の存立目的を規定したものの<sup>(8)</sup>」とされていることからわかるとおり、自衛隊の数ある任務の中で、中核をなすものをいう。自衛隊法三条一項<sup>(9)</sup>によれば、自衛隊の本来任務のうち唯一の「主たる任務」は、「我が国を防衛すること」である。これは、具体的には、七六条以下の「防衛出動」のことを指している。防衛出動には、個別的自衛権に基づく「一号出動」（七六条一項一号）と、集団的自衛権に基づく「二号出動」（同二号）とがある。前者・一号出動は、「我が国に対する外部からの武力攻撃〔…〕が発生した事態又は武力攻撃が発生する明白な危険が切迫していると認められるに至つた事態に際して、我が国を防衛するため必要があると認める場合」<sup>(10)</sup>（いわゆる武力攻撃事態）に内閣総理大臣が自衛隊に対して命ずる任務である。それに対して、後者・二号出動は、「我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある事態」（いわゆる存立危機事態）<sup>(10)</sup>に行うことができる。いずれの場合においても、自衛隊は、「わが国を防衛するため、必要な武力を行使することができる」（八八条一項）。

一方、従たる任務は、三条一項および二項の両方に規定されている。前者・三条一項は、「必要に応じ、公共の秩序維持に当たる」ことを従たる任務として規定する（一項の従たる任務）。「必要に応じ」と規定されている理由については、公共の秩序維持は、第一義的には警察機関の任務であるからとされている<sup>(11)</sup>。この類型の従たる任務の具体的内容は、国民保護等派遣（七七条の四）、治安出動（七八条、八一条）、警護出動（八一条の二）、海上における警備行動（八二条）、海賊対処行動（八二条の二）、弾道ミサイル等に対する破壊措置（八二条の三）、災害派遣（八三条）、地震防災派遣（八三条の二）、原子力災害派遣（八三条の三）、領空侵犯に対する措置（八四条）、機雷等の除去（八四条の二）、および、在外邦人等の保護措置（八四条の三）である<sup>(12)</sup>。

後者・三条二項には、公共の秩序維持と同位の従たる任務として、「前項〔三条一項〕に規定するもののほか、同項

の主たる任務の遂行に支障を生じない限度において、かつ、武力による威嚇又は武力の行使に当たらない範囲において、「別に法律で定めるところにより自衛隊が実施することとされるもの」が定められている（二項の従たる任務）。

具体的には、三条二項一号に、「我が国の平和及び安全に重要な影響を与える事態に対応して行う我が国の平和及び安全の確保に資する活動」、すなわち重要影響事態安全確保法（旧周辺事態安全確保法）に基づく行動（二号任務）が定められており、二号に、「国際連合を中心とした国際平和のための取組への寄与その他の国際協力の推進を通じて我が国を含む国際社会の平和及び安全の維持に資する活動」、すなわち国際連合平和維持活動（PKO<sup>13</sup>）、国際連携平和活動および国際緊急援助活動等（二号任務）が定められている。<sup>14</sup>

ここで注目されるのは、重要影響事態における対応措置（後方支援活動等）やPKOにおける行動をはじめとする、二項の従たる任務に関しては、三条一項の防衛出動の場合とは異なり、「武力による威嚇又は武力の行使に当たらない範囲において」との限定が明文上付されている点である。<sup>15</sup>したがって、この場合に認められるのは、武器の使用だけということになる（国際連合平和維持活動等に対する協力に関する法律（以下、PKO協力法）二五条等を参照）。他方、一項の従たる任務については、そのような明文上の制限はみられないものの、自衛隊法上、明示的に認められているのは武器の使用のみである（弾道ミサイル等破壊措置の際の武器の使用に関する九三条の三等<sup>17</sup>）。したがって、従たる任務の場合には、主たる任務の場合とは異なり、「武力の行使」を明文で許容する規定はみられず、武器の使用のみを行うことができるものと考えられる。

## 2 付随的任務（雑則任務）

以上にみた本来任務に対して、付随的任務として位置づけられるものが自衛隊法八章に規定されている。具体的には、土木工事等の受託（一〇〇条）、教育訓練の受託（二〇〇条の二）、運動協議会に対する協力（一〇〇条の三）、南極

地域観測に対する支援（二〇〇条の四）、国貨等の輸送（二〇〇条の五）、および、不発弾等の処理（附則四項）が挙げられている。なお、これらの業務は、厳密には、自衛隊法三条の定める自衛隊の「任務」ではない。<sup>18)</sup>

## （二） 加害行為の種類と要件

つづいて、自衛官が行いうる人に対する加害行為の要件を、武力の行使の場合と武器の使用の場合とに分けて確認する。

### 1 武力の行使

先にみたとおり、武力の行使は、長らく、個別的自衛権を根拠とする防衛出動の際にのみ自衛隊に認められる権限であったが、今般安保法制が成立したことによって、集団的自衛権に基づく武力の行使も（一部）可能となった。<sup>19)</sup> 自衛隊法八八条一項は、「防衛出動に関する」第七十六条第一項の規定により出動を命ぜられた自衛隊は、わが国を防衛するため、必要な武力を行使することができる」と規定する。ここでいま一度、防衛出動に関する自衛隊法七六条一項の規定を確認しておくと、内閣総理大臣は、「我が国に対する外部からの武力攻撃が発生した事態又は我が国に対する外部からの武力攻撃が発生する明白な危険が切迫していると認められるに至つた事態」（二号。武力攻撃事態）、および「我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある事態」（二号。存立危機事態）に際して、「我が国を防衛するため必要があると認める場合」に防衛出動を命じることができるのであった。ただし、防衛出動の下令と、自衛権の発動としての武力の行使とは分けて考えるべきであり、武力の行使については、防衛出動の下令とは別に、いわゆる自衛権行使の三要件を満たす必要があるとされる。<sup>20)</sup>



政府見解によれば、日本法上の「武力の行使」とは、「我が国の物的・人的組織体による国際的な武力紛争の一環としての戦闘行為」<sup>(21)</sup>であるとされている。これを細かくみていくと、まず、「我が国の物的・人的組織体」とは、自衛隊のことである。したがって、武力の行使の主体は自衛隊に限定される<sup>(22)</sup>。次に、武力の行使は、「国際的な武力紛争」(以下、国際的武力紛争)の一環として行われるものに限定されている。国際的武力紛争とは、政府見解によれば、「国又は国に準ずる組織の間において生ずる武力を用いた争い」であるとされている<sup>(23)</sup>。その要件としては、敵対する紛争当事者が国または国に準ずる組織であること(当事者の国家性)に加え、当該当事者に武力紛争を遂行する意思が存在すること(当事者の武力紛争遂行の意思ないし敵対的意図)が必要であるとされている<sup>(24)</sup>。最後に、「戦闘行為」とは、政府見解によれば、「(国際的な武力紛争の一環として行われる)人を殺傷し、物を破壊する行為」であるとされている<sup>(25)</sup>。これには、敵対的意図を有する外国の戦闘機の撃墜や機関銃による歩兵の殺傷といった苛烈な行為が含まれる。その一方で、行使される実力の「量」が小さくとも、先に挙げた要件を充足する限り、武力の行使となりえ、例えば、小銃一丁の使用であっても戦闘行為と評価されることになるのである<sup>(27)</sup>。他方で、このような定義に従えば、敵対的意図を持つ国または国に準ずる組織に対して自衛隊が殺傷行為を行った場合であっても、例えば、自衛官個人がもっぱら自己保存のために行った行為等、国際的武力紛争の一環として行われたとはいえないものについては、戦闘行為にはあたらないということになる<sup>(26)</sup>。

武力の行使に関してより重要なのは、八八条二項において、「前項の武力行使に際しては、国際の法規及び慣例によるべき場合にあってはこれを遵守し、かつ、事態に応じ合理的に必要なと判断される限度をこえてはならないものとする」と定められていることである。つまり、防衛出動にあたっては、国際法に違反せず、かつ、事態に応じ合理的に必要なとされる範囲を逸しない限りで、武力の行使、すなわち、戦闘行為を行うことが許されているのである。ここで問題となるのは、「国際の法規及び慣例」および「事態に応じ合理的に必要なと判断される限度」の意義である。「国

際の法規及び慣例」とは、国際人道法（武力紛争法）であるとされている<sup>(29)</sup>。したがって、防衛出動に際して、自衛官は、（国際的武力紛争に関する）武力紛争法を遵守することを条件に戦闘行為を行うことが認められるのである。「事態に応じ合理的に必要と判断される限度」については、政府見解によれば、全般の状況にかんがみて、どこまでの行為が相手国の急迫不正な侵害であり、我が国を防衛するために必要やむを得ない手段であるかを判断することによって決せられるとされている<sup>(30)</sup>。これは、（個々の戦闘行為ではなく）問題となる武力の行使全体について必要最小限度性を要求するものであると解されている<sup>(31)</sup>。

## 2 武器の使用

先に述べたとおり、自衛隊が武力を行使することが許されるのは、自衛隊法七六条に基づく防衛出動の場合に限られている。したがって、防衛出動以外の（従たる）任務の場合には、「武力の行使」には該当しない「武器の使用」しか許容されないこととなる<sup>(32)</sup>。政府見解によれば、武器の使用とは、「火器、火薬類、刀剣類その他人を直接殺傷し、又は武力闘争の手段として物を破壊することを目的とする機械、道具、装置をそのものの本来の用途に従って用いること」であるとされている<sup>(33)</sup>。例えば、PKOの任務に従事する自衛官が、襲いかかってきた暴徒に対して小銃を使用して反撃する行為等がこれにあたる。さらに、武器の使用には、「任務（職務）遂行のための武器使用」（任務遂行型武器使用）と、「いわば自己保存のための自然権的権利といふべきものとされる武器使用」（自己保存型武器使用）とがあるとされる<sup>(34)</sup>。

前者・任務遂行のための武器の使用とは、任務遂行の手段として、当該任務の一環として行われるものをいう。この類型の武器の使用には、①警察権を行使するもの（治安出動や国民保護等派遣の場合等）、②防衛力の維持のためのもの（武器等防護の場合および自衛隊の施設警護の場合）、および、③自衛権の行使に伴うもの（停船検査や捕虜等の拘束の場

合等)の三通りがあるとされる<sup>(35)</sup>。①の場合には、警察官職務執行法七条が準用され、いわゆる警察比例の原則を要件として武器の使用が認められるが、正当防衛(刑法三六条)または緊急避難(同法三七条)に該当する場合を除いては、原則として人に危害を加えてはならないとされている(いわゆる危害許容要件)。②の場合にもほぼ同様の要件が課されている(自衛隊法九五条)。③の場合にも、それぞれ①に準じた武器使用規定が設けられている。

他方、後者・自己保存のための自然権的権利というべきものとされる武器の使用とは、一定の職務に従事する自衛官が、自分自身と(一定の要件を満たす)自分以外の者の生命および身体を防護するために認められるものであるとされている<sup>(37)</sup>。例えば、宿营地において休憩しているときに襲撃にあった場合に応戦する際の武器の使用がこれにあたる。本類型は、PKO協力の制定時に初めて認められたものである。同法二四条は、防衛対象および防衛の要件について、「前条第一項の規定により小型武器の貸与を受け、派遣先国において国際平和協力業務に従事する隊員は、自己又は自己と共に現場に所在する他の隊員若しくはその職務を行うに伴い自己の管理の下に入った者の生命又は身体を防護するためやむを得ない必要があると認める相当の理由がある場合には、その事態に応じ合理的に必要と判断される限度で、当該小型武器を使用することができる」と規定する。また、本類型の場合にも、人に危害を加えることが許されるのは、自己保存のための自然権的権利という性質上、刑法上の正当防衛ないし緊急避難の要件が充足される場合に限られるとされている<sup>(38)</sup>。

武器の使用に関しては、とりわけ安保法制をめぐる議論の過程で、いわゆる「駆け付け警護<sup>(39)</sup>」の可否の問題として先鋭化したことが、その刑事責任に関する検討はここでは行わない。

### (三) 小括

以上みてきたように、自衛官が行いうる加害行為には、武力の行使と武器の使用とがある。冒頭でも述べたように、

本稿では、前者・武力の行使についてのみ扱う。武力の行使は、現行法上、武力攻撃事態における防衛出動（個別的自衛権の発露）、および存立危機事態における防衛出動（集団的自衛権の発露）の場面に限定されている。また、武力の行使とは、政府見解によれば、日本に対して武力攻撃を行う外国等と日本との間の国際的武力紛争の一環として行われる戦闘行為（殺傷・破壊行為）であるとされている。そして、自衛隊法上、武力の行使の際には、武力紛争法を遵守すること、および「事態に応じ合理的に必要と判断される限度をこえ」ないことが要件として課されている。また、武力の行使の際には、武器の使用の場合とは異なり、危害許容要件（刑法上の正当防衛・緊急避難の要件）が課されていないことも、加害行為の観点からは重要な点である。

次章以降では、防衛出動の際に自衛隊によって行われる武力の行使の一環として自衛官が行う加害行為、すなわち戦闘行為を題材に、自衛官の刑事責任に関する検討を行うこととする。

### 三 武力紛争法上適法な戦闘行為の刑法上の評価

本章では、自衛官が防衛出動の際に武力紛争法上適法な戦闘行為を行った場合に——その適法性にもかかわらず——国内法上刑事責任を負うことはあるのか、という点に関する検討を行う。

#### (一) 総説

この問題は、結論からいえば、いかにして日本刑法上不可罰という結論を導くか、という問題である。とはいえず、武力紛争法上適法な戦闘行為についても、殺人罪等の成立を認め、自衛官の刑事責任を問うということも（少なくとも理論上は）観念しうるところであるため、以下、不可罰という結論の当否について、若干の検討を行う。

この点につき、日本政府は、「自衛隊法第八十八条の要件を満たしている限りにおいて、それ〔戦闘行為〕は同条に基づく正当な行為として許されるものと考えられるものである。戦闘行為における自衛隊の行為の違法性阻却については右のように考えている〔…〕との見解を示している<sup>(40)</sup>。自衛隊法八八条の要件とは、先にみたように、武力紛争法の遵守と（武力の行使全体についての）必要最小限度性である（同条二項）。この政府見解が刑法上の違法性阻却に関するものであるかどうかは必ずしも明らかではないものの、私見によれば、このような結論は、刑法上の議論においても妥当であると思われる。なぜならば、一方では武力紛争法上適法な戦闘行為を行うことを自衛隊法に基づいて許容しておきながら、他方ではそれに対して刑罰を科すのであれば、それは矛盾であると言わざるをえないからである（そのような矛盾を解消する機能を有するのが、後述する刑法三五条の規定である）。

さらに、自衛官による戦闘行為とは反対のケース、すなわち、敵対する紛争当事国の戦闘員が武力紛争法上適法な戦闘行為を行い、防衛出動の任務にあたる日本の自衛官に対して危害を加えた場合においては、当該戦闘員には、武力紛争法上、「戦闘員特権」(combatant's privilege) が認められるため（ジュネーブ諸条約第一追加議定書四三條二項および国際慣習法）、日本においてこれを訴追・処罰することは国際法上許されない。そうであるならば、同じく戦闘員特権を有する日本の自衛官だけのことさらに処罰する理由はないように思われる。

このような理由から、以下では、日本刑法上殺人罪や傷害罪の構成要件に該当しうる戦闘行為に対して、いかなる根拠に基づいて違法性阻却を認めるか、という観点から検討を進める。

## (二) 超法規的違法性阻却事由

第一に、ドイツの多数説と同様に、刑法の明文規定に依拠することなく、超法規的な違法性阻却事由に基づいて戦闘行為の違法性を阻却することが考えられる<sup>(41)</sup>。しかしながら、日本刑法には、ドイツ刑法とは異なり、正当行為一般

についての違法性阻却に関する刑法三五条の規定が存在するため、(条文に根拠をもたないという意味での)「超法規的違法性阻却事由は存在しないといえる(実質的違法性阻却事由説)<sup>(43)</sup>。また、日本の裁判所も、(法令行為・正当業務行為にも緊急行為にも分類されないという意味での)「超法規的違法性阻却事由の存在を必ずしも否定しない一方、その内容を画するにあたっては結局のところ刑法三五条を法文上の手がかりとする傾向にあるとされる<sup>(44)</sup>。さらに、より実質的な論拠として、先にみた自衛官による「武器の使用」については、自衛隊法等において、警察官による武器の使用に関する警察官職務執行法七条が準用されているところ、警察官による武器の使用については、判例・学説上、刑法三五条所定の法令行為として扱われているという点が挙げられる<sup>(45)</sup>。これらの点にかんがみれば、自衛官による戦闘行為の違法性阻却については、刑法三五条を根拠とするのがより妥当であると考えられる。

### (三) 刑法三五条に基づく違法性阻却

以下では、第二の選択肢として、刑法三五条<sup>(46)</sup>に基づく違法性阻却について検討する。これには、自衛隊法八八条に基づく法令行為とする見解(後出・2)、条約に基づく法令行為とする見解(後出・3)、およびその他の正当行為とする見解(後出・4)の三つがありうる。

#### 1 刑法三五条の機能からみた武力紛争法上の適法性

刑法三五条については、「法の内部的矛盾・衝突を解消する機能」、すなわち『法秩序の統一性』を保証する機能<sup>(47)</sup>があると考えられる。すなわち、ある行為が刑法以外の他の法領域で適法とされる場合には、三五条に基づいて、刑法上も適法とはされないのである。これを本稿の検討対象である自衛官による戦闘行為に当てはめてみると、武力紛争法において適法とされる戦闘行為は、日本刑法上も適法とはされない、ということとなり、本章の冒頭で述べた、

武力紛争法上適法な戦闘行為は日本刑法上も不可罰とすべきである、という結論に合致する。このように、武力紛争法上適法な戦闘行為の違法性阻却の根拠として刑法三五条を用いることは、その機能という観点からも妥当であるといえる。

以下では、刑法三五条を違法性阻却の根拠とすることを前提に、その内実について具体的な検討を行う。

## 2 自衛隊法八八条を根拠規定とした法令行為とする見解

まず、自衛隊法の関連規定、具体的には、同法八八条を根拠とする法令行為について検討する。

刑法三五条に基づく違法性阻却の対象となる法令行為には、①職務（職権）行為または権利（義務）行為、②政策的理由から違法性が解除される行為、および③法令によつて注意的に適法性が明示される行為の三つの類型が存在する。<sup>(48)</sup> 自衛官による戦闘行為については、警察官による武器の使用と同様に、①職務行為とすべきであろう。

ここで、いま一度、自衛隊法八八条の文言を確認する。

（防衛出動時の武力行使）

第八十八条 第七十六条第一項の規定により出動を命ぜられた自衛隊は、わが国を防衛するため、必要な武力を行使することができる。

2 前項の武力行使に際しては、国際の法規及び慣例によるべき場合にあってはこれを遵守し、かつ、事態に応じ合理的に必要なと判断される限度をこえてはならないものとする。

まず、一項によれば、武力の行使は七六条一項に基づく出動、すなわち防衛出動において行われるものであるとさ

れている（自衛隊法上、武力の行使を許容する規定はほかに存在しない）。この点、防衛出動の命令に基づき自衛隊が出動し、命令に従い武力の行使を行った場合に関する限り、その一環として行われた自衛官による戦闘行為について、八八条一項および刑法三五条に基づいて違法性が阻却されると解することに對しては、異論がないように思われる。

しかしながら、このように自衛隊法を根拠として違法性阻却を模索するときに問題となるのは、自衛官が、防衛出動以外の場面において、実質的には戦闘行為に相当する加害行為を行った場合である。実際に想定されうる場面としては、例えば、PKOの要員として海外に派遣された自衛官が現地において、（派遣時には存在しなかった）現地の政府軍と反政府武装組織との間の武力紛争に巻き込まれ、相対する勢力の構成員を殺害した場合等がある。その際、危害許容要件、すなわち刑法上の正当防衛ないし緊急避難の要件を充足していれば、当該加害行為は適法な（自己保存型の）武器の使用にとどまると評価され、武器の使用に関するPKO協力法二五条以下に基づく法令行為として違法性阻却の余地がある<sup>(50)</sup>。

これに対して、正当防衛にも緊急避難にも該当しない状況において加害行為が仮に行われた場合には、自衛隊法等に基づく武器の使用としての違法性阻却が認められない。このような事態が国際法上、国際的ないし非国際的武力紛争であると評価された際には<sup>(51)</sup>、国際法たる武力紛争法による規律に服することとなる。しかしながら、PKOの枠組において派遣された自衛隊は、「第七十六条第一項の規定により出動を命ぜられた」とはいえないため、このような事態は自衛隊法八八条の適用対象外であり、国内法上、武力の行使とは評価されえない。したがって、当該自衛官の行った戦闘行為に相当する行為については、仮にそれが国際法としての武力紛争法を遵守して行われたものであったとしても、国内法としての自衛隊法八八条を根拠とする法令行為に基づいて違法性阻却が認められることはない、という結論が導かれる。

しかしながら、このような帰結は妥当であろうか。国際法の議論においては、判例・学説上、武力の行使それ自体



の違法性が武力紛争法上の評価に影響を及ぼすことはない<sup>(53)</sup>とされている。そして、その帰結として、国連憲章二条四項に違反する違法な武力の行使——その最たる例が侵略行為である——の一環として行われた戦闘行為であっても、武力紛争法上適法でさえあれば、その違法性が失われることはない<sup>(54)</sup>とされている。このことに照らせば、日本法上も、自衛隊法が予定していない武力の行使が行われた場合であっても、個々の戦闘行為については、武力紛争法が遵守されている限り、その刑法上の違法性が阻却されるとすべきであると思われる<sup>(55)</sup>。

また、より根源的な批判として、自衛隊法八八条の名宛人はそもそも自衛隊であり、自衛官ではないのではないか、という疑問も提起されうる。すなわち、同条は、組織としての自衛隊による武力の行使を正当化するものであって、個人としての自衛官の行為に関する違法性阻却事由とは性質を異にするのではないか、ということである。

このように、自衛隊法八八条の規定を根拠とする法令行為という理論構成をとる場合、①自衛隊法八八条による授權を欠く武力の行使（に相当する行為）の一環として行われた戦闘行為を刑法上正当化できないという問題、および②自衛隊法八八条はその性質上、個人としての自衛官による行為の違法性阻却には適さないという問題があるため、別の理由づけを探る必要がある。

### 3 条約を根拠とした法令行為とする見解

次に、条約を根拠とする法令行為について検討する。すなわち、武力紛争法に属する条約の規定を——自衛隊法八八条二項を介することなく、直接に——刑法三五条にいう「法令」とすることが考えられる。具体的には、戦闘員特権について定めるジュネーブ諸条約第一追加議定書四三条二項がその根拠規定たりえよう。しかしながら、この見解には、そもそも条約は法令たりうるかという点について疑義が残るうえ、非国際的武力紛争に関する条約（ジュネーブ諸条約共通第三条および同第二追加議定書）には戦闘員特権に関する規定が存在しないため、非国際的武力紛争におけ

る戦闘行為（に相当する加害行為）について、武力紛争法を遵守して行われた場合であっても違法性を阻却することができない、という問題がある。

#### 4 その他の正当行為とする見解

最後に、法令行為ではなく、武力紛争法の遵守を要件とする違法性阻却事由を「その他の正当行為」として刑法三五条に読み込むという見解がありうる。この見解からは、武力紛争法上適法な戦闘行為は、まさにそのために国内法上も「正当行為」として適法であるということとなる。この見解は、刑法典に定められている明文規定に依拠する点で、ドイツの多数説とは異なるが、その実質においては軌を一にするものである。すなわち、ドイツの檢察実務および学説上の多数説がいうように、「武力紛争法上適法な戦闘行為は、国内刑法上も違法性が阻却される」という定式を用いるのである。<sup>(56)</sup>

先述したように、刑法三五条には法の内部的矛盾・衝突を解消する機能があるという点に照らせば、このような定式は、武力紛争法と国内刑法との矛盾・衝突を解消するものであり、三五条の趣旨にも合致するといえる。さらに、この見解は、先にみた自衛隊法八八条を根拠とする法令行為や条約を根拠とする法令行為が孕んでいる問題とは無関係であるため、それらの見解よりも妥当であるといえる。加えて、この見解には、自衛隊法八八条に基づく法令行為とする見解とは異なり、外国の軍隊の戦闘員等が日本の自衛官に対して適法な戦闘行為を行った場合にも違法性阻却を図ることができ（その必要性については、前記・三(一)を参照）、自衛官が戦闘行為の主体となった場合と客体となった場合とで違法性阻却の枠組を統一することができるという利点もある。

この見解をとるにあたって明らかにしなければならないのは、右にいう「武力紛争法」とは条約上のそれと国際慣習法上のそのどちらを指すとすべきなのであろうか、という点である。これについては、日本はジュネーブ諸条約

および同第一・第二追加議定書等の関連条約の当時国であり、それらの条約には国内法上の効力が認められている<sup>(57)</sup>。したがって、日本法上、条約上の武力紛争法を刑法上の違法性阻却の基準とすることが可能である。しかしながら、これらの条約の締結後にも武力紛争に関する法規範が慣習法として漸進的な発達を遂げていることにかんがみれば、国内刑法上の違法性阻却を検討するにあたっては、それら慣習法上の規範をも考慮に入れる必要がある<sup>(58)</sup>。したがって、国際慣習法を基準とする見解の方が妥当である。なお、この場合の慣習法上の規則は行為者にとって有利に扱われているため、罪刑法定主義（法律主義）には抵触しないと考えられる。

以上みてきたように、武力紛争法上適法な戦闘行為については、日本刑法上、その他の正当行為として違法性が阻却されるとすべきである。また、その際、武力紛争法上の適法性を判断するにあたっては、条約ではなく国際慣習法上の規範を基準とする必要がある<sup>(59)</sup>。

#### 四 武力紛争法上違法な戦闘行為の刑法上の評価

本章では、自衛隊の防衛出動の際に武力紛争法上違法な<sup>、</sup>戦闘行為が行われた場合に刑法上どのような評価が下されるのか、という問題について検討する。その際、武力紛争法上の区分に従って、武力紛争法の重大な違反行為またはその他の著しい違反に該当する行為（一）、および武力紛争法の軽微な違反に該当する行為（二）の二つを区別したうえで検討を行う。結論を端的に述べれば、これら武力紛争法に違反する戦闘行為に関しては、本稿の枠組によれば（前記・三（三）4参照）、刑法上の違法性阻却が認められないということになるが、後者・軽微な違反に関しては、後述のとおり、異論の余地もある。

なお、殺人罪や傷害罪以外にも、自衛隊法上の不当武器使用（一一八条一項八号）や防衛出動における上官命令反抗・不服従（一二二条一項三号）、部隊不法指揮（同四号）等の罪が成立することも考えられるが、これらについては、検討の対象外とする。

(一) 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に該当する行為

まず、前記・一でも述べたとおり、国際的武力紛争に関する武力紛争法の重大な違反行為（grave breaches）、より正確には、ジュネーブ諸条約および同第一追加議定書の重大な違反行為<sup>(60)</sup>については、犯罪化義務および「引き渡すか訴追するかせよ」の義務が定められている（文民条約（第四条約）一四六条一項および二項等）。日本はこれらの条約の当事国であるため、重大な違反行為については、刑法の適用を確保しておく必要がある<sup>(61)</sup>。また、これらは、戦争犯罪（war crimes）として、ICCをはじめとする諸種の国際刑事法廷の管轄権にも服することとなる（ICC規程八条二項(a)、(b)の一部等）。

このほかにも、戦争犯罪を構成する行為としては、（重大な違反行為には該当しない）「その他の著しい違反」（other serious violations）がある（ICC規程八条二項(b)の一部、(c)、(e)等<sup>(62)</sup>）。重要なものとしては、非国際的武力紛争における戦争犯罪の諸類型が挙げられる。これらについては、条約上の犯罪化義務や「引き渡すか訴追するかせよ」の義務が存在しないものの、ドイツをはじめとする諸外国では——ICC規程の国内法化という形で——重大な違反行為と併せて戦争犯罪として犯罪化されている（ドイツ国際刑法典八条から一二条等）。

前章で明らかにした本稿の枠組によれば、これらの行為は、「国際法上適法」ではない以上、違法性が阻却される余地はない。したがって、当該行為には、日本刑法上の殺人罪や傷害罪といった犯罪が成立する。このことは、とりわけ、日本が条約上犯罪化義務および「引き渡すか訴追するかせよ」の義務を負う重大な違反行為に関しては、妥当

な帰結であるといえる。

一方、その他の著しい違反については、そのような条約上の義務は存在しないのであった。しかしながら、仮に日本がその他の著しい違反については処罰しないとした場合には、ICCによって、「その捜査又は訴追を真に行う意思又は能力がない場合」(ICC規程一七条)に該当すると判断されるおそれがある。そのような場合には、ICCが「補完性の原則」に基づいて管轄権を行使できるため、日本としては、たとえ自国民であろうとICCへの引渡しを余儀なくされることとなる。このような事態を避けるためには、条約上の義務が存在しないその他の著しい違反についても、刑法を適用できるようにしておくことが望ましい。もっとも、これに対しては、次のような反論がありうる。すなわち、自衛隊法七六条一項所定の防衛出動における武力の行使は、政府見解によれば、国際的武力紛争における戦闘行為であるとされていることにかんがみれば(前記・二(二)1参照)、日本(自衛隊)が非国際的武力紛争の主体となることは想定されえないため、その他の著しい違反のうち、非国際的武力紛争における戦争犯罪に該当するものが自衛官によって行われることはない、との反論である。しかしながら、理論的には、先にも述べたとおり、PKOの要員として海外に派遣された自衛官が現地の武装組織(非国家主体)との衝突に巻き込まれることも想定されうるのであって、そのような場合においては——憲法および自衛隊法との整合性につきどのような説明がなされるかはさておき——国際法上は非国際的武力紛争の存在が認められることも考えられるため、かかる反論によってこの議論の意義が失われることはない。

なお、日本においては、戦争犯罪をはじめとするICC規程の対象犯罪の国内法化に関しては、二〇〇七年のICC加盟の際、関係省庁間の協議や国会での議論を経た結果、対象犯罪のほとんどが既存の刑法等で処罰されうるとして、<sup>(64)</sup>これを行わないという結論に至ったのであった。その後、日本政府(および一部の学説)は、現在に至るまで一貫して同様の態度を示し続けてきたといえる。<sup>(65)</sup>その理由としては、さらに、「日本国民がそのような犯罪(ICC規

程対象犯罪」を犯すことはほとんど想定されない<sup>(66)</sup>」ことや、「刑法体系を大きく変えることに対して伝統的に慎重な政策が存在するものと思<sup>(67)</sup>」われること等が挙げられている。

いずれにせよ、現行法上、戦争犯罪に該当する行為については、殺人罪や傷害罪といった既存の犯罪類型による対応が図られる必要がある。

## (二) 武力紛争法の軽微な違反に該当する行為

先にも述べたとおり、武力紛争法の重大な違反行為ないしその他の著しい違反に該当しない、いわば軽微な違反については、国際慣習法上、可罰性が確立しておらず、条約上も、犯罪化義務および「引き渡すか訴追するかせよ」の義務は存在しない。ジュネーブ諸条約も、この点、「この条約の規定に違反する行為で〔…〕重大な違反行為以外のものを防止するため必要な措置を執らなければならない」（文民条約〔第四条約〕一四六条三項等）と述べるにとどまる。そのため、この軽微な違反に該当する行為については、不可罰とするという選択肢もとりうると思われる<sup>(68)</sup>。その場合には、前記・三(三)4にて述べた「武力紛争法上適法な戦闘行為は、国内刑法上も違法性が阻却される」という違法性阻却の定式を、「『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<sup>(69)</sup>」ことで、武力紛争法上適法な行為のみならず、軽微な違反についても違法性を阻却することが可能となる。

これに対して、ドイツでは、これら軽微な違反について（も）処罰が必要であり、刑法典上の謀殺罪等が適用されるとする見解が多数説となっている<sup>(70)</sup>。具体的には、ドイツの立法者によって、次のような事例が想定されている。すなわち、攻撃時の予防措置（ジュネーブ諸条約第一追加議定書五七条二項等）を怠った航空機の操縦士が軍事目標に対して空爆行為を行った結果、文民を死に至らしめた場合である<sup>(71)</sup>。このような攻撃は、軍事目標に向けられたものであるため、文民に対する攻撃としての可罰性を（武力紛争法上も国際刑法典上も）有しない（ジュネーブ諸条約第一追加議定書

八五条三項(a)および国際刑法典一一条一項一号(戦争犯罪)。さらに、このような行為については、過度な付随的損害の発生を(確実に)予期しながら行う攻撃に関する第一追加議定書八五条三項(b)および国際刑法典一一条一項三号(戦争犯罪)の規定の適用も考えられるが、そのような「予期」を欠く場合には、武力紛争法上および国際刑法典上は不可罰となる。ドイツでは、そのような場合であっても、右の事例で挙げられている予防措置の懈怠といった武力紛争法違反が認められるのであれば、謀殺罪等の刑法典上の罪の成立の余地があるとされる。仮に日本でも軽微な違反に該当する行為について(も)殺人罪等を適用するのであれば、武力紛争法の違反の軽微性を量刑の際に考慮し、罪刑の均衡を図る必要があるように思われる。

軽微な違反の刑事責任を問うことの可否・当否は、武力紛争法の実施・貫徹のための手段として、どこまで刑事制裁が用いられうるのかという問題でもあるが、その態度決定には政策的判断が密接に関わってくるため、本稿では立ち入らないこととする。

## 五 おわりに

本稿では、自衛官による加害行為のうち、防衛出動時の自衛隊による武力の行使の一環として行われる自衛官の戦闘行為の刑法上の評価について検討を行った。武力紛争法上適法な戦闘行為については、私見によれば、刑法三五条に基づき、国際慣習法としての武力紛争法上の適法性を基準とするその他の正当行為として、国内刑法上も違法性が阻却されると解すべきである。それに対して、武力紛争法上違法な戦闘行為については、国内刑法上、その他の正当行為としての違法性阻却が認められず、刑法上の殺人罪や傷害罪等に関する規定に基づいて処罰されることになる。ただし、戦争犯罪を構成しない武力紛争法の軽微な違反に関しては、これを不可罰とする選択肢も残される。その場

合には、武力紛争法上の適法性を基準とするのではなく、国際慣習法上の可罰性の有無が分水嶺となるよう、違法性阻却の定式を「国際慣習法上の可罰性を欠く戦闘行為については、国内刑法上も違法性が阻却される」と修正するの  
も一案であろう。

なお、残された課題として、一つには、武力紛争法に違反する戦闘行為について、正当行為性を否定するのではなく、いわゆる過剰正当行為とする余地はないのか、という問題がある<sup>(23)</sup>。さらに、もう一つの課題として、武力紛争法の違反の「違法性の質」に関して、行為類型ごとに個別具体的な検討を行う必要があると思われる。というのも、例えば、文民に対する攻撃によってこれを殺害する行為と、敵国の戦闘員を禁止された手段ないし方法によって殺害する行為は、いずれも武力紛争法に違反し、さらには国際（慣習）法上戦争犯罪を構成する行為ではあるものの、違法性の質という点において異なるように思われるからである。すなわち、前者は、文民という殺害することが許されない人の殺害であるため、殺人罪に内在する違法性と親和的であるのに対して、後者は、武力紛争との関連において戦闘員を殺害することそれ自体は許容されているため、殺人罪とは質の異なる違法性を有していると考えられ、それに応じて科すべき刑の重さも異なるように思われるのである。これらの課題の検討については、他日を期すこととした。

(1) 「我が国及び国際社会の平和及び安全の確保に資するための自衛隊法等の一部を改正する法律」(平成二十七年九月三〇日法律第七六号) および「国際平和共同対処事態に際して我が国が実施する諸外国の軍隊等に対する協力支援活動等に関する法律」(平成二十七年九月三〇日法律第七七号)。いずれも二〇一六年三月二十九日施行。

(2) 例えば、第一八九回国会、我が国及び国際社会の平和安全法制に関する特別委員会第六号(平成二十七年六月一日)における細野豪志衆議院議員による質問、およびそれに対する上川陽子法務大臣(当時)らによる答弁を参照([http://www.shugin.go.jp/internet/itdb\\_kaigirokua.nsf/html/kaigirokua\\_029818920150601006.htm#p\\_honbun](http://www.shugin.go.jp/internet/itdb_kaigirokua.nsf/html/kaigirokua_029818920150601006.htm#p_honbun) [二〇一八年十二月十八日最終閲覧])。



- (3) 両者の相違点に関する概説として、黒崎将広「自衛隊による『武器の使用』は『武力の行使』とは違う?——国際法上禁止される『武力の行使』と憲法の制約」森川幸一ほか〔編〕『国際法で世界がわかる——ニュースを読み解く32講』岩波書店(二〇一六年)所収二七二頁以下、小松一郎「外務省国際法局関係者有志(補訂)『実践国際法(第2版)』」信山社(二〇一五年)四四一—四四三頁を参照。
- (4) 「武力の行使」および「戦闘行為」の意義につき、日本の内閣法制局は、『憲法関係答弁例集(戦争の放棄)』において、憲法九条への適合性が問題となる「武力の行使」を「基本的には、我が国の物的・人的組織体による国際的な武力紛争の一環としての戦闘行為」と定義した上で、そこに付された「注1」において、「戦闘行為」を「(国際的な武力紛争の一環として行われる)人を殺傷し、物を破壊する行為」と定義している(浦田一郎〔編〕『政府の憲法九条解釈(第2版)』信山社(二〇一七年)二七三頁より引用)。
- (5) 邦文献として、山本草二『国際刑事法』三省堂(一九九一年)一六八—一六九頁、三五〇—三五三頁、尾崎久仁子『国際人権・刑事法概論』信山社(二〇〇四年)二六〇頁等を参照。
- (6) ドイツの議論状況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、同「武力紛争における戦闘行為への国内刑法の適用——ドイツの議論を中心に——」法学政治学論究一一九号(二〇一八年)一三九頁以下を参照。
- (7) 詳しくは、久保田(前掲注(6)・法学政治学論究一〇一号)二七五—二七八頁、同(前掲注(6)・法学政治学論究一九号)一四五—一五一を参照。
- (8) 田村重信「高橋憲一」島田和久〔編著〕『日本の防衛法制(第2版)』内外出版(二〇一二年)一〇一頁。
- (9) 本章における条文の番号は、特に断りのない限り、自衛隊法のそれである。
- (10) 鈴木和之「日本の安全保障法制入門(第3版)」内外出版(二〇一八年)二四—二七頁参照。
- (11) 田村「高橋」島田(前掲注(8))一〇二頁参照。
- (12) 鈴木(前掲注(10))一二七—一二五二頁参照。
- (13) P KOと憲法九条との関係につき、矢部明宏「国際平和活動における武器の使用について」レファレンス五八巻九号(二〇〇八年)五頁以下等を参照。

- (14) 鈴木(前掲注(10))一五二—一六九頁参照。
- (15) もっとも、各任務の法的根拠となる法律にも同様の文言が規定されているため、「本文言は必須のものではないとも考えられる」とされている。田村||高橋||島田(前掲注(8))一七頁・註2参照。
- (16) これを受けて、これらの活動は、現に戦闘行為が行われている現場では実施しないものとされている。鈴木(前掲注(10))一五五頁参照。
- (17) 鈴木(前掲注(10))二五九頁参照。
- (18) 田村||高橋||島田(前掲注(8))一〇三頁参照。
- (19) 国際法上の自衛権の観点から日本国憲法上の自衛権および安保法制の特徴を明らかにした論稿として、森肇志「集団的自衛権とは?——平和安全法制と国際法上の集団的自衛権」森川ほか〔編〕(前掲注(3))二八七頁以下(特に、二九三—二九八頁)を参照。
- (20) 田村||高橋||島田(前掲注(8))一二四頁参照。
- (21) 浦田(前掲注(4))二七三頁参照。
- (22) 黒崎(前掲注(3))二七四頁参照。
- (23) 浦田(前掲注(4))二七三頁参照。
- (24) 黒崎(前掲注(3))二七五頁参照。
- (25) 浦田(前掲注(4))二七三頁参照。
- (26) 黒崎(前掲注(3))二七七頁参照。
- (27) 黒崎(前掲注(3))二七七頁参照。
- (28) 黒崎(前掲注(3))二七六頁参照。
- (29) 鈴木(前掲注(10))二二八頁参照。
- (30) 鈴木(前掲注(10))二二九頁参照。
- (31) 田村||高橋||島田(前掲注(8))一二四—一二五頁。
- (32) 両者の関係について、武器の使用がすべて武力の行使にあたるわけではないとされている。田村||高橋||島田(前掲注(8))二二頁、小松||外務省国際法局〔補訂〕(前掲注(3))四四二—四四三頁参照。

- (33) 浦田(前掲注(4))二七三頁参照。
- (34) 田村||高橋||島田(前掲注(8))二二一頁参照。
- (35) 田村||高橋||島田(前掲注(8))二二一—二二六頁参照。
- (36) 警察官職務執行法七条は次のとおり定める。「警察官は、犯人の逮捕若しくは逃走の防止、自己若しくは他人に対する防護又は公務執行に対する抵抗の抑止のため必要であると認める相当な理由のある場合においては、その事態に応じ合理的に必要と判断される限度において、武器を使用することができる。但し、刑法(明治四十年法律第四十五号)第三十六条(正当防衛)若しくは同法第三十七条(緊急避難)に該当する場合〔…〕を除いては、人に危害を与えてはならない〔以下省略〕」。
- (37) 田村||高橋||島田(前掲注(8))二二六頁。
- (38) 田村||高橋||島田(前掲注(8))二二七頁。
- (39) 駆け付け警護に関して詳しくは、黒崎将広「『駆け付け警護』の法的枠組み 自衛概念の多元性と法的基盤の多層性」国際問題六四八号(二〇一六年)三九頁以下を参照。
- (40) 衆議院議員岡田克也君提出「武力攻撃事態における我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律案」等有事関連三法案に関する質問に対する答弁書(内閣衆質一五四第七四号、平成十四年五月三十一日)一六頁。鈴木(前掲注(10))二二八頁、田村||高橋||島田(前掲注(8))二二五頁および二〇二頁・註13も参照。
- (41) ドイツの多数説については、久保田(前掲注(6))・法学政治学論究一一九号)一四五—一五一頁を参照。
- (42) ドイツ刑法に日本刑法三五条類似の規定が存在しない点に関しては、内藤謙「ドイツ刑法改正事業と一般的『違法性阻却』規定」団藤重光ほか(編)『佐伯千仞博士還暦祝賀 犯罪と刑罰(上)』有斐閣(一九六八年)所収三三六頁以下を参照。なお、スイス刑法典には、日本の刑法三五条に類似した規定(二四条)がみられる。天田悠「治療行為と刑法」成文堂(二〇一八年)三五九—三六一頁参照。
- (43) 井田良「講義刑法学・総論(第2版)」有斐閣(二〇一八年)二八三—二八四頁参照。同旨、大塚仁「刑法概説(総論)(第四版)」有斐閣(二〇〇八年)三七九頁、松宮孝明「刑法総論講義(第5版補訂版)」成文堂(二〇一八年)一一四—一一五頁も参照。これに対し、刑法三五条の適用を法令行為と正当業務行為に限定し、その他の正当行為を超法規的正当化事由に位置づけるものとして、高橋則夫「刑法総論(第4版)」成文堂(二〇一八年)二六五頁、三二五—三二六頁を参照。

- 刑法三五条をめぐる学説状況につき詳しくは、山中敬一『刑法総論(第3版)』成文堂(二〇一五年)五九〇―五九一頁を参照。
- (44) 嘉門優二・中村悠人「超法規的違法性・責任阻却事由の要否」立命館法学三三五号(二〇一二年)四〇六頁参照。
- (45) 大塚仁ほか〔編〕『大コメンタール刑法(第三版)第2巻(第35条―第37条)』青林書院(二〇一六年)三五―三五二頁「小林公夫」等参照。
- (46) 刑法三五条の沿革につき、天田(前掲注(42))一八一―一九頁を参照。
- (47) 井田(前掲注(43))二八四頁。同旨、松宮(前掲注(43))一一四頁、「法秩序の統一性を確認した規定」。
- (48) 団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』創文社(一九九〇年)二〇三―二〇八頁参照。大塚仁ほか〔編〕(前掲注(45))三四七頁「小林公夫」も参照。
- (49) 大塚仁ほか〔編〕(前掲注(45))三五―三五二頁「小林公夫」参照。
- (50) P K O協力法上、駆け付け警護(三条五号う)の場合であっても、正当防衛・緊急避難の要件を満たす場合にしか加害行為を行うことはできないとされている(二六条三項)。
- (51) これに関して、そもそもP K Oをはじめとする平和支援活動において武力紛争が法的な意味で生じうるのかという点や、国連は武力紛争の主体たりうるのかという点につき、議論がある。これらの問題について詳しくは、新井京「平和支援活動における武力行使の法的性質と武力紛争法の適用可能性」京都学園法学三六・三七号(二〇〇一年)二七五頁以下を参照。
- (52) これに対して、武力紛争の存在が認められない場合には、もっぱら(正当防衛・緊急避難の要件を満たさない)武器の使用の可罰性の問題として扱われることになるが、この問題については本稿では立ち入らない。
- (53) Keichiro Okimoto, *The Distinction and Relationship between Jus ad Bellum and Jus in Bello*, Hart Publishing: 2011, pp. 12-14.
- (54) Okimoto, *supra* note 53, p. 29.
- (55) ただし、刑法上の違法性阻却の射程は、(武力紛争法上適法な)戦闘行為がそれ自体に限定されるとすべきである。したがって、多数共同して上官の命令に反して戦闘行為に従事する行為に対しては、多数共同による上官命令反抗の罪(自衛隊法一九九条一項七号)や部隊不法指揮の罪(同八号)の適用がありうる(これらの罪に関する国外犯処罰規定として、同法一二二条の二第一項を参照)。なお、不当武器使用の罪(同法一一八条一項八号)については、国外犯処罰規定が存在しない。

- (56) 最も象徴的なのは、ドイツ連邦検察庁が同国連邦軍による空爆事件について下した手続打切処分における、「本件行為は」国際法上許容されており、もって刑法上正当化される」という一節である。久保田（前掲注（6）・法学政治学論究一一九号）一四七頁参照。学説上の多数説も、このような見解を支持している。
- (57) さらに、条約一般の国内的地位について、憲法九八条二項に基づき、法律に優位する地位が与えられるとするのが通説的見解である。日本における条約と法律の関係については、さしあたり、野中俊彦Ⅱ中村睦男Ⅱ高橋和之Ⅱ高見勝利Ⅱ憲法Ⅱ（第5版）有斐閣（二〇一二年）四二九頁、杉原高嶺Ⅱ国際法学講義（第2版）有斐閣（二〇一三年）一一九—一二〇頁を参照。
- (58) 国際慣習法上の規範の国内的効力に関する裁判例として、東京高判昭和五九年三月一日四月三日三〇巻八号一四七二頁を参照（「確立された国際法規は、なんらそれに副つた国内法の制定をまたずとも当然に国内的効力を有する」）。杉原（前掲注（57））一一六頁も参照。
- (59) 武力紛争法上の適法性に基づく違法性阻却のより積極的な論拠としては、ドイツの一部の学説が主張するように、武力紛争法上の戦闘員特権（戦闘員免除）を挙げることができる。すなわち、（合法的な）戦闘員が有する戦闘員特権が、憲法の規定を通じて国内法に——しかも、法律たる刑法に優越するものとして——受容され、違法性阻却事由となる、との見解をとっているのである。久保田（前掲注（6）・法学政治学論究一一一九号）一五〇—一五一頁参照。しかしながら、非国際的武力紛争法に関しては、先述のとおり、条約上戦闘員特権に関する規定が存在せず、また国際慣習法上も戦闘員特権は存在しないことになっているため（Jean-Marie Henckaerts/Louise Doswald-Beck (eds.), *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1: Rules, Cambridge University Press: 2005, pp. 11）この見解には、非国際的武力紛争における違法性阻却を基礎づけることができないという点で問題がある。
- (60) その具体例としては、故意に文民を対象とする攻撃を行い、死亡または身体もしくは健康に対する重大な傷害を引き起こした場合（第一追加議定書八五条三項(a)）等が挙げられる。
- (61) 重大な違反行為のうち、既存の刑法等で対応できないものについては、いわゆる有事法制の整備の際に国際人道法違反処罰法が制定され、立法手当てされた（同法三条から六条）。
- (62) 厳密には、ジュネーブ諸条約第一追加議定書の重大な違反行為は、I C C 規程等においては「その他の著しい違反行為」に含まれるが（I C C 規程八条二項(b)）、日本がそれらについて条約上の義務を負うという点には何ら影響しない。

- (63) 非国際的武力紛争の成立要件については、さしあたり、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）二二二—二二四頁を参照。
- (64) 代表的なものとして、第一六六回国会衆議院本会議における麻生太郎外務大臣（当時）の発言が挙げられる（ほとんど対象犯罪は、我が国の現行国内法によりまして既に処罰可能となっております。第一六六回国会衆議院本会議録一五号（二〇〇七年三月二〇日）八頁参照。なお、ICC加盟をめぐる国会論議に関しては、中内康夫「我が国の国際刑事裁判所（ICC）加盟と今後の課題—国際刑事裁判所に関するローマ規程」立法と調査二六六号（二〇〇七年）二二頁以下に詳しい。
- (65) 例えば、ICC加盟時の外務省国際法局国際法課長による論稿として、正木靖「日本と国際刑事裁判所」村瀬信也『洪恵子（編）『国際刑事裁判所—最も重大な国際犯罪を裁く〔第2版〕』東信堂（二〇一四年）所収三五九頁（「ICC」規程で定められたほとんどの犯罪類型が、現行の刑法等で処罰されることが確認された）を参照。また、同様の見解を示す学説として、高山佳奈子「国際刑事法をめぐる課題と展望」刑事法ジャーナル二七号（二〇一一年）八頁（「中核犯罪のうち」最も重大なケースについては、日本法でも犯罪とされているといつてよく、その意味では日本の刑罰法規をICC規程に合わせて拡大しなかつたことは賢明だと考えられる）等を参照。
- (66) 正木（前掲注（65））三三四頁。
- (67) 正木（前掲注（65））三三一頁。
- (68) この場合、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）による解決に委ねられることとなる。
- (69) ドイツに関する議論ではあるが、久保田（前掲注（6）・法学政治学論究一一九号）一六〇—一六一頁を参照。
- (70) これに対しては、本来は「重大な」はずの戦争犯罪よりも軽微な違反の方が重く処罰されてしまうとする批判も提起されている。もっとも、この批判の背景には、ドイツには戦争犯罪処罰規定が存在するという事情、および謀殺罪の法定刑として無期自由刑しか定められていないという事情があるため、（少なくとも現状では）日本の議論に転用することはできない。詳しくは、久保田（前掲注（6）・法学政治学論究一一九号）一五九—一六〇頁を参照。
- (71) 久保田（前掲注（6）・法学政治学論究一〇一号）二六四頁参照。
- (72) 久保田（前掲注（6）・法学政治学論究一一九号）一六〇—一六一頁参照。
- (73) もっとも、過剰防衛・過剰避難の場合とは異なり、過剰正当行為には刑の減免に関する規定が存在しないため、結論として

ては、正当行為性を否定する場合と同様、単なる違法行為という評価が下されることとなろう。この点について、高橋則夫「現行犯逮捕の際の実力行使と法令行為」現代刑事法二巻四号(二〇〇〇年)一一二頁は、現行犯逮捕のように、緊急行為および不正対正という関係を有する法令行為については、「過剰防衛規定の準用ということも考慮に値するように思われる」とする。

〔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(18J10046)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)

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、国際刑事法

主要著作

「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)

「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——」『法学政治学論究』第一一九号(二〇一八年)