

「国際人道法及び国際人権法の違反行為の処罰等に関する法制度」(案)

に関する若干のコメント

(2020 年 4 月 24 日改訂版)

<2020 年 4 月 3 日 国際刑事法典の制定を国会に求める会主催

「国際人道法違反を裁けない日本の法体系を考える集い」

(国際刑事法典「骨子」お披露目会) 於：衆議院議員会館>

慶應義塾大学

フィリップ・オステン

I. 全体的評価

今般提示された法制度(案・概要)の全体的な問題意識・方向性は、国際刑事裁判所(ICC)規程の基本理念である補完性の原則の趣旨にかなった国内法整備の在り方を素描するものとして、また、ICCの最大の拠出国たる日本が国際刑事司法の分野において法の支配の確立を推進しようとしている基本姿勢をより鮮明にし、この政策方針に実効性と説得力を持たせる点でも、永らく望まれたものである。

ドイツをはじめとした諸外国の立法例を大幅に参照しつつ日本の従前の法体系(ないし固有の憲法事情等)を考慮した独自の特質をも併せ持った、今後の立法のあるべき姿を示唆するものとしても、高い評価に値する。これを踏まえ、立法化に向けた今後のさらなる詳細な検討が大いに期待される。

また、国際刑事法の潮流に鑑み日本の国内法制の不備をかねてより指摘し日本版「国際刑法典」の制定を強く求めてきた身としては、20年来の主張がようやく実現する機運が高まったことを大いに歓迎する。

今後の議論において、諸般の検討に先立って、最も明確にされなければならないのは、今般の法制度(案)全体の趣旨である。すなわち、自衛官による犯罪を広く抑止することが主たる目的なのか、それともICC規程の対象犯罪(国際法上の「中核犯罪」)を広く国内法化することによってそれらの犯罪の訴追・処罰のための国際的ネットワークを一層強化する(すなわち、日本がこれに積極的に参画できるようにするために国内刑事司法にいわゆる国際刑罰権の間接実施の一端を担わせる)こ

とが主な目的なのか、それとも双方なのか、明らかにされなければならない。

理論的にみれば、ICC 対象犯罪の国内法化の問題と自衛官の過失行為に関する国外犯処罰規定の整備の問題は、截然と区別して議論されなければならない。

この問題は、詳しくは後述 (II. 5.) するように、単に理論的な問題にとどまるだけではなく、実務的にも、自衛官以外の日本人や、国外で（外国人に対して）中核犯罪を行った後に日本に入国してきた外国人の犯罪をも訴追・処罰するのか、といった点において顕在化する。

もっとも、立法政策的にみれば、今後、仮にいずれか一方の問題のみを「切り出して」先に議論を進めることになった場合、両者の性質上の関連性（たとえば、戦争犯罪や上官責任に関する国内法整備は自衛隊活動の法的基盤の明確化にも資する）を無視することにつながり、結局のところいずれの立法作業をも停滞させてしまうリスクを招くことになりかねない点にも留意する必要がある。

したがって、まずは、法案全体の趣旨を明確化した上で、今般提示された法案の枠組みを基本的には継承・発展させつつ、下記で若干提言しているような（むしろ網羅的ではない）個別具体的な論点・課題を解決してゆくことによって立法化作業を前進させてゆくことが、最も実践的な進め方であろう。

II. 今後の条文策定を検討するにあたってのいくつかの留意点（検討課題）

1. 「法制度」の立法形式および名称

立法形式に関しては、法案の上述の二つの対象領域を区別した形での対応が検討されるべきである。

(1) まず、ICC 対象犯罪の国内法化にあたっては、二つの方策が大別される。すなわち、①（ドイツ「国際刑法典」のような）特別法を制定するか、それとも②（スイスやオーストリアのように）従前の刑法の中に中核犯罪を受容するかが、検討されなければならない。ただ、これらのいずれの立法形式をとるのかは、決定的に重要というわけではない。重要となるのは、中核犯罪に固有の保護法益を国内刑法上も明確にすると同時に、国際刑法における固有の概念（特に上官責任等の ICC 規程特有の総則上の概念）により従来の刑法体系に混乱が生じることを防ぐために、その適用対象を中核犯罪に限定することである。具体的には、後者・②（刑法への受容）を選択した場合、たとえば刑法各則に中核犯罪に特化した章を設け、通常犯罪との分離を図ることにより、その保護法益が明確化される一方、（総則上の概念としての）上官責任の適用対象をその章に限定することなどで、それらの要請に一応は対応しうる。もっとも、刑罰法規の明確性（とりわけ国際刑法関連規定の一覧性、通常犯罪とのより明確な分離）や実務上の適用・運用の便を図るうえでは、やはり

前者・①の立法形態、すなわち「国際刑法典」のような特別法に関連規定（総則及び各則の双方）を纏める方式がより実践的なオプションであると思われる。なお、いずれの立法形式をとっても、2004年の国際人道法違反処罰法所定の構成要件の新法典（ないし刑法）への移植・編入など、同法の改廃も併せて検討されなければならない。

（２）また、自衛官の過失行為に係る構成要件やそれに関する国外犯処罰規定の立法形式については、上記（１）とは異なり、特別法（「国際刑法典」）への挿入よりも、従前の法体系への修正的導入、すなわち刑法改正や、自衛隊法ないし PKO 協力法の改正による対応が考えられる（下記 II.5.（２）も参照）。

今般の法制度（法案）の**名称**もまた今後の立法形式によって影響を受けるであろうが、法案（のタイトルおよび「目的」）にある「国際人権法」との関係性（ないし峻別）をより明確にすべきである。たとえば、人道に対する犯罪の新設等により国際人権法のより強力な保護を図るということを強調する意味で、名称に「国際人権法」という語を盛り込むのも一案かもしれないが、それでは弥縫策にすぎないとの印象を免れない。いずれにせよ、国際人権法に違反する行為であるからといって、ICC 管轄犯罪には含まれないような（「中核犯罪」としての性質を欠くような）行為までも処罰対象とするようなことがないよう、細心の注意を払う必要がある。

2. 対象犯罪

（１）ICC 規程対象犯罪のうち、集団殺害犯罪（ジェノサイド罪）について、ジェノサイド煽動罪（一種の「独立教唆犯」？）も新設すべき（いわゆるヘイトスピーチに関する法規制との兼ね合いも吟味しながら）。なお、今般の法制度の導入・実施にあたっての前提ではないが、これを機にジェノサイド条約への加入も改めて検討されるべきである。また、（ジェノサイド条約の基本構造を大幅に踏襲した）現在作業中の「人道に対する犯罪に関する条約」案についてもつぶさにフォローする必要がある。

（２）今般除外された侵略犯罪について、とくに日本へ向けられた行為に関しては、その可罰性を的確に担保するために、将来的に（日本版「国際刑法典」への追加等による）国内法化を再検討すべきである。

3. 法定刑

対象犯罪について、行為類型・行為態様ごとに法定刑のグラデーションを設定すべきである。必要に応じて刑の減軽・加重事由も検討しなければならない（責任主義の要請）。

4. 上官命令に服従した部下の刑事責任に関する規定

受命者たる部下の免責（不可罰性）の法的性質・根拠を明示すべきである。一定の要件が具備された場合に当該行為者を処罰しないことそれ自体は妥当な法的帰結であるが、たとえば責任（有責性）のみ阻却し、（違法性を備えた）当該行為へ加担した（とくに非隊員たる〔いわゆる身分なき〕）共犯者の（幫助犯等としての）可罰性の余地を残すべきである。

5. 国外犯処罰規定

（１）世界主義（「普遍的管轄権」。刑法４条の２）の適用範囲を「国際的武力紛争に係る重大な違反行為」に当面限定することは、プラグマティックな法政策的な判断であると評しうる。他方で、「非国際的武力紛争に係る違反行為」および ICC 規程対象犯罪（侵略犯罪以外の中核犯罪）について、刑法の適用範囲を（積極的）属人主義（刑法３条）に限定することは、必ずしも妥当でない場合もあろう。つまり、それらの対象犯罪の大部分は国際慣習法上その可罰性（および自国との連結点を前提としない訴追可能性）が確立しており、たとえば、非国際的武力紛争における戦争犯罪としてのハーグ法の著しい違反（ICC 規程 8 条 2 項（e）参照）などについては、日本は条約上の処罰義務こそ負わないが、当該犯罪の法的性質（重大性、国際的法益）および各種国際刑事法廷の裁判実務の動向として、国際的・非国際的武力紛争が概ね同等に扱われていることに鑑み、刑法の適用をより広く（ないし均一的に）確保することが求められる（その場合、後述するように、刑法４条の２とは異なり、条約上の処罰義務を負う場合に限定されない世界主義の規定が必要となる）。

また、ジュネーヴ諸条約上の犯罪行為と（それらに由来する）ICC 規程上の戦争犯罪の一部が「重複」していることによって、刑法の適用範囲が不明確になる、といった問題も生じうる（区別の困難さ）。すなわち、ICC 規程所定の国際的武力紛争における戦争犯罪に（も）該当する行為について、いかなる国外犯処罰規定が適用されるのか、換言すれば、外国人への適用の可否（ICC 規程対象犯罪であるため刑法３条の準用か、それとも、ジュネーヴ諸条約上の重大な違反行為であるため４条の２の準用か）を、下記で提言しているように、明確にすべきである。

さらには、刑法４条の２には、そもそも「条約」（に基づく犯罪化・裁判権設定義務）という制約があるため、非国際的武力紛争における戦争犯罪のみならず、現状では（ICC 規程上、中核犯罪それ自体の犯罪化は義務づけられていないし、また、ジェノサイド条約にも日本は加入していないため）ジェノサイド罪や人道に対する犯罪にすら適用を及ぼせない。

そこで、不当な処罰の間隙を回避するために、今般の処罰法には、従来の４条の２の準用規定ではなく、独自の規定を設けるべきではないか。その具体的な方策として、次の二つが考えられる。

- ① まず、一方では、包括的なオプションとして、近時の国際法における当該行為の犯罪化・訴追可能性（ないし訴追義務）の慣習法（化）も視野に入れて（それらの行為にも適用できる「真正」な）世界主義に関する規定を新設することが考えられる。
- ② 他方では、より限定的なオプションとして、中核犯罪を国外で行った外国人の行為者が日本に現在する（たとえば犯行後、逃亡してきた）場合、外国（や ICC 等）への引渡しをしない（ないしできない）場合に、（その行為者を不処罰のまま放置せずに）刑法の適用を認めるとする（純）「代理処罰主義」に関する規定（中核犯罪に特化した規定として、スイス刑法典 264 条 m、オーストリア刑法典 64 条 1 項 4c 参照。また、従来から一般規定のあるイタリア刑法やドイツ刑法も参照）を新設し、（刑法 3 条と併せて）日本での訴追・処罰可能性を担保することが検討されてしかるべきである。このオプションは、被疑者の国内での所在を通じて日本との直接的な接点・連結点を要件とすることから、（現に限られた司法資源に鑑みても）日本の裁判権を行使するうえでは、より実践的なモデルであるといえる。ただし、双罰性の要否や犯罪人引渡制度との連動など個別の要件についてはなお慎重な検討を要する。

（２）自衛官による（一部の）過失行為について刑法 3 条を準用する案について：処罰の間隙を填補するうえでは妥当な方策であるが、刑法の従前の国外犯処罰規定の在り方への波及・バランス（棲み分け）も慎重に吟味されなければならない。とりわけ、対象犯罪の選定基準・範囲（自衛官の職務関連性？）については再考の余地もありうる。すなわち、今般の法案にある過失致死傷類型のほかには失火罪もあるし、また、故意犯としても強要罪等は国外犯処罰規定がないことにも留意する必要がある。過失致死傷類型のみあえて国外犯を処罰しておきながらこれらの国外犯を不可罰とする合理性（ないし法体系上の整合性）をどのように根拠づけるのかは、検討がさらに必要なところである。

また、対象となる過失犯等の構成要件と併せて、それに対応する国外犯規定をどのように位置づけ、どの法律へ挿入するのか（すなわち、刑法改正なのか、自衛隊法ないし PKO 協力法の改正なのか）具体的に検討するべきである。

以上

法制度（案）及び上記コメントに関連する参考邦文献

<論文>

- フィリップ・オステン「国際刑事裁判所規程と国内立法——ドイツ『国際刑法典』草案を素材として」ジュリスト 1207 号（2001 年）126-132 頁
- 同「国際刑事裁判所の設立と立法上の対応——ドイツ『国際刑法典』が日本に示唆するもの——」〔上・下〕捜査研究 608 号（2002 年）66-70 頁・610 号（2002 年）62-65 頁
- 同「刑法の国際化—ドイツと日本における国際刑法の受容を中心に」ハンス・ペーター・マルチュケ＝村上淳一〔編〕『グローバル化と法』信山社（2006 年）所収 151-164 頁
- 同「刑法の国際化に関する一考察——ドイツと日本における国際刑法の継受を素材に——」法学研究 79 巻 6 号（2006 年）77-93 頁
- 同「国際刑事裁判所の『位置づけ方』——国内法整備と刑事法の課題——」国際人権 19 号（2008 年）51-61 頁
- 同「国際刑法における『中核犯罪』の保護法益の意義——ICC 規程批准のための日本の法整備と刑事実体法規定の欠如がもたらすものを素材として——」慶應義塾大学法学部〔編〕『慶應の法律学 刑事法——慶應義塾創立 150 年記念法学部論文集』慶應義塾大学出版会（2008 年）所収 217-253 頁
- 同「国際刑法の新たな処罰規定——『侵略犯罪』の意義と課題——」刑事法ジャーナル 27 号（2011 年）9-20 頁
- 同「国際刑罰権の現状と課題——『移行期の正義』と国際刑法における刑罰目的論を素材に——」慶應義塾大学法学部〔編〕『慶應義塾大学法学部創設 125 年記念講演集』（2016 年）所収 31-45 頁
- フィリップ・オステン＝久保田隆「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 37 号（2017 年）269-298 頁
- 同「ドイツ国際刑法典の現状と課題——近時の動向を中心に——」法学研究 90 巻 4 号（2017 年）1-36 頁
- フィリップ・オステン＝横濱和弥「オーストリアにおける中核犯罪の国内法化」法学研究 90 巻 2 号（2017 年）31-50 頁
- 後藤啓介「ジェノサイドと I C C 規程の国内法整備に関する一考察——日本の現行刑法でジェノサイド行為を適切に訴追・処罰することができるのか——」慶應義塾大学大学院 2007 年度修士論文（2008 年）
- 同「ジェノサイドの犯罪構成要件に関する一考察——ジェノサイド罪の主な特徴と現行日本刑法での対応の限界——」法学政治学論究 80 号（2009 年）349-381 頁
- 同「ジェノサイドの『破壊する意図』と五つの個別的行為類型に関する一試論——現行

日本刑法でのカバレッジという観点から——」法学雑誌タートンヌマン 11 号(2009 年) 113-154 頁

- 同「日本刑法における共謀共同正犯と国際刑法における『正犯』概念に関する一考察——中核犯罪の『黒幕』とされる者は如何なる概念によって捕捉されるべきか——」法学政治学論究 87 号 (2010 年) 31-65 頁
- 同「ジェノサイドにおける『行為支配』と『破壊する意図』——ドイツ連邦通常裁判所ルワブコンベ事件判決 (BGH, Urteil des 3. Strafsenats vom 21.05.2015 – 3 StR 575/14 –) を契機として——」亜細亜法学 52 巻 1 号 (2017 年) 1 (174) -67 (108) 頁
- 同「国際刑法における正犯と上官責任の適用上の関係について——2016 年 3 月 21 日の国際刑事裁判所第一審裁判部第 3 法廷ベンバ事件判決を契機として——」法学研究 90 巻 7 号 (2017 年) 29-75 頁
- 同「(序 基礎理論 7) 刑法の場所的適用範囲」井田良＝佐藤拓磨〔編著〕『よくわかる刑法〔第 3 版〕』ミネルヴァ書房 (2018 年) 所収 16-17 頁
- 横濱和弥「国際刑法における上官責任の法理とその国内法化に関する一考察——国際刑法上固有の帰責形態の国内法への受容をめぐる——」慶應義塾大学大学院 2010 年度修士論文 (2011 年)
- 同「国際刑法における『上官責任』に関する一考察——日本刑法上の諸概念との対比を中心に——」法学政治学論究 92 号 (2012 年) 365-397 頁
- 同「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 97 号 (2013 年) 301-333 頁
- 同「国際刑法における犯罪の主観的成立要件について——国際刑事裁判所規程三〇条における『Intent and Knowledge』の意義——」法学政治学論究 109 号 (2016 年) 67-99 頁
- 同「国際刑法における上官責任の処罰対象としての不作為——国際刑事裁判所規程二八条を中心に——」法学政治学論究 113 号 (2017 年) 1-34 頁
- 同「国際刑法上の上官責任における『実質的管理』要件の内実と意義」法学政治学論究 117 号 (2018 年) 69-104 頁
- 同「国際刑法における上官責任とその国内法化」慶應義塾大学大学院 2018 年度博士論文 (2019 年)
- 久保田隆「ドイツ語圏諸国における国際刑事裁判所規程の国内法化をめぐる動向——ドイツ・スイス・オーストリアによる実体法整備と日本刑法——」慶應義塾大学大学院 2012 年度修士論文 (2013 年)
- 同「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 2010 年改正を中心に——」法学政治学論究 99 号 (2013 年) 267-301 頁
- 同「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 101 号（2014 年）257-290 頁

- 同「武力紛争における戦闘行為への国内刑法の適用——ドイツの議論状況を中心に——」法学政治学論究 119 号（2018 年）139-170 頁
- 同「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——」法学政治学論究 120 号（2019 年）129-158 頁

<翻訳・資料>

- ゲーアハルト・ヴェルレ〔著〕＝フィリップ・オステン〔訳〕「国際刑法と国内刑事司法」刑法雑誌 44 巻 2 号（2005 年）131-141 頁
- クラウス・クレス＝レオニー・フォン・ホルツェンドルフ〔著〕＝フィリップ・オステン＝小池信太郎〔訳〕「侵略犯罪に関するカンパラ合意——日本とドイツに示唆するもの——」ジュリスト 1421 号（2011 年）62-69 頁
- フィリップ・オステン＝横濱和弥「オーストリア刑法典における国際刑法関連規定（翻訳）」法学研究 90 巻 2 号（2017 年）31-50 頁
- 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 90 巻 4 号（2017 年）37-49 頁
- 久保田隆「ドイツ語圏諸国における国際刑事裁判所規程の国内法化をめぐる動向——ドイツ・スイス・オーストリアによる実体法整備と日本刑法——」慶應義塾大学大学院 2012 年度修士論文（2013 年）128-135 頁〔※スイスの関連規定の邦訳を収録〕

上記文献各著者・訳者の現所属（2020 年 4 月現在）

- フィリップ・オステン …慶應義塾大学教授
- 後藤啓介 …亜細亜大学准教授
- 横濱和弥 …信州大学講師
- 久保田隆 …東京大学特任助教

以上